

Mariusz Kusion

## Działalność artystyczna a ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu

### 1. Wprowadzenie

Ustalenie stopnia społecznej szkodliwości czynu jest niezbędne w każdym przypadku badania odpowiedzialności karnej. Stosownie do art. 1 § 2 k.k. dopiero wyższy niż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu stanowi warunek konieczny do uznania danego czynu za przestępstwo (reguła *nullum crimen sine damno sociali magis quam minimo*). Natomiast w art. 115 § 2 k.k. wymieniono faktory, które należy brać pod uwagę przy badaniu stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu. W tym kodeksowym katalogu nie figuruje przesłanka działalności artystycznej.

Wspomniany art. 1 § 2 k.k., oprócz wyrażenia jednej z fundamentalnych zasad prawa karnego, zdaniem części autorów stanowi także podstawę do tworzenia kontratypów pozaustawowych, w tym kontratypu sztuki. Zagadnienie to budzi spory w literaturze zarówno co do podstawy prawnej stosowania wskazanych kontratypów, jak również sformułowania ich przesłanek<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Za przyjęciem kontratypów pozaustawowych opowiedzieli się m.in.: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom 1 (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 27; M. Kulik, A. Wąsek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014, komentarz do art. 1 k.k., t. 13; T. Bojarski, *Spoleczna szkodliwosc czynu i wina w projekcie kodeksu karnego*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Prof. M. Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 73; J.J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okolicznosc wyłaczajaca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9–10, s. 31 i n.; J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 377 i n.; M. Filar, *Sztuka a zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 144. Już w 1947 r. Władysław Wolter upatrywał w prawidłowym rozumieniu społecznej szkodliwości m.in. wytlumaczenie

Kwestia zwolnienia z odpowiedzialności prawnokarnej artystów nie powinna być rozpatrywana jedynie z perspektywy pozaustawowego kontraktypu sztuki po pierwsze z powodu bardzo niejednorodnych poglądów względem tej konstrukcji prawnej; po drugie, wobec nieskodyfikowania kontraktypu sztuki wydaje się zasadne odwołanie się w pierwszej kolejności do przepisów Kodeksu karnego, zgodnie z którymi w danym stanie faktycznym mogą wystąpić okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną sprawcy, takie jak brak znamion czynu zabronionego, brak winy<sup>2</sup> czy właśnie znikoma społeczna szkodliwość czynu. Zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze nie ulega wątpliwości, iż wolność nie ma charakteru absolutnego, a więc może być poddawana koniecznym ograniczeniom<sup>3</sup>. Dotyczy to także wolności sztuki i ustanawiania jej ograniczeń w przepisach prawa karnego, które opisują określone typy zachowań jako czyny bezprawne. W niniejszym artykule nie rozstrzyga się kontrowersji związanych z pozaustawowym kontraktypem sztuki, lecz niezależnie od tych zagadnień podejmuje się próbę zbadania, czy fakt popełnienia czynu zabronionego w ramach działalności artystycznej może wywierać wpływ na ocenę stopnia społecznej szkodliwości takiego czynu.

Działalność artystyczna stanowi niewątpliwie doniosłą sferę życia. Z czysto jurydycznej perspektywy świadczy o tym choćby to, że różne aspekty takiej aktywności są regulowane w rozlicznych aktach prawnych, porządkujących odległe od siebie elementy rzeczywistości społecznej. Już w obecnie obowiązującej Konstytucji RP stwierdzono wprost, że każdemu przysługuje wolność twórczości artystycznej (art. 73). Twórczość taka jest dobrem osobistym i podlega ochronie cywilnoprawnej na podstawie art. 23 Kodeksu cywilnego. Jednym z zadań publicznej radiofonii i telewizji jest

---

dla istnienia kontraktypów (W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego*, Warszawa 1947, s. 124 i n.). Istnienie kontraktypów pozaustawowych zakwestionowali m.in.: A. Zoll, *W sprawie kontraktypu*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 4, s. 108 i n.; M. Bieczyński, *Prawne granice wolności artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, *passim*; J. Dąbrowski, A. Demenko, *Cenzura w sztuce polskiej po 1989 roku. Tom 1. Aspekty prawne*, Warszawa 2014, *passim*; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 345–347; M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom 1. Komentarz do art. 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2014, s. 171 i n.; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 168.

<sup>2</sup> Niektórzy autorzy uważają sztukę nie za kontraktyp, lecz okoliczność wyłączającą winę. Zob. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, w: *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 244–245.

<sup>3</sup> Zob. J. Sobczak, w: *Karta Praw Podstawowych. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 536.

popieranie twórczości artystycznej i literackiej<sup>4</sup>. Szkolnictwo artystyczne stanowi w Polsce wyodrębniony dział systemu oświaty<sup>5</sup>, a system szkolnictwa wyższego obejmuje m.in. uczelnie artystyczne<sup>6</sup>.

Z kolei właściwe pojmowanie pojęcia społecznej szkodliwości czynu ma duże znaczenie z uwagi na jego funkcje<sup>7</sup>; tym bardziej, że termin ten nie posiada definicji legalnej, a – jak stwierdził Adam Strzembosz<sup>8</sup> – stanowi typową klauzulę generalną.

Pojęcia tak nieostre jak społeczna szkodliwość czynu wymagają ze swej natury dogmatycznej analizy precyzującej ich treść choćby w określonym zakresie, w tym w kontekście działalności artystycznej, która niejednokrotnie może przybierać formy co najmniej niejednoznaczne z punktu widzenia karnoprawnej kwalifikacji. Interpretacja wskazanego pojęcia jest relewantna nie tylko dla praktyki wymiaru sprawiedliwości, ale również dla samych artystów i społeczeństwa, które jest potencjalnym odbiorcą artystycznych działań.

<sup>4</sup> Art. 21 ust. 1a pkt 7 ustawy z dn. 29 XII 1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz.U. 2015, poz. 1531.

<sup>5</sup> Art. 2 ust. 2 lit. d ustawy z dn. 7 IX 1991 r. o systemie oświaty, Dz.U. 2004, nr 256, poz. 2572, tekst jedn. ze zm.

<sup>6</sup> Art. 2 ust. 1 pkt 26 ustawy z dn. 27 VII 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. 2012, poz. 572, tekst jedn. ze zm.

<sup>7</sup> Pojęcie społecznej szkodliwości czynu jako podstawowe kryterium kryminalizacji powinno być wskazówką dla ustawodawcy przy stanowieniu nowych lub rezygnacji z istniejących typów przestępstw (L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 54). Znikomy stopień społecznej szkodliwości to jedna z przesłanek orzeczenia przepadku (art. 45a k.k.). Stopień społecznej szkodliwości czynu współokreśla sądowy wymiar kary (art. 53 § 1 k.k.). Kiedy stopień ten nie jest znaczny, stanowi jeden z czynników odstąpienia od wymierzenia kary (art. 59 k.k.) i warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 66 § 1 k.k.). Stopień społecznej szkodliwości czynu jest relewantny także przy orzekaniu środków zabezpieczających (art. 93b § 1 i 3 k.k., art. 93g § 1 i 2 k.k.). Zgodnie z przeważającym stanowiskiem ocena czynników stopnia społecznej szkodliwości ma bezpośredni związek z kwalifikowaniem danego czynu zabronionego jako wypadku mniejszej wagi. Zob. K. Banasik, *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 9, s. 52 i n.; M. Kulik, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 449 i 540; E. Plebanek, *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1, s. 81 i n.; P. Daniluk, *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6, s. 128; postanowienie SN z 13 VI 2002 r., V KKN 544/00, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 73. Rozmiar ładunku karygodności jest również relewantny na płaszczyźnie karnoprocesowej (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., art. 18 § 2 k.p.k., art. 622 k.p.k.).

<sup>8</sup> Zob. A. Strzembosz, *Klauzule generalne w projekcie Kodeksu karnego*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Prof. M. Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 96.

## 2. Działalność artystyczna jako *sui generis* przesłanka karygodności

Występujące w literaturze kontrowersje dotyczą tego, czy okoliczności wpływające na stopień społecznej szkodliwości czynu zostały w art. 115 § 2 k.k. wymienione taksatywnie i wzięcie pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu okoliczności, która nie została wskazana w tym przepisie, byłoby naruszeniem prawa materialnego, czy też art. 115 § 2 k.k. wymienia te okoliczności przykładowo, nakierowując jedynie na ich rozumienie i charakter związany z samym czynem<sup>9</sup>. Wychodząc z założenia, że wyliczenie to jest przykładowe, miernikiem oceny stopnia karygodności czynu zabronionego mogłoby być np. popełnienie czynu w ramach działalności artystycznej, naukowej czy sportowej, choćby z uwagi na doniosłe społecznie funkcje wymienionych rodzajów aktywności człowieka. Przyjęcie, że wyliczenie to jest przykładowe byłoby jednak niezgodne z literalnym rozumieniem tego przepisu oraz prowadziłoby do wykładni *in extenso*<sup>10</sup>, nierzadko niekorzystnej dla sprawcy, a zatem niedopuszczalnej. Nadto mnożenie kolejnych „pozaustawowych” przesłanek rozmiaru karygodności stwarzałyby niebezpieczeństwo daleko posuniętej ogólności bądź kazuistyki tego katalogu, co obniżałoby jego walory praktyczne. Za enumeratywnym charakterem okoliczności podanych w art. 115 § 2 k.k. opowiada się także judykatura<sup>11</sup>.

Nie można więc uznać popełnienia czynu zabronionego w ramach działalności artystycznej za samoistny miernik stopnia społecznej szkodliwości czynu; tym bardziej za okoliczność determinującą jego subminimalność. Nie

<sup>9</sup> Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 315–316.

<sup>10</sup> Wyrok SN z 20 IX 2002 r., WA 50/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 9.

<sup>11</sup> Wyrok SA w Łodzi z 25 I 2001 r., AKa 261/00, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 2002, nr 7–8, poz. 21; wyrok SN z 23 VI 2009 r., II KK 13/09, LEX nr 512956; postanowienie SN z 25 VI 2008 r., V KK 1/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 75; wyrok SN z 26 IV 2007 r., WA 18/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 988; wyrok SN z 11 X 2006, II KK 52/06, LEX nr 202113; wyrok SN z 1 II 2006 r., V KK 226/05, OSNKW 2006, nr 5, poz. 44; wyrok SA w Katowicach z 13 I 2005 r., II AKa 455/04, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 2006, nr 1, poz. 21; postanowienie SN z 19 X 2010 r., II KK 213/2010, LexisNexis nr 2418420; postanowienie SN z 17 XII 2010 r., V KK 383/10, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 2011, nr 4, poz. 4; wyrok SN z 20 IX 2002 r., WA 50/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 9. W związku z utrwaloną linią orzecniczą zaskakujący jest wywód Sądu Najwyższego w wyroku z 16 XII 2003 r., WK 23/03, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 2724. Stwierdzono w nim, że na stopień społecznej szkodliwości czynu wpływają charakter szkody wyrządzonej czynem, rodzaj i stopień winy, pobudki i cele działania sprawcy oraz – w szczególnych przypadkach – jego wiek, stan zdrowia, sytuacja rodzinna i majątkowa.

sposób bowiem zaprzeczyć, że czyny zabronione, które popełniono w związku z omawianą działalnością, wykazują się bardzo zróżnicowanym stopniem karygodności. Rozważenia wymagają zatem następujące kwestie: po pierwsze, czy za przesłankę oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu można przyjąć cechy osobiste sprawcy (np. posiadanie statusu artysty); po drugie, czy fakt naruszenia normy sankcjonowanej jako przejaw działalności artystycznej może (i powinien) rzutować na analizę kodeksowych przesłanek z art. 115 § 2 k.k.

### 3. Stopień społecznej szkodliwości a cechy artysty sprawcy

Tomasz Kaczmarek uznaje pewne cechy sprawcy za relewantne przy ocenie w danym przypadku stopnia społecznej szkodliwości czynu<sup>12</sup>. Jako przykład autor ten podaje złożenie fałszywych zeznań przez sędziego będącego świadkiem zdarzenia. Taki czyn zdaje się autorowi społecznie szkodliwy w wyższym stopniu niż analogiczne zachowanie innej osoby, która nie pełni funkcji wiążącej się z domniemaniem nieskazitelności jej charakteru. Wymaga zastanowienia, czy zaprezentowane stanowisko można odnieść do tych artystów sprawców, którzy są profesjonalistami, posiadają liczący się dorobek artystyczny lub stopień/tytuł w zakresie sztuki. Tym samym nasuwa się pytanie, czy czyny takich osób można uznać za bardziej ujemne społecznie.

W obowiązującym Kodeksie karnym przyjęto zasadę, zgodnie z którą o pomiarze stopnia społecznej szkodliwości czynu mają decydować tylko przedmiotowe i podmiotowe właściwości danego czynu, a nie cechy jego sprawcy. Literalna wykładnia art. 115 § 2 k.k. i stanowisko judykatury<sup>13</sup> pro-

<sup>12</sup> Zob. T. Kaczmarek, *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów spornych)*, w: *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, Lublin 2011, s. 140–141.

<sup>13</sup> Wyrok SN z 25 X 1984 r., V KRN 336/84, OSNPG 1985, z. 5, poz. 66; postanowienie SN z 27 I 1988 r., V KR 365/87, OSNKW 1988, nr 5–6, poz. 36; wyrok SN z 11 IV 2011, IV KK 382/10, LEX nr 846390; postanowienie SN z 4 III 2009 r., V KK 22/09, LEX nr 495325; wyrok SN z 25 IX 2007 r., WA 34/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 2047; wyrok SA w Gdańsku z 30 I 2014 r., II AKa 7/14, LEX nr 1439017; wyrok SA w Krakowie z 11 V 2006 r., II AKa 62/06, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 2006, nr 12, poz. 20; wyrok SN z 19 X 2005, IV KK 234/05, LEX nr 164274. Odmienne stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 21 I 1998 r., V KKN 39/97, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 1998, nr 6, poz. 1, tj. w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., choć już w trakcie *vacatio legis* Kodeksu aktualnie obowiązującego.

wadzą do wniosku, że okoliczności związane z podmiotem czynu nie powinny wpływać na określenie stopnia społecznej szkodliwości samego czynu. Mowa np. o wieku sprawcy, (dobrej) opinii oskarżonego, jego trybie życia, (trudnej) sytuacji materialnej czy rodzinnej, dotychczasowej niekaralności, postawie procesowej oskarżonego i zachowaniu się sprawcy po ujawnieniu przestępstwa. W rozważanym kontekście przy ocenie elementów z art. 115 § 2 k.k. nie powinno zatem brać się pod uwagę także tego, czy sprawca zajmuje się działalnością artystyczną w sposób okazjonalny, dorywczy, stały, zawodowy ani jakie ma w tej materii osiągnięcia lub skalę popularności i wyrobioną renomę, w tym ewentualnie czy posiada status artysty kontrowersyjnego, czy wręcz skandalisty. Irrelevantne jest też posiadanie przez artystę sprawcę formalnego wykształcenia artystycznego, zdobyte nagrody, zajmowane stanowisko, sprawowane funkcje i przynależność do podmiotów skupiających ludzi sztuki.

Właściwości i warunki osobiste sprawcy to *expressis verbis* okoliczności wpływające na wymiar kary (art. 53 § 2 k.k.), a nie na natężenie społecznej szkodliwości czynu. Ponadto cechy osobiste sprawcy nie zawsze muszą determinować kształt *in concreto* okoliczności podmiotowych i przedmiotowych, stanowiących podstawę oceny ujemnej społecznie treści przestępstwa w myśl art. 115 § 2 k.k.

#### 4. Kwantyfikatory oceny stopnia społecznej szkodliwości a działalność artystyczna

Jak wskazał Sąd Najwyższy<sup>14</sup>, ocena stopnia społecznej szkodliwości konkretnego zachowania powinna być oceną całościową, uwzględniającą okoliczności wymienione w art. 115 § 2 k.k., nie zaś sumą czy pochodną ocen cząstkowych takiej czy innej „ujemności” tkwiącej w poszczególnych okolicznościach. Dlatego też jeżeli w art. 1 § 2 k.k. mówi się o znikomej społecznej szkodliwości czynu, to wymóg znikomości dotyczy społecznej szkodliwości ocenianej kompleksowo, nie zaś jej poszczególnych czynników.

Prawodawca nie przypisał roli dominującej żadnej z okoliczności wyszczególnionych w omawianym katalogu ani nie zróżnicował intensywności ich oddziaływania<sup>15</sup>. Nie zawsze jednak w analizie *in concreto* stopnia kary-

<sup>14</sup> Wyrok SN z 10 II 2009 r., WA 1/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 343.

<sup>15</sup> Za nietrafne więc należy uznać stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 25 VI 2008 r., V KK 1/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 75, zgodnie z którym treść art. 115 § 2 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że dominujące znaczenie mają okoliczności z zakresu strony przedmiotowej, do której dołączono tylko dwie przesłanki strony podmiotowej (postać zamiaru i motywację sprawcy).

godności czynu będzie aktualizować się każda przesłanka z art. 115 § 2 k.k. To zaś, które z nich w sposób istotny wpływają na ocenę stopnia społecznej szkodliwości danego zachowania, zależy od ustalenia, jaki typ czynu zabronionego wchodzi w grę<sup>16</sup>, a także od jego okoliczności.

Pierwszym miernikiem karygodności czynu z art. 115 § 2 k.k. jest rodzaj i charakter naruszonego dobra. Pojęcie rodzaju naruszonego dobra należy wiązać z przedmiotem ochrony danego typu czynu zabronionego. Istotne znaczenie ma tu systematyka części szczególnej Kodeksu karnego, gdzie w poszczególnych rozdziałach grupowane są typy przestępstw o tym samym lub zbliżonym rodzajowo przedmiocie ochrony<sup>17</sup>. Z uwagi na bardzo dynamiczny i różnolity charakter działalności artystycznej oraz ciągłą zmienność w jej definiowaniu, nie sposób podać zamkniętego katalogu dóbr prawnych, które można naruszyć w związku z działalnością artystyczną. Niemniej w świetle reguł doświadczenia życiowego i współczesnych realiów sztuki można wskazać, że przedmiotem zamachu artystów sprawców mogą być w szczególności: cześć i szacunek należne Narodowi oraz Rzeczypospolitej Polskiej, życie i zdrowie, bezpieczeństwo powszechne, wolność sumienia i wyznania, wolność seksualna i obyczajność, cześć i nietykalność cielesna, porządek publiczny. Należy przy tym zauważyć, że jeśli czyn zabroniony stanowi zamach na dwa lub więcej dóbr chronionych prawem, to zwiększa się stopień jego społecznej szkodliwości<sup>18</sup>.

Wyrażenie „charakter dobra” nie ma specjalnego znaczenia ani w języku prawniczym, ani w języku prawa karnego. O charakterze dobra mogą więc decydować różne cechy – w zależności od tego, pod jakim względem je porównujemy<sup>19</sup>. Implikuje to wątpliwości w ocenie spełnienia tej przesłanki. Ów charakter może determinować np. to, czy dane dobro prawne jest jednostkowe czy społeczne, oraz jakie potrzeby zaspokaja. O charakterze dobra mogą świadczyć także rodzaje szkód, na jakie jest ono narażone, oraz to, czy dobro jest (łatwo) zastępowalne. W kontekście działalności artystycznej nierzadko można uznać szkody za nieodwracalne, zwłaszcza przy znacznym rozpowszechnieniu informacji o danej inkryminowanej działalności artystycznej lub jej efekcie. Przy rozważaniu charakteru dobra należy wziąć pod

<sup>16</sup> Zob. J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, komentarz do art. 115 k.k., t. 3.

<sup>17</sup> Zob. P. Daniluk, *Ocena...*, s. 131.

<sup>18</sup> Wyrok SN z 11 IV 2011 r., IV KK 382/2010, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2011, nr 10, poz. 16.

<sup>19</sup> Zob. J. Bojarski, O. Górniok, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014, komentarz do art. 115 k.k., t. 4.

uwagę również to, czy i w jakim stopniu dane dobro jest *per se* narażone na ataki w toku działalności artystycznej.

Oceniając kolejną przesłankę w postaci rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody, uwzględnia się wysokość – wyrządzonego lub grożącego – uszczerbku w dobrach prawnych będących obiektem zamachu sprawcy czynu zabronionego. Szkada może mieć charakter majątkowy lub niemajątkowy<sup>20</sup>. Nie chodzi tu tylko o te typy czynów zabronionych, w przypadku których mowa jest o szkodzie (np. art. 181 § 2, art. 268 § 3 k.k.), ani też tylko o przestępstwa materialne (skutkowe). Każdy bowiem czyn zabroniony narusza lub zagraża określonym dobrom prawnym, co podlega ocenie przez pryzmat kwantyfikatora rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody<sup>21</sup>.

Spółeczna szkodliwość wiąże się z wyrządzeniem szkody, krzywdy, a więc negatywnymi następstwami czynu, które dotyczą jedną lub więcej osób. Charakter szkody bywa różny: materialny, fizyczny lub niematerialny, psychiczny, duchowy<sup>22</sup>. Penalizację określonego zachowania można bowiem uzasadniać potrzebą ochrony porządku społecznego, nie tylko zaś koniecznością ochrony wartości, uznanych przez ustawodawcę za dobra prawne, których dysponentami są poszczególne osoby fizyczne, osoby prawne lub instytucje<sup>23</sup>. W przypadku czynu zabronionego popełnionego w ramach działalności artystycznej może wystąpić szkoda materialna. Jednak z uwagi na charakter działań artystów należałoby ostrożnie i w pierwszej kolejności analizować rozmiar spowodowanej lub grożącej szkody niematerialnej.

Wykładnia językowa pojęcia „społeczna szkodliwość czynu” pozwala przyjąć, że chodzi tutaj o cechę czynu wyrażającą się w naruszeniu lub możliwości naruszenia dobra prawnego, interesu jednostki lub całego społeczeństwa<sup>24</sup>. Działalność artystyczna co do zasady jest prowadzona w celu jej prezentowania osobom trzecim. Im wyższy jest stopień ekspozycji danych inkryminowanych treści artystycznych, tym (potencjalnie) większa szkoda i większa możliwość naruszenia (narażenia na niebezpieczeństwo) indywidualnych dóbr prawnych szerszego kręgu osób (dóbr społecznych). Wiąże

<sup>20</sup> Wyrok SN z 8 III 1972 r., II KR 329/71, LEX nr 21470; wyrok SN z 25 X 1984 r., V KRN 336/84, OSNPG 1985, nr 5, poz. 66.

<sup>21</sup> Zob. P. Daniluk, *Ocena...*, s. 131. Zob. wyrok SN z 11 X 2006 r., II KK 52/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1902.

<sup>22</sup> Zob. M. Derlatka, *Spółeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 6, s. 123.

<sup>23</sup> Zob. M. Smarzewski, *O społecznej szkodliwości czynu w polskim prawie karnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2013, nr 3, t. XXIII, s. 62.

<sup>24</sup> Zob. M. Derlatka, *Spółeczna...*, s. 123; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz i orzecznictwo*, Warszawa 1998, s. 10 i 202.



się to m.in. z umiejętną promocją, prestiżowym (publicznym) miejscem prezentacji sztuki lub wykorzystaniem w tym celu nowoczesnych środków przekazu. Takie czynniki z kolei można odnieść do rozumienia kodeksowego sformułowania innego kwantyfikatora oceny karygodności, jakim jest sposób i okoliczności popełnienia czynu.

Jak wskazał Jarosław Majewski<sup>25</sup>, w zakresie znaczeniowym powyższej przesłanki mieści się wyłącznie czas (np. w porze nocnej), miejsce (np. za granicą, w miejscu publicznym) oraz tzw. kontekst sytuacyjny zachowania się (na oczach tłumu, we współdziałaniu z nieletnim lub w jego obecności, w reakcji na naganne zachowanie się pokrzywdzonego itp.). Brak podstaw, aby przyjąć, że ocena rozmiarów karygodności czynu zależy od czynników bezpośrednio z nim niezwiązanych, w tym takich, które zaistniały przed lub po popełnieniu czynu (np. pozyskanie przez artystę aprobaty krytyków, adresatów, mediów).

Do elementów składających się na „sposób i okoliczności popełnienia czynu” należy włączyć również to, czy czyn popełniono, dochowując tzw. praw gatunku, tj. reguł postępowania typowych dla danej dziedziny sztuki, z zastrzeżeniem jej naturalnej tendencji do nowatorstwa. Należy również uwzględnić, czy oceniane działanie było okrutne, uporczywe, złośliwe lub długotrwałe, planowane albo – odwrotnie – w afekcie<sup>26</sup>.

Z dużą ostrożnością należy odnosić się także do tych efektów działalności artystycznej, które zawierają cytaty lub stanowią utwory zależne w myśl przepisów ustawy z dn. 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>27</sup>. Nawet jeśli w takim wypadku odwołano się do powszechnie znanego dzieła sztuki, które już nie wzbudza lub nigdy nie wzbudzało kontrowersji, ale teraz – po umieszczeniu (całości lub fragmentu) w odmiennym kontekście lub zaadaptowaniu zgodnie ze współczesnymi prawami gatunku – może je wywołać.

Jak wspomniano, działalność artystyczna wiąże się immanentnie z jej publicznym prezentowaniem. Wpływ na wyższy ładunek karygodności może mieć celowe zastosowanie takich środków wyrazu, które służą oddziaływaniu przez artystę na maksymalnie szeroki krąg odbiorców i bez zachowania selekcji adresatów, np. zaznajomionych z regułami danej dziedziny sztuki

<sup>25</sup> Zob. J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Zakamycze 2004, komentarz do art. 115 k.k., t. 13.

<sup>26</sup> Zob. A. Marek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, LEX 2010 (wersja elektroniczna), komentarz do art. 115 k.k., t. 2.

<sup>27</sup> Ustawa z dn. 4 II 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. 2006, nr 90, poz. 631, tekst jedn. ze zm.

czy specyficzną estetyką/tematyką. Mowa np. o ogólnodostępnej ekspozycji danych treści w Internecie, w przestrzeni publicznej czy rozpowszechnianej bezpłatnie publikacji<sup>28</sup>. Takie postępowanie może dowodzić zuchwałości sprawcy, jak i nieznanomości praw gatunku. Fakt, iż dany artysta cieszy się dużą popularnością lub rozpoznawalnością, nie może sam w sobie wpływać na stopień karygodności jego czynu. Podane cechy mogą jednak implikować szerszy zasięg oddziaływania określonych treści i zainteresowanie nimi przez odbiorców, a z kolei te okoliczności wydają się relewantne dla omawianej przesłanki z art. 115 § 2 k.k.

Analiza sposobu i okoliczności popełnienia czynu zabronionego w związku z działalnością artysty łączy się również z faktem wsparcia ze strony administracji publicznej poprzez udostępnienie przestrzeni i innych zasobów instytucji kultury dla realizacji artystycznych zamierzeń, w tym partycypację finansową (przyznanie np. dotacji i stypendiów rządowych, samorządowych czy ze źródeł zagranicznych). Tytułem przykładu można wskazać pomoc finansową na przedsięwzięcia artystyczne z Funduszu Promocji Kultury czy ze środków Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej. Przyznanie omawianego wsparcia zwykle wiąże się z uprzednią oceną (w tym przez ekspertów) cech samego wydarzenia artystycznego<sup>29</sup>. Nasuwa się pytanie, czy karnoprawna ocena stopnia karygodności czynu popełnionego w związku z działalnością artystyczną powinna uwzględniać objęcie tej działalności administracyjnym (czy wręcz państwowym) mecenatem. Tego typu instytucjonalne wsparcie

<sup>28</sup> W pierwszym orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącym swobody wypowiedzi artystycznej (sprawa Müller i inni przeciwko Szwajcarii, skarga nr 10737/84, wyrok z 24 V 1988, Series A.133) podjęto m.in. aspekt sposobu wystawienia płócien uznanych przez władze za obsceniczne. Wystawa miała uświetnić 500-lecie Fryburga i była szeroko reklamowana. Już w dniu wernisażu prace zdjęto i zabezpieczono w sądowym depozycie. Publiczność miała dostęp do wystawy bez uprzedniej informacji o jej treści, bez ograniczeń wiekowych i nieodpłatnie. Kwestia znaczenia zabezpieczeń przed niechcianym kontaktem z danym tworem nie jest jednak kluczowa dla Trybunału, co udowodnił zwłaszcza w orzeczeniach w sprawie Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii (skarga 13470/87, wyrok z 20 IX 1994 r.; Series A. 295-A) i Wingrove przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga 17419, wyrok z 25 XI 1996 r., RJD 1996-V).

<sup>29</sup> Można wskazać jako przykład na art. 22 ust. 3 ustawy z dn. 30 VI 2005 r. o kinematografii, Dz.U. 2005, nr 132, poz. 1111. W przepisie tym wymieniono kryteria, w oparciu o które PISF dofinansowuje przedsięwzięcia z zakresu przygotowania projektów filmowych, produkcji filmów, dystrybucji filmów i rozpowszechniania filmów, promocji polskiej twórczości filmowej i upowszechniania kultury filmowej. Obok warunków ekonomiczno-finansowych są brane pod uwagę m.in. przewidywane skutki planowanego przedsięwzięcia.

co do zasady świadczy o tym, że dane działanie artysty uznano za wykazujące pewne walory estetyczne, zbieżność z prawami gatunku czy wagę dla upowszechniania kultury lub dla rozwoju samego artysty. Stanowi to z kolei podstawę do przyjęcia, że dane działanie jest doniosłe z perspektywy przyjętych przez organ założeń polityki społecznej, kulturalnej czy historycznej. Ponadto omawiana okoliczność może wiązać się z administracyjną ingerencją w przedsięwzięcie artystyczne, z wyznaczeniem harmonogramu procesu twórczego, miejsca i sposobu ekspozycji oraz metod promocji.

Biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się słusznym założyć, że wskazany czynnik może stanowić kolejny z elementów sposobu i okoliczności popełnienia czynu zabronionego przez artystę, a tym samym powinien być brany pod uwagę przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu – tym bardziej, że uzyskanie pomocy ze strony administracji publicznej może wykreować w świadomości sprawcy przekonanie o niejako „prawnym” usankcjonowaniu jego kontrowersyjnej koncepcji działania, współkształtując motywację sprawcy, postać jego zamiaru czy nieumyślność.

Zgodnie z dyrektywą kompleksowej oceny stopnia społecznej szkodliwości, wyrażoną w przywołanym orzeczeniu Sądu Najwyższego z 10 lutego 2009 r.<sup>30</sup>, fakt wsparcia danego działania artystycznego przez administrację publiczną nie powinien stanowić samoistnej podstawy do przyjęcia subminimalnej karygodności. Niepodobna bowiem przyjąć, że przedstawiona okoliczność mogłaby zastąpić analizę (efektu) tej działalności pod kątem odpowiedzialności karnej, dokonaną przez organ procesowy. Analogiczne wnioski dotyczą oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu popełnionego w ramach działania artystycznego, co do którego właściwy organ gminy nie wydał decyzji o zakazie odbycia imprezy artystycznej z uwagi na zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzi, moralności publicznej albo mienia w znacznych rozmiarach<sup>31</sup>.

Kolejną przesłanką z art. 115 § 2 k.k. jest waga naruszonych przez sprawcę obowiązków. To kryterium aktualizuje się, gdy na sprawcy spoczywały obowiązki natury prawnej, a czyn polegał na ich naruszeniu. Obowiązki te nie muszą wynikać z przepisów prawa karnego<sup>32</sup>. Przy oce-

<sup>30</sup> Wyrok SN z 10 II 2009 r., WA 1/09, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 343.

<sup>31</sup> Art. 35 ustawy z dn. 25 X 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, Dz.U. 2012, poz. 406, tekst jedn. ze zm.

<sup>32</sup> Zob. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015 (wersja elektroniczna), komentarz do art. 115 k.k., t. 7. W każdym przypadku oceny stopnia karygodności czynu należy zbadać, czy z inkryminowaną działalnością artystyczną łączył się obowiązek prawny. Jego podstawą

nie wagi naruszonych obowiązków powinno się uwzględniać ich miejsce w całokształcie zobowiązań sprawcy i stopień zagrożenia, jakie ich naruszenie może dla danego dobra stwarzać<sup>33</sup>. Słowo „waga” obowiązków jest ocenne i pozostawia szerokie pole wartościowania tych obowiązków w praktyce sądowej<sup>34</sup>.

Postać zamiaru odnosi się tylko do umyślności, w jego ocenie przyjmować należy wyższy stopień społecznej szkodliwości przy zamiarze bezpośrednim niż przy zamiarze ewentualnym<sup>35</sup>. W przypadku oceny zachowania artysty profesjonalnego, działającego w wielu dziedzinach lub aktywnego w świecie sztuki od dłuższego czasu, wydaje się zasadnym domniemanie, że nabył on dużą wiedzę o odbiorze (efektów) swojej pracy artystycznej, a także na temat standardów krytyki i praw gatunku. W takiej sytuacji przyjęcie *dolus eventualis* albo nieumyślności może nie znajdować uzasadnienia.

Motywacja sprawcy – następna przesłanka z komentowanego katalogu – budzi w literaturze, podobnie jak „motyw”, liczne wątpliwości z uwagi na bliskoznaczność z pobudką. Zarówno motyw, jak i pobudka są bodźcami skłaniającymi do działania, a różnic pomiędzy nimi na ogół upatruje się w emocjonalnym charakterze pobudki i intelektualnym charakterze motywu<sup>36</sup>. Niewątpliwie w przypadku czynów zabronionych, które popełniono w związku z działalnością artystyczną, mogą wystąpić oba te bodźce. Stanisław Pławski szeroko rozumie pojęcie motywacji – jest nią każde przeżycie psychiczne, które jest siłą motoryczną powodującą powzięcie działania, jakie ze stanu statycznego wyobrażenia o celu przenosi sprawcę do stanu dynamicznego jego realizacji<sup>37</sup>.

Ten sam motyw w zależności od konkretnych okoliczności może zostać oceniony jako przemawiający na korzyść sprawcy, wpływając na zmniejszenie stopnia społecznej szkodliwości, lub na niekorzyść, wpływając na jego

---

mogą być w szczególności przepisy cywilnoprawne, regulacje prawa pracy lub prawa własności intelektualnej. Jak stwierdzono, cecha osobista sprawcy w postaci jego statusu artysty (w tym artysty zawodowego) nie może być traktowana jako przesłanka oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu tego sprawcy. Niemniej w konkretnym układzie okoliczności faktycznych czyn zabroniony przez prawo karne może wiązać się z naruszeniem przez sprawcę obowiązku np. należytej staranności profesjonalisty (art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego).

<sup>33</sup> Zob. J. Bojarski, O. Górniok, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 115 k.k., t. 7.

<sup>34</sup> Zob. A. Marek, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 115 k.k., t. 2.

<sup>35</sup> Zob. O. Górniok, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, LexisNexis 2006 (wersja elektroniczna), komentarz do art. 115 k.k., t. 5.

<sup>36</sup> Zob. O. Górniok, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 115 k.k., t. 5.

<sup>37</sup> Zob. S. Pławski, *Prawo karne*, Warszawa 1965, s. 158–159.

podwyższenie. Za motywację naganną uważa się np. działanie z chęci zysku przy przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu<sup>38</sup>. W rozważanym kontekście za naganną motywację powinno traktować się chęć osobistej zemsty ze strony artysty, który popełnia np. przestępstwo zniesławienia. Ponadto za pejoratywne należy ocenić rozmyślne posłużenie się środkami wyrazu artystycznego o charakterze skandalizującym dla osiągnięcia – przynajmniej w przeważającej mierze – celów pozaartystycznych, np. reklamowych, sprzedażowych czy (auto)promocyjnych; tym bardziej, jeśli artysta kieruje się w swoich działaniach przyjętą strategią szokowania, która nie niesie ze sobą innych treści niż wzbudzanie rozgłosu wokół jego osoby i działalności, co zwykle ma się przekładać na lepsze wyniki finansowe.

Z dużą rozważą należy podchodzić do oceny działalności artystycznej (współ)motywowanej wolą uzyskania stopnia/tytułu w zakresie sztuki. W tym celu bowiem, zgodnie z obowiązującymi przepisami należy wręcz wykazać się dorobkiem o charakterze innowacyjnym<sup>39</sup>. Poza tym w realiach uczelni artystycznych działalność artystyczna nierzadko ma cele (także) badawcze i dydaktyczne<sup>40</sup>. Podane okoliczności nie przesądzają jednak *per se* o subminimalnej karygodności czynu.

Rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia są faktoraми rozmiarów społecznej szkodliwości czynów popełnionych nieumyślnie<sup>41</sup>. Również w ramach działalności artystycznej możliwe jest dopuszczenie się zachowań cechujących się nieumyślnością.

<sup>38</sup> Zob. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 115 k.k., t. 9.

<sup>39</sup> Należy podać m.in. art. 13 ust. 1, art. 16. ust. 1 i art. 26 ustawy z dn. 14 III 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuk, Dz.U. 2003, nr 65, poz. 59 ze zm. Zgodnie z podanymi przepisami rozprawa doktorska powinna stanowić „oryginalne dokonanie artystyczne”. Warunkami dopuszczenia do postępowania habilitacyjnego są *in. al.* „osiągnięcia stanowiące znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny artystycznej” oraz „istotna aktywność artystyczna”. W razie ubiegania się o stopień profesora sztuki wymagane jest z kolei wykazanie się „osiągnięciami artystycznymi znacznie przekraczającymi wymagania stawiane w postępowaniu habilitacyjnym”.

<sup>40</sup> Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dn. 27 VII 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. 2012, poz. 572, tekst jedn. ze zm.) uczelnie w Polsce kierują się zasadami wolności nauczania, badań naukowych i twórczości artystycznej. Stosownie do art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy, definiując naukę i badania naukowe, stwierdzono, iż termin ten obejmuje również odpowiednio sztukę i działania artystyczne.

<sup>41</sup> Zob. postanowienie SN z 15 II 2007 r., IV KK 273/06, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 2007, nr 7–8, poz. 6; wyrok SN z 1 II 2006 r., V KK 226/05, „Prokuratura i Prawo” – dodatek „Orzecznictwo” 2006, nr 9, poz. 4.

Przyjąć należy, że na społeczną szkodliwość czynu wpływ będzie miało przede wszystkim to, jakie znaczenie w ochronie dóbr prawnych odgrywają naruszone reguły ostrożności oraz w jakim zakresie regułom tym uchybiono<sup>42</sup>. Reguły postępowania z dobrem prawnym w kontekście działań artystów wiążą się m.in. z umiejętnością dobrania i zastosowania takich środków wyrazu artystycznego, które są adekwatne do założonego celu (wybranej funkcji sztuki, realizowanej przez dane działanie). Jako przykład można podać wyważenie nie tylko formy i stopnia artystycznej krytyki określonego stanu rzeczy lub osoby, ale także ekspresji pozytywnego względem nich stosunku. Egzaltacja bowiem może narazić prezentowane treści na odbiór odwrotny do zamierzonego (np. śmieszność).

## 5. Podsumowanie

Fakt, że czyn zabroniony popełniono w ramach działalności artystycznej, nie stanowi *de lege lata* przesłanki oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu. Tym bardziej nie powinno uznawać się takiej okoliczności za determinantę znikomej karygodności. Czyn zabroniony popełniony w związku z działalnością artystyczną może bowiem wykazywać *in concreto* znaczny stopień społecznej szkodliwości z uwagi na rezultat kompleksowej analizy przesłanek z art. 115 § 2 k.k.

Niemniej fakt popełnienia czynu zabronionego w ramach ekspresji artysty stanowi cechę indywidualizującą dany czyn, która konkretyzuje kodeksowe przesłanki, a zatem rzutuje na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu. Nie sposób więc ignorować omawianej okoliczności, gdyż w określonym stanie faktycznym, mimo realizacji znamion typu czynu zabronionego przez artystę sprawcę, to, iż działał on w ramach przyjętej wizji artystycznej, może spowodować brak podstaw do traktowania czynu jako przestępstwa.

### Artistic activity and determination of the social harmfulness of an act

#### Summary

The article attempts to assess whether the fact that the prohibited act was committed within the artistic activity can have any influence on the determination of the degree of social harmfulness of an act. Undoubtedly, it has been shown that the artistic activity neither is a *sui generis* premise in the process of evaluation of the degree of social harmfulness of an act, nor

---

<sup>42</sup> Zob. P. Daniluk, *Ocena...*, s. 133.

much less prejudices its insignificance. As we have seen, there are no grounds for claiming that the support of artistic undertaking by public administration (e.g. on financial or organizational level) defines the insignificance of the degree of social harmfulness of an act. As it has been stated, the personal characteristics and determinants of a perpetrator (e.g. the fact that he or she is an artist) should not affect the evaluation of the degree of social harmfulness of an act. It further should be clarified that the article carries out an analysis of the circumstances of determination of the degree of social harmfulness of an act according to the Polish Criminal Code (Art. 115 § 2) and in the context of realities of artistic activity. As we have explained, the fact that an offence ensues from the artistic expression is a feature that individualizes a particular act as well as specifies the Codex premises according to Art. 115 § 2 and, thus, influences the evaluation of the degree of social harmfulness of an act.

**Keywords:** social harmfulness of an act, legal classification, artistic activity

**Mariusz Kusion** – Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant)