

Dr hab. Magdalena Budyn-Kulik, prof. UMCS*

Wyłączenie odpowiedzialności karnej za występki z art. 256 § 2 k.k.

Jako że Szanowny Jubilat wiele uwagi poświęca problematyce przestępstwa z art. 256 k.k.¹, przedmiotem mojego opracowania uczyniłam kwestię, na temat której może nieco ubocznie, ale również się wypowiadał. Podzielałam zdanie Pana Profesora, że wprowadzenie w art. 256 § 3 k.k. okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną jest zbędne, choć pozwolę sobie nie zgodzić się z nim w kwestii argumentacji. Mam nadzieję, że owa delikatna polemika nie zostanie uznana ze względu na charakter niniejszego opracowania za *faux pas*; jest ona wyrazem mojego szacunku dla Szanownego Jubilata.

193

Pan Profesor Kulesza stwierdził, że brak zasadności utworzenia kontratypu w art. 256 § 3 k.k. polega na zdekompletowaniu znamion typu z § 2 art. 256 k.k. w postaci braku zamiaru propagowania ustroju totalitarnego². Jest to pewne uproszczenie, wynikające z nie do końca precyzyjnej wykładni znamienia „treść określona w § 1”. Okoliczność określona w § 3 wyłącza przestępność czynu z art. 256 § 2 k.k., a nie § 1. Szanowny Jubilat zaś wydaje się odnosić ją wprost do § 1, za ową „treść określoną w § 1” uznając treść propagującą faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa, podczas gdy ma ona raczej obejmować jedynie informacje o takim ustroju lub treści odwołujące się do uczucia nienawiści. Samo propagowanie czy nawoływanie to znamiona czynnościowe, które zostały wskazane niezależnie od treści, do których się odnoszą. Z tego

* Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

¹ Por. np. W. Kulesza, *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi „de lege praevia, lata et ferenda”)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej*, Lublin 2011, s. 99–119.

² W. Kulesza, *Pochwalanie...*, s. 114; pogląd ten podziela K. Wiak, [w:] A. Grześko-wiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1242.

też względu wydaje się też niewłaściwy argument mający przemawiać przeciwko wprowadzeniu instytucji z art. 256 § 3 do Kodeksu karnego, jakoby ustawodawca posługiwał się w treści przepisu nieuprawnionym w tym kontekście określeniem „sprawca czynu zabronionego”, powodującym stygmatyzację osoby, która na to nie zasługuje (np. naukowca)³. Chociaż Sąd Najwyższy wyraźnie rozdzielił „propagowanie” i „pochwalanie”⁴, nie można wyłączyć pozytywnego zabarwienia pojęcia propagowania⁵. *Słownik synonimów* jako wyrazy bliskoznaczne słowa „propagować” podaje „głosić, krzewić, popularyzować, reklamować, rozpowszechniać, szerzyć, upowszechniać”⁶, według *Słownika wyrazów obcych* zaś słowo „propagować” to tyle, co „szerzyć, krzewić, rozpowszechniać idee, hasła, myśli; zjednywać, zachęcać kogoś do czegoś”⁷. Propagowanie nie musi się łączyć z jednoznacznym zachęcaniem do przyjęcia prezentowanych treści, ale już przez samą ich prezentację, jeżeli nie jest opatrzona odpowiednim (krytycznym) komentarzem, pojawia się ów pozytywny aspekt. Artysta, naukowiec, kolekcjoner, edukator nie musi zatem obejmować zamiarem pochwalania ustroju wskazanego w art. 256 § 1 k.k.⁸

³ W. Kulesza, *Pochwalanie...*, s. 114–116; W. Kulesza, *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2018, t. LXX, z. 1, s. 161; *idem*, *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (Uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 432; *idem*, *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboliki w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 215–216.

⁴ Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 5–6, poz. 32.

⁵ M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 393–394.

⁶ http://www.edupedia.pl/words/index/show/524944_sownik_synonimow-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

⁷ http://www.edupedia.pl/words/index/show/280550_sownik_wyrazow_obcych-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

⁸ W literaturze wskazuje się, że stroną podmiotową tego czynu zabronionego stanowi zamiar bezpośredni kierunkowy: M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 840; E. Pływaczewski, A. Sakowicz, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. II*, Warszawa 2010, s. 491–492; M. Kalitowski, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1181; A. Michalska-Warias, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. 2*, Warszawa 2017, s. 335; D. Gruszecka, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 918; K. Wiak, [w:] *Kodeks...*, s. 1111. Jednak nie wszystkie znamiona sprawca musi obejmować zamiarem bezpośrednim. Nie musi on przecież propagować określonego ustroju czy nawoływać do zachowań wskazanych w art. 256 § 1 k.k. Do znamion czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k. nie należą elementy motywacyjne. To, z jakiego

Aby zrealizować znamiona czynu zabronionego z art. 256 § 2 k.k., sprawca nie musi propagować wskazanych treści czy nawoływać do nienawiści. Wystarczy, że realizuje któreś ze znamion czynnościowych w celu rozpowszechnienia takich treści. Zazwyczaj osoba realizująca znamie czynnościowe w ramach działalności artystycznej, naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej ma na celu rozpowszechnianie takich treści przez prezentację efektów swojej pracy. Cel rozpowszechniania jest poniekąd wpisany w każdy rodzaj działalności wymienionej w przepisie art. 256 § 3 k.k.⁹ Jest to zatem sprawca i realizuje zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe znamiona czynu z art. 256 § 2 k.k.

Ta drobna rozbieżność nie przekreśla jednak faktu, że zgadzam się zasadniczo z Panem Profesorem w kwestii najważniejszej – § 3 art. 256 k.k. jest zbędny. Wprowadzenie do Kodeksu karnego okoliczności z art. 256 § 3 spowodowało powstanie wątpliwości odnośnie do tego, czy w takim razie ogólny kontratyp działalności artystycznej nadal ma rację bytu. Pojawił się pogląd, że skoro ustawodawca niejako zadekretował istnienie takiej okoliczności w odniesieniu do zachowań określonych w art. 256 § 2 k.k., wyłączył jego istnienie w pozostałym zakresie. Nie można by się zatem było powoływać na działanie w ramach kontratypu działalności artystycznej, jeśli chodzi o naruszenie innych dóbr, np. uczuć religijnych, nietykalności cielesnej etc. Nie podzielam tego stanowiska. Wprowadzenie do Kodeksu karnego tej okoliczności oznacza tylko tyle, że w odniesieniu do określonego dobra ustawodawca wypowiedział się wprost o możliwości uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności karnej. Jestem zwolenniczką poglądu, że przepis art. 256 § 3 k.k. wprowadza szczególne warunki wyłączenia odpowiedzialności karnej w odniesieniu do sprawcy konkretnego czynu zabronionego (z art. 256 § 2 k.k.).

powodu sprawca realizuje znamiona czynnościowe (które są pod tym względem neutralne), nie ma znaczenia. Określona motywacja jest wskazana w § 1 (M. Budyn-Kulik, *Umysłność...*, s. 441–442).

⁹ Nie można zgodzić się z poglądem, że działalność artystyczna, kolekcjonerska, edukacyjna czy naukowa nie ma z reguły celu rozpowszechniania. Tak A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks...*, s. 370. O ile w przypadku działalności kolekcjonerskiej zdarza się, że kolekcjoner z obawy przed kradzieżą lub ujawnieniem nielegalnego pochodzenia elementów kolekcji nie ma zamiaru rozpowszechniania jej samej czy też informacji o niej, o tyle pozostałe rodzaje działalności prowadzone są z reguły po to, by ich efekty stały się znane szerszej grupie osób – artysta organizuje wystawę, ogłasza informacje o czasie i miejscu wystawienia spektaklu etc., naukowiec publikuje wyniki badań w postaci monografii, wystąpienia na konferencji czy artykułu w czasopiśmie o możliwie szerokim zasięgu, a osoba zajmująca się edukacją zwykle stara się przekazać określone treści jak największemu gronu odbiorców.

Polskie prawo karne zna kontratypy tzw. ustawowe (wynikające wprost z przepisów Kodeksu karnego lub innych ustaw) oraz pozaustawowe. Do tych ostatnich należy m.in. tzw. kontratyp działalności artystycznej. Wprowadzenie w § 3 art. 256 k.k. okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną rodzi parę pytań. Przede wszystkim, czy jest to kolejny ustawowy (kodeksowy) kontratyp, czy może należy ją zaliczyć do okoliczności innego rodzaju, np. wyłączających winę.

Wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawy w ramach kontratypu działalności artystycznej budzi w doktrynie prawa karnego wiele dyskusji. Nie do końca jasne jest samo jego istnienie (poza art. 256 § 3 k.k. nie został on w żadnym akcie prawnym „zadekretnowany” przez ustawodawcę), a przypadku akceptacji tej okoliczności – jej zakres oraz przesłanki. Kwestia ta wydaje się najistotniejsza z punktu widzenia niniejszego opracowania, ponieważ spośród okoliczności wymienionych w art. 256 § 3 k.k. ta jest najdokładniej przeanalizowana i ustalenia jej dotyczące mogą stanowić punkt odniesienia dla rozważań odnośnie do istoty i konstrukcji pozostałych, które nie były dotychczas przedmiotem tak intensywnych badań. Doktryna prawa karnego poświęcała nieco uwagi możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej w ramach działalności naukowej. Kwestia jednak działalności kolekcjonerskiej i edukacyjnej jako okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną nie była dotychczas przedmiotem samostnej szerokiej refleksji prawniczej.

Dyskusja na temat istnienia i kształtu kontratypu działalności artystycznej toczy się od dawna i ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania nie ma sensu jej przytaczać. Dość wskazać, że Autorami przyjmującymi, że działalność artystyczna stanowi kontratyp, są: M. Filar¹⁰, J. Nalewajko i R. Kubiak¹¹, J. Warylewski¹², w pewnym zakresie także M. Budyn-Kulik i M. Kulik¹³. Rozbieżności pojawiają się odnośnie do określenia znamion i zakresu tego kontratypu¹⁴. Wydaje się, że należy

¹⁰ M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 142 i n.; idem, *Sztuka i zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10, s. 1432 i n.

¹¹ J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9, s. 31.

¹² J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 378–379.

¹³ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną* [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Kraków 2006, s. 235.

¹⁴ J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka...*, 31 i n., J. Warylewski, *Pasja...*, s. 378–379; S. Dziwisz, *Odpowiedzialność karna artysty za przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017, t. XXVII, nr 1, s. 8–13.

zaliczyć do nich: istnienie kolizji dóbr mających wartość społeczną, jednym z tych dóbr jest dobro „artystyczne” – osiągnięcie celu artystycznego przez artystę, celu artystycznego nie można osiągnąć inaczej niż przez poświęcenie jednego z dóbr będących w kolizji, poświęcenie to jest społecznie opłacalne, a dobro poświęcane nie stanowi wartości większej niż dobro „artystyczne”¹⁵. Jeżeli dobro poświęcane ma wartość mniejszą, ale nie oczywiście mniejszą, zachowanie podjęte w ramach działalności artystycznej wyłącza winę¹⁶. Wyłączenie odpowiedzialności karnej artysty nie jest bezwzględne, za pewne przejawy działalności artystycznej odpowiedzialność karna nie może zostać wyłączona¹⁷.

Żaden z tych warunków działania w ramach okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną nie jest jasny. Wykładnia każdego z nich nastęrcza trudności. Były one wielokrotnie wyrażane w literaturze, dlatego ze względu na konieczność zachowania wymogów redakcyjnych nie zostaną one dokładnie przeanalizowane, lecz jedynie zasygnalizowane. Nie ma w polskim ustawodawstwie definicji artysty¹⁸. Nie jest łatwo określić, co kryje się pod pojęciem działalności artystycznej. Ani polski Kodeks karny, ani inne akty prawne nie zawierają definicji tego pojęcia¹⁹. Nie formułuje jej ustawa – Prawo autorskie, która w art. 1 zawiera jedynie stwierdzenie, że przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór)²⁰. Określenie „dzieła literackie i artystyczne” zostało wyjaśnione w art. 2 Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejranej w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca

¹⁵ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 242–243.

¹⁶ *Ibidem*, s. 244–245.

¹⁷ Wynika to wprost z art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz art. 18 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Korzystanie z tej wolności może zostać ograniczone w zakresie przewidzianym przez ustawę i niezbędnym w społeczeństwie demokratycznym w określonym interesie publicznym (np. bezpieczeństwo państwowe etc.). Por. też C. Dierksmeier, *Die Würde der Kunst*, „Juristenzeitung” 2000, nr 18, s. 884; J. Würkner, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, Berlin 1994, s. 37 i n.

¹⁸ Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1983 ze zm.) w art. 26a ust. 2 posługuje się pojęciem pracownika artystycznego w instytucji kulturalnej. Z pewnością jednak nie można utożsamiać go z pojęciem artysty.

¹⁹ Pojęcie to nie jest także zdefiniowane na gruncie innych ustawodawstw. Por. C. Dierksmeier, *Die Würde...*, s. 884.

²⁰ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.).

1928 r.²¹ Odnosi się ono do wszelkich utworów literackich, naukowych i artystycznych, bez względu na sposób lub formę ich wyrażenia (książki, broszury i inne pisma; odczyty, przemówienia, kazania i inne dzieła tego samego rodzaju; dzieła dramatyczne lub dramatyczno-muzyczne; dzieła choreograficzne i pantomimy, których układ sceniczny został ustalony na piśmie lub w inny sposób; utwory muzyczne ze słowami lub bez słów; utwory rysunkowe, malarskie, architektoniczne, rzeźby, utwory rytownicze i litograficzne; ilustracje, mapy geograficzne; plany, szkice i wyroby plastyczne, dotyczące geografii, topografii, architektury lub nauk).

Nie jest zatem proste określenie zakresu przejawów korzystania z wolności uprawiania działalności artystycznej. Od czasów słynnej prowokacji (?) Duchampa za sztukę można uznać wszystko, byleby autor stworzył przynajmniej pozór motywowania chęcią osiągnięcia celu artystycznego²².

Także pojęcie społecznej opłacalności budzi wątpliwości. Rzadko będzie niejako wpisana w samo zaistnienie dzieła artystycznego o określonej wartości estetycznej. Powinna ona mieć wartość wymierną – pod jakimś względem²³. Istnieje grupa dóbr, w przypadku których możliwość przyjęcia kontratypu zależeć będzie od okoliczności faktycznych konkretnego przejawu działalności artystycznej, czyli od tego, czy w danym układzie faktycznym poświęcenie tego dobra w imię działalności określonego rodzaju będzie społecznie opłacalne²⁴.

Skoro ustawodawca posługuje się już funkcjonującym w literaturze pojęciem „działalność artystyczna”, należy posługiwać się wypracowanymi w doktrynie przesłankami wyłączenia odpowiedzialności sprawcy popełniającego czyn w jej ramach. Nie ma racjonalnych powodów, dla których przesłanki okoliczności w postaci działalności naukowej, kolekcjonerskiej i edukacyjnej należałoby określić inaczej niż w przypadku działalności artystycznej. Stanowią je zatem: istnienie kolizji dwóch dóbr mających wartość społeczną, jednym z tych dóbr jest wzbogacenie wiedzy (dobro o charakterze „naukowym”), dobro o charakterze kolekcjonerskim i edukacyjnym, osiągnięcie celu naukowego, edukacyjnego, kolekcjonerskiego (?) przez naukowca (badacza), pedagoga (?) i kolekcjonera (zbieracza), celu naukowego, edukacyjnego, kolekcjonerskiego nie można osiągnąć inaczej niż przez poświęcenie jednego z dóbr będących w kolizji, poświęcenie to jest społecznie opłacalne, a dobro poświęcane nie stanowi wartości większej niż dobro „naukowe, edukacyjne czy

²¹ Ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 5 marca 1934 r. (Dz.U. Nr 27, poz. 213).

²² M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 240.

²³ A. Wąsek, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 2005, s. 366.

²⁴ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 240–242.

kolekcjonerskie". Jeżeli dobro poświęcane ma wartość mniejszą, ale nie oczywiście mniejszą, zachowanie podjęte w ramach działalności naukowej, edukacyjnej lub kolekcjonerskiej wyłącza winę.

Podobnie jak w przypadku działalności artystycznej nasuwa się wątpliwość, co należy rozumieć pod pojęciem odpowiednio działalności naukowej, edukacyjnej i kolekcjonerskiej – co decyduje o tym, że prowadzona działalność ma charakter artystyczny, edukacyjny, naukowy lub kolekcjonerski, np. okoliczności o charakterze przedmiotowym (związane z samą aktywnością podmiotu lub z jego charakterystyką, nadającą mu określony walor), a może subiektywnym (wewnętrzne przekonanie podmiotu, że spełnia wymogi bycia odpowiedni naukowcem, kolekcjonerem, edukatorem)²⁵. Czy z użytego przez ustawodawcę określenia „w ramach działalności artystycznej” wynika, że sprawca musi prowadzić stałą działalność danego typu, a co za tym idzie, czy potrzebne jest tu jakieś urzędowe (formalne) potwierdzenie prowadzenia działalności określonego rodzaju, np. wpis do określonej ewidencji ze wskazaniem rodzaju działalności? A może niezbędne jest tu uzyskanie odpowiedniego wykształcenia potwierdzone odpowiednim dokumentem lub zatrudnienie w odnośnym charakterze, np. jako nauczyciel (działalność edukacyjna), pracownik naukowy (działalność naukowa), absolwent szkoły artystycznej (działalność artystyczna)? Czy można uznać za czyn podjęty w ramach wskazanej w przepisie działalności zachowanie incydentalne, jednorazowe? Użycie słowa „działalność” mogłoby sugerować, że chodzi nie o jednorazowe zachowanie sprawcy, a o większą liczbę takich zachowań podejmowanych w ramach wykonywania większego zadania czy realizowania jakiegoś celu²⁶. O ile w przypadku zachowania sprawcy o charakterze naukowym czy kolekcjonerskim (choć też nie bez pewnych wątpliwości) z istoty swej ma ono charakter wieloczynnościowy, o tyle w odniesieniu do zachowań o charakterze artystycznym czy edukacyjnym już tak być nie musi. Czy można określić mianem działalności artystycznej jednorazową prezentację artystyczną przygotowaną przez osobę, która oprócz tego żadnych przedsięwzięć artystycznych nie przygotowuje? Użycie pojęcia „działalność” zdaje się przesądzać o tym, że

²⁵ O problemach z ustaleniem charakteru artystycznego por. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 239 i n.; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, [w:] F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014, s. 159–160.

²⁶ Tak zresztą jako „zespół działań podejmowanych w jakimś celu” oraz „funkcjonowanie czegoś lub oddziaływanie na coś” definiuje to pojęcie *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/dzia%C5%82alno%C5%9B%C4%87.html> (dostęp: 10.12.2019).

choć nie musi to być aktywność zawodowa sprawcy²⁷, powinna ona jednak mieć charakter trwały lub powtarzalny.

W przypadku artysty, naukowca czy osoby zajmującej się edukacją istnieją obiektywne sposoby ustalenia, że dana osoba ma, przynajmniej formalną, legitymację do prowadzenia działalności określonego rodzaju w postaci dyplomu ukończenia uczelni artystycznej, posiadania stopnia naukowego lub/i zatrudnienia w charakterze pracownika naukowego wyższej uczelni albo w postaci dyplomu ukończenia studiów pedagogicznych. Brak takiej formalnej legitymacji nie przesądza jednak o niemożności prowadzenia działalności artystycznej (malarz samouk, który wystawia i sprzedaje swoje prace), naukowej (badacz amator) czy edukacyjnej (osoba bez wykształcenia pedagogicznego prowadząca różnego rodzaju kursy lub szkolenia). O wiele trudniej jest ustalić taką cechę w przypadku kolekcjonera. Jest nim osoba, która zbiera przedmioty określonego rodzaju. Nie ma jednak żadnego sposobu obiektywnej weryfikacji, ustalenia, kto jest kolekcjonerem, a kto nim nie jest. Pewną wskazówką może być członkostwo w stowarzyszeniu, które ma taki cel określony w statucie²⁸. Jednak nie zawsze takowe istnieją. Kolejna wątpliwość dotyczy pojęcia kolekcji – ilu elementów zbioru potrzeba, aby mówić o kolekcji i czy mogą ją tworzyć jedynie przedmioty obiektywnie wartościowe?

Należy także zauważyć, że ustawodawca nie wprowadza do treści art. 256 § 3 k.k. wymogu, aby sprawca popełnił czyn w celu artystycznym, naukowym itp. Wynikać z tego mogłoby, iż sprawca w ramach prowadzonej działalności naukowej czy artystycznej może produkować itp. w celu rozpowszechniania odnośne treści w celu innym niż artystyczny, edukacyjny itd.²⁹

Spółeczna opłacalność zachowania sprawcy zależy od konkretnego układu faktycznego i może zostać oceniona tylko w odniesieniu do konkretnych okoliczności popełnienia czynu, czy wartość poznawcza dzieła naukowego, poznawczo-historyczno-estetyczna zbioru kolekcjonerskiego lub wychowawczo-poznawcza działalności edukacyjnej uzasadnia naruszenie normy z art. 256 § 2 k.k.

Pozostaje kwestia dóbr pozostających w kolizji. Jest ona tym istotniejsza, że proporcja ta przesądza o charakterze instytucji z art. 256 § 3 k.k. jako okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę³⁰.

²⁷ Tak też A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks...*, s. 370.

²⁸ Działalność „kolekcjonerska” często służy do ukrycia zachowań nielegalnych lub będących na pograniczu prawa, np. produkcja i posiadanie tzw. kolekcjonerskich dowodów osobistych.

²⁹ M. Budyn-Kulik, *Umyślność...*, s. 442.

³⁰ Rodzi to wszak szereg prawnokarnych konsekwencji, np. w postaci możliwości podjęcia działań w obronie koniecznej przez pokrzywdzonego.

Użycie sformułowania „nie popełnia przestępstwa” nie przesądza o charakterze okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną. W ten sam sposób ustawodawca rozpoczyna przepisy zawierające okoliczności wyłączające winę i wyłączające bezprawność. Utało się uznawać okoliczność nazywaną „działalnością artystyczną” za kontratyp. Tymczasem wydaje się, że jest to instytucja niejednorodna, mogąca pełnić dwojaką funkcję – analogicznie jak to się dzieje w przypadku stanu wyższej konieczności, w zależności od proporcji dóbr poświęcanego i ratowanego³¹. Okoliczność z art. 256 § 3 k.k. również powszechnie uznaje się w literaturze za kontratyp³². Zwyczajnie stwierdzenie to nie jest poparte głębszą refleksją. Tymczasem nie ma chyba, jak się wydaje, przeszkód do przyjęcia, że jeżeli wprowadzone zostają okoliczności podobne do działalności artystycznej, dotyczące innych, choć pokrewnych dziedzin aktywności człowieka, ich konstrukcja powinna być taka sama. Należałoby zatem przyjąć, że odpowiednio tożsame są przesłanki powoływania się na działanie w ramach takiej okoliczności. Oznaczałoby to, że *in abstracto*, na poziomie konstrukcyjnym, w zależności od tego, jakie dobra pozostają ze sobą w konflikcie (zasada proporcjonalności), odpowiedzialność karna za czyn popełniony w ramach działalności artystycznej, naukowej, edukacyjnej lub kolekcjonerskiej może zostać wyłączona odpowiednio z powodu braku winy lub bezprawności. Ustawodawca, wprowadzając art. 256 § 3 k.k. w określonym kształcie, zdaje się przesądzać, jak w tym konkretnym przypadku owa proporcja wygląda, a co za tym idzie, jaki charakter ma instytucja przewidziana w tym przepisie.

Należy zatem ustalić, jakie dobra pozostają w przypadku okoliczności z art. 256 § 3 k.k. w kolizji. Tylko pozornie jest to proste. Z jednej strony na pewno mamy do czynienia z wolnością uprawiania działalności artystycznej, naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej³³. Ochronę wolności w aspekcie ogólnym gwarantuje Konstytucja RP w art. 31, wolność zaś w poszczególnych aspektach działalności człowieka wynika z art. 73 Konstytucji RP, która gwarantuje ją, oczywiście na ogólnym

³¹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność...*, s. 235.

³² A. Michalska-Warias, [w:] *Kodeks...*, s. 370; A. Lach, [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1112; K. Wiak, [w:] *Kodeks...*, s. 1242; A. Herzog, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1607. Ogólnie jako o okoliczności wyłączającej odpowiedzialność piszą o art. 256 § 3 k.k.: M. Mozgawa, [w:] *Kodeks...*, s. 840; M. Kalitowski, [w:] *Kodeks...*, s. 1445.

³³ Nie można przy tym zapomnieć, że żaden z tych rodzajów działalności jako taki nie stanowi dobra wchodzącego w kolizję. Nie jest nim bowiem **treść** działalności odpowiednio artystycznej, naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej, a **wolność** jej uprawiania. C. Roxin, *Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, [w:] A. Eser, W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg im Breisgau 1991, s. 368.

poziomie, nie określając jej zakresu, ani nie wyjaśniając, na czym ma ona polegać³⁴. Swoboda działalności artystycznej wynika również z aktów prawa międzynarodowego, np. Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych – art. 19, oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – art. 10.

Dużo trudniej określić drugie pozostające w kolizji dobro. Autorzy komentarzy zazwyczaj poprzestają na podaniu jednego przedmiotu ochrony, odnoszącego się w istocie jedynie do typu z § 1. Przedmiot ochrony w przypadku typu z § 2 nie jest dokładnie taki sam. Przepis art. 256 k.k. został umieszczony w rozdziale przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, a nie przeciwko wolności. Miejsce umieszczenia przepisu art. 256 § 1 k.k. jest odpowiednie. Przedmiotem kryminalizacji jest tu wszak porządek publiczny, co wynika z włączenia do znamion wymogu, aby zachowanie sprawcy miało walor „publiczności”. Jednak już zlokalizowanie w tym samym rozdziale typu z § 2 w pierwszym oglądzie wydaje się nie do końca poprawne. Zachowanie sprawcy nie godzi bowiem w porządek publiczny, żadne ze znamion czynnościowych nie musi zostać zrealizowane publicznie, co więcej, niektóre z nich z reguły mają charakter niejako „prywatny”, np. posiadanie przedmiotów zawierających określone treści. Wyjaśnienie lokalizacji tego przepisu tkwi w stronie podmiotowej. Sprawca ma podejmować określone zachowania w celu rozpowszechniania³⁵. Rozpowszechnianie, mające być celem, do którego sprawca dąży, związane jest niewątpliwie ze swego rodzaju upublicznieniem treści, ale upublicznieniem, które nie musi godzić w porządek publiczny. Przepis ten zawiera typ z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, stanowiący

³⁴ Wydaje się, że właśnie ten przepis był swoistą inspiracją dla ustawodawcy do sformułowania art. 256 § 3 k.k. W art. 73 Konstytucji RP mowa jest bowiem o wolności twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolności nauczania oraz o wolności korzystania z dóbr kultury. Nieco nieudolnie i nie do końca adekwatnie ustawodawca przekształcił „twórczość artystyczną” w znamię „działalności artystycznej”, „wolność badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników” stała się „działalnością naukową”, „wolność nauczania” kryje się w znamieniu „działalności edukacyjnej”, a „wolność korzystania z dóbr kultury” została wtłoczona w znamię „działalności kolekcjonerskiej”.

³⁵ Cel rozpowszechniania może być samoistny (sprawca chce rozpowszechniać dane treści w przekonaniu o ich słuszności) lub przejściowy/niesamoistny uboczny/pierwszoplanowy. Sprawca może realizować znamiona czynnościowe z art. 256 § 2 k.k. np. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie będąc pewnym, jaki charakter mają dane treści. Jest mu to jednak obojętne. Odnośnie do tego znamienia strony przedmiotowej wystarcza więc zamiar ewentualny. Sprawca musi wiedzieć, co robi, i chcieć podjąć znamiona czynnościowe w celu rozpowszechniania, ale co do przedmiotu czynności wykonawczej wystarczy przypuszczenie, że są to treści wskazane w art. 256 § 1 k.k. oraz akceptacja tego faktu. M. Budyn-Kulik, *Umyślność...*, s. 441–442.

przygotowanie *sui generis* do naruszania porządku (choćby przecież rozpowszechnianie nie musi naruszać porządku publicznego). Można przyjąć, że porządek publiczny jest dobrem chronionym, ale na pewno nie pierwszoplanowym, lecz ubocznym. Nie jest łatwo określić w tym przypadku indywidualny, główny przedmiot ochrony, a jeszcze trudniej nazwać go. Wydaje się, że chodzi tu także o pewien rodzaj wolności, wolności od pewnych treści, które pośrednio mogłyby zaburzyć spokój i ład społeczny, czy szerzej funkcjonowanie społeczeństwa takiego, jakim chciałby je widzieć ustawodawca – demokratycznego i tolerancyjnego. W takim ujęciu okoliczność z art. 256 § 3 k.k. stanowiłaby raczej okoliczność wyłączającą winę, a nie bezprawność.

Należy zatem przyjąć, że okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną (przez wyłączenie winy) za czyn z art. 256 § 2 k.k. zawarta w art. 256 § 3 k.k. stanowi szczególną regulację, charakteryzującą się „sztywnym” określeniem proporcji dóbr będących w kolizji. Jej istnienie nie wyrzuca z instrumentarium prawa karnego ogólnej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną, określanej mianem „kontratypu działalności artystycznej”, a także możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej (w zależności od proporcji dóbr – bezprawności lub winy) z uwagi na popełnienie czynu w ramach działalności naukowej, edukacyjnej czy kolekcjonerskiej.

Literatura

- Budyn-Kulik M., *Umysłność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, [w:] F. Cieplý (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obraze uczuć religijnych*, Warszawa 2014.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Kraków 2005.
- Dierksmeier C., *Die Würde der Kunst*, „Juristenzeitung” 2000, nr 18.
- Dziwisz S., *Odpowiedzialność karna artysty za przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017, t. XXVII, nr 1.
- Filar M., *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977.
- Filar M., *Sztuka i zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10.
- Gruszecka D., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Herzog A., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Kalitowski M., [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

- Kulesza W., *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi de lege praevia, lata et ferenda)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011.
- Kulesza W., *Pochwalanie faszyzmu i komunizmu w świetle prawa karnego (uwagi „de lege praevia, lata et ferenda”)*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej*, Lublin 2011.
- Kulesza W., *Polska godność narodowa w świetle prawa karnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2018, t. LXX, z. 1.
- Kulesza W., *Propagowanie ideologii nazistowskiej lub jej symboliki w świetle niemieckiego i polskiego prawa karnego*, [w:] W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013.
- Kulesza W., *Swastyka w świetle prawa karnego i zbiorowej pamięci*, [w:] W. Cieślak (red.), *Inspiracje i kontynuacje. W kręgu idei Profesora Mariana Cieślaka*, Bydgoszcz–Gdańsk 2015.
- Lach A., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Michalska-Warias A., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. II*, Warszawa 2017.
- Mozgawa M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Nalewajko J., Kubiak R., *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9.
- Pływaczewski E., Sakowicz A., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Tom. II*, Warszawa 2010.
- Roxin C., *Weitere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, [w:] A. Eser, W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg im Breisgau 1991.
- Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Wąsek A., [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz, Tom. I*, Gdańsk 2005.
- Wiak K., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Würkner J., *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, Berlin 1994.

Orzecznictwo

Uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 2002, nr 5–6, poz. 32.

Akty prawne

Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., przejrzana w Berlinie dnia 13 listopada 1908 r. i w Rzymie dnia 2 czerwca 1928 r. (Dz.U. z 1935 r. Nr 84, poz. 515).

Ustawa z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz.U. z 2018 r. poz. 1983 ze zm.).

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.).

Netografia

http://www.edupedia.pl/words/index/show/280550_sloownik_wyrazow_obcych-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

http://www.edupedia.pl/words/index/show/524944_sloownik_synonimow-propagowac.html (dostęp: 10.12.2019).

<https://sjp.pwn.pl/szukaj/dzia%C5%82alno%C5%9B%C4%87.html> (dostęp: 10.12.2019).