



You have downloaded a document from  
**RE-BUS**  
repository of the University of Silesia in Katowice

**Title:** L'art pour l'art, czyli o tzw. kontratybie sztuki

**Author:** Jakub Hanc

**Citation style:** Hanc Jakub. (2020). L'art pour l'art, czyli o tzw. kontratybie sztuki. "Santander Art and Culture Law Review" (Nr 1 (2020), s. 131-154), doi 10.4467/2450050XSNR.20.007.12391



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersytet ŚLĄSKI  
W KATOWICACH



Biblioteka  
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego

# DEBIUTY

Jakub Hanc

---

jakub.hanc@wp.pl  
orcid.org/0000-0002-1433-4074  
Uniwersytet Śląski  
Instytut Nauk Prawnych  
Centrum Prawa Designu, Mody i Reklamy  
ul. Bankowa 11b  
40-007 Katowice

## *L'art pour l'art,* czyli o tzw. kontratybie sztuki *L'art pour l'art,* or so-called justifications of art

**Summary:** The issue of so-called justification of art continues to be debated intensely in the applicable literature. Academic opinion increasingly highlights the need to include international and constitutional regulations regarding freedom of expression, particularly freedom of artistic expression, in the discourse. This article adopts a somewhat different approach and aims to analyze that non-statutory justification in the context of statements by critics, art historians, artists and lawyers. This type of approach makes it possible to assess whether the conditions excluding the unlawfulness of an act proposed in the science of criminal law are useful tools to facilitate the criminal law evaluation of specific factual circumstances by a judge.

---

**Keywords:** art, justification of art, criminal law

---

**Streszczenie:** W literaturze przedmiotu problematyka tzw. kontratyby sztuki jest ciągle żywo dyskutowana. Coraz częściej wypowiedzi doktrynalne wskazują na konieczność uwzględnienia w dyskursie regulacji międzynarodowych i konstytucyjnych dotyczących wolności słowa, w tym w szczególności – wolności ekspresji artystycznej. W niniejszym artykule przyjęto nieco odmienną optykę i dokonano analizy tego pozaustawowego kontratytu w kontekście wypowiedzi krytyków, historyków sztuki, samych artystów oraz prawników. Zabieg ten pozwala na udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zapropo-

nowane w nauce prawa karnego warunki wyłączające bezprawność czynu są pożytecznym narzędziem, ułatwiającym sędziemu prawnokarną ocenę konkretnego stanu faktycznego.

---

**Słowa kluczowe:** sztuka, kontratyp sztuki, prawo karne

---

## Uwagi wstępne

Zasadniczym celem niniejszego artykułu jest zestawienie formułowanych w doktrynie prawa karnego przesłanek pozaustawowego kontratypu sztuki z wybranymi poglądami<sup>1</sup> krytyków i historyków sztuki, a także samych artystów. Zabieg ten umożliwi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zaproponowane w nauce prawa karnego warunki wyłączające bezprawność czynu są pożytecznym narzędziem, ułatwiającym sędziemu prawnokarną ocenę konkretnego stanu faktycznego. Przedmiotem niniejszej wypowiedzi nie będzie zatem ani próba ataku bądź obrony konstrukcji pozaustawowych kontratypów<sup>2</sup>, ani próba wyczerpującego scharakteryzowania pojęcia bezprawności, zwłaszcza w relacji do innych elementów struktury przestępstwa<sup>3</sup>.

Polskie prawo karne zawdzięcza pojęcie kontratypu Władysławowi Wolterowi. Wskazywał on, co następuje: „Okoliczności wykluczające bezprawność czynu, w szczególności wtedy, gdy dają jednostce wyjątkowe prawo naruszenia cudzego interesu, zostają ustawowo czy naukowo stypizowane, tworząc wtedy w stosunku do typów przestępstw «kontratypy»”<sup>4</sup>. Kontratyp, analogicznie jak typ czynu zabronionego, jest również typem pewnej sytuacji, choć pełni

---

<sup>1</sup> Dokonana selekcja ma w istocie charakter subiektywny, nie sposób bowiem uwzględnić wszystkich wypowiedzi. Wyeksponowane stanowiska pokazują jednak i kontrastowość, i złożoność analizowanego zagadnienia.

<sup>2</sup> Zob. np. P. Brzozowski, *Pozaustawowe kontratypy - zarys problematyki*, „Studia Prawnicze PAN” 2013, nr 4, s. 179 i n.; M. Grudecki, *Tak zwane kontratypy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym*, „Kwartalnik Prawo-Spółeczeństwo-Ekonomia” 2018, nr 3, s. 44 i n.

<sup>3</sup> Jest to bowiem zarzewie ciągłych sporów wśród przedstawicieli dogmatyki prawa karnego. Do tej pory nie wypracowano w tym obszarze jednolitego i powszechnie akceptowanego stanowiska. *Explicite* niniejsza praca nie zawiera zatem także przemyśleń traktujących o tym, czy kontratypy są okolicznościami wyłączającymi bezprawność czy karalność. Zob. np. M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 25 i n. oraz A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 43 i n.

<sup>4</sup> W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna. Ustawa karna i przestępstwo na tle Kodeksu Karnego z 1932 r. Kodeksu Karnego Wojska Polskiego z 1944 r. oraz Dekretów od 1944 do 1946 r.*, Wydawnictwo Gebethner i Wolff, Warszawa 1947, s. 190.

odmienną funkcję – o ile bowiem ten drugi konstytuuje bezprawność, o tyle ten pierwszy ją obezwładnia<sup>5</sup>.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że aby mówić o kontratybie, musi dojść do realizacji ustawowych znamion typu czynu zabronionego, w tym do zaatakowania dobra prawnego i naruszenia reguł postępowania z tym dobrem<sup>6</sup>. Ponadto u podstaw założeń kontratybicyzacji posadowiona jest kolizja, zachodząca pomiędzy co najmniej dwoma dobrami prawnymi. O przydaniu prawnokarnej ochrony jednemu z nich (ratowanemu), kosztem drugiego (poświęconego), powinno decydować kryterium społecznej opłacalności<sup>7</sup>, które czerpie swoje uzasadnienie z czytelnego rezultatu bilansu zysków i strat<sup>8</sup>. Tylko bowiem tak rozstrzygnięty konflikt zyskuje powszechną aprobatę, gdyż okoliczności wyłączone bezprawność zmieniają wyrażoną w normach karnoprawnych ocenę bezprawności<sup>9</sup>. Kontratypom, podobnie jak typom czynów zabronionych, powinna towarzyszyć cecha „typowości”, co oznacza, że muszą mieć one postać zgeneralizowanego opisu, który stanowić będzie modelowe ujęcie okoliczności usprawiedliwiających<sup>10</sup>.

Warto w tym miejscu, mając na względzie dalsze rozważania, przytoczyć niezwykle trafną konstatację Włodzimierza Wróbla i Andrzeja Zolla, że

istota kontratypu nie polega na tym, że z punktu widzenia nakazów i zakazów zawartych w normie sankcjonowanej nic się nie stało. Istota kontratypu polega na tym, że to, co się stało, jest złem, które w kontekście zaistniałych okoliczności znajduje usprawiedliwienie, gdyż jego spowodowanie zapobiegło nastąpieniu większego zła<sup>11</sup>.

Kompetencję do określania przesłanek wyłączających odpowiedzialność karną bezdyskusyjnie posiada ustawodawca z uwagi na jego legitymację demokratyczną oraz umocowanie konstytucyjne<sup>12</sup>. Od dawna jednak w nauce prawa karnego spore grono autorów akceptuje stanowisko, że źródłem okoliczności wyłączających bezprawność mogą być ustalenia doktrynalne i orzecznicze.

<sup>5</sup> Zob. np. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys ujęcia systemowego*, Państwowe Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990, s. 230 i n.

<sup>6</sup> Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2014, s. 342.

<sup>7</sup> Słuszna jest jednak uwaga Łukasza Pohla, że nie wszystko, co jest społecznie opłacalne, jest społecznie akceptowalne (zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 238).

<sup>8</sup> Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 343 oraz A. Zoll, op. cit., s. 113.

<sup>9</sup> Tak np. W. Wolter, op. cit., s. 184.

<sup>10</sup> Zob. np. W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 344.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 341. Trzeba przy tym dodać, że przedstawiciele krakowskiej szkoły prawa karnego nie uznają kontratypów pozaustawowych.

<sup>12</sup> Artykuł 10 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 438) stanowi: „Władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę wykonawczą Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej i Rada Ministrów, a władzę sądowniczą sądy i trybunały”.

Legitymacją dla pozaustawowych kontraktów jest przekonująca niecelowość ukarania<sup>13</sup>, niedostrzeżona i niezadekretowana jednak przez prawodawcę. Zasadność istnienia pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność jest przy tym szczególnie widoczna, kiedy ustawodawca, za pomocą kontraktu ustawowego, nie rozstrzygnął kolizji dóbr, która miała miejsce w rzeczywistości<sup>14</sup>. Racja bytowa wszystkich kontraktów wynika również i stąd, że nie da się zrehabilitować przepisów typizujących tak, aby rodzajowy opis czynu zabronionego obejmował wyłącznie zachowania bezprawne<sup>15</sup>.

Kontrakt pozaustawowy powinien zatem spełniać wskazane uprzednio wymagania stawiane kontraktom ustawowym. Należy jednak uczynić dwa istotne zastrzeżenia. Po pierwsze, jeśli przyjąć w drodze analogii, że zasada określoności (*nullum crimen sine lege certa*) odnosi się także do kontraktu pozaustawowego<sup>16</sup>, to choć pozwala się on ująć w ramy abstrakcyjnie sformułowanego zespołu znamion (z uwagi na typowość i powtarzalność sytuacji)<sup>17</sup>, to jednak jego kompozycja, opracowana przez doktrynę lub orzecznictwo, nie odpowiada wymogom wynikającym z przywołanej uprzednio zasady w stopniu, który pozwalałby na jego skodyfikowanie. Po drugie, w przypadku pozaustawowego kontraktu musi istnieć wystarczająco ważny społecznie powód dla jego zaakceptowania<sup>18</sup>, a zatem szczególnego znaczenia, nabiera w odniesieniu do tej konstrukcji kategoria społecznej opłacalności<sup>19</sup>. Argumentem akcesoryjnym przemawiającym za do-

<sup>13</sup> Zob. J. Kluzka, K. Sączek, *Przepisy karne w kulturze masowej a kontrakt sztuki, czyli gdzie leży granica między sztuką a pornografią?*, „Rynek-Społeczeństwo-Kultura. Numer specjalny” 2017, nr 26, s. 79.

<sup>14</sup> Zob. E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 225 i n. W takim przypadku, w ocenie przywołanej autorki, sąd powinien „ocenić tę kolizję tak, jakby była ona ustawowo opisanym kontraktem, tj. w oparciu o dyrektywę zasady proporcjonalności”. Zastrzega ona jednak dalej, że nadużycie takiego zabiegu „może naruszyć ustawowo gwarantowaną ochronę danego dobra poprzez decyzję pozbawioną podstawy ustawowej, a opartą jedynie na ogólnie sformułowanych normach konstytucyjnych”. Autorka ta w swojej monografii jest wysoce sceptyczna wobec konstrukcji pozaustawowych kontraktów, wykazując, że wiele z nich to działania pozbawione cechy bezprawności, które nie atakują społecznie cennego dobra.

<sup>15</sup> Zob. J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 20.

<sup>16</sup> Zob. Z. Jędrzejewski, „*Nullum crimen sine lege*” i kontrakty a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności), „Ius Novum” 2011, nr 1, s. 12 i n. Stanowiska tego nie podzielają W. Wróbel i A. Zoll: „Jest bezsporne, że zasada «*nullum crimen sine lege*», jako fundamentalna gwarancja chroniąca obywatela przed samowolnym ze strony władzy pociągnięciem go do odpowiedzialności karnej, nie ma zastosowania w stosunku do opisu kontraktów jako okoliczności wyłączających bezprawność i tym samym odpowiedzialność karną” (W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 346).

<sup>17</sup> Zob. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 316.

<sup>18</sup> Jest to stanowisko Petera Nolla – P. Noll, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel, s. 13 i n. (zob. J. Warylewski, op. cit.).

<sup>19</sup> Wyraźnie jednak zaznaczyć trzeba, że nie należy utożsamiać pojęć „społeczna szkodliwość” i „społeczna opłacalność”. Rację ma zatem Paweł Brzozowski, stwierdzając, że niektóre pozaustawowe kontrakty są raczej okolicznościami zmniejszającymi społeczną szkodliwość, jednak w takim przypadku posługiwanie się w odniesieniu do nich nazwą „kontrakt” jest nieadekwatne. Autor ten podnosi, że skoro pozaustawowe

puszczalnością pozaustawowych kontratybów jest fakt, że w ramach innych gałęzi prawa dopuszcza się sytuacje, które pomimo braku ich ustawowego unormowania mogą wyłączyć bezprawność<sup>20</sup>.

Przeciwnicy kontratybów pozaustawowych podnoszą wiele ważkich argumentów dyskredytujących tę instytucję<sup>21</sup>. Eksponują oni m.in. sprzeczność tej konstrukcji z funkcją ochronną i gwarancyjną prawa karnego, a także z zasadą *nullum crimen sine lege*. Nadto w ich ocenie pozaustawowe kontratyby, choć działają na korzyść oskarżonego<sup>22</sup>, usprawiedliwiają naruszenie przez niego normy sankcjonowanej, to jednocześnie godzą one w prawa pokrzywdzonego. Najpoważniejszy zarzut wytoczony przez oponentów pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność dotyczy pogwałcenia konstytucyjnej zasady trójpodziału władzy<sup>23</sup> oraz zasady legalizmu<sup>24</sup>. Dopuszczalność istnienia tego rodzaju nienormatywnych okoliczności byłaby namacalnym dowodem na wkroczenie władzy sądowniczej w kompetencje władzy ustawodawczej. Aby nie doszło do naruszenia założeń ustrojowych przyjętych w obecnie obowiązującej Konstytucji RP, takie szczególne uprawnienia judykatury powinny być wyraźnie zadekretowane. Obecna ustawa zasadnicza nie zawiera tego rodzaju umocowania<sup>25</sup>.

---

kontratyby nie znajdują umocowania w ustawie, to jedyną podstawą prawną pozwalającą na niewszczywanie lub umorzenie postępowania w sytuacji faktycznego zaistnienia tego rodzaju okoliczności jest art. 17 § 1 pkt 11 Kodeksu postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.): „Nie wszczywa się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie”. Zob. P. Brzozowski, *Podstawa prawna odmowy wszczęcia (umorzenia) postępowania karnego w sytuacji wystąpienia pozaustawowego kontratybu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Acta Iuris Stetinesis” 2014, nr 8, s. 205 i n. Takiego odczytania art. 17 § 1 pkt 11 Kodeksu postępowania karnego nie aprobuje Mikołaj Małeckie – zob. idem, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r., III KK 274/14*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 10, s. 1425. Zupełnie inaczej patrzy na to J. Warylewski, op. cit., s. 319 i n.

<sup>20</sup> Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 321 i n.

<sup>21</sup> Zob. np. P. Brzozowski, *Pozaustawowe...*, s. 180-188.

<sup>22</sup> Trudno przy tym nie zgodzić się z Olgą Sitarz, która podnosi, że brak ustawowych granic okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną oznacza brak ustawowych granic bezprawia. Brak tych granic działa zatem na niekorzyść oskarżonego (zob. O. Sitarz, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 178).

<sup>23</sup> To jest art. 10 ust. 1 Konstytucji RP: „Ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej”.

<sup>24</sup> Wyrażonej w Konstytucji RP w art. 7: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa” oraz w art. 87 ust. 1: „Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia”.

<sup>25</sup> Zob. A. Zoll, w: W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1: Komentarz do art. 1-52*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 534; idem, *Pozaustawowe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, w: L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005, s. 434; idem, *Materiałne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, w: S. Waltoś i in. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1993, s. 86.

Pomimo wynotowanych zastrzeżeń, w orzecznictwie Sądu Najwyższego odnaleźć można zarówno judykaty dopuszczające<sup>26</sup>, jak i odrzucające<sup>27</sup> pozaustawowe okoliczności wyłączone bezprawność.

## Przesłanki tzw. kontratypu sztuki

Wbrew licznym i sceptycznym wypowiedziom wybitnych przedstawicieli nauki prawa karnego na temat pozaustawowych okoliczności usprawiedliwiających bezprawne zachowanie sprawcy, w piśmiennictwie podjęto kilka prób skatalogowania i opisanie warunków tzw. kontratypu sztuki. Przed przystąpieniem do analizy propozycji doktrynalnych dla porządku odnotować należy, że jeśli przyjąć analogię do typologii kontratypów ustawowych, wówczas należałoby dojść do przekonania, że tzw. kontratyp sztuki wyłącza bezprawność bliżej nieokreślonych typów czynów zabronionych – jest więc tzw. kontratypem ogólnym<sup>28</sup>.

Zdaniem wielu autorów, o wyłączeniu bezprawności przy użyciu tego pozaustawowego kontratypu będziemy mogli mówić tylko wówczas, kiedy jego podmiotem jest artysta<sup>29</sup>. Od razu rodzi się oczywiste pytanie o to, kto to taki. Udzielona odpowiedź ma niebagatelne znaczenie, gdyż określa krąg podmiotów uprawnionych do skorzystania z tej instytucji. Prawnicy, próbując doprecyzować wskazany termin na potrzeby tego kontratypu, podają niekiedy dosyć mętnie, że jest to „osoba, której dzieło stanowi wynik ucieleśnienia artystycznej wizji wyrażającej jej przemyślenia i emocje, powstałe w wyniku inspiracji ważnymi dla niej problemami społecznymi i międzyludzkimi”<sup>30</sup>. Czasami odnotowuje się, że artysta ma być „mi-

<sup>26</sup> Już w postanowieniu z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. akt V KK 158/07, LEX nr 370044, Sąd Najwyższy akceptując uwzględnienie przy ocenie zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego kontratypów pozaustawowych, odwołał się do uzasadnienia projektu Kodeksu karnego z 1969 r. i rządowego projektu Kodeksu karnego z 1997 r., przyjmując, że uzasadnieniem dla istnienia tego rodzaju okoliczności jest „dynamika zmian w zakresie warunków życia, usprawiedliwione potrzeby i oczekiwania społeczne”. W wyroku z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt IV KK 173/10, LEX nr 667510, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „dzieła artystyczne, a także dzieła naukowe, mogą jednocześnie zwierać treści pornograficzne, zaś brak karalności produkcji, prezentacji i rozpowszechniania takich dzieł wynika, jak się wydaje, z istnienia pozaustawowego kontratypu sztuki i nauki”. Sąd Najwyższy odwołał się w niniejszym judykacie do poglądów J. Warylewskiego (zob. J. Warylewski, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz do artykułów 117-221*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 1111 i n.).

<sup>27</sup> W postanowieniu z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt III KK 274/14, LEX nr 1734689, Sąd Najwyższy zakwestionował istnienie pozaustawowego kontratypu sztuki oraz nie podzielił rozważań doktryny co do jego istnienia bądź potrzeby sformułowania jego przesłanek. Wskazał nadto, że „forma artystyczna lub cel naukowy działania mającego charakter znieważający nie powodują same przez się wyłączenia odpowiedzialności karnej za obrazę uczuć religijnych bądź znieważenie publiczne przedmiotu czci religijnej” (zob. P. Petasz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 marca 2015 r., III KK 274/14*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, nr 2, s. 61).

<sup>28</sup> Zob. np. M. Cieślak, op. cit., s. 233.

<sup>29</sup> Zob. np. J.J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9-10, s. 40.

<sup>30</sup> Ibidem.

strzem”, zaś „jego kunszt ma wypływać z wrodzonego talentu i uzdolnień, umożliwiających mu realizację jego wizji w sposób ponadprzeciętny i nietuzinkowy”<sup>31</sup>. Takie wymagania bywają również oceniane jako zbyt wygórowane<sup>32</sup>. Co więcej, brak jest jednomyślności, czy artysta musi legitymować się stosownym wykształceniem, czy też nie<sup>33</sup>. Przyjęcie drugiego ze stanowisk niechybnie oznaczałoby, że liczba podmiotów uprawnionych do skorzystania z tego pozaustawowego kontraktu jest właściwie niczym nieograniczona<sup>34</sup>. Przyjęcie zaś pierwszego wymusza postawienie dalszego pytania: ukończenie jakiego kierunku studiów sprawia, że mamy do czynienia z artystą lub z osobą, która posiadając odpowiednie przygotowanie, ma szansę się nim stać? Wydaje się, że finalizacja dowolnego kierunku w ramach akademii sztuk pięknych wymóg ten spełnia. Czy jednak ukończenie na uniwersytecie kierunku o nazwie „kulturoznawstwo” również koresponduje z kryterium wymaganego wykształcenia? Odpowiedź na to pytanie wcale nie wydaje się oczywista, tym bardziej że często ocenie prawnej poddawane są zachowania ludzi, którzy nie ukończyli żadnych studiów, a ich prace osadzone są w nurcie tzw. ponowoczesności jako instalacje czy happeningi.

Jerzy Stelmach stanowczo konstatuje, że sztuką (ale także nauką i literaturą) „powinni zajmować się ludzie, którzy mają odpowiednie predyspozycje (zdolności, czy jak kto woli talent), warsztat i niezbędny zasób wiedzy”<sup>35</sup>. Autor ten wskazuje na siedem powiązanych ze sobą powodów, na podstawie których można uznać danego artystę za „wielkiego” lub „małego”<sup>36</sup>. Artysta „wielki” to zatem ten, który spotkał się z uznaniem krytyków, został zauważony przez handlarzy sztuki i zainteresowali się nim kolekcjonerzy. Z tych też przyczyn staje się on „znany”, „sprzedawalny” i „drogi” oraz uzyskuje „miejsce w uznanym za obowiązującym kanonie”, a także „pozycję w określonej hierarchii”<sup>37</sup>.

Podążając wskazanym tropem, z jednej strony zaryzykować można tezę, że tak naprawdę tylko „wielki artysta” to po prostu „artysta”, a „mały artysta” to w rzeczywistości „nieartysta”. Z drugiej strony dostrzec trzeba, że zagadnienie to jest

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Zob. J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół artykułu 196 kodeksu karnego*, w: L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii...*, s. 378.

<sup>33</sup> Dla Jarosława Warylewskiego ta okoliczność ma charakter akcesoryjny i będzie wzmacniała karnoprawną ocenę konkretnego zachowania w kategoriach kontraktu sztuki (zob. J. Warylewski, *Pasja czy obraza...*, s. 379). Natomiast w ocenie M. Małeckiego wymóg kompetencyjny (warsztatowy bądź wykształceniowy) jest jedynym znamieniem pozaustawowego kontraktu sztuki, który zarówno daje się abstrakcyjnie sprecyzować, jak i zweryfikować w praktyce (zob. M. Małecki, op. cit., s. 1420 i n.). Autor ten odrzuca stanowisko dopuszczające pozaustawowe kontrakty.

<sup>34</sup> Okoliczność ta nie musi być jednak przygana, gdyż co do zasady kontrakt ustawy mają najczęściej charakter powszechny – nie ograniczają one kręgu osób uprawnionych do skorzystania z nich.

<sup>35</sup> J. Stelmach, *Uporczywe upodobanie. Zapiski kolekcjonera*, Wydawnictwo BOSZ, Wolters Kluwer, Olsztyn–Warszawa 2013, s. 32.

<sup>36</sup> Lojalnie uprzedza jednak czytelnika swojej książki, że podejmuje to zagadnienie „z oczywistą przekorą”.

<sup>37</sup> Zob. J. Stelmach, op. cit., s. 46-51.



o wiele bardziej złożone. Historia sztuki zna przynajmniej jeden pewny fenomen, który czynił podział na artystów „wielkich” i „małych”<sup>38</sup> możliwym do przeprowadzenia w sposób autorytatywny.

Był to Salon Paryski (Salon de Paris), który powstał w 1667 r., kiedy to król Ludwik XIV objął finansowym mecenatem publiczną wystawę dzieł członków Królewskiej Akademii Malarstwa i Rzeźby (Académie Royale de Peinture et de Sculpture)<sup>39</sup>. W trakcie wystawy zaprezentowano również prace studentów tejże akademii, wyłonione w drodze specjalnego konkursu<sup>40</sup>.

Salon Paryski przyczynił się do powstania nowego gatunku piśmiennictwa o sztuce, a mianowicie krytyki artystycznej. Jednakże recenzje sporządzane przez nieprofesjonalistów wywoływały sprzeciw artystów, którzy w negatywnych ocenach dostrzegali zagrożenie dla własnego prestiżu i sytuacji majątkowej. Stąd też w roku 1748, po krytycznej ocenie prac wystawionych na Salonie, której dokonał Étienne La Font de Saint-Yenne, wprowadzono instytucję jury – komisji specjalistów, która dopuszczała dzieła do ekspozycji<sup>41</sup>.

Powołanie nadzwyczajnego organu selekcyjnego obrazy prawdopodobnie i tak okazałoby się nieuniknione z uwagi na przyrost liczby zgłaszanych prac, który następował w zawrotnym tempie – w 1806 r. wystawiono 707 obrazów, a 42 lata później, w 1848 r. – 5180. Warto odnotować, że skład jury, a także zasady jego funkcjonowania były wielokrotnie zmieniane, choć bez wątplenia najdłużej utrzymał się w nim przemożny wpływ Académie<sup>42</sup>.

Pierwszy poważny sprzeciw wobec Salonu miał miejsce 28 czerwca 1855 r., kiedy to Gustave Courbet wystawił 40 swoich obrazów<sup>43</sup> w baraku, z jakże wymownym napisem: *Le réalisme*. Uczynił to, mimo że jury przyjęło 11 jego prac, odrzucając jednak zarówno *Pracownię malarza*, jak i *Pogrzeb*<sup>44</sup>.

Możliwość wystawienia własnego dorobku w Salon de Paris była dla wielu malarzy nie tylko sprawą ambicjonalną, ale wręcz egzystencjalną, gdyż na rynku dzieł sztuki kupowano i sprzedawano tylko te prace, które znalazły uznanie w oczach jurorów. Marszandzi wycofywali się z przedwstępnych zobowiązań do zakupu określonych obrazów, jeżeli ocena komisji konkursowej okazała się dla artysty nieprzy-

<sup>38</sup> Lub po prostu artystów i nieartystów.

<sup>39</sup> Zob. np. <https://www.britannica.com/art/Salon-French-art-exhibition> [dostęp: 30.01.2020] oraz *The Oxford Dictionary of art*, I. Chilvers, H. Osborne (red.), Oxford University Press, Oxford–New York 2001, s. 500 i n.

<sup>40</sup> Zob. np. M. Poprzęcka, *Akademizm*, Wydawnictwa Artystyczne i Filmowe, Warszawa 1989, s. 26.

<sup>41</sup> Zob. ibidem, s. 40.

<sup>42</sup> Zob. M.M. Bieczyński, *Od zakazu do wolności. Historia prawnej pozytywizacji wolności sztuki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu, Wydawnictwo Naukowe Silva Rerum, Poznań 2017, s. 275-286 oraz M. Poprzęcka, op. cit., s. 41.

<sup>43</sup> Wśród których znalazły się m.in. wczesne pejzaże z Ornans oraz *Kamieniarze*.

<sup>44</sup> Zob. np. M.L. Kauschnitz, *Courbet. Nie ułuda, lecz prawda*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1981, s. 60 i n.

chylna<sup>45</sup>. Eliminacja z Salonu nie oznaczała zatem jedynie utraty przepustki do sławy czy możliwości pozyskania przyzwoitego uposażenia, lecz powodowała także wykluczenie artysty z funkcjonowania publicznego, co przekładało się na stopień zainteresowania jego pracami<sup>46</sup>.

Czytelną egzemplifikacją wpływu Salonu na pozycję twórcy jest przykład Alexandra Cabanela – francuskiego przedstawiciela akademickiego eklektyzmu. W 1863 r. jury wydało niezwykle pochlebną opinię o jego obrazie *Narodziny Wenus*<sup>47</sup>, który następnie został umieszczony w Palais-Royal. Po zakończeniu wystawy dzieło natychmiast zakupiono do prywatnej kolekcji cesarskiej<sup>48</sup>. Rok później, mając 41 lat, Cabanel został mianowany na stanowisko profesora w École des Beaux-Arts, która była spadkobierczynią Académie Royale<sup>49</sup>. Sądzić należy, że przychyłność jury prawdopodobnie pomogła malarzowi w uzyskaniu tej nominacji.

W 1863 r., kiedy liczba odrzuconych prac osiągnęła 4000, decyzją cesarza Napoleona III artyści mogli je wystawić w Palais de l'Industrie, co dało początek tzw. Salonowi Odrzuconych (Salon des Refusés). Wśród wystawców znalazły się takie osoby jak chociażby Édouard Manet, Camille Pissarro, James McNeill Whistler czy Paul Cézanne<sup>50</sup>.

Salon Paryski nie mógł oczywiście mocą swoich decyzji prawomocnie stwierdzać, kto jest artystą, a kto nie, albo też kto przynależy do świata prawdziwej sztuki, a dla kogo w tym świecie miejsca nie ma<sup>51</sup>. Jego działalność budzi skojarzenia z czymś w rodzaju organu cenzorskiego. Współcześnie jednak niezwykle trudno jest wskazać konkretne przyczyny decydujące o odrzuceniu poszczególnych prac przez komisję konkursową – najczęściej wykluczano dzieła naruszające porządek publiczny, publiczne poczucie wstydu oraz te, które zawierały w sobie tematykę historyczną, nieodpowiadającą aktualnie panującej władzy. Zatem zarówno temat, jak i poziom pracy mógł przesądzić o negatywnej selekcji<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> Zob. np. J. Guze, *Impresjoniści*, Wydawnictwo Wiedza Powszechna, Warszawa 1986, s. 47.

<sup>46</sup> Zob. M.M. Bieczyński, *Od zakazu...*, s. 274.

<sup>47</sup> Dzieło to zrecenzował sam Émile Zola: „Bogini zanurzona w rzece mleka ma wygląd rozkosznej loretki, ale nie z krwi i kości – to by było nieprzyzwoite – tylko z jakiejś białoróżowej masy migdałowej”. O samym zaś Cabanelu pisał, że „już w kotłosce owijany był klasycystyczne pieluchy” (zob. *Słuszna walka. Od Courbeta do impresjonistów. Antologia pism o sztuce*. Emil Zola, wyb. G. Picon, oprac. J.P. Bouillon, przekł. H. Morawska, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1982, s. 79).

<sup>48</sup> Zob. np. <https://www.artrenewal.org/Artist/Index/5> [dostęp: 30.01.2020] oraz R. Rosenblum, *Paintings in the Musée d'Orsay*, Stewart, Tabori & Chang, New York 1989, s. 38.

<sup>49</sup> Zob. np. B. van Hook, *Angels of Art. Women and Art in American Society, 1876-1914*, The Pennsylvania State University Press, University Park 1996, s. 28.

<sup>50</sup> Zob. np. J. Guze, op. cit., s. 47.

<sup>51</sup> Przykładem wystąpienia o wiele groźniejszej delimitacji był dokonany przez prawników niemieckich w pierwszej połowie XX w. podział na „prawdziwą sztukę” oraz twórczość, która takiego poziomu nie osiągnęła (zob. M.M. Bieczyński, *Kontratyp sztuki – ujęcie prawno-porównawcze*, w: F. Ciepiły (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Ordo Iuris, Warszawa 2014, s. 192).

<sup>52</sup> Zob. M.M. Bieczyński, *Od zakazu...*, op. cit., s. 274.

W zakresie rozpoznawanego tu zagadnienia nie ma jednak fundamentalnego znaczenia to, jakimi dokładnie kryteriami kierowało się jury i kto wchodził w jego skład oraz jakie były warunki konkursowe. Ważne jest natomiast to, że sztuka była oceniana i klasyfikowana, co przenosiło się na oceny formułowane chociażby w prawie.

Rewolucję w pojmowaniu artysty i jego roli w relacji do sztuki i społeczeństwa przyniósł ze sobą romantyzm, a później modernizm. Z dawnego rzemieślnika artysta stał się niezależnym twórcą, wolnym zarówno w doborze stosowanych technik, jak i w korelacji z odbiorcami i krytykami<sup>53</sup>. Egzemplifikacją tej przemiany są słowa Stanisława Przybyszewskiego z jego manifestu *Confiteor*:

Artysta odtwarza zatem życie duszy we wszystkich przejawach; nic go nie obchodzą ani prawa społeczne, ani etyczne, nie zna przypadkowych odgraniczeń, nazw i formułek, żadnych z tych koryt, odnóg i łożysk, w jakie społeczeństwo olbrzymi strumień duszy wepchnęło, go i osłabiło. [...] Artysta stoi ponad życiem, ponad światem, jest Panem Panów, niekietnany żadnym prawem, nieograniczany żadną siłą ludzką<sup>54</sup>.

Artysta to „ipse philosophus, daemon, Deus et omnia”<sup>55</sup>.

Pogłębienie refleksji o statusie artysty i sztuki dostarczają nam także niektórzy przedstawiciele awangardy. Najbardziej reprezentatywną wypowiedzią wydaje się być ta autorstwa Pabla Picassa, którą malarz dołączył do wywiadu, jakiego udzielił Simone Tery dla „Les Lettres françaises” 24 marca 1945 r.<sup>56</sup> Z uwagi na doniosłość tej konstatacji należy przytoczyć ją w całości:

Jak sądzicie, kim jest artysta? Półgłówkiem, który ma tylko oczy – jeśli jest malarzem, uszy – jeśli jest muzykiem, albo lirę na wszystkich szczeblach serca – jeśli jest poetą, albo tylko mięśnie – jeśli jest bokserem? Wręcz przeciwnie, jest równocześnie istotą polityczną, bez przerwy czujną na wydarzenia tego świata – rozdzierające, namiętne lub spokojne, istotą, która w swym całokształcie formuje się na ich podobieństwo. Czyż można pozostać obojętnym wobec życia innych? I na mocy jakiegoż to wygodnictwa miałyby się prawo zamykać w wieży z kości słoniowej i odrywać od życia, którym nas ludzie tak hojnie obdarzają? Nie, malarstwo nie jest po to, aby zdobić mieszkania. Jest narzędziem wojny, natarcia i obrony przed wrogiem<sup>57</sup>.

Dla Przybyszewskiego artysta jest bytem wyjątkowym, jednak ciągle trudno wskazać jednoznaczne kryterium, które odróżnia go od innych ludzi. Dla Picassa natomiast każdy artysta jest obywatelem, który ma wobec ludzi i świata określo-

<sup>53</sup> Zob. S. Ferrari, *Sztuka XX wieku*, Arkady, Warszawa 2002, s. 166.

<sup>54</sup> Zob. S. Przybyszewski, *Wybór pism*, oprac. R. Taborski, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1966, s. 142 i n.

<sup>55</sup> Zob. ibidem.

<sup>56</sup> Zob. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4745368r/f6.item.r=Tery> [dostęp: 30.01.2020].

<sup>57</sup> Zob. P. Picasso, *Kim jest artysta?*, przeł. E. Grabska, w: *Artyści o sztuce. Od van Gogha do Picassa*, oprac. E. Grabska, H. Morawska, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977, s. 546.

ne powinności<sup>58</sup>. Wydaje się wręcz, że z tego tytułu wolno mu więcej. Na czym jednak polega owa specyfika środków, za pomocą których artysta komunikuje społeczeństwu rzeczy ważne i alarmujące? Na to pytanie nie znajdujemy satysfakcjonującej odpowiedzi. Bez wątpienia jednak dla Picassa nie każdy obywatel jest artystą.

Niekiedy, zwłaszcza w literaturze anglosaskiej, wskazuje się, że artysta musi cieszyć się „dobrą reputacją”<sup>59</sup>. Tylko bowiem w takim przypadku będziemy mieli do czynienia z dziełem sztuki, które jest niezbędne dla zaistnienia tzw. kontratybu sztuki. Kryterium to jest wyjątkowo nietrafne. Bardzo wielu malarzy uznanych powszechnie za mistrzów reprezentowanego przez nich stylu nie stanowiło wzorców moralności. Wymownym przykładem jest tu postać Caravaggia, który pracując w Rzymie w latach 1592-1606, wiódł burzliwe i awanturnicze życie. Powodem jego ucieczki do Neapolu było nieumyślne spowodowanie śmierci, będące następstwem bójki z Ranuccio Tomassonim. Z kolei po przybyciu na Maltę Caravaggio został nadwornym malarzem wielkiego mistrza zakonu joannitów – Alofa de Wignacourt oraz rycerzem. Jednak w 1608 r. na skutek pobicia jednego z rycerzy zakonnych został wydalony ze wspólnoty i zmuszony do opuszczenia wyspy<sup>60</sup>.

Podsumowując tę część rozważań, przyznać należy, że nie jesteśmy w stanie precyzyjnie określić tego, kim jest artysta. Jasności nie uzyskujemy także co do tego, czy to artysta tworzy dzieło, czy też dzieło tworzy artystę. Zamarkowane wątpliwości sprawiają, że możliwą do obrony staje się teza, że podmiotem, który może powołać się na wskazaną, pozaustawową okoliczność, jest każdy człowiek.

Kolejną przesłanką tzw. kontratybu sztuki jest konieczność stwierdzenia, że praca, której twórcą jest artysta, jest dziełem sztuki<sup>61</sup>. Elementy składowe tworzące niniejszą przesłankę wydają się niezwykle egzotyczne. Nie należy jednak tracić z pola widzenia faktu, że zostały one sformułowane w orzecznictwie krajów anglosaskich w celu rozgraniczenia sztuki i pornografii<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Zob. np. J. Wowrzeczka, *Bycie artystką to bycie (obywatelką) w poprzek*, w: K. Sikorska (red.), *Antywzorce we współczesnej sztuce i kulturze wizualnej*, Galeria Miejska Arsenał, Poznań 2018, s. 97 i n.

<sup>59</sup> Zob. np. M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1977, s. 71 i n.

<sup>60</sup> Zob. np. J. Białostocki, *Caravaggio*, Wydawnictwo Sztuka, Warszawa 1955, s. 19 i n. oraz D. Seward, *Caravaggio. Awanturnik i geniusz*, Wydawnictwo Dolnośląskie, Wrocław 2003, s. 104-107 i 130-149.

<sup>61</sup> J. Stelmach podaje własne kryteria decydujące o tym, że dana rzecz jest dziełem sztuki, zaliczając do nich: warunek intencjonalności (co wyklucza przypadkowość), konieczność posiadania treści (sama idea czy założenie dziełem sztuki nie jest), zamknięcie kompozycyjne (dzieło musi od strony formy stanowić pewną całość), „interpretowalność” (czyli zdatność do jego oceny przy pomocy dyskursywnych metod), niepowtarzalność (która jednak nie jest tożsama z pojęciem nowości) oraz rozpoznawalność (zob. J. Stelmach, op. cit., s. 140-143).

<sup>62</sup> Zob. J. Piskorski, *Dekryminalizacja działalności artystycznej*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Wydawnictwo STO, Bielsko-Biała 2006, s. 252 oraz J. Sobczak, *Sztuka a pornografia*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018, nr 1, s. 35 i n.

O dziele sztuki<sup>63</sup> będziemy zatem mogli mówić, jeżeli składa się na nie kilka atrybutów: efekt estetyczny, zdrowy i zbawienny faktyczny efekt ogólny dzieła, szczerść inspiracji autora oraz porównywalność z innymi dziełami znajdującymi się w swobodnym obiegu<sup>64</sup>.

Pierwsze z zaproponowanych kryteriów, będące wyznacznikiem dzieła artystycznego, jest szczególnie niemiarodajne. Estetyka oznacza bowiem taki układ cech przedmiotu lub grupy przedmiotów, który nie kojarzy się z brzydotą, dysharmonią, niechlujstwem czy innymi negatywnymi odczuciami<sup>65</sup>. Tymczasem szeroko pojęta sztuka ubiegłego wieku w sposób zasadniczy przewartościowała większość pojęć z obszaru estetyki, które przez stulecia uchodziły za niezmiennie<sup>66</sup>, czego przykładem może być pojawienie się turpizmu<sup>67</sup> w literaturze. Bardziej symptoma-

<sup>63</sup> Warto odnotować, że nowe Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce z dnia 20 lipca 2018 r. (Dz.U. poz. 1668 ze zm.) absolutnie nie przybliżyła nas do zrozumienia, czym jest dzieło artystyczne/dzieło sztuki. Niewiele wnosi tu definicja twórczości artystycznej (art. 4 ust. 4), która wedle ustawodawcy jest „działalnością obejmującą działania twórcze w sztuce, której efektem jest stanowiące wkład w rozwój kultury dzieło artystyczne materialne lub niematerialne, w tym także artystyczne wykonanie”. Dalsze postanowienia ustawy również są dalekie od minimalnej precyzji – stopień doktora (art. 186 ust. 1 pkt 3c) można nadać osobie, która posiada w dorobku co najmniej „dzieło artystyczne o istotnym znaczeniu”. Przedmiotem zaś rozprawy doktorskiej (art. 187 ust. 2) ma być „oryginalne dokonanie artystyczne”. Natomiast tytuł profesora (art. 227 ust. 2) może być nadany osobie, która „posiada stopień doktora habilitowanego w zakresie sztuki oraz wybitne osiągnięcia artystyczne”.

<sup>64</sup> Zob. M. Filar, op. cit., s. 72. Zbliżone przesłanki zawiera zrekonstruowany przez Mateusza Marię Bieczyńskiego tzw. test Millera, za pomocą którego starano się rozstrzygnąć relację dwóch terminów: sztuki i pornografii. Jedynie bowiem dzieło o „znacznej społecznie doniosłości” (prezentujące „prawdziwą artystyczną wartość”) korzystało z ochrony prawnej, mimo że zawierało w sobie treści pornograficzne. Z prawdziwym dziełem sztuki mielibyśmy zatem do czynienia, jeśli spełnia następujące przesłanki: „stanowi ono istotny i oryginalny, nie zaś marginalny i zależny, wkład do sztuki”, „charakteryzuje się powagą, czyli stanowi odbicie «świętości» i «wzniosłości» sztuki wysokiej”, „towarzyszy mu poważny i szczerzy zamiar artysty, aby stworzył sztukę (nie zaś obsceniczność), niezależnie od tego, jak bardzo twórca jest skuteczny w realizacji tego celu” (zob. M.M. Bieczyński, *Sztuka i pornografia z punktu widzenia prawa – perspektywa historyczna*, w: M.M. Bieczyński, A. Jakubowski (red.), *Prawo wobec erotyki w sztuce oraz pornografii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu, Wydawnictwo Naukowe Silva Rerum, Poznań 2016, s. 62).

<sup>65</sup> Estetyka to także „nauka o pięknie zajmująca się badaniem wartości artystycznych oraz ocen estetycznych, dociekająca przyczyn ich kształtowania się oraz ustalająca kryteria ich wartości i ocen” (zob. M. Żelazny, *Estetyka filozoficzna*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2008, s. 17).

<sup>66</sup> Zob. J. Dąbrowski, *Czy artyści wolno więcej? O problemie swobody artystycznej wypowiedzi (rozważania z pogranicza prawa karnego i historii sztuki)*, w: D. Gizicka (red.), *Współczesne oblicza demokracji*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2010, s. 225; U. Ecco (red.), *Historia brzydoty*, Dom Wydawniczy Rebis, Poznań 2018, s. 271-311 oraz 365 i n.; R. Maciuszkiewicz, *Sprzeczności, niepokoje, interferencje – czyli zobaczyć sens sztuki*, w: M. Krakowiak, A. Dębska-Kossakowska (red.), *Zobaczyć sens. Studia o malarstwie, literaturze i życiu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2014, s. 132.

<sup>67</sup> Wśród docenionych przez krytykę dzieł turpistycznych są wiersze Charlesa Baudelaire'a (*Une charge* [Padlina]), Stanisława Grochowiaka (*Płonąca żyrafa, Ikar*) czy przypominanego ostatnio Andrzeja Bursy („Za darmo nie dostaniesz nic ładnego / zachód słońca jest za darmo / a więc nie jest piękny / ale żeby ryzykać w kłoczcie lokalu prima sorta / trzeba zapłacić za wódkę / ergo / klozet w tancbudzie jest piękny / a zachód słońca nie / a ja wam powiem że bujda / widziałem zachód słońca / i wychodek w nocnym lokalu / nie znajduję specjalnej różnicy” – zob. *Sylogizm prostacki*, w: A. Bursa, *Dzieła (prawie) wszystkie*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2018, s. 87).

tyczny okazał się jednak dadaizm, będący międzynarodowym ruchem artystycznym, którego twórcy doświadczywszy okropieństw I wojny światowej, zerwali całkowicie z wszelką tradycją, opowiadając się za pełną swobodą twórczą oraz propagując odrzucenie wszelkich dotychczasowych kanonów. Dadaści ośmieszali m.in. takie wartości, jak moralność, honor, ojczyzna czy religia<sup>68</sup>. Niejednokrotnie korzystali oni z prowokacji, perwersyjnego humoru, szyderstwa i naruszenia tabu, po to by wywołać skandal<sup>69</sup>. Kwintesencja rewolucji dadaistycznej zawiera się w słowach Kurta Schwittersa: „Wszystko, co artysta wypluje, jest sztuką”<sup>70</sup>. Nie może zatem dziwić, że przypadkowo znalezione przedmioty, w tym te będące w codziennym użytku, same w sobie stawały się dziełem sztuki (tzw. *ready-made*), ponieważ użycie ich w innym kontekście niż ten, do którego zostały stworzone, nadawało im odmienny sens<sup>71</sup>. Z tych założeń czerpał obficie, bujnie rozkwitający surrealizm. Salvador Dali tak pisał o tym, co tworzy:

moje rzeczy są antyartystyczne i bezpośrednie; potrafią ludzi wzruszyć i dają się natchmiast pojąć, bez najmniejszego technicznego przygotowania. (Albowiem właśnie przygotowanie artystyczne utrudnia ich zrozumienie). Nie są tu też potrzebne, tak jak w przypadku innego malarstwa, żadne wcześniejsze wyjaśnienia, wcześniejsze idee, uprzedzenia. Wystarczy, że ogląda się je nieskazonymi oczyma<sup>72</sup>.

Narodziny powyższych kierunków nie były jednak dla wielu krytyków czymś zaskakującym, bowiem u podstaw ich założeń leżał – niewidoczny na pierwszy rzut oka – problem o fundamentalnym znaczeniu. Na jego istotę celnie wskazuje Władysław Tatarkiewicz:

Starożytni zdawali sobie sprawę z tego, że oczy nasze deformują to, co widzą: człowiek czy koń, jakich widzimy, różnią się od rzeczywistego człowieka i konia. Powstało więc pytanie: jak ma sztuka przedstawiać człowieka i konia, jakimi są, czy jakimi ich widzimy?<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Zob. np. prace: O. Dix'a, takie jak *Pferdekadaver*, *Lustmord*, *Tote vor der Stellung bei Tahure* czy *Matrose und Mädchen (für Mutz)*, w: O. Peters (red.), *Otto Dix*, Prestel Verlag, Munich 2010, s. 68 i n., M. Duchampa – *L.H.O.O.Q.*, *Roue de bicyclette* oraz Man Ray'a – *La prière* (zob. J. Mundy (red.), *Duchamp. Man Ray. Picabia*, Tate Publishing, London 2008, s. 44 i n.).

<sup>69</sup> Zob. np. A. Kotula, P. Krakowski, *Malarstwo. Rzeźba. Architektura. Wybrane zagadnienia plastyki współczesnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972, s. 188 i n.

<sup>70</sup> „Alles, was der Künstler spuckt, ist Kunst” (zob. K. Schwitters, Merz, w: E. Lissitzky, H. Arp (red.), *Die Kunstisten*, Eugen Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich 1925, s. XI).

<sup>71</sup> Zob. G. Dziamski, *Szkice o nowej sztuce*, Młodzieżowa Agencja Wydawnicza, Warszawa 1984, s. 8-20. Współcześnie *ready-made* jest uważany za specyficzny model postrzegania i doświadczania rzeczywistości pozaartystycznej. Założenie to oparte jest na przekonaniu, że świat zastany może być traktowany jako zbiór, który składa się m.in. z „utajonych dzieł sztuki”, czyli takich zjawisk, które mają w sobie potencjał artystyczny lub swoją strukturą, prowokują takie odczytanie (zob. np. P. Milczarczyk, „Czy cały świat składa się z utajonych dzieł sztuki?” *Ready-made jako model doświadczania rzeczywistości pozaartystycznej*, „Sztuka i Filozofia/Art and Philosophy” 2018, nr 52, s. 161).

<sup>72</sup> S. Dali, *Rewolucja paranoiczno-krytyczna*, Książnica, Poznań 2014, s. 25.

<sup>73</sup> W. Tatarkiewicz, *Prawda w sztuce*, Biblioteka Narodowa, Warszawa 1976, s. 9.

Zawahania w udzieleniu odpowiedzi na tak postawione pytanie nie przejawiał Paul Klee, który stanowczo stwierdził, że: „Sztuka nie odtwarza rzeczy widzialnych, ale czyni je widzialnymi”<sup>74</sup>. Rację ma zatem Teresa Gardocka, uwytatniając, że piękno nie jest ogólną cechą charakterystyczną dzieła sztuki, gdyż może mieć ono do spełnienia cele inne niż zaprezentowanie (ocenianego nawet w tradycyjnym rozumieniu – arbitralnie) piękna<sup>75</sup>.

Krytyczną ocenę wyrazić należy również w odniesieniu do drugiego z zaproponowanych kryteriów („zdrowy i zbawienny faktyczny efekt ogólny dzieła”). Jest ono najbardziej wysyczone pierwiastkiem subiektywizmu. Każda bowiem próba formułowania dalszych precyzujących zmiennych okaże się niedorzeczna.

Z jednej strony, konsensusu nie uzyskuje się nawet co do tego, czy wyłącznie dzieła o tematyce religijnej wywołują zdrowy i zbawienny efekt. Niemożliwe okaże się ponadto wypracowanie obiektywnego probierza poziomu owego zakładanego „efektu”. Jak bowiem zmierzyć i ocenić wpływ na odbiorcę dzieł o identycznej tematyce, takich jak np. ikona Matki Boskiej Włodzimierskiej z drugiej połowy XII w. w zestawieniu z kubistyczną *Madonną* Tytusa Czyżewskiego ze zbiorów Muzeum Sztuki w Łodzi; albo *Pietę* Michała Anioła z *Pietą* Käthe Kollwitz czy *Ukrzyżowanie* z ołtarza z Isenheim autorstwa Matthiasa Grünewalda, powstałe w latach 1506-1515, z *Chrytusem na krzyżu* pędzla Carla Blocha z 1870 r.?

Z drugiej zaś strony, przeprowadzenie przekonującej obrony zbawiennego wpływu na odbiorcę takiego dzieła jak np. *L'Origine du monde*<sup>76</sup> Gustave'a Courbeta czy *Autumn Rhythm (Number 30)* Jacksona Pollocka wydaje się nierealne.

Zbieżne zapatrywanie odnosi się także do „porównywalności” dzieła sztuki. Treść tej przesłanki jest równie nieoczywista. Konfrontacja może zostać dokonana tylko w przypadku, kiedy dwa dzieła zostaną zaklasyfikowane do tego samego kierunku, a i to nie gwarantuje, że sformułowane wnioski okażą się prawidłowe, gdyż w ramach danego prądu artystycznego mogą występować różne jego etapy lub fazy<sup>77</sup>. Kryterium to nie sprawdzi się w przypadku dzieł nowatorskich<sup>78</sup> lub takich, które wymykają się tradycyjnym typologiom. Kłopoty pojawiają się także wówczas, kiedy artysta stworzył prace przynależne do różnych kierunków.

<sup>74</sup> „Die Kunst gibt nicht das Sichtbare wieder, sondern macht sichtbar” (zob. P. Klee, *Schöpferische Konfession*, w: K. Edschmid (red.), *Tribüne der Kunst und Zeit. Eine Schriftensammlung*, Erich Reiß Verlag, Berlin 1920, s. 28).

<sup>75</sup> Zob. T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyp sztuki?*, „Palestra” 2015, nr 1-2, s. 28.

<sup>76</sup> Obraz olejny namalowany na płótnie w 1866 r., przedstawia nagą kobietę, eksponując erekcję brodawki sutków, brzuch oraz strefę genitalną z zaczerwienionymi wargami sromowymi.

<sup>77</sup> Tak było chociażby w odniesieniu do kubizmu, gdzie wyróżnia się 4 jego fazy: prekubistyczną, kubizmu analitycznego, hermetycznego i syntetycznego (zob. np. M. Porębski, *Kubizm. Wprowadzenie do sztuki XX wieku*, Wydawnictwa Filmowe i Artystyczne, Warszawa 1986, s. 13 i n.).

<sup>78</sup> Zob. J.J. Nalewajko, R. Kubiak, op. cit., s. 38.

Scharakteryzowane powyżej konstytutywne składniki dzieła sztuki, choć nieostre dla karnisty, bezpośrednio korespondują z koncepcją teorii instytucjonalnej Arthura Danto<sup>79</sup>. Według tego autora, świat sztuki jest otwarty i niedookreślony. Sztuka współczesna unaocznia, że w przypadku dwóch wizualnie identycznych i zwyczajnych przedmiotów nie da się za pomocą zmysłów odróżnić, który z nich jest dziełem sztuki, a który nie. Nieuchronnie musi to prowadzić do odrzucenia probierza estetycznego. Danto wskazuje w związku z tym, że aby zobaczyć coś „jako sztukę”, niezbędny jest element, którego „oko nie może dostrzec”. Jest nim „atmosfera artystycznej teorii”, „wiedza na temat historii sztuki”, czyli – świat sztuki (*The Artworld*), który jako jedyny uprawomocnia poszczególne propozycje artystyczne. Zatem to kontekst kulturowy decyduje o tym, czy coś jest, czy nie jest dziełem sztuki<sup>80</sup>.

Trudno niestety te celne spostrzeżenia Danto przekuć na przesłanki normatywne, które tworzyłyby elementy ustawowego kontratybu sztuki. Jednakże jeśli pozostajemy w obszarze okoliczności pozaustawowych, odnotowane wypowiedzi powinny ułatwić sędziemu ustalenie, czy to, z czym ma do czynienia, jest dziełem sztuki, nawet jeśli *prima facie* na takie nie wygląda. Użyteczna może okazać się w tym przypadku opinia biegłego z zakresu historii sztuki lub kulturoznawstwa.

Ostatnią przesłanką tzw. kontratybu sztuki jest podjęcie przez sprawcę aktywności „w celu artystycznym”. W piśmiennictwie podnosi się, że występuje on wówczas, kiedy stworzenie dzieła motywowane jest chęcią przekazania idei, uczuć i przeżyć twórcy<sup>81</sup>. Rewolucja ponowoczesności sprawiła jednak, że w praktyce treść przekazu może być absolutnie dowolna. Na równi z miłością, braterstwem, Bogiem czy wolnością można propagować smutek, plugastwo, wyuzdanie, szkaradność czy nikczemność. Nawet w ocenie niemieckiego naturalisty Gerharta Hauptmanna sztuka jest „nieskończenie różnorodna. [Również] frywolne i najfrywolniejsze gałęzie [rodzące] trujące owoce, mają łączność z tym potężnym drzewem”<sup>82</sup>.

Zwolennikom omawianego tu kontratybu bliższe zapewne były założenia akademizmu dotyczące hierarchii tematów podejmowanych przez „prawdziwych” twórców. Od 1663 r. w malarstwie obowiązywała bowiem sztywna gradacja gatunków artystycznych: malarstwo historyczne, pejzaż, portret, malarstwo rodzajowe, martwa natura. Malarz, podobnie jak poeta, powinien wyrażać ogólne prawdy i

<sup>79</sup> Teoria ta została przedstawiona w artykule A.C. Danto, *The Artworld*, „Journal of Philosophy”, 1964, vol. 61, nr 19, s. 571-584. Polskie tłumaczenie: A.C. Danto, *Świat sztuki. Pisma z filozofii sztuki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2006.

<sup>80</sup> Zob. A. Bandura, *Nie ma ucieczki od instytucji*, „Dyskurs. Pismo Naukowo-Artystyczne ASP we Wrocławiu” 2013, nr 16, s. 311; J. Dąbrowski, A. Demenko, *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 r. Aspekty prawne*, t. 1, Fundacja Kultura Miejsca, Warszawa 2014, s. 61 i n.; A. Szumańska, *Główne podmioty świata sztuki. Refleksje na temat roli kuratora*, „Kultura i Społeczeństwo” 2013, nr 4, s. 167 i n.

<sup>81</sup> Zob. J.J. Nalewajko, R. Kubiak, op. cit., s. 37.

<sup>82</sup> G. Hauptmann, *Sztuka jest religią*, przeł. C. Lipiński, w: *Sztuka a religia – debaty niemieckie od XVI do XXI wieku*, wyb. i oprac. C. Lipiński, M. Wojtczak, Wydawnictwo Nauka i Innowacje, Poznań 2018, s. 269.



przedstawiać je przez tematy powszechnie znane, zaczerpnięte z Pisma Świętego i klasyków grecko-rzymskich<sup>83</sup>. Zaprezentowane założenia nie są jednak współcześnie uznane za wiodące.

Nie można uznać za składnik „celu artystycznego” wymogu, by dzieło miało zaspokajać potrzeby intelektualne, kulturalne i estetyczne społeczeństwa<sup>84</sup>. Sztuka współczesna owszem jest szczególnym rodzajem porozumienia z odbiorcą, ale nie pragnie ona konsensusu i nie oczekuje jego zgody. Jej wejście do społecznego obiegu odbywa się „drogą opozycji” połączonej z walką o pozycję i znaczenie<sup>85</sup>. Na dodatek brak odbiorcy wcale nie musi odbierać dziełu przymiotu „artystycznego”.

Poważną barierą dla wypełnienia rzeczowej przesłanki jest wymóg, aby zamierzonego przez twórcę celu nie można było osiągnąć w inny sposób niż przez niedochowanie wierności normie sankcjonowanej, polegające na poświęceniu dobra innej osoby<sup>86</sup>. Przekreślenie możliwości faktycznego skorzystania z badanej instytucji zawiera się w sposobności powstrzymania się przez artystę od tworzenia i upubliczniania swoich dzieł. Nie w każdym przypadku będzie to bowiem społecznie opłacalne i pożądane<sup>87</sup>.

Podstawowa trudność tkwi także w określeniu wartości kolidujących ze sobą dóbr. W odniesieniu do wartości indywidualnych nie ma zgody co do tego, które z nich zawsze uzyskują pełną ochronę<sup>88</sup>, a które otrzymują *garde du corps* jedynie po spełnieniu dalszych warunków<sup>89</sup>. Brak zadowalających rezultatów ujawnia się również w sytuacji kolizji wolności artystycznej z dobrem społecznym (np. bezpieczeństwem publicznym). Obiektywne zaszeregowanie dóbr w konkretnym przypadku,

<sup>83</sup> Zob. M. Poprzęcka, op. cit., s. 49 i n.

<sup>84</sup> Zob. J.J. Nalewajko, R. Kubiak, op. cit., s. 37.

<sup>85</sup> Zob. J. Karbowniczek, *Kłopoty z sensem. Od sensu życia do sensu sztuki*, w: M. Krakowiak, A. Dębska-Kosakowska (red.), *Zobaczyć sens...*, op. cit., s. 17.

<sup>86</sup> Zob. np. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, w: M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 243.

<sup>87</sup> Niewiele wnosi do dyskursu uwaga, że „Artysta, podobnie jak każdy inny człowiek, jest także zobowiązany sprawować samokontrolę nad swoją ekspresją publiczną, tak aby nie naruszać praw lub wolności innych osób” (M. Królikowski, K. Szczucki, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1-86*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1680).

<sup>88</sup> Takimi dobrami wydają się być: bezpieczeństwo państwa, życie i zdrowie człowieka, jego mienie czy wolność seksualna.

<sup>89</sup> Do tej kategorii zaliczyć można np. cześć funkcjonariusza publicznego, nietykność cielesną, obyczajność czy przekonania religijne. Zaobserwować można jednak sprzeciw wobec usprawiedliwiania naruszenia uczuć religijnych kontratypem sztuki z uwagi na brak istnienia wystarczająco doniosłych powodów, które miałyby uzasadnić realizację znamion czynu zabronionego z art. 196 Kodeksu karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.). Zob. S. Dziwisz, *Odpowiedzialność karna artysty za przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Rocznik Nauk Prawnych KUL” 2017, nr 1, s. 7 i n.; K. Burdziak, *Czy art. 196 Kodeksu karnego w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej?*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2018, nr 1, s. 134 i n.

jako mniejszej lub większej wartości, jest zabiegiem niezwykle trudnym. Jedynie sytuacje rażącej dysproporcji dóbr nie budzą wątpliwości<sup>90</sup>.

Zwolennicy pozaustawowego kontratybu sztuki nie udzielają ponadto satysfakcjonującej odpowiedzi na pytanie, jakiemu większemu złu ma zapobiec publikacja dzieła artysty. Czy znieczulica społeczna albo obniżenie poziomu intelektualnego wśród ludzi są wystarczającym powodem usprawiedliwienia naruszenia innego dobra prawnego?

Ostatecznie w konkretnym przypadku cel artystyczny może spowodować zdekompilowanie strony podmiotowej czynu zabronionego<sup>91</sup>. Nie jest to zatem element wtórnej legalności.

## Wnioski

Próbując dokonać podsumowania niniejszych rozważań, stwierdzić należy, że konstrukcja tzw. kontratybu sztuki nie wydaje się stanowić szczególnie użytecznego narzędzia, z którego mógłby skorzystać sędzia wyrokujący w obszarze odpowiedzialności karnej. Podstawowa dysfunkcja przesłanek tego kontratybu tkwi w próbie ich obiektywizacji i generalizacji, która nie może być oceniona inaczej niż jako niesatysfakcjonująca. Co więcej, separacja poszczególnych warunków decydujących o usprawiedliwieniu zachowania sprawcy prowadzić może do absurdalnych rezultatów. W konsekwencji otrzymujemy katalog przesłanek, które nie są ze sobą kompatybilne, a w niektórych przypadkach wzajemnie się wykluczają. Jeśli nawet zostałyby one spełnione łącznie, to z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością dzieło, z którym mielibyśmy do czynienia, miałoby charakter synkretyczny<sup>92</sup>, a tego rodzaju sztuka zapewne oceniona zostałaby jako nienowatorska, nieoryginalna i wtórna.

Analizowany kontratyp nie radzi sobie z trudnościami, jakie wygenerowane zostały z chwilą pojawienia się modernizmu, awangardy, o tzw. sztuce ponowoczesnej nie wspominając<sup>93</sup>. Tymczasem to właśnie z oceną dzieł przynależnych do wskazanych uprzednio nurtów najczęściej muszą mierzyć się instancje sądownicze. Kontratyp ten nie dostarcza obiektywnych kryteriów usprawiedliwiających tzw. trudne przypadki (*hard cases*), a dla przypadków łatwych (*easy cases*) jest on całkowicie zbędny, gdyż te w znakomitej większości nie generują bezprawia.

<sup>90</sup> Zob. T. Gardocka, op. cit., s. 26.

<sup>91</sup> Zob. np. J. Dąbrowski, *Immunitet sztuki - analiza krytyczna*, w: Bieczyński M.M., Dąbrowski J., Demenko A., Nalewajko P., Turczyńska D., (red.), *Wolność sztuki w Polsce i w Niemczech w świetle prawa konstytucyjnego i karnego*, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej, Warszawa 2012, s. 46.

<sup>92</sup> Zob. J. Sobczak, *Wolność sztuki, twórczości artystycznej i satyry. Czy istnieje kontratyp sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, w: J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania - nowe rozwiązania*, t. 3, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2014, s. 368 i n.

<sup>93</sup> Sygnalizowane problemy spotęgują się w odniesieniu do form artystycznych, charakterystycznych dla neoawangardy czy akcjonizmu wiedeńskiego, takich jak np. improwizacje czy happeningi.

Wskazane wymogi niezbędne dla wyłączenia bezprawności skrojone są idealnie pod dzieła tworzone w duchu akademizmu. Te jednak zazwyczaj nie naruszają żadnej normy sankcjonowanej. Oczywiście historia zna i takie przypadki, w których podsądnymi okazywali się nawet najwybitniejsi malarze doby włoskiego renesansu. Najczęściej przywoływanym przykładem jest postępowanie przeciwko Paolo Veronese wytoczone przed Trybunałem Inkwizycyjnym za przejawy heterodoksji w obrazie *Ostatnia wieczerza*<sup>94</sup>. Wydaje się jednak, że to właśnie przedstawiciele antysztuki – dadaści<sup>95</sup> oraz reprezentanci tzw. sztuki krytycznej na trwale rozbudzi-li współczesną, prawnokarną refleksję wymiaru sprawiedliwości na temat granic wolności wypowiedzi artystycznej.

Normatywizacja podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej w odniesieniu do działalności artystycznej jest zabiegiem, który nie przynosi pokładanych w nim nadziei. W piśmiennictwie podjęto próbę skonstruowania karnoprawnego usprawiedliwienia działalności twórczej, bazując na konstrukcji stanu wyższej konieczności<sup>96</sup>. Słabością tej propozycji jest brak namiastki kryterium pozwalającego rozstrzygnąć wartość kolidujących ze sobą dóbr. Nie wydaje się, żeby takim weryfikatorem mogły okazać się „zasady współżycia społecznego”, „obrona moralności publicznej” czy (znana skądinąd polskiemu prawu karnemu) „obrona społecznie uzasadnionego interesu”<sup>97</sup>. Mankamentów wykładniczych dostarcza także konieczność odkodowania „celu artystycznego”, o czym była już wcześniej mowa.

Pomimo odium krytyki, jaka obciąża pozaustawowy kontratyp sztuki, ostatecznie przyjąć należy, że jest on potrzebny zarówno praktyce, jak i dogmatyce prawa karnego, a dotychczasowa dyskusja doktrynalna stanowi dobry punkt wyjścia, w którym zidentyfikowane zostały niewralgiczne zagadnienia sporne. I choć nie sposób nie dostrzec ewidentnych zalet ustawowych okoliczności wyłączających byt przestępstwa<sup>98</sup>, to jednak sztuka jest tym fenomenem, który wymyka się wszelkim obiektywnym ludzkim ocenom, co uniemożliwia stworzenie uniwersalnych reguł ją formujących. Już dawno Karol Estreicher słusznie zauważył, że

<sup>94</sup> Ostatecznie obraz nosi tytuł *Uczta w domu Lewiego* (zob. *Przesłuchanie Paolo Veronese*, w: *Teoretycy, pisarze i artyści o sztuce. 1500-1600*, wyb. i oprac. J. Białostocki, Wydawnictwo Słowo/Obraz terytoria, Gdańsk 2007, s. 316 i n.).

<sup>95</sup> Zob. np. B. Becker, «Gegen Grosz und Genossen» – *Der Gotteslästerungsprozess gegen George Grosz*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, nr 9, s. 559 i n.

<sup>96</sup> Zob. np. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op. cit., s. 246 i n.

<sup>97</sup> Mankamenty ostatniego z pojęć celnie scharakteryzował W. Kulesza, *Zniewaga i zniśławienie. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1984, s. 65-73.

<sup>98</sup> Zob. J. Hanc, O. Sitarz, *Przestępstwo znieważenia zwłok (aspekty dogmatyczne i praktyczne)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, nr 2, s. 76 i n.

Nie ma właściwie obiektywnych praw tworzenia, a jeżeli zostaną przyjęte, to nie wychodzą sztuce na korzyść. Albo zaczyna się sztywne powtarzanie recept (klasycyzm), albo potępienie odstępców. Tylko sądy subiektywne istnieją w sztuce naprawdę<sup>99</sup>.

Kontratybu działalności artystycznej nie da się uchwycić w ramy normatywne, a próby, które były podejmowane do tej pory, są niezadowolające, gdyż dostarczają kryteriów, które są wysoce ocenne. Pamiętać przy tym jednak należy, że sam fakt, iż dana regulacja jest zawarta w akcie prawa powszechnie obowiązującego (ma charakter spisany), nie oznacza jeszcze, że postulaty zasady *nullum crimen sine lege* zostały zrealizowane<sup>100</sup>.

Skodyfikowany kontratyb sztuki byłby po prostu tytułową „sztuką dla sztuki”. Tak jak tzw. sztuka czysta, pozbawiona być miała jakichkolwiek celów dydaktycznych, politycznych czy moralnych, skupiając się wyłącznie na celach estetycznych, tak znormatywizowany kontratyb sztuki realizowałby tylko jeden cel – byłby spisana okolicznością wyłączającą bezprawność, którą wydobyto z rzeczywistości pozanormatywnej, a zatem byłby on jedynie ustawowym potwierdzeniem własnego istnienia.

Twórczość artystyczna jest bezsprzecznie formą komunikacji<sup>101</sup>, zaś sam artysta, będący jednocześnie obywatelem, wyraża poprzez swoje dzieła własne poglądy na otaczający go świat i jego fenomeny. Wydaje się zatem, że tzw. kontratyb sztuki wykazuje pewne podobieństwo do kontratybu prawa do krytyki oraz regulacji normatywnych i wypowiedzi orzeczniczych odnoszących się do wolności słowa i ekspresji poglądów. Niekiedy jednak zdecydowanie bliżej mu do nieposłuszeństwa obywatelskiego<sup>102</sup>. Nie można przy tym wykluczyć, że przynależność do jednej lub drugiej kategorii normatywnej jest uwarunkowana kazuistycznie.

Artysta tworząc transgresywne dzieło, przełamuje przyjęte konwencje społeczne i moralne oraz prowokuje lub inspiruje do poszukiwania czegoś nowego. Trudno jednak obecnie zaakceptować brak w przestrzeni publicznej dzieł budzących emocje, szokujących, niekiedy obrażających, kosztem tych prac, które są neutralne, nieszkodliwe czy przychylnie przyjęte przez krytykę<sup>103</sup>.

Powyższe konstatacje pokazują dobitnie, że sztuka jest wyjątkowo istotnym składnikiem każdej cywilizacji, domagającym się prawnokarnej ochrony nawet w sytuacji niemożności zwerbalizowania okoliczności usprawiedliwiających naruszenie normy sankcjonowanej.

<sup>99</sup> K. Estreicher, *Historia sztuki w zarysie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Kraków 1984, s. 15.

<sup>100</sup> Dobrym unaocznieniem tego jest choćby art. 111 ustęp 4 francuskiego Kodeksu karnego, stanowiący o tym, że prawo karne podlega ścisłej interpretacji – „La loi pénale est d'interprétation stricte”.

<sup>101</sup> Zob. F. Ciepły, *O kontratybie sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10, s. 28.

<sup>102</sup> Ograniczone ramy niniejszego opracowania nie pozwalają jednak na szersze omówienie dostrzeżonych dystynkcji.

<sup>103</sup> Zob. M. Florczak-Wątor, *W poszukiwaniu optymalnego modelu rozstrzygnięcia kolizji wolności sztuki i religii*, w: A. Biłgorajski (red.), *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna. Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 48.

Wynotowane spostrzeżenia prowadzą także nieuchronnie do wniosku, że prawo karne wytycza granice wolności twórczości artystycznej, a sędzia rozpoznający konkretny przypadek staje się poniekąd krytykiem sztuki, nie mając do tego żadnego przygotowania. Jest to jednak sytuacja konieczna, gdyż każdy przypadek podlega indywidualizowanym ocenom i nie jest unieruchomiony ustawowymi kryteriami, które stwarzać mogą jedynie pozór obiektywizmu, zwalniający od pogłębionej refleksji.

*De lege ferenda* wskazane jest: albo skorzystać z dotychczasowych propozycji doktrynalnych tyjących tzw. kontratypu sztuki, albo je odrzucić i spróbować zastosować dostępne instrumentarium dogmatyki prawa karnego. Czy jednak ten drugi sposób uadekwatniania normy sankcjonowanej okaże się bardziej pomocny i przekonujący – to już odrębna kwestia. Nie wszystkie bowiem zabiegi mieszczące się w tym obszarze mają swoją normatywną podstawę, jak choćby koncepcja dobra prawnego.

Niewątpliwie odwołanie się do konstrukcji pozaustawowego kontratypu zmusza po części sędziego do ujawnienia jego preferencji aksjologicznych w sytuacji, w której nie uczynił tego ustawodawca. Z kolei narzędziom skonstruowanym przez naukę prawa karnego przypisuje się ogromny potencjał porządkujący. Jednakże bez analizy ustawowych znamion konkretnego typu czynu zabronionego, w konfrontacji z dokonaniem, faktycznym zachowaniem sprawcy, nie da się abstrakcyjnie przesądzić możliwości ich zrealizowania lub niezrealizowania. Tym samym nie jest uprawnione definitywne odrzucanie ewentualności, odwołania się do konstrukcji kontratypów pozaustawowych, kiedy dojdzie do wypełnienia kompletu ustawowych znamion.

## Bibliografia

- Bandura A., *Nie ma ucieczki od instytucji*, „Dyskurs. Pismo Naukowo-Artystyczne ASP we Wrocławiu” 2013, nr 16.
- Becker B., «Gegen Grosz und Genossen» – *Der Gotteslästerungsprozess gegen George Grosz*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, nr 9.
- Białostocki J., *Caravaggio*, Wydawnictwo Sztuka, Warszawa 1955.
- Bieczyński M.M., *Kontratyp sztuki – ujęcie prawno-porównawcze*, w: F. Ciepty (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Ordo Iuris, Warszawa 2014.
- Bieczyński M.M., *Od zakazu do wolności. Historia prawnej pozytywizacji wolności sztuki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu, Wydawnictwo Naukowe Silva Rerum, Poznań 2017.
- Bieczyński M.M., *Sztuka i pornografia z punktu widzenia prawa – perspektywa historyczna*, w: M.M. Bieczyński, A. Jakubowski (red.), *Prawo wobec erotyki w sztuce oraz pornografii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Artystycznego w Poznaniu, Wydawnictwo Naukowe Silva Rerum, Poznań 2016.
- Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2.

- Brzozowski P., *Podstawa prawna odmowy wszczęcia (umorzenia) postępowania karnego w sytuacji wystąpienia pozaustawowego kontrotypu*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Acta Iuris Stetinesis” 2014, nr 8.
- Brzozowski P., *Pozaustawowe kontratyby – zarys problematyki*, „Studia Prawnicze PAN” 2013, nr 4.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, w: M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Wolters Kluwer, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006.
- Burdziak K., *Czy art. 196 Kodeksu karnego w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej?*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2018, nr 1.
- Bursa A., *Dzieła (prawie) wszystkie*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2018.
- Cieplý F., *O kontratybie sztuki*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys ujęcia systemowego*, Państwowe Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990.
- Dali S., *Revolucja paranoiczno-krytyczna*, Książnica, Poznań 2014.
- Danto A.C., *Świat sztuki. Pisma z filozofii sztuki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2006.
- Danto A.C., *The Artworld*, „Journal of Philosophy”, 1964, vol. 61, nr 19.
- Dąbrowski J., *Czy artyście wolno więcej? O problemie swobody artystycznej wypowiedzi (rozważania z pogranicza prawa karnego i historii sztuki)*, w: D. Gizicka (red.), *Współczesne oblicza demokracji*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2010.
- Dąbrowski J., Demenko A., *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 r. Aspekty prawne*, t. 1, Fundacja Kultura Miejsca, Warszawa 2014.
- Dąbrowski J., *Immunitet sztuki – analiza krytyczna*, w: Bieczyński M.M., Dąbrowski J., Demenko A., Nalewajko P., Turczyńska D., (red.), *Wolność sztuki w Polsce i w Niemczech w świetle prawa konstytucyjnego i karnego*, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej, Warszawa 2012.
- Dziamski G., *Szkice o nowej sztuce*, Młodzieżowa Agencja Wydawnicza, Warszawa 1984.
- Dziwisz S., *Odpowiedzialność karna artysty za przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Rocznik Nauk Prawnych KUL” 2017, nr 1.
- Ecco U. (red.), *Historia brzydoty*, Dom Wydawniczy Rebis, Poznań 2018.
- Estreicher K., *Historia sztuki w zarysie*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Kraków 1984.
- Ferrari S., *Sztuka XX wieku*, Arkady, Warszawa 2002.
- Filar M., *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1977.
- Florczak-Wątor M., *W poszukiwaniu optymalnego modelu rozstrzygnięcia kolizji wolności sztuki i religii*, w: A. Biłgorajski (red.), *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna. Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Gardocka T., *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyb sztuki?*, „Palestra” 2015, nr 1-2.
- Grudecki M., *Tak zwane kontratyby pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym*, „Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia” 2018, nr 3.
- Guze J., *Impresjoniści*, Wydawnictwo Wiedza Powszechna, Warszawa 1986.

- Hanc J., Sitarz O., *Przestępstwo znieważenia zwłok (aspekty dogmatyczne i praktyczne)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, nr 2.
- Hauptmann G., *Sztuka jest religią*, przeł. C. Lipiński, w: *Sztuka a religia – debaty niemieckie od XVI do XXI wieku*, wyb. i oprac. C. Lipiński, M. Wojtczak, Wydawnictwo Nauka i Innowacje, Poznań 2018.
- Hook B. van, *Angels of Art. Women and Art in American Society, 1876-1914*, The Pennsylvania State University Press, University Park 1996.
- <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4745368r/f6.item.r=Tery> [dostęp: 30.01.2020].
- <https://www.artrenewal.org/Artist/Index/5> [dostęp: 30.01.2020].
- <https://www.britannica.com/art/Salon-French-art-exhibition> [dostęp: 30.01.2020].
- Jędrzejewski Z., „Nullum crimen sine lege” i kontratypy a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności), „Ius Novum” 2011, nr 1.
- Karbowniczek J., *Kłopoty z sensem. Od sensu życia do sensu sztuki*, w: M. Krakowiak, A. Dębska-Kossakowska (red.), *Zobaczyć sens. Studia o malarstwie, literaturze i życiu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2014.
- Kauschnitz M.L., *Courbet. Nie ułuda, lecz prawda*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1981.
- Klee P., *Schöpferische Konfession*, w: K. Edschmid (red.), *Tribüne der Kunst und Zeit. Eine Schriftensammlung*, Erich Reiß Verlag, Berlin 1920.
- Kluza J., Sączek K., *Przepisy karne w kulturze masowej a kontratyp sztuki, czyli gdzie leży granica między sztuką a pornografią?*, „Rynek–Społeczeństwo–Kultura. Numer specjalny” 2017, nr 26.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 438.
- Kotula A., Krakowski P., *Malarstwo. Rzeźba. Architektura. Wybrane zagadnienia plastyki współczesnej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972.
- Królikowski M., Szczucki K., w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, t. 1: Komentarz do art. 1-86*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Kulesza W., *Zniewaga i zniesławienie. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1984.
- Maciuszkiewicz R., *Sprzeczności, niepokoje, interferencje – czyli zobaczyć sens sztuki*, w: M. Krakowiak, A. Dębska-Kossakowska (red.), *Zobaczyć sens. Studia o malarstwie, literaturze i życiu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2014.
- Majewski J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Małecki M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r., III KK 274/14*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2016, nr 10.
- Milczarczyk P., „Czy cały świat składa się z utajonych dzieł sztuki?” *Ready-made jako model doświadczenia rzeczywistości pozaartystycznej*, „Sztuka i Filozofia/Art and Philosophy” 2018, nr 52.
- Mundy J. (red.), *Duchamp. Man Ray. Picabia*, Tate Publishing, London 2008.
- Nalewajko J.J., Kubiak R., *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9-10.
- Noll P., *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel.

- Petasz P., *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 marca 2015 r., III KK 274/14*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, nr 2.
- Peters O. (red.), *Otto Dix*, Prestel Verlag, Munich 2010,
- Picasso P., *Kim jest artysta?*, przeł. E. Grabska, w: *Artyści o sztuce. Od van Gogha do Picassa*, oprac. E. Grabska, H. Morawska, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1977.
- Piskorski J., *Dekryminalizacja działalności artystycznej*, w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Wydawnictwo STO, Bielsko-Biała 2006.
- Plebanek E., *Materialne określenie przestępstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Poprzęcka M., *Akademizm*, Wydawnictwa Artystyczne i Filmowe, Warszawa 1989.
- Porębski M., *Kubizm. Wprowadzenie do sztuki XX wieku*, Wydawnictwa Filmowe i Artystyczne, Warszawa 1986.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt III KK 274/14, LEX nr 1734689.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. akt V KK 158/07, LEX nr 370044.
- Przesłuchanie Paolo Veronese*, w: *Teoretycy, pisarze i artyści o sztuce. 1500-1600*, wyb. i oprac. J. Białostocki, Wydawnictwo Słowo/Obraz terytoria, Gdańsk 2007.
- Przybyszewski S., *Wybór pism*, oprac. R. Taborski, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1966.
- Rosenblum R., *Paintings in the Musée d'Orsay*, Stewart, Tabori & Chang, New York 1989.
- Schwitters K., *Merz*, w: E. Lissitzky, H. Arp (red.), *Die Kunstismen*, Eugen Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich 1925.
- Seward D., *Caravaggio. Awanturnik i geniusz*, Wydawnictwo Dolnośląskie, Wrocław 2003.
- Sitarz O., w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Słuszna walka. Od Courbeta do impresjonistów. Antologia pism o sztuce. Emil Zola*, wyb. G. Picon, oprac. J.P. Bouillon, przekł. H. Morawska, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1982.
- Sobczak J., *Sztuka a pornografia*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018, nr 1.
- Sobczak J., *Wolność sztuki, twórczości artystycznej i satyry. Czy istnieje kontratyb sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, w: J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 3, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2014.
- Stelmach J., *Uporczywe upodobanie. Zapiski kolekcjonera*, Wydawnictwo BOSZ, Wolters Kluwer, Olszanica-Warszawa 2013.
- Szymańska A., *Główne podmioty świata sztuki. Refleksje na temat roli kuratora*, „Kultura i Społeczeństwo” 2013, nr 4.
- Tatarkiewicz W., *Prawda w sztuce*, Biblioteka Narodowa, Warszawa 1976.
- The Oxford Dictionary of art*, I. Chilvers, H. Osborne (red.), Oxford University Press, Oxford-New York 2001.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 13 poz. 94.



Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, Dz. U. poz. 1668 ze zm.

Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół artykułu 196 kodeksu karnego*, w: L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005.

Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Warylewski J., w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 1: Komentarz do artykułów 117-221*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

Wolter W., *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna. Ustawa karna i przestępstwo na tle Kodeksu Karnego z 1932 r. Kodeksu Karnego Wojska Polskiego z 1944 r. oraz Dekretów od 1944 do 1946 r.*, Wydawnictwo Gebethner i Wolff, Warszawa 1947.

Wowrzeczka J., *Bycie artystką to bycie (obywatelką) w poprzek*, w: K. Sikorska (red.), *Antywzorce we współczesnej sztuce i kulturze wizualnej*, Galeria Miejska Arsenał, Poznań 2018.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2014.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt IV KK 173/10, LEX nr 667510.

Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982.

Zoll A., *Pozaustawowe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, w: L. Leszczyński i in. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005.

Zoll A., w: W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1: Komentarz do art. 1-52*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Zoll A., *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego*, w: S. Waltoś i in. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1993.

Żelazny M., *Estetyka filozoficzna*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2008.