

Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 Kodeksu karnego

1. Dorota Alicja Nieznalska została oskarżona o to, że „w okresie od 14.12.2001 r. do 21.01.2002 r. w Gdańsku, obraziła uczucia religijne różnych osób, w ten sposób, że podczas wystawy *Pasja* w Galerii *Wyspa Progress* znieważała publicznie przedmiot czci religijnej, poprzez przedstawienie — w punkcie centralnym metalowego krzyża — męskich genitaliów”. Prokurator, w akcie oskarżenia z dnia 12.04.2002 r., skierowanym do IV Wydziału Karnego Sądu Rejonowego w Gdańsku, zarzucił artystce popełnienie przestępstwa z art. 196 k.k., w brzmieniu: „Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

2. W stosunku do oskarżonej nie zastosowano środka zapobiegawczego, jednak na podstawie postanowienia z dnia 11.02.2002 r., o żądaniu wydania rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie, zażądano od D. Nieznalskiej wydania przedmiotów z wystawy *Pasja* wraz z dokumentacją i ewentualnymi fotografiami. W dniu 8.03.2002 r. prokurator zatrzymał „krzyż metalowy o wymiarach 104,7 cm x 90 cm x 19,5 cm, wraz z elementami do jego zawieszenia, posiadający na przedniej ścianie przyklejone zdjęcie ludzkiego ciała z męskim narządem płciowym w centralnym punkcie”. Krzyż ten wraz z przyklejonym zdjęciem został uznany za dowód rzeczowy i przekazany do dyspozycji Sądu Rejonowego w Gdańsku.

3. Niezwykle lakoniczne i ubogie uzasadnienie aktu oskarżenia w zasadzie ogranicza się do przytoczenia listy przesłuchanych świadków oraz powołania fragmentów ich wypowiedzi. Zwraca uwagę fakt, że większość przesłuchanych albo nie miała w ogóle okazji zapoznać się z tzw. instalacją artystyczną pt.: „Pasja” (aranżacja przestrzenna składająca się z zapętlonej, pokazywanej w zwolnionym tempie projekcji wideo bez dźwięku, zawieszzonego pod sufitem stalowego krzyża z naklejoną, barwną, laminowaną fotografią i zaciemnionego pomieszczenia), albo znała instalację jedynie z krótkiej prezentacji telewizyjnej. Jedynie przesłuchani w charakterze świadków: G. Klaman i J. Krechowicz obejrżeli prace D. Nieznalskiej (prezentowane na wystawie od 14.12.2001 r., do 20.01.2002 r.). O ile mi wiadomo, żadna z osób, które złożyły zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, wystawy

nie oglądała („znały” ją wyłącznie z licznych publikacji prasowych, internetowych lub telewizyjnych¹).

W dniu 21.01.2002 r. wystawa była już zdemontowana, krzyż zapakowany, a podjęta przez działaczy Ligi Polskich Rodzin próba obejrzenia krzyża (zażądano od D. Nieznalskiej odpakowania spakowanego już krzyża) zakończyła się niepowodzeniem. Działacze LPR zwyczajnie na wystawę się spóźnili. W prasie oraz innych publikatorach rozpętała się prawdziwa burza medialna na temat „Pasji”².

Przesłuchana w charakterze podejrzanej D. Nieznalska „nie przyznała się do obrazy uczuć religijnych”. Wyjaśniła, iż nie spodziewała się takiej reakcji, jaka nastąpiła oraz, że zajmuje się tzw. sztuką krytyczną, dlatego w swoich pracach podejmuje trudne i kontrowersyjne tematy.

Jedynie, jak mogłoby się wydawać, pochodzące bezpośrednio od prokuratora stwierdzenie, które znalazło się w akcie oskarżenia, brzmi: „Artystyczny cel działania sprawcy nie jest wystarczający do wykluczenia znieważającego charakteru działań ze względu na ich formę”. Tyle tylko, że tak naprawdę jest to „zapożyczony” bez powołania (sic!) cytat z Komentarza do Kodeksu karnego, autorstwa Włodzimierza Wróbla³. Należy jednak zauważyć, że nawet znieważający ze względu na formę charakter dzieła sztuki, nie przesądza jeszcze o tym, że zachowanie artysty może być uznane za przestępstwo z art. 196 k.k. Nawet przy wypełnieniu wszystkich znamion czynu zabronionego może dojść do wyłączenia przestępności z powodu braku odpowiedniej formy winy, wystąpienia sytuacji kontratypowej bądź znikomego stopnia społecznej szkodliwości.

4. Wydaje się, że nie bez znaczenia dla karnoprawnej oceny zachowania D. Nieznalskiej może być konstatacja, iż oskarżona w tym procesie jest absolwentką Liceum Sztuk Plastycznych w Gdyni, a w 1999 r. ukończyła Akademię Sztuk Pięknych w Gdańsku, gdzie studiowała na Wydziale Rzeźby, m.in. w pracowni multimedialnej Grzegorza Klamana. Współpracę z Galerią *Wyspa*, D. Nieznalska nawiązała już w 1998 r. D. Nieznalska ma za sobą wiele wystaw indywidualnych (m.in.: w Gdańsku, Warszawie i Białymstoku) i

¹ Zob. m.in.: A. Urbańczyk: *Pasja Posłów*, „Gazeta Wyborcza” z 18.01.2002 r., reportaż wyemitowany w programie „Fakty” TVN w dniu 18.01.2002 r., po godzinie 19-tej.

² Zob. m.in.: Cz. Romanowski: *Działacze z pasją*, „Super Express” z 22.01.2002 r., s. 3; D. Sobieniecka: *Talibowie w galerii*, „Głos Wybrzeża” z 24.01.2002 r., P. Szubartowicz: *Sztuka kneblowania*, „Trybuna” z 11.03.2002 r., S. Podemski: *Obraza uczuć religijnych czy dobrego smaku*, „Polityka” z 28.09.2002 r., A. Pawlak: *Masturbacja w Zachęcie*, „Newsweek” z 29.12.2002 r., A. Sabor: *Sędziowie czy krytycy*, „Tygodnik Powszechny” z 01.12.2002 r.

³ Zob. W. Wróbel: *Komentarz do art. 196 k.k.* (w:) A. Zoll (red.): *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu Karnego*, Kraków 1999, s. 502.

zbiorowych (m.in. w Sztokholmie, St. Petersburgu, Brukseli i Brnie), jej prace były nagradzane (m.in. w 2001 r. nagroda Prezydenta Gdańska dla Młodych Twórców i Naukowców) i znajdują się obecnie w kilku kolekcjach (galeriach). D. Nieznalska, mimo młodego wieku, jest już artystką znaną i uznaną.

Na uwagę zasługuje też fakt, że instalacja pt. „Pasja” została zaakceptowana i dofinansowana przez władze Gdańska. Może to mieć znaczenie dla oceny strony podmiotowej zarzucanego D. Nieznalskiej czynu.

5. W obronie D. Nieznalskiej, w związku ze skierowaniem do Sądu aktu oskarżenia, szerokie grono ludzi związanych ze sztuką i kulturą opublikowało list otwarty, w którym wyrażono zaniepokojenie ściganiem artystki uprawiającej tzw. sztukę krytyczną (zaangażowaną). Zwrócono przy tym uwagę na niebezpieczeństwo cenzurowania sztuki i zamykania instytucji artystycznych (Galeria *Wyspa*, w której wystawiała D. Nieznalska, zaliczana przez krytyków do najlepszych w Polsce, została zamknięta decyzją J.M. Rektora ASP w Gdańsku, z dnia 29 stycznia 2002 r., po niekorzystnym dla Galerii głosowaniu w Senacie). Pod listem podpisali się m.in.: M. Tarasewicz (*Amnesty International*), A. Rottenberg (kuratorka wielu wystaw), A. Żebrowska, G. Klaman, A. Żmijewski i Z. Libera (artyści).

6. Przestępstwo z art. 196 k.k. zostało umieszczone w rozdz. XXIV Kodeksu karnego, który nosi tytuł: „Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania”. Zwrócenie uwagi na ten fakt nie pozostaje bez znaczenia, dla określenia, z ochroną jakich dóbr prawnych mamy do czynienia w tym przypadku⁴. W k.k. z 1932 r. odpowiedni rozdział (XXVI) nosił nazwę „Przestępstwa przeciwko uczuciom religijnym”. Wprawdzie nadal o przestępstwach tego typu możemy mówić: religijne, jednak za częściowo nieaktualny należy uznać fragment uzasadnienia do tego rozdziału, w brzmieniu: „Stanowisko, jakie zajmuje dane ustawodawstwo wobec przestępstw, które najogólniej nazwaćby można religijnymi, zależy w dużym stopniu od stanowiska zasadniczego, jaki zajmuje dane społeczeństwo w stosunku do religii, czy całe życie państwowe jest przesiąknięte przez religię, a wtedy religia przedstawia jedno wyznanie (mówi się o religji państwowej), czy też państwo stoi tylko na stanowisku ochrony religijności, a zatem nastrojów ludności, opartych o pogląd na świat co najmniej deistyczny, przyczem oczywiście dopuszczalnym jest faworyzowanie pewnego wyznania lub pewnej grupy wyznań, nie ma już jednak mowy o religji państwowej”.

⁴ Zob. A. Wąsek: *Przestępstwa przeciwko przekonaniom religijnym de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 7.

Współcześnie przedmiotem ochrony nie jest już ani Bóg, ani religia, a jedynie te prawa i wolności człowieka i obywatela, które mogą być naruszone m.in. przez zachowania godzące w uczucia religijne. Przedmiotem ochrony nie jest to co boskie, ale to co ludzkie.

Odpowiednikiem obecnego art. 196 k.k. był art. 173 w brzmieniu: „Kto publicznie lży lub wyszydza uznane prawnie wyznanie lub związek religijny, jego dogmaty, wierzenia lub obrzędy, albo znieważa przedmiot jego czci religijnej lub miejsce przeznaczone do wykonywania jego obrzędów religijnych, podlega karze więzienia do lat 3”. Ponieważ współcześnie przyjmuje się niekiedy, że w Kodeksie karnym brak jest zakazu chroniącego uczucia religijne i okazywanie czci samemu Bogu, wskazać należy na art. 172 k.k. z 1932 r. w brzmieniu: Kto publicznie Bogu bluźni, podlega karze więzienia do lat 5”.

Z dniem 6.08.1949 r. przepisy te zostały uchylone przez dekret Rady Ministrów z dnia 5.08.1949 r. o ochronie wolności sumienia i wyznania (Dz. U. Nr 45, poz. 334). Artykuł 5 Dekretu stanowił, że „Kto obraża uczucia religijne, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do wykonywania obrzędów religijnych, podlega karze więzienia do lat 5”. Tak wysokie zagrożenie karne nie powinno dziwić, skoro Dekret przewidywał również karę dożywotniego więzienia oraz karę śmierci (np. za dopuszczenie się czynu przestępnego z powodu przekonań religijnych, którego następstwem było zakłócenie normalnego biegu życia publicznego).

Dekret został uchylony dopiero przez przepisy wprowadzające k.k. z 1969 r. W Kodeksie tym znalazła miejsce znaczna część przepisów uchylonego dekretu (w brzmieniu niemal identycznym), trzeba jednak przyznać, że ze znacznie złagodzonymi zagrożeniami. Artykuł 198 k.k. z 1969 r. przewidywał karę pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenie wolności albo grzywnę dla tego, kto „obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych” (rozdział XXVIII, „Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania”).

Wolność sumienia i wyznania to dobra chronione przez art. 53 Konstytucji RP. Należy zwrócić uwagę na to, że już w Konstytucji, pozytywnie określona w art. 53 ust. 2 wolność religii (obejmująca m.in. wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie oraz posiadanie świątyń i innych miejsc kultu), musi korespondować m.in. z określoną w art. 54 ust. 1 wolnością wyrażania swoich poglądów, a także sformułowaną w art. 73 wolnością twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników,

wolnością nauczania, a także wolnością korzystania z dóbr kultury. Jedynym usprawiedliwieniem naruszenia wskazanych wyżej wolności (usprawiedliwienie to nie dotyczy naruszeń związanych z istotą danej wolności) są przesłanki wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji (ustawowe i konieczne ograniczenia dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego w państwie demokratycznym, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób).

Wolność sumienia i wyznania gwarantowana jest także przez ustawę z dnia 17.05.1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U. z 2000 r., Nr 26, poz. 319). Ustawa gwarantuje nie tylko swobodę wyboru religii wraz ze wszystkimi konsekwencjami tego wyboru (m.in. głoszenie religii oraz uczestniczenie w czynnościach i obrzędach religijnych), ale również swobodę wyboru przekonań, które muszą być rozumiane szeroko i obejmują m.in. przekonania w zakresie twórczości artystycznej. Gwarancjom w zakresie głoszenia religii odpowiadają gwarancje w zakresie głoszenia przekonań (również publicznie, *arg. ex art. 1 ust. 2 ustawy*).

Wskazana już, konstytucyjna i ustawowa ochrona wolności sumienia i wyznania, uzupełniana jest przez ochronę w płaszczyźnie międzynarodowej. Artykuł 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167) zapewnia każdemu prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Natomiast art. 19 tego Paktu, przyznaje każdemu człowiekowi prawo do posiadania i wyrażania bez przeszkód swoich poglądów. Również art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) zapewnia prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania, a art. 10 Konwencji — prawo do wolności wyrażania opinii.

Postanowienia aktów prawa wewnętrznego i umów międzynarodowych oraz ich systematyka, nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że wolność sumienia i wyznania, a w konsekwencji zapewniana im ochrona, nie ma i nie może mieć charakteru bezwzględności. Akty te, stanowiąc normatywne uzasadnienie dla umieszczenia w Kodeksie karnym rozdz. XXIV, nie przesądzają szczegółowo o zakresie i treści zakazów karnych, wprowadzonych po to, by chronić wolność sumienia i wyznania.

Należy przy tym zwrócić uwagę na to, iż *de lege lata*, polska regulacja nie należy akurat do szczególnie represyjnych i szeroko zakreślających granice udzielanej ochrony. Wobec podnoszonych niekiedy zarzutów, dotyczących m.in. komunistycznej i totalitarnej proveniencji art. 196 k.k., warto pamiętać, że np. szwajcarski Kodeks karny z 1937 r. (art. 261 — *Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit*) penalizuje naruszenie wolności wyznania i obrzędów; publiczne i grubiańskie obrażanie lub wyszydzanie przekonań innej osoby w

d dziedzinie wiary, a w szczególności wiary w Boga albo profanowanie przedmiotów kultu religijnego i przewiduje za taki czyn karę więzienia do 6 miesięcy lub grzywnę. Niemiecki Kodeks karny (§ 166 — *Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen*) zabrania publicznego znieważania przekonań religijnych lub światopoglądowych, Kościoła lub związku religijnego, a nawet zwyczajów, o ile zachowanie takie jest w stanie doprowadzić do naruszenia porządku publicznego, pod groźbą kary pozbawienia wolności do 3 lat lub kary grzywny. Austriacka ustawa karna z 1974 r. (§ 188 – „Poniżenie religii” w rozdziale pt.: „Przestępstwa przeciwko mirowi religijnemu i spoczynkowi zmarłych”) również zabrania publicznego poniżania lub wyszydzania osoby bądź rzeczy, stanowiących przedmioty czci religijnej istniejącego w tym kraju kościoła lub związku religijnego albo doktrynę wiary, prawnie dopuszczalny obrzęd lub instytucję takiego kościoła lub związku w okolicznościach, w których takie postępowanie może wywołać uzasadnione zgorszenie (czyn zagrożony karą pozbawienia wolności do 6 miesięcy lub grzywną do 360 stawek dziennych). Przykłady te dowodzą, że świecki i demokratyczny charakter państwa nie daje podstaw do wyrugowania z Kodeksu karnego tzw. przestępstw religijnych. Wręcz przeciwnie, neutralność światopoglądowa i tolerancja domagają się ustanowienia pewnych nieprzekraczalnych granic dla zachowań ewidentnie bluźnierczych, poniżających i obrażających uczucia religijne.

Nie powinno to jednak prowadzić do penalizacji wzorowanej np. na art. 73 tzw. kodeksu Tagancewa z 1903 r. w brzmieniu: „Winny: bluźnierstwu przeciwko Bogu, w Trójcy Świętej Jedyńemu, przeciw Niepokalanej Bogu Rodzicy, Najświętszej Marii Panny, przeciw Zastępom Niebieskim i Świętym Pańskim; znieważenia czynnego lub zelżenia Sakramentów Świętych, Krzyża Świętego, Relikwii Świętych, Obrazów Świętych lub innych przedmiotów, czczonych przez prawosławnych lub inny kościół chrześcijański (Dodatek I), znieważenie Pisma Świętego, lub kościoła prawosławnego i jego dogmatów, lub w ogóle religii chrześcijańskiej - za bluźnierstwo takie lub obrazę świętości ulegnie:

Jeśli te popełnione zostały:

1. podczas nabożeństwa powszechnego lub w kościele: karze ciężkich robót lub zesłania na osiedlenie,
2. w kaplicy lub chrześcijańskim domu modlitwy, bądź publicznie, bądź też w rozpowszechnianym lub wystawianym na widok publiczny utworze drukowanym, piśmie, wizerunku: zesłanie na osiedlenie,
3. w celu sprawienia zgorszenia wśród obecnych: zamknięcie w domu poprawy na czas do lat trzech lub zamknięcie w twierdzy do lat trzech.

Jeżeli zaś bluźnierstwo lub obraza świętości popełnione zostały nawet w warunkach, w niniejszym artykule przewidzianych, jednakże wskutek niedostateczności rozwoju umysłowego, ciemnoty lub w stanie nietrzeźwym — winny ulegnie: osadzeniu w areszcie”.

Tak szeroki, podmiotowy i przedmiotowy zakres kryminalizacji oraz surowość kar, są współcześnie nie do pogodzenia m.in. z subsydiarną rolą prawa karnego. Z drugiej zaś strony niektóre współczesne regulacje chronią wolność sumienia i wyznania w stopniu niezadowalającym. Przykładem mogą być rozwiązania przyjęte w nowym, rosyjskim kodeksie karnym. Jedynym przepisem, który można wskazać, poza art. 244, który dotyczy profanacji ciał osób zmarłych i miejsc ich pogrzebu, jest art. 148 („Utrudnianie wykonywania prawa do wolności sumienia i wyznania”), umieszczony w Dziale 19., noszącym tytuł: „Przestępstwa przeciwko konstytucyjnym prawom i wolnościom obywatela”. Przepis ten zabrania bezprawnego utrudniania działalności organizacji religijnych i przeszkadzania w wykonywaniu obrzędów religijnych. Sprawca takiego zachowania podlega karze grzywny w wymiarze do 200 minimalnych stawek wynagrodzenia za pracę lub w wysokości wynagrodzenia za pracę lub innego dochodu skazanego za okres do dwóch miesięcy albo karze robót poprawczych na czas do 1 roku bądź karze aresztu na czas do 3 m-cy. Należy zwrócić uwagę, że rosyjska doktryna uważa, iż przestępstwo to ma charakter formalny i można się go dopuścić wyłącznie w zamiarze bezpośrednim.

W przypadkach związanych z ochroną wolności sumienia i wyznania, dochodzić będzie prawie zawsze do konfliktu pomiędzy zakresami różnych wolności, zarówno w ujęciu podmiotowym, jak i przedmiotowym. Wolność do wypowiedzi i wyrażania swoich poglądów (m.in. w formie literackiej, filmowej, malarskiej, reklamowej i innych) może powodować obrazę uczuć religijnych innych osób, a istnienie określonych gwarancji wolności sumienia i wyznania dla osób wierzących (ochroną wyłącznie takich osób zajmuje się art. 196 k.k.) może stwarzać niebezpieczeństwo dla pewnych praw osób niewierzących oraz prowadzić do naruszenia np. wolności twórczości artystycznej. Rozwiązanie tego konfliktu to największy problem ze stosowaniem art. 196 k.k.

7. Czy określone zachowanie ma charakter obraźliwy w rozumieniu art. 196 k.k. powinny decydować względy wyłącznie obiektywne. Nie sposób odwoływać się do ocen subiektywnych, formułowanych przez pojedyncze, przypadkowe osoby. Stopień wrażliwości w zakresie dotyczącym uczuć religijnych może być bowiem tak niski, że jakiegokolwiek zachowanie pozostające w relacji z przedmiotem czci religijnej lub miejscem przeznaczonym do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, zostanie odebrane, jako godzące w uczucia religijne.

Jak jednak dokonać tej wymaganej obiektywizacji? Czy odwoływać się do standardów uniwersalnych, czy jedynie do tych, które są przyjęte np. w danym kręgu kulturowym bądź wyznaniowym? L. Gardocki proponuje odwołanie do „przeważających ocen społecznych”⁵. R. Paprzycki — proponuje odniesienie do „przekonań panujących w kręgu kulturowym, z którego wywodzi się pokrzywdzony”⁶. Wydaje się, że należy brać pod uwagę sądy osób o wrażliwości przeciętnej, tolerancyjnych w sferze przekonań religijnych. Jeżeli takie osoby nie dostrzegają w zachowaniu sprawcy społecznej szkodliwości bądź uważają, że jej stopień jest znikomy, wówczas należy uznać, że sprawca nie popełnia przestępstwa na zasadzie art. 1 § 2 k.k.

W Niemczech sformułowano tezę, że „Dzieło nie jest niemoralne (*unzüchtig*) już wtedy, gdy uraża przeciętne, «normalne» uczucie wstydu i moralności ogółu, lecz jeżeli gorszy człowieka o otwartym umyśle artystycznym, starającego się zrozumieć sztukę”⁷. Odwoływanie się do osoby interesującej się sztuką uznawano za dopuszczalne w związku z respektowaniem wolności sztuki. Tylko ocena dokonana przez osobę zainteresowaną sztuką, w szczególności sztuką współczesną, mogła być miarodajna dla wskazania przypadków wymagających reakcji karnoprawnej. Wydaje się, że odwołanie do ocen wyrażanych przez ludzi wykształconych i sztuką zainteresowanych jest właściwsze, niż badanie przeważających ocen społecznych. Poziom wykształcenia i uczestnictwa w tzw. kulturze wyższej jest w naszym kraju dramatycznie niski. Procedowanie według formuły zaproponowanej przez L. Gardockiego prowadzi do petryfikacji tego stanu. Prowadzi nie do rozwiązania konfliktu między wolnością artystyczną a wolnością sumienia i wyznania, lecz do walki między ciemnotą i edukacyjnym zapóźnieniem a swobodą artystycznego wyrazu.

O tym, że twórczości D. Nieznalskiej bliżej jest do *sacrum* niż do *profanum*, jako że ludzka seksualność (męskość i kobiecość) z tym pierwszym bardziej jest związana, może świadczyć m.in. znany na całym świecie zespół świątynny w indyjskim miasteczku Khadžuraho (*Khajuraho*), w stanie Madhya Pradesh. Ta odkryta dla zachodniej cywilizacji w 1838 r., a dokładnie zbadana i opisana dopiero w drugiej połowie XX w., perła indyjskiej architektury i sztuki w stylu Nagara, zadziwia kilkuset rzeźbami i płaskorzeźbami przedstawiającymi bardzo śmiało sceny erotyczne, ukazujące m.in. seks oralny i grupowy, kilkumetrowej długości fallusy, wizerunki ludzi spółkujących ze zwierzętami lub splecionych

⁵ L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 2002, s. 244.

⁶ R. Paprzycki: *Graj szatanie*, „Rzeczpospolita” z 21.09.2000 r.

⁷ H. Welzel: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969, s. 447.

w akrobatycznych wręcz układach. Czy w przypadkach takich należy odwoływać się do ocen tych, dla których seksualność kojarzy się niezmiennie z nieczystością i grzechem? Przekonany jestem, że pytanie to, jako retoryczne, można pozostawić bez odpowiedzi.

8. Czyn zabroniony, stypizowany w art. 196 k.k., ma charakter powszechny, może być popełniony przez każdego, nie tylko przez artystę, choć praktyka ostatnich lat wskazuje, że to właśnie osoby z tego kręgu najczęściej kreowane są na sprawców obrazy uczuć religijnych innych osób. Nie budzi żadnych wątpliwości interpretacja, zgodnie z którą art. 196 k.k. typizuje czyn zabroniony o charakterze materialnym. Aby przyjąć, iż mamy do czynienia z dokonaniem tego przestępstwa, musi wystąpić skutek w postaci obrazy uczuć religijnych więcej niż jednej osoby, tj. co najmniej dwóch osób, dających się zindywidualizować i konkretnie określić oraz wskazać. Sama potencjalna możliwość obrażenia innych – dających się jednak zindywidualizować – osób, może być kwalifikowana co najwyżej jako usiłowanie popełnienia czynu z art. 196 k.k., oczywiście przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 13 § 1 k.k. (ze szczególnym uwzględnieniem strony przedmiotowej usiłowania, polegającej na bezpośrednim zmierzaniu do dokonania oraz strony podmiotowej, która musi się charakteryzować zamiarem popełnienia czynu zabronionego).

Wymieniony wyżej skutek musi pozostawać w związku przyczynowym z publicznym zachowaniem sprawcy, polegającym na znieważaniu. Nie wystarczy tu jakikolwiek związek przyczynowy. Wydaje się, że musi być on bezpośredni i istotny z punktu widzenia prawa karnego (adekwatny i relewantny zarazem). Powstają więc uzasadnione wątpliwości, czy dotarcie informacji o wystawie „Pasja” do bliżej nie określonego kręgu osób za pomocą przekazów medialnych, których wydawcą nie była D. Nieznalska, o ile to te przekazy właśnie obrażyły uczucia religijne konkretnych osób, pozostaje w wymaganym związku przyczynowym z zachowaniem artystki. Ani wówczas, ani obecnie, D. Nieznalska nie miała i nie ma żadnego wpływu na funkcjonowanie takich przekazów – nie może więc ponosić odpowiedzialności karnej za ich skutki. Kwestia ewentualnej odpowiedzialności innych osób wykracza poza ramy tego opracowania.

Odpowiedzialność karna D. Nieznalskiej, biorąc pod uwagę wymagany przez ustawę skutek, byłaby możliwa na gruncie przepisów k.k. z 1932 r., ale nie obecnie. Wobec ograniczenia zakresu penalizacji, za nieaktualny należy uznać pogląd SN wyrażony w wyroku z 25.03.1938 r.: „Do ustawowej istoty czynów z art. 172 i 173 k.k. nie należy okoliczność,

czy następstwem ich było czyjeś zgorszenie lub obraza uczuć religijnych; wystarcza sama możliwość tych skutków, objęta zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym sprawcy”⁸.

9. Teza sformułowana przez R. Paprzyckiego, iż „Przyczynienie się pokrzywdzonego do zaistnienia tego rodzaju przestępstwa nie ma znaczenia dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej”, jest bardzo dyskusyjna. Wydaje się, że można formułować tezę wręcz przeciwną, iż to, w jakim stopniu pokrzywdzony doprowadził do tego, iż jego uczucia religijne zostały obrażone, ma decydujące znaczenie dla odpowiedzialności karnej sprawcy. Wolność sumienia i wyznania to dobra o charakterze ściśle osobistym (indywidualnym)⁹. W zasadzie zgoda pokrzywdzonego zawsze wyłączy bezprawność czynów godzących w wolność sumienia i wyznania, o ile godzić będą one w dobra tylko tej jednostki, która zgodę wyraziła. Konieczne jest przy tym wyróżnienie sfery indywidualnej wolności sumienia i wyznania oraz sfery zbiorowej wolności w zakresie przekonań religijnych (wolność światopoglądowa). Działanie zgody pokrzywdzonego ograniczać się powinno tylko i wyłącznie do pierwszej ze wskazanych sfer. Jeżeli pokrzywdzony sam dąży do obejrzenia np. określonego przedmiotu materialnego (np. przedmiotu liturgicznego lub kultu, użytego jako środek artystycznego wyrazu), zwłaszcza, gdy ma świadomość z jakimi treściami może się zapoznać, zasada, w myśl której *Volenti non fit iniuria* (chcącemu nie dzieje się krzywda), powinna być respektowana. Jak zauważył W. Dąbrowski (Minister kultury), najprościej będzie, jeżeli potencjalni pokrzywdzeni powstrzymają się od oglądania budzących ich zastrzeżenia dzieł. Wszak nikt ich do tego nie zmusza. W przypadkach takich, mimo iż zachowanie sprawcy wypełniać będzie wszystkie znamiona typu czynu z art. 196 k.k. i będzie można sprawcy nawet przypisać winę w rozumieniu art. 1 § 3 k.k., to wyłączona zostanie kryminalna bezprawność takiego zachowania, co przesądza o braku przestępności, a w konsekwencji o wyłączeniu odpowiedzialności karnej. Dodać należy, że wskazana wyżej kontratypizacja przestępstwa z art. 196 k.k. możliwa jest wyłącznie wtedy, gdy pokrzywdzony jest dorosły i poczytalny, a swoboda w podejmowaniu decyzji i kierowaniu swoim postępowaniem nie została z innych względów wyłączona. Małoletnich i osoby z mankamentami w sferze intelektu należy chronić przed kontaktem m.in. z takimi dziełami sztuki, które stwarzają niebezpieczeństwo silnego i być może negatywnego — w takich przypadkach — oddziaływania w sferze psychicznej.

⁸ III K 2547/37, OSN 1938, nr 10, poz. 250.

⁹ Zob. J. Warylewski: *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, Sopot 1997, s. 28-29, nie publikowana rozprawa doktorska.

10. Mało prorocze i odbiegające nawet od ówczesnej rzeczywistości były słowa J. J. Nalewajko i R. Kubiaka, którzy w 2000 r. na łamach „Palestry” twierdzili, że „Sztuka, jako zjawisko będące wyrazem ekspresji twórczej artysty, rzadko znajduje się w orbicie zainteresowań prawa, a w szczególności prawa karnego”. Również, wbrew opinii tych autorów, kontratyp sztuki, nie jest kontratypem nowym¹⁰. W polskim piśmiennictwie o kontratypie sztuki dawno już pisał M. Filar¹¹, a brak karalności wielu poczynań twórczych wynika z faktycznego funkcjonowania właśnie kontratypu sztuki.

Należy jednak docenić próbę wyznaczenia znamion kontratypu sztuki przez tych autorów. Cel artystyczny (działania motywowane chęcią przekazania idei, uczuć twórcy lub jego przeżyć), artystyczny charakter dzieła (mistrzostwo wykonania oraz zaspokojenie potrzeb społecznych) oraz szczególne właściwości twórcy (profesjonalizm i mistrzostwo w danej dziedzinie sztuki) zapewne muszą być uwzględniane przy wyznaczaniu zakresu kontratypizacji, wydaje się jednak, że zbyt wysoko ustawiono poprzeczkę mającą decydować o tym, czy coś jest sztuką czy nie. Profesjonalizm i mistrzostwo zwykle nie są atrybutami debutantów, a znamiona twórczej oryginalności przysługują bez względu na estetykę dzieła i jego odbiór społeczny. Przy tym zdefiniowanie pojęcia „sztuka” lub „dzieło sztuki” jest chyba jednym z trudniejszych zadań. Spotkać się można z poglądem, wedle którego sztuka jest pięknem widzianym przez artystę, ale zaraz dodaje się, iż piękne jest to, co kto lubi i co się komu podoba¹². Stwierdzenie, że sztuka jest podstawowym składnikiem kultury i zasadniczym sposobem uzewnętrzniania zdolności twórczych człowieka również niewiele wyjaśnia¹³. Sztuką może być wszystko, sztuka ma wybitnie indywidualny charakter, nie poddaje się kryteriom pożytku, celu czy umiejętności; to twórczość wolna od wszelkich pojęciowych reguł.

W przypadku kontratypu sztuki mamy do czynienia z wręcz modelową sytuacją kolizji co najmniej dwóch dóbr chronionych przez prawo karne. Pomijając inne możliwe sytuacje, w przypadku kontratypu sztuki może kolidować wolność twórcy do wyrażania poglądów z wolnością sumienia i wyznania innych osób. Kontratyp ten ma charakter pozaustawowej okoliczności wyłączającej bezprawność czynu i rzeczą doktryny oraz orzecznictwa jest wskazywanie jego znamion. Należy przyjąć, że kontratyp sztuki powinien być identyfikowany poprzez określenie znamion decydujących o tym, czy: 1) sprawcą czynu był

¹¹ Zob. M. Filar: *Sztuka a zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 1432 i n.; tenże: *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 142-148.

¹² Zob. K. Estreicher: *Historia sztuki w zarysie*, Warszawa 1987, s. 6 i n.

¹³ *Popularna Encyklopedia Powszechna*, hasło „sztuka”, Wyd. Fogra, Kraków 1994-1998.

artysta, 2) w efekcie jego zachowania powstało lub zostało przedstawione dzieło o charakterze artystycznym (nie każde dzieło artystyczne będzie utworem w rozumieniu art. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) i dodatkowo, nie w charakterze warunku koniecznego, 3) sprawcę motywowała chęć osiągnięcia artystycznego celu. Wystąpienie pewnych dodatkowych okoliczności będzie jedynie wzmacniało karnoprawną ocenę konkretnego zachowania w kategoriach kontratypu sztuki (m.in.: udział sprawcy-artysty w zinstytucjonalizowanych wystawach, festiwalach i przeglądach twórczości, udział w warsztatach artystycznych, poziom wykształcenia profesjonalnego, np. ukończenie studiów plastycznych, dotychczasowy dorobek wystawienniczy).

Dorota Nieznalska, jako artystka, a także efekty jej pracy, jako dzieła sztuki spełniają wszystkie z wyżej wymienionych kryteriów, pozwalających mieć pewność, iż jeżeli uznamy możliwość kontratypizacji czynów zabronionych przez kontratyp sztuki, to z pewnością kontratypizacja taka zachodzi w tym przypadku.

Nie bez znaczenia pozostaje kwestia porównywalności danego dzieła z innymi, znajdującymi się aktualnie w „obrocie”, lub tymi, które w świadomości społecznej już zaistniały. W przypadku „Pasji” D. Nieznalskiej możemy mówić o porównywalności np. z: 1) performancem Ch. Burdena, który zażądał przybicia swych rąk na wzór (podobieństwo) ukrzyżowania do samochodu, po czym wyraził życzenie, aby go bito, 2) instalacją ukazującą przygnięcionego meteorytem Papieża (autorstwa M. Cattalana), zaprezentowana w warszawskiej „Zachęcie”, 3) projektem J. Markiewicza, przedstawiającym kopulację z figurą Chrystusa bądź też z 5) pracami zaprezentowanymi na wystawie „Irreligia” (m.in.: Matka Boska Częstochowska z domalowanymi wąsami – praca A. Rzepeckiego).

W przypadkach budzących uzasadnione wątpliwości nie można wykluczyć konieczności powołania przez organ procesowy biegłego, a nawet kilku biegłych, np. z takich dziedzin, jak: historia sztuki, socjologia religii lub obyczajów.

11. Znamiona strony przedmiotowej wskazujące na publiczność zachowania, przedmiot czci religijnej i miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych nie budzą problemów co do ich rozumienia. W przypadku prezentacji „Pasji” znamię publiczności wystąpiło i nie ma tu znaczenia w gruncie rzeczy niewielki zasięg tej wystawy oraz do pewnego stopnia eksperymentalny charakter galerii „Wyspa”. Znamię publiczności odnosi się do zachowania sprawcy, a nie do jakiegoś miejsca. To zachowanie musi być publiczne, a nie miejsce. Zachowanie publiczne zachodzi wtedy, gdy może być ono postrzegane dla pewnej, z góry nieokreślonej liczby niezindywidualizowanych osób.

Możliwość ta powinna być rzeczywista, a nie tylko hipotetyczna. Może do niego (publicznego działania) dojść również w miejscu, do którego dostęp jest ograniczony tylko do określonej grupy osób¹⁴. Popełnienie czynu w miejscu publicznym nie jest tożsame z popełnieniem czynu publicznie — z działaniem publicznym. Miejsce publiczne, tzn. miejsce ogólnie dostępne, będzie jednak najczęściej miejscem publicznego działania lub zaniechania¹⁵. Zdaniem SN, nawet możliwość ustalenia indywidualnie określonych uczestników nie przesądza o braku publiczności działania¹⁶

Przedmiotem czci religijnej jest przedmiot uznany za taki przez wyznawców danej religii. Decyduje o tym również treść określonej religii. Mogą to być figury, obrazy (wizerunki aniołów, świętych albo samego bóstwa — tzw. kult świętych obrazów), przedmioty liturgiczne. W judaizmie przedmiotami takimi będą: gwiazda Dawida („Tarcza Dawida”), menora (świecznik siedmioramienny) i Święta Arka ze zwojami Tory. Dla chrześcijan przedmiotem czci jest niewątpliwie m.in. krzyż, hostia czy różaniec¹⁷. Krzyż jest przedmiotem kultu religijnego chrześcijan, jako świadectwo ukrzyżowania Jezusa. Krzyż (powieszenie na dwóch belkach) był używany jako narzędzie służące do wymierzania kary głównej (kary śmierci). Jednak rzeczywiste narzędzie ukrzyżowania nie przypominało ani greckiego, ani łacińskiego wyobrażenia krzyża. Krzyż, jako motyw graficzny (ornamentalny, zdobniczy), ma również charakter abstrakcyjny i uniwersalny; występuje w wielu kulturach.

De lege lata przedmioty czci religijnej, o których mowa w art. 196 k.k. to wyłącznie przedmioty materialne. Tym samym za przedmiot czci religijnej nie może być uznany ani sam Bóg, ani zasady wiary, ani Matka Boska czy wszyscy święci. Oznacza to znaczne zawężenie obszaru kryminalizowanych zachowań w porównaniu z Kodeksem karnym z 1932 r.¹⁸

Artystka użyła krzyża równoramiennego (tzw. greckiego), a nie tzw. łacińskiego. Przemawiają za tym proporcje i wymiary zaprezentowanego na wystawie, stalowego krzyża. Należy więc postawić pytanie, czy prezentowany na wystawie krzyż, dający się skojarzyć jedynie z krzyżem tzw. greckim, jest przedmiotem kultu osób, które złożyły zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa i zostały uznane za pokrzywdzone. Jeżeli tak nie jest, wówczas

¹⁴ Por. wyr. SN: z dnia 1.07.1988 r., WR 272/88, OSNKW 1988, nr 11-12, poz. 82; z dnia 3.08.1972 r., Rw 743/72, niepublikowany.

¹⁵ Por. wyr. SN z dnia 3.05.1971 r., Rw 441/71, OSNKW 1971, nr 10, poz. 158.

¹⁶ Por. wyr. SN: z dnia 4.07.1979 r., VI KRN 399/78, niepublikowane; z dnia 26.03.1973 r., Rw 279/73, OSNKW 1973, nr 7-8, poz. 101; z dnia 16.11.1972 r., I KR 274/72, niepublikowane.

¹⁷ Zob. S. Flasiński, T. Stępień: *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania w świetle orzecznictwa SN*, „Problemy Praworządności” 1986, nr 1; Z. Migros: *Ochrona wolności sumienia i wyznania w świetle przepisów kodeksów karnych europejskich państw socjalistycznych*, ZN ASW 1988, nr 5.

¹⁸ Zob. A. Wąsek: *Przestępstwa przeciwko przekonaniom religijnym le lege lata i de lege ferenda*, s. 33.

należy uznać, że nie doszło do wypełnienia wszystkich znamion strony przedmiotowej czynu opisanego w art. 196 k.k.

Miejsca przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych to m.in.: kościoły, kaplice, cerkwie, synagogi (bożnice), domy modlitwy (miejsca w sposób szczególny przystosowane do wykonywania obrzędów), a nawet domy pogrzebowe i cmentarze oraz te wszystkie miejsca (place, ulice, czy nawet polana w lesie w przypadku tzw. mszy polowej), w których wykonywane są (nawet jednorazowo) obrzędy religijne. Generalnie, przeznaczenie (a nie samo miejsce) do wykonywania obrzędów religijnych może mieć charakter trwały lub jedynie czasowy. Kościoły, kaplice i bożnice należy uznać za trwale przeznaczone do wykonywania obrzędów religijnych, a np. cmentarze za miejsca, które tylko czasowo pełnią taką funkcję (m.in. w czasie pogrzebu o charakterze religijnym, z udziałem osoby (duchownej lub świeckiej) upoważnionej do sprawowania takiej posługi. Ulica, wykorzystywana do procesji w Boże Ciało staje się miejscem wykonywania obrzędu religijnego, tak jak skwerek na którym stoi figura Matki Boskiej, w trakcie tzw. nabożeństwa majowego. Możliwa jest również czasowa zmiana przeznaczenia jakiejś sali (np. szkolnej bądź szpitalnej) na miejsce modlitw bądź kaplicę.

Jak zwrócono uwagę w uzasadnieniu do art. 173 k.k. z 1932 r.: „Sprawa owego miejsca wiąże się ze sprawą tzw. miejsca świętego. Według całego szeregu wyznań istnieją miejsca, otoczone pewnego rodzaju nimbem, uznane za święte, nietykalne, pomimo, że w miejscach tych nie odbywają się czynności o charakterze religijnym, tem mniej o charakterze służby bożej. Takie postawienie kwestji idzie za daleko, tego rodzaju miejsca specyficzną ochroną cieszyć się nie mogą; warunkiem ochrony z punktu widzenia ochrony wyznań religijnych mogą być tylko miejsca przeznaczone do wykonywania aktów religijnych. Pojęcie to jest już dostatecznie obszerne, gdyż obejmuje nie tylko służbę Bożą, ale wszelkie czynności religijne, z danym wyznaniem związane”.

Jak wskazywał J. Makarewicz: „Obrząd jest to pojęcie obszerne, obejmujące wszelkie manifestacje zewnętrzne danego wyznania o charakterze religijnym. Należą tu: a) akty czci (msza, wspólne modły, śpiew chóralny), b) akty prawne, połączone z błogosławieństwem religijnem: akt przyjęcia do grupy religijnej, akt zawarcia związku małżeńskiego, c) akty życia codziennego z błogosławieństwem religijnem, jak poświęcenie kamienia węgielnego pod budowę domu, jadła i napojów w czasie pewnych świąt.”¹⁹.

¹⁹ Zob. J. Makarewicz: *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 335.

Znieważać to inaczej okazywać pogardę, dawać wyraz pogardy swoim zachowaniem²⁰. Ocena zachowania powinna być, zdaniem SN, dokonywana z uwzględnieniem społecznych norm kulturowo-obyczajowych i powszechnie przyjętych kryteriów oceny. Jednocześnie SN wyraził zdanie, że subiektywne (indywidualne) odczucia nie powinny być brane pod uwagę, ze względu na niebezpieczeństwo uwzględnienia ocen wyrażanych np. przez osoby hiper nadwrażliwe. Znamię to powinno być przy tym rozumiane identycznie, bez względu w jakim typie przestępstwa występuje²¹.

12. Określenie strony podmiotowej przestępstwa obrazy uczuć religijnych w zasadzie nie stwarza żadnych problemów. Jest to przestępstwo umyślne, mogące być popełnione, *prima facie*, z zamiarem bezpośrednim albo ewentualnym. Przy takiej interpretacji art. 196 k.k., sprawca musi chcieć albo przynajmniej godzić się z wypełnieniem wszystkich znamion tego przepisu. Do interpretacji takiej skłania się również L. Gardocki²². Interpretacja ta nie jest jednak powszechna. O. Górniok, zwraca uwagę na znaczenie znamion czasownikowych „obraża” i „znieważając”, które oznaczają chęć wywołania przez sprawcę takiego odczucia u pokrzywdzonego i ograniczają stronę podmiotową tego przestępstwa do zamiaru bezpośredniego²³. Wydaje się, że tylko taka, zasługująca na aprobatę, wykładnia art. 196 k.k. pozwala artystom podejmować ryzyko związane ze swoją twórczością. Penalizacja zamiaru ewentualnego eliminuje z procesu tworzenia działania, których efektem, jedynie z pewnym prawdopodobieństwem, będą skutki oceniane negatywnie przez prawo karne.

Intencją D. Nieznalskiej na pewno nie było wyrażenie pogardy czy okazanie lekceważenia dla uczuć religijnych innych osób. O braku zamiaru przekonuje cała dotychczasowa droga rozwoju artystycznego D. Nieznalskiej. Artystka konsekwentnie podejmuje tematy trudne i bulwersujące, o czym przekonuje m.in. wystawa pt.: „Modus operandi”, poświęcona ofiarom zgwałceń (wystawiana w Sztokholmie w 1998 r.). Fascynacja męskością zapewne była podłożem wystawy pt.: „Wszechmoc: rodzaj męski” (2000 r.). Już tam pojawiają się motywy falliczne. Biorąc to pod uwagę „Pasja” (odwołująca się m.in. do stereotypu męskości) musiała się „zdarzyć”, musiała zaistnieć. Wielkim nieporozumieniem byłoby twierdzenie, że zamiarem artystki była obraza uczuć religijnych, choć nie można zaprzeczyć, że od strony przedmiotowej, „Pasja” w ten sposób może być odbierana przez

²⁰ Zob. W. Kulesza: *Zniesławienie i zniewaga*, Warszawa 1984.

²¹ Zob. wyr. SN z 17.02.1993 r., III KRN 24/92, Wokanda 1993, Nr 10, s. 8 i n.

²² Zob. L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 2002, s. 243.

²³ O. Górniok: *Kodeks Karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 17

widza nieprzygotowanego, którego zaskakuje relacja prasowa bądź telewizyjna, emitowana w atmosferze skandalu.

Ksiądz K. Niedałtowski, gdański duszpasterz środowisk twórczych, wyraził następującą opinię: „Dla mnie rozstrzygające w pytaniu o granice sztuki są intencje autora. Jeżeli D. Nieznalska publicznie oświadcza, że nie miała intencji obrazoburczych, to nie widzę powodu, żeby urządzać proces i wymierzać jej wyrok”. Czy lepiej więc dać posłuch wzburzonej owczarni, czy raczej jednemu z pasterzy. Wszak, jak naucza Pismo Święte, Chrystus do apostołów następujące słowa skierował: „Kto was słucha, mnie słucha” (Łk 10, 16).

13. Oskarżenie wysunięte pod adresem D. Nieznalskiej wpisuje się w historyczny i historyczny zarazem ciąg działań podejmowanych w obronie wiary bądź moralności, rozumianych jako abstrakcyjne dobra prawne, a skierowanych przeciwko budzącym sprzeciw, u niektórych osób, dziełom i ich twórcom. Prace Felicjena Ropsa²⁴, wykorzystującego bardzo często w swej, skandalizującej kiedyś, a dziś „obłaskawionej” twórczości, motyw krzyża, można oglądać w muzeach i na reprodukcjach. Gdyby ci wszyscy, którzy złożyli zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez D. Nieznalską, zechcieli (na pewno nie zechcą, bo do galerii programowo nie chodzą) odwiedzić Muzeum F. Ropsa w Namur (niedaleko Brukseli), zapewne też poczuliby się obrażeni. W 2001 r. tysiące osób złożyło zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z art. 196 k.k. i zażądało wstrzymania projekcji w Polsce filmu pt. „Dogma”. Podobne emocje wzbudziły m.in. filmy pt.: „Ksiądz” (głównie wśród osób skupionych wokół „Radia Maryja”) i „Ostatnie kuszenie Chrystusa”, plakat reklamujący film „Skandalista Larry Flynt” (na tle kobiecych bioder przedstawiono nagiego mężczyznę z rozkrzyżowanymi rękami), plakat K. Kozyry²⁵ „Więzy krwi” (plakat przedstawia wizerunki nagich kobiet zestawione z wyobrażeniem krzyża i półksiężyca), opublikowanie wizerunku Madonny mającej na ręku jednego z posłów oraz wystawa „Irreligia”, prezentowana w Brukseli (m.in. w Muzeum Atelier 340).

14. W dniu 29.09.2002 r., o godzinie 23.10, w programie pt.: „Autograf”, który został wyemitowany w programie 2 TVP, wziął udział Minister Kultury, Waldemar Dąbrowski. W trakcie dyskusji nad pracą D. Nieznalskiej pt.: „Pasja”, starano się znaleźć odpowiedź na

²⁴ Belgijski malarz symbolista (1833-1898). Baudelaire przyrównywał jego talent do piramidy Cheopsa. Zob. Ch. Brisson: *Pornocrates — An Introduction to the Life and Work of Felicien Rops* (1969); H. Veyrier: *Felicien Rops*, Paryż 1975.

²⁵ K. Kozyra jako jedyny przedstawiciel naszego kraju, zdobyła nagrodę na Międzynarodowym Biennale Sztuki w Wenecji (1999 r.), w całej 108 letniej historii jego istnienia.

pytanie: „Artystka czy kryminalistka?”. Minister wyraził przekonanie, że musi bronić artystki, która została uwikłana nie tyle w dyskurs o sztuce, co dyskurs polityczny, którego nie była w stanie przewidzieć. Jako minister kultury, członek rządu, opowiedział się po stronie artystki i wyraził nadzieję, że czasy stosów i inkwizycji należą już do przeszłości, a „żaden Sąd Pani Doroty nie skarże, o czym jestem głęboko przekonany”, ponieważ jedyną karą w takich przypadkach może być surowa debata na temat pokazanej przez artystkę inscenizacji. Wypowiedzi W. Dąbrowskiego, wierzącego „w czyste intencje” artystki skonfrontowane z „z prymitywnym odruchem niezgody”, nie tylko nie można bagatelizować, ale i nie można porównywać do innych, życzliwych dla artystki deklaracji, składanych przez wiele innych osób. Minister, zgodnie z Konstytucją, nie może prowadzić działalności sprzecznej z jego obowiązkami publicznymi (art. 150), a do obowiązków tych należy m.in.: dochowywanie wierności postanowieniom Konstytucji i innym prawom naszego kraju (dotyczy to również art. 196 k.k.). Tym samym zaprezentowaną wyżej wypowiedź Ministra należy traktować jako dającą wyraz aktualnej polityce kryminalnej naszego państwa (Rada ministrów, zgodnie z art. 146 ust. 1 Konstytucji ma m.in. kompetencje do prowadzenia polityki wewnętrznej).

Nadzieje i przekonania Ministra Kultury okazały się płonne. 18.07.2003 r. Sąd Rejonowy w Gdańsku uznał D. Nieznalską za winną popełnienia czynu z art. 196 k.k. i za to skazał ją na karę 6 m-cy ograniczenia wolności polegającego na wykonywaniu nieodpłatnie kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku społecznym. W uzasadnieniu potwierdzono, że żadna z przesłuchanych w procesie osób pokrzywdzonych w ogóle nie oglądała bezpośrednio pracy artystki. Kwestię czy można artystce przypisać zamiar bezpośredni Sąd w zasadzie pominął, uznając, że wystarczy wskazać, iż oskarżona dopuściła się czynu umyślnie. Zdumienie budzi nazywanie sporem akademickim tego czy artystka chciała, czy też być może tylko godziła się z obrazą uczuć religijnych innych osób. Ostatecznie Sąd przyjął jednak zamiar bezpośredni, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że „niewątpliwie nie było jej zamiarem bezpośrednim, rozmyślnym obrażanie kogokolwiek”. Zdecydowanie nie można się zgodzić ze zdaniem Sądu, że kontratypu sztuki „po prostu nie ma”. Towarzyszące temu stwierdzenie, że kontratyp taki byłby sprzeczny z Konstytucją (art. 32 ust. 1), ponieważ „wyłączał by pewien krąg osób z uwagi na szczególne okoliczności ich dotyczące, czyli artystów, z kręgu osób odpowiedzialnych za obrażanie innych ludzi”, można jedynie pozostawić bez komentarza. W uzasadnieniu wyroku więcej jest takich kuriozalnych

fragmentów, z którymi nie tyle nie sposób się zgodzić, co budzą one zdumienie, iż mogły się znaleźć w orzeczeniu wydawanym w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej.

Sąd Okręgowy w Gdańsku uchylił w dniu 28.04.2004 r. wyrok wydany na artystkę. W szczególności zadecydowały o tym naruszenia procedury karnej; ograniczenie prawa do obrony, brak właściwego uzasadnienia i wyjaśnienia podstawy prawnej skazania. Mam nadzieję, że kolejny skład Sądu Rejonowego w Gdańsku tych błędów już nie popełni.

15. Nawet jeżeli D. Nieznalska zostanie ostatecznie uniewinniona, to zarówno społeczne, jak i indywidualne koszty wymiaru sprawiedliwości karnej w tej konkretnej sprawie będą ogromne. Oskarżona przestała wystawiać i zarabiać, została — do pewnego stopnia —zastraszona. Okazało się, że można, przynajmniej na jakiś czas, zmusić artystę do milczenia, a przepisy Kodeksu karnego, które stać mają na straży dóbr prawnych, mogą być wykorzystywane dla naruszania tych dóbr. Nic nie usprawiedliwia działania prokuratora, który musiał chyba poczuć pasję, jaka towarzyszyła paleniu ksiąg i obrazów w czasach Inkwizycji, zamiast racjonalnie rozważyć materiał zgromadzony w postępowaniu przygotowawczym. Ukaranie D. Nieznalskiej będzie oznaczało zwycięstwo pasji ortodoksyjnych posłów nad pasją artysty. Pasji takiej można nie rozumieć i ją odrzucać albo też zazdrościć i pożądać jej, można się o nią modlić i zabiegać bądź ją krytykować, ale nie można jej zakazywać i za nią karać. Sądy nad sztuką są dozwolone, ale nie powinny się one toczyć w sądach powszechnych. *De lege ferenda*, art. 196 k.k., będący materialną podstawą procesu w sprawie D. Nieznalskiej, wprawdzie nie powinien zostać skreślony, ale jego nowelizacja jest konieczna i uzasadniona (propozycja ograniczająca miejsca, w których można popełnić to przestępstwo, do miejsc wykonywania obrzędów religijnych, m.in. do kaplic i świątyń, jest chyba jednak zbyt daleko idąca)²⁶.

Ponieważ polska doktryna i orzecznictwo wykazywały, jak dotąd, znikome zainteresowanie poruszaną tu problematyką, z nowszych propozycji wskazać można jedynie na tą, opracowaną przez A. Wąska, w brzmieniu: „Kto publicznie znieważa przekonania innej osoby w dziedzinie wiary, w szczególności wiary w Boga, albo publicznie znieważa przedmiot bezpośrednio związany z oddawaniem czci religijnej albo miejsce przeznaczone do

²⁶ Zob. B. Reiner, M. Staszewski: *Zagadnienie wolności sumienia i wyznania w projekcie k.k.*, „Państwo i Prawo 1963”, nr 8-9.

wykonywania obrzędów religijnych, jeżeli czyn ten mógłby naruszyć porządek społeczny, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”²⁷.

Prezydencki projekt nowelizacji k.k., z 20.12.2001 r. (druk sejmowy nr 181), nie przewiduje żadnych zmian w zakresie art. 196 k.k. Projekt poselski, z 3.03.2002 r. (druk sejmowy nr 387), przewiduje następującą treść art. 196: „Kto obraża uczucia religijne innej osoby, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Zmiana polega na wprowadzeniu znacznie surowszego zagrożenia karnego (tylko bezwzględna kara pozbawienia wolności z podniesioną górną granicą o cały rok, przy rezygnacji z grzywny i kary ograniczenia wolności) oraz poszerzenie zakresu kryminalizacji, poprzez ograniczenie liczby podmiotów (do jednego) których uczucia religijne mogą być obrażone.

Ewentualna nowelizacja powinna być jednak systemowa i objąć również inne przepisy Kodeksu karnego — te, które stwarzają realne zagrożenie dla wolności wypowiedzi, nie tylko artystycznej (m.in.: art. 135, 202, 212, 226, 256 i 257 k.k.).

²⁷ Zob. A. Wąsek: *Przestępstwa...*, s. 38.