

MARCIN GÓRSKI

Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego, WPiA UŁ

Inter arma silent Musae? Swoboda wypowiedzi artystycznej naruszającej porządek publiczny

Słowa kluczowe: prawa człowieka, swoboda wypowiedzi, swoboda wypowiedzi artystycznej, porządek publiczny

Czy sztuka musi ustąpić pierwszeństwa porządkowi publicznemu, a ład społeczny ma większą wartość dla ludzkości i jej rozwoju niż wolna ekspresja artystyczna? Czy więc sztuka musi być oceniona jako prezentująca mniejszą doniosłość niż „szczęk zbroi”, tu rozumiany (przewrotnie) jako prawne mechanizmy ochrony porządku publicznego?

W orzecznictwie sądów przyjmuje się niekiedy, że wypowiedź artystyczna ma szczególny status, powodujący rozszerzenie gwarancji swobody wypowiedzi i zawężenie stosowania klauzul limitacyjnych¹. Z drugiej strony, zauważalna jest również tendencja do udzielania silniejszej ochrony wypowiedzi artystycznej wówczas, kiedy jest ona równocześnie wypowiedzią polityczną². Nie angażując się w ocenę słuszności tego stanowiska, odniesiemy się tu do dopuszczalności ograniczenia swobody wypowiedzi artystycznej z uwagi na ochronę porządku publicznego, a bardziej precyzyjnie – do dopuszczalności ograniczania

¹ Zob. np. wyrok BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2007 – 1 BvR 1783/05 – Rn. (1–151), w pkt. 62, wyrok Sądu Najwyższego USA z 7 czerwca 1971 r., 403 U.S. 15 *Cohen v. California* (No. 299), wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239, 251 (1903), wyrok I/A Court H.R., *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and Costs.* Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73, wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 27 lutego 1992 r. w sprawie *R v Butler* [1993] 1 SCR 452, czy też wyrok ETPC z 20 września 1994 r. w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, skarga nr 13470/87. Zob. też jednak wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 9 kwietnia 1998 r. w sprawie *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.* [1998] 1 SCR 591, gdzie zajęto stanowisko, zgodnie z którym „swoboda wypowiedzi obejmuje wolność wypowiedzi artystycznej i nie ma powodu, żeby tworzyć specjalną kategorię dla wypowiedzi tego rodzaju”.

² Zob. wyrok ETPC z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji*, skargi nr 21279/02 i 36448/02; zob. też I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Oficyna 2010 r., w Rozdziale VII.1. Zob. też S. H. Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, 1987 Wis L Rev 221, 222.

wykonywania tejże swobody poprzez utwory artystyczne nawołujące do niepokojów społecznych, a więc zawierające również pierwiastek polityczny. Powodem, dla którego – jak się wydaje – należy poświęcić temu zagadnieniu nieco uwagi, jest panujące obecnie przekonanie (skądinąd może nieco historyczne), jakoby przyszło nam żyć w czasach wyjątkowych wyzwania dla stabilności społecznej, wynikających z wielkich migracji, wojen, nacjonalizmów, fanatyzmu religijnego i terroryzmu³. Z przekonania tego wypływa zaś wniosek, że swobody jednostek (np. prawo do prywatności czy swoboda wypowiedzi) powinny ulec ograniczeniu, aby ochronić stabilność systemu demokratycznego⁴. Wśród owych swobód jedną z ofiar bywa swoboda wypowiedzi artystycznej, szczególnie wówczas, kiedy jest pochybiana – nieodmiennie przez sprawujących władzę i obawiających się jej utraty – za wzbudzającą niepokoję społeczne i nawołującą do przemocy⁵. Ponownie powstrzymując się od oceny, czy istotnie współczesność niesie ze sobą tak wzmożone zagrożenia dla porządku i bezpieczeństwa publicznego, warto zapytać o słuszność i ewentualne granice ingerencji w swobodę wypowiedzi artystycznej wobec wspomnianych zagrożeń. Aby to uczynić, należy udzielić odpowiedzi na pytanie o istotę wypowiedzi artystycznej i charakteryzować jej status, a następnie ustalić relację pomiędzy nią i dobrem w postaci porządku publicznego.

1. Wypowiedź artystyczna

Interesujące wydaje się spostrzeżenie, że wypowiedź artystyczna nie ma ustalonej definicji. W Raporcie Faridy Shaheed, Specjalnej Sprawozdawczynie ONZ ds. praw kulturalnych⁶, znajduje się zdanie, że autorka „nie ma intencji, aby proponować definicję sztuki”. Komentując art. 10 Konwencji, Schabas potwierdza, że przepis ten obejmuje zakresem udzielanej ochrony również wypowiedź artystyczną, jednak dosyć zaskakująco, powstrzymuje się od wyjaśnienia, czym jest wypowiedź artystyczna⁷. Także Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych nie zdefiniował dotychczas zakresu ochrony udzielonej przez Pierwszą Poprawkę

³ Wspomnijmy w tym miejscu amerykańską ustawę z 16 października 2001 r. *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, zastąpioną przez ustawę z 2 czerwca 2015 r. *To reform the authorities of the Federal Government to require the production of certain business records, conduct electronic surveillance, use pen registers and trap and trace devices, and use other forms of information gathering for foreign intelligence, counterterrorism, and criminal purposes, and for other purposes*.

⁴ Zob. szeroko M. Szuniewicz, *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności jednostki w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2016.

⁵ Zob. częściowo odrębną opinię sędziów Wildhabera, Pastor Ridruejo, Costy i Baki do wyroku ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

⁶ *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. The right to freedom of artistic expression and creativity*, A/HRC/23/34, 14 marca 2013 r., źródło: http://www.cdc-ced.org/IMG/pdf/The_right_to_freedom_of_artistic_expression_and_creativity.pdf. Zob. pkt I.4.

⁷ W. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oksford 2015, s. 463–464.

tworzeniu i wykonywaniu sztuki⁸. Wreszcie, spójnej definicji wypowiedzi artystycznej nie wypracował Europejski Trybunał Praw Człowieka. Nie udało mu się to w, będącej *landmark case*, sprawie *Müller*, ale także w sprawach *Otto-Preminger-Institut*⁹, *Karataş*¹⁰, *Alinak*¹¹, *Vereinigung Bildender Künstler*¹², *Nikowitz*¹³, *Kar*¹⁴, *Lindon i Otchakovsky-Laurens i July*¹⁵, *EON*¹⁶, *Instytut Ekonomichnykh Reform TOV*¹⁷, *Ziemiński (nr 2)*¹⁸, *Sousa Goucha*¹⁹, *Alves da Silva*²⁰, *Welsh i Silva Canha*²¹ i *Leroy*²².

Chociaż więc powszechnie uznawana w porządkach konstytucyjnych wielu państw²³, swoboda wypowiedzi artystycznej ma ten defekt, że nie do końca jest jasne, co w istocie stanowi wypowiedź „artystyczną”. Słusznie więc zauważył Kearns, że „swoboda artystyczna jest kopciuszkiem wśród swobód, rzadko w świetle jupiterów i nigdy w światłach rampy”²⁴. W Europie wydaje się dominować pogląd, że jest to wypowiedź elitarna, a więc taka, która ze swej wysublimowanej i hermetycznej natury skazana jest na dotarcie do wąskiego tylko kręgu odbiorców²⁵. Z tego założenia wyprowadzany jest wniosek, że ingerencja w swobodę wypowiedzi artystycznej powinna być powściągliwa, gdyż wypowiedź taka ma przecież niewielką „siłę rażenia”, nie porywa ona tłumów, nie jest szeroko komentowana i w ogóle jej społeczne oddziaływanie jest niewielkie – innymi słowy, jest wypowiedzią nieznaczącą dla dyskursu publicznego. Pogląd ten wydaje się inspirowany pierwszym wyrokiem ETPC dotyczącym swobody wypowiedzi

⁸ R. M. o'Neil, *Artistic Freedom and Academic Freedom*, Law and Contemporary Problems, 1990, vol. 53, nr 3, str. 178.

⁹ Wyrok ETPC z 20 września 1994 r. w sprawie *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, skarga nr 13470/87.

¹⁰ Wyrok ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

¹¹ Wyrok ETPC z 29 marca 2005 r. w sprawie *Alinak przeciwko Turcji*, skarga nr 40287/98.

¹² Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, skarga nr 68354/01.

¹³ Wyrok ETPC z 22 lutego 2007 r. w sprawie *Nikowitz i Verlagsgruppe News GmbH przeciwko Austrii*, skarga nr 5266/03.

¹⁴ Wyrok ETPC z 3 maja 2007 r. w sprawie *Kar i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 58756/00.

¹⁵ Wyrok ETPC z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji*, skargi nr 21279/02 i 36448/02.

¹⁶ Wyrok ETPC z 14 marca 2013 r. w sprawie *EON przeciwko Francji*, skarga nr 26118/10).

¹⁷ Wyrok ETPC z 2 czerwca 2016 r. w sprawie *Instytut Ekonomichnykh Reform TOV przeciwko Ukrainie*, skarga nr 61561/08.

¹⁸ Wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r. w sprawie *Ziemiński przeciwko Polsce (nr 2)*, skarga nr 1799/07.

¹⁹ Wyrok ETPC z 22 marca 2016 r. w sprawie *Sousa Goucha przeciwko Portugalii*, skarga nr 70434/12.

²⁰ Wyrok ETPC z 20 października 2009 r. w sprawie *Alves da Silva przeciwko Portugalii*, skarga nr 42665/07.

²¹ Wyrok ETPC z 17 września 2013 r. w sprawie *Welsh i Silva Canha przeciwko Portugalii*, skarga nr 16812/11.

²² Wyrok ETPC z 2 października 2008 r. w sprawie *Leroy przeciwko Francji*, skarga nr 36109/03.

²³ Zob. np. art. 5 ust. 3 niemieckiej *Grundgesetz* (oraz wyrok BvG w sprawie *Mephisto*, BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 24. Februar 1971, 1 BvR 435/68), art. 20 ust. 1 konstytucji Hiszpanii z 1978 r., art. 33 konstytucji Republiki Włoskiej z 1947 r., art. X.1. węgierskiej ustawy zasadniczej z 2011 r., czy też art. 73 konstytucji RP z 1997 r.

²⁴ P. Kearns, *Freedom of artistic expression*, Oksford 2013, s. 150.

²⁵ Zob. np. *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*, European Court of Human Rights, January 2011, źródło: http://www.echr.coe.int/documents/research_report_cultural_rights_eng.pdf, wyświetlono 20 maja 2017 r.

artystycznej, czyli orzeczeniem w sprawie *Müller*²⁶. Trybunał dokonywał w nim oceny, czy skazanie skarżących było „niezbędne w demokratycznym społeczeństwie” i tylko z tego względu zauważył, że sporne dzieła były dostępne dla szerokiej publiczności i miały przyciągnąć jej zainteresowanie (pkt 36 wyroku). Spostrzeżenie Trybunału dotyczące zasięgu oddziaływania spornych dzieł zostało sformułowane w aprobatywnej reakcji na argument rządu szwajcarskiego (zob. pkt 31 wyroku), że ingerencja w swobodę wypowiedzi była niezbędna „mając szczególnie na względzie tematykę obrazów i specyficzne okoliczności, w jakich zostały one wystawione”. Nie wydaje się jednak, żeby kwestia zasięgu oddziaływania miała w ocenie Trybunału, wyrażonej w tej sprawie, znaczenie definicyjne dla pojęcia wypowiedzi artystycznej.

Trudno zgodzić się z poglądem, że wypowiedź artystyczna jest *ex definitione* wypowiedzią „nieznaczącą”. Dość wspomnieć z polskiej historii choćby pieśń *Żeby Polska*²⁷ i jej znaczenie formacyjne dla budowania patriotycznych postaw polskiego społeczeństwa, a ze współczesności kabaret „Ucho prezesa”, widziany jako rodzaj metody na rozładowanie strachu przed obozem władzy. Z doświadczeń zagranicznych można wskazać znaczenie brytyjskiego kabaretu „Spitting Image” dla krytyków polityki premier Margaret Thatcher. Bez wątpienia każde z tych dzieł było wypowiedzią artystyczną, chociaż ich zasięg oddziaływania był znaczący.

A zatem w definicji wypowiedzi artystycznej nie może chodzić o to, że jest ona „nieznaczająca”. Co zatem czyni wypowiedź – artystyczną? L. Garlicki wyjaśnia, że wypowiedź artystyczną należy rozumieć jako „szczególną formę przekazu, w szczególny sposób odzwierciedlającego osobowość twórcy i oddziałującego na estetyczną wrażliwość odbiorcy”, która „może przybierać najrozmaitsze formy”²⁸. Nie ma przy tym znaczenia, że wystawianie czy rozpowszechnianie wypowiedzi artystycznej może przynosić zyski²⁹. W interesującym wyroku Sądu Najwyższego Kanady w sprawie *Sharpe*³⁰, dotyczącym *artistic merit defence*, przysługującej w przypadku przestępstwa rozpowszechniania pornografii dziecięcej, w stanowisku większości przyjęto, że pojęcie to obejmuje wypowiedzi „mogące być rozsądnie uznawane za sztukę” w przekonaniu twórcy, przy czym dla ustalenia, że mamy do czynienia ze sztuką, istotne mogą być również inne czynniki, takie jak forma i zawartość danego dzieła, jego związki z artystycznymi konwencjami,

²⁶ Wyrok ETPC z 24 maja 1988 r. *Müller i in. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 10737/84. Zob. też pkt 52 cytowanego wyżej wyroku ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

²⁷ Utwór napisany w 1976 r. ze słowami J. Pietrzaka i muzyką W. Korcza.

²⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 10 EKPC* [w:] L. Garlicki [red.], *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do art. 1–18*, Warszawa 2010, s. 628, nb. 58 do art. 10 EKPC.

²⁹ W ten sposób J. Skrzydło, *Wolność wypowiedzi w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 169 z powołaniem na wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952).

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego Kanady z 26 stycznia 2001 r. w sprawie *R. v. Sharpe*, [2001] 1 SCR 45.

tradycjami i stylami, a także opinie biegłych, jak i wreszcie sposoby produkcji, wystawienia i dystrybucji, nadto zaś inne czynniki, które będą wynikać ze stale zmieniających się realiów społecznych i możliwości technicznych³¹.

Postawmy wobec tego tezę, że **za wypowiedź artystyczną będziemy tu uznawać zmaterializowany w jakiejkolwiek formie przejaw twórczej działalności jednostki, która wynika ze sfery jej uczuć lub odczuć estetycznych i której zasadniczą funkcją jest oddziaływanie na sferę uczuć lub odczuć estetycznych odbiorcy**. Wypowiedź taka może, ale nie musi wyrażać informacji bądź poglądu, jest bowiem manifestacją osobowości jednostki i jej wrażliwości, nie musząc zawierać pierwiastka rozumowego. Dla potwierdzenia, że mamy do czynienia z wypowiedzią artystyczną, możliwe jest odwołanie się do innych czynników, aniżeli sama intencja twórcy.

2. Implikacje istoty wypowiedzi artystycznej dla granic jej prawnej ochrony

W opinii częściowo odrębnej sędziów Rozakisa, Bratzy, Tulkensa i Šikuty w sprawie *Lindon i Otchakovsky-Laurens i July*³² autorzy podkreślili, że w ich ocenie to, iż mamy do czynienia z wypowiedzią artystyczną, usprawiedliwia zastosowanie wyższego poziomu ochrony wolności słowa (ang. *the fact that it was a novel, in other words an artistic work, is capable of justifying a higher level of protection*). Jest to pogląd często spotykany, chociaż zwykle formuluje się go niejako intuicyjnie. Z drugiej strony, w opinii odrębnej w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler*³³ sędzia Loucaides – wyrażając zdziwienie, że objęto konwencyjną ochroną obraz „Apokalipsa” autorstwa Ottona Mühla, który sportretował (w formie kolażu) publicznie znane postaci ze wzwiedzionymi i ejakulującymi penisami – stwierdził, że jest poza jego zakresem pojmowania, jak można porównać to dzieło do satyry lub wypowiedzi artystycznej i dodał, że gdy mówi się sztuce, nie obejmuje się tym pojęciem każdego aktu wypowiedzi artystycznej niezależnie od jego charakteru i skutku (ang. *to find that situation comparable with satire or artistic expression is beyond my comprehension. And when we speak about art I do not think that we can include each and every act of artistic expression regardless of its nature and effect*). Z drugiej strony, sędzia Holmes zauważył

³¹ Ang. “the subjective intention of the creator will be relevant, although it is unlikely to be conclusive. The form and content of the work may provide evidence as to whether it is art. Its connections with artistic conventions, traditions or styles may also be a factor. The opinion of experts on the subject may be helpful. Other factors, like the mode of production, display and distribution, may shed light on whether the depiction or writing possesses artistic value. It may be, as the case law develops, that the factors to be considered will be refined”.

³² Wyrok ETPC z 22 października 2007 r. w sprawie *Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji*, skargi nr 21279/02 i 36448/02.

³³ Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, skarga nr 68354/01.

w wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bleistein*³⁴ z 1903 r., że „byłoby ryzykownym przedsięwzięciem dla osoby wykształconej tylko w zakresie prawa, aby uznała się za ostatecznego sędziego wartości ilustracji graficznych”. W sprawie *Cohen v. California*³⁵ Sąd Najwyższy uznał za objętą ochroną wynikającą z Pierwszej Poprawki³⁶ prawo obywatela do przechadzania się korytarzem budynku sądu hrabstwa Los Angeles w kurtce z napisem *Fuck the Draft* (co można przetłumaczyć jako wulgarnie wyrażone zawołanie „Precz z Projektem”). Sędzia Harlan zauważył w swoim stanowisku w tej sprawie, że „jakkolwiek to szczególne czteroliterowe słowo [f.k.], o które toczy się ten spór, jest być może bardziej niesmaczne niż inne z tego samego gatunku, tym niemniej często okazuje się prawdą, że to, co dla jednego jest wulgaryzmem, dla innego bywa liryką. W istocie, w znacznej mierze z tego powodu, że urzędnicy nie mogą wprowadzać w tym względzie znaczących rozróżnień, Konstytucja pozostawia kwestie smaku i stylu zasadniczo jednostkom”³⁷. Wydaje się jednak, że nie każdy przejaw twórczości ludzkiej, pretendujący do miana sztuki, stanowi wypowiedź artystyczną. Jeśli wszakże dana wypowiedź jest sztuką („wypowiedzią artystyczną”), to zasługuje na szerszą ochronę przed ingerencją z uwagi na naturę wypowiedzi artystycznej.

Skoro bowiem wypowiedź artystyczna zawiera „boski pierwiastek” ludzkiej wrażliwości, to jej ocena prawna na płaszczyźnie klauzuli limitacyjnej jest narażona na znaczące ryzyko błędu, bo prawnik, chcąc rozstrzygać, czy wypowiedź posiada charakter artystyczny, powinien oprzeć się na relacji samego twórcy (inaczej staje się „słoniem grającym na flecie”³⁸). Któż bowiem inny, aniżeli artysta, jest w stanie wyjaśnić, czy jego wypowiedź wynikała z potrzeby wyrażenia indywidualnej wrażliwości i miała źródło w uwarunkowaniach osobowości twórcy i sferze doznawanych przezeń uczuć, czy też była raczej konsekwencją przesłanek racjonalnych (np. naukowych, politycznych, komercyjnych etc.)? Ponadto, jeśli wypowiedź jest „artystyczną” wskutek obecności wspomnianego elementu ekspresji indywidualnej wrażliwości („boskiego pierwiastka”), to z samej istoty takiej wypowiedzi wynika jej „prawo” do poruszania wrażliwości odbiorców, a więc również zniesmaczania, obrażania, szokowania etc. To spostrzeżenie wiedzie nas z kolei do przyjęcia, że granice ingerencji w swobodę wypowiedzi

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 US 239, 251 (1903).

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego USA z 7 czerwca 1971 r., 403 U.S. 15 *Cohen v. California* (No. 299).

³⁶ Zgodnie z Pierwszą Poprawką do Konstytucji USA z 15 grudnia 1791 r., „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

³⁷ Ang. *while the particular four-letter word being litigated here is perhaps more distasteful than most others of its genre, it is nevertheless often true that one man's vulgarity is another's lyric. Indeed, we think it is largely because governmental officials cannot make principled distinctions in this area that the Constitution leaves matters of taste and style so largely to the individual.*

³⁸ Zob. M. M. Bieczyński, *Ars Legis czy Lege Artis? Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic* (w:) D. Bychawska-Siniarska i D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014, s. 19.

artystycznej są wyjątkowo silnie ograniczone, o ile w ogóle można w tym przypadku mówić o dopuszczalności jakiegokolwiek ingerencji. Co miałyby ją jednak uzasadniać? Na pewno nie uczucia innej jednostki, gdyż prawo nie może dawać prymatu sferze uczuć jakiegokolwiek jednostki nad uczuciami innych jednostek. Odwołanie się zaś do względów innych, niż uczucia właśnie, wydaje się nieadekwatne w sytuacji, w której istotą wypowiedzi artystycznej jest właśnie ekspresja uczuć.

Rację jednak ma sędzia Loucaides podkreślając, że nie wszystko, co zostanie opakowane w papier z napisem „sztuka”, jest nią w istocie. Z wypowiedzią artystyczną mamy do czynienia tylko wtedy, jeżeli jej autor dokonuje aktu kreacji, a kreacja ta wynika nie ze sfery rozumowości, lecz uczuć. Poza tą sferą lokują się więc takie przejawy twórczości ludzkiej, które mają na celu perswazję polityczną czy komercyjną. Oczywiście nie oznacza to, że są one pozostawione bez ochrony, jednak ochrona ta wynika nie z prostego wyprowadzenia konsekwencji z istoty wypowiedzi, jak to jest w przypadku wypowiedzi artystycznej, dysponującej „prawem do oddziaływania na uczucia odbiorcy”, lecz z innych względów, takich jak znaczenie swobodnej wypowiedzi dla pluralistycznego i demokratycznego społeczeństwa.

3. Wypowiedź artystyczna a porządek publiczny – praktyka ETPC

Europejski Trybunał Praw Człowieka był w swojej praktyce konfrontowany ze stanami faktycznymi, które prowokowały potrzebę wyważenia swobody wypowiedzi artystycznej i porządku publicznego, czyli jednego z dóbr prawnych należących do przesłanek zastosowania klauzuli limitacyjnej. Wspomnimy tu o trzech sprawach: *Karataş*, *Alinak* i *Kar*.

Karataş

W sprawie *Karataş*³⁹ Trybunał rozpoznał skargę dotyczącą zarzutu naruszenia przez Turcję m.in. art. 10 EKPC poprzez konfiskatę publikacji i skazanie Hüseyina Karataşa, autora antologii poezji zatytułowanej *Dersim – Bir İsyanın Türküsü* (Dersim – pieśń o rebelii). Antologia zawierała poemat *Wolność to prawo klanu*, który opiewał naród kurdyjski i nawoływał do antytureckiej rebelii.

Trybunał zauważył (pkt 49), że zakwestionowana publikacja była poezją, a więc formą wypowiedzi, która jest zrozumiała tylko dla mniejszości czytelników (ang. *form of artistic expression that appeals to only a minority of readers*). Następnie Trybunał podkreślił, że art. 10 chroni swobodę wypowiedzi artystycznej, która daje możliwość udziału w publicznej wymianie wszelkich rodzajów

³⁹ Wyrok ETPC z 8 lipca 1999 r. *Karataş przeciwko Turcji*, skarga nr 23168/94.

informacji i poglądów kulturalnych, politycznych i społecznych, a także, iż twórcy, wykonawcy, dystrybutorzy i wystawcy dzieł sztuki przyczyniają się do wymiany poglądów i opinii, co jest niezbędne dla demokratycznego społeczeństwa, a to oznacza, że na państwie spoczywa obowiązek niewkraczania niesłusznie w tę sferę swobody wypowiedzi (ang. *those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression*). W dalszej jednak części wyводу (pkt. 50–51) Trybunał zakwalifikował sporną antologię jako wypowiedź polityczną i tylko dodatkowo zauważył (pkt 52), że skarżący posłużył się poezją, czyli formą wypowiedzi z definicji adresowaną do wąskiego kręgu odbiorców, a zatem należy potraktować jego wypowiedź jako „z natury artystyczną i o niewielkim oddziaływaniu”, co wpływa na ocenę tej wypowiedzi (ang. *the Court considers that the fact that they were artistic in nature and of limited impact made them less a call to an uprising than an expression of deep distress in the face of a difficult political situation*). W rezultacie Trybunał stwierdził naruszenie art. 10 EKPC.

Alinak

Kolejne orzeczenie ETPC dotyczące swobody wypowiedzi artystycznej również dotyczyło ograniczeń stosowanych w Turcji. W sprawie *Alinak przeciwko Turcji*⁴⁰ zarzut naruszenia art. 10 EKPC był następstwem zatrzymania egzemplarzy noweli „Gorączka Şiro” (*Şiro'nun Ateşi*) autorstwa Mahmuta Alinka, w której autor miał podzegać do nienawiści na tle etnicznym. Nowela była oparta na faktach, które miały miejsce w 1993 r. w tureckiej wiosce Ormanıcı (siły bezpieczeństwa torturowały mieszkańców wioski⁴¹). Sąd krajowy uznał, że jakkolwiek swoboda wypowiedzi artystycznej podlega ochronie prawnej, to jednak nie obejmuje ona publikowania tekstów „niesmacznych i odrażających”, a za taki sąd ten uznał sporną publikację.

Trybunał przyjął, że napisanie i publikacja noweli są objęte swobodą wypowiedzi artystycznej (pkt 42 wyroku), która podlega ochronie na podstawie art. 10 Konwencji. Jakkolwiek sporna nowela była inspirowana faktami, to jednak Trybunał zwrócił uwagę, że jako taka stanowiła relację fikcji (pkt 43 wyroku). Trybunał wziął pod uwagę obawy władz tureckich o wydźwięk noweli, związane ze zwalczaniem terroryzmu, ale podkreślił (pkt 45 wyroku), że autor, będący byłym członkiem parlamentu, jest obecnie osobą prywatną, a obrana forma wypowiedzi (opublikował wszak nowelę, a nie np. publikację w środkach masowego przekazu) ze swej natury charakteryzuje się niewielkim wpływem na opinię publiczną (ang. *the applicant [...] was at the material time a private citizen expressing his views in a novel which, as already mentioned, would necessarily reach a smaller audience*

⁴⁰ Wyrok ETPC z 29 marca 2005 r. w sprawie *Alinak przeciwko Turcji*, skarga nr 40287/98.

⁴¹ Zob. szerzej wyrok ETPC z 6 kwietnia 2004 r. w sprawie *Ahmet Ozkan i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 21689/93, w którym Trybunał stwierdził naruszenie art. 2, art. 3 i art. 8 EKPC.

than that afforded by the mass media). W tych okolicznościach, podobnie jak w sprawie *Karataş*, ETPC uznał, że chociaż niektóre fragmenty książki wydają się mieć wrogi ton, to jednak ich artystyczny charakter i ograniczony wpływ na opinię publiczną spowodowały zredukowanie ich znaczenia do wyrażenia rozżalenia z powodu opisanych w nich tragicznych zdarzeń, a tym samym nie można ich uznać za nawoływanie do przemocy (ang. *even though some of the passages from the book seem very hostile in tone, the Court considers that their artistic nature and limited impact reduced them to an expression of deep distress in the face of tragic events, rather than a call to violence*).

Kar

Skarżącymi w sprawie *Kar i inni przeciwko Turcji*⁴² byli aktorzy, którzy zagrali w sztuce „Wróg sprawiedliwości” (tur. *Bir Hak Düşmanı*). W treści sztuki znalazło się twierdzenie o słuszności walki zbrojnej z państwem, które nie uznaje praw Allacha. Zdaniem sądów krajowych sztuka zachęcała do zbrojnej rebelii przeciwko państwu w imię islamu. Skarżących skazano na surowe kary pozbawienia wolności (w wymiarze 5,5 roku). Trybunał zauważył, że sporna sztuka została wystawiona tylko osiem razy, co w ocenie ETPC było istotne w kontekście zarzucanego naruszenia art. 10 Konwencji. Trybunał podkreślił (pkt 47 wyroku), że choć w spornej sztuce znalazły się wypowiedzi, które można zakwalifikować jako podżeganie do nienawiści i wrogości, to jednak „swoboda wypowiedzi w rozumieniu art. 10 Konwencji ma zastosowanie nie tylko do informacji i poglądów, które są postrzegane przychylnie czy rozumiane jako nieobraźliwe, czy też takich, które są obojętne, ale także do takich, które obrażają, szokują czy niepokoją jakąkolwiek część społeczeństwa. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których nie istnieje demokratyczne społeczeństwo” (ang. *freedom of expression within the meaning of Article 10 applies not only to “information” or “ideas” which are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those which offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”*). Trybunał uznał również za doniosłe w okolicznościach sprawy to, jaki był charakter i dolegliwość sankcji zastosowanych wobec skarżących, które Trybunał uznał za „ekstremalne”.

⁴² Wyrok ETPC z 3 maja 2007 r. w sprawie *Kar i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 58756/00.

4. Wnioski

Warto zauważyć, że we wszystkich trzech sprawach wypowiedź artystyczna dotyczyła równocześnie tematyki politycznej: w dwóch przypadkach chodziło o sytuację Kurdów, w trzeciej o problematykę świeckości państwa. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że artystycznego (a więc „niszowego”) charakteru wypowiedzi Trybunał użył w tych sprawach jako argumentu dodatkowego (swego rodzaju alibi dla ustalenia, że doszło do przekroczenia granic dopuszczalnej ingerencji), a skoncentrował się na pierwiastku politycznym (*sensu largo*) spornych wypowiedzi jako mającym zasadnicze znaczenie dla poziomu ochrony udzielanej swobodzie wypowiedzi. Szerzej można zauważyć, że artystyczny charakter wypowiedzi nie jest uznawany przez ETPC jako zasadniczy powód, dla którego Trybunał skłonny jest przyznać silną ochronę wypowiedzi artystycznej. W sprawach, w których skarżący wygrywali w Trybunale walkę o ochronę swobody wypowiedzi artystycznych, powody wygranej nie wiązały się z samym artystycznym charakterem wypowiedzi. We wspomnianej sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*⁴³ Trybunał uznał, że sporny kolaż, portretujący m.in. p. Meischbergera, ówczesnego deputowanego z ekstremistycznej Wolnościowej Partii Austrii, którego namalowano w ten sposób, iż ścisnął on w dłoni ejakulujący penis p. Heidera, samemu ejakulując przy tym na św. Matkę Teresę – nie odnosił się do sfery życia prywatnego p. Meischbergera, lecz do jego aktywności politycznej, w ramach której musi się on wykazać większą tolerancją na krytykę. W sprawie *Nikowitz i Verlagsgruppe News GmbH przeciwko Austrii*⁴⁴ Trybunał doszedł do przekonania, że satyryczny tekst miał znaczenie dla debaty publicznej, bo krytykował stosunek opinii publicznej do idoli sportowych.

Czy w ogóle może zdarzyć się w praktyce ETPC sytuacja, w której doszłoby do kolizji swobody wypowiedzi artystycznej z porządkiem publicznym, a zarazem sama wypowiedź nie zawierałaby pierwiastka politycznego? Wydaje się, że jest to mało prawdopodobne. Sprawy, w których wypowiedź artystyczna pozbawiona była pierwiastka politycznego (jak choćby klasyczna sprawa *Müller*⁴⁵), nie obejmowały wyważania teź swobody z porządkiem publicznym, ale raczej z prawami innych osób. Wydaje się, że generalnie wypowiedź artystyczna pozbawiona pierwiastka politycznego jest obojętna dla porządku publicznego (będącego wartością kolektywną), choć może nie być obojętna dla praw i wolności innych jednostek.

Gdyby jednak doszło do takiej kolizji, wówczas standard oceny układu faktyczno-prawnego powinien uwzględniać stanowisko wypracowane przez ETPC w takich sprawach, jak *Karataş, Alinak i Kar*. Tym bardziej powściągliwa winna być ingerencja w swobodę wypowiedzi artystycznej, która równocześnie wpisuje się w debatę polityczną, w takim bowiem przypadku, oprócz potrzeby

⁴³ Wyrok ETPC z 25 stycznia 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler przeciwko Austrii*, skarga nr 68354/01.

⁴⁴ Wyrok ETPC z 22 lutego 2007 r. w sprawie *Nikowitz i Verlagsgruppe News GmbH przeciwko Austrii*, skarga nr 5266/03.

⁴⁵ Wyrok ETPC z 24 maja 1988 r. *Müller i in. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 10737/84.

udzielenia ochrony wypowiedzi artystycznej jako takiej, pojawia się potrzeba szczególnie silnej ochrony przysługującej wypowiedzi politycznej. Można jednak zastanawiać się, czy w ogóle potrzebne jest w takim przypadku rozważanie znaczenia artystycznego charakteru wypowiedzi (z implikacjami związanymi z autopoetycznością sztuki), skoro istnieje dużo silniejszy, w ocenie ETPC, argument dla udzielenia ochrony swobodzie?

Należy natomiast postulować pogłębienie rozważań orzeczniczych dotyczących konsekwencji samej definicji wypowiedzi artystycznej dla rekonstrukcji granic ochrony udzielanej swobodzie jej formułowania i głoszenia. Idąc śladem praktyki amerykańskiej można by uznać, że zasadniczą przeszkodę dla ingerowania w swobodę wypowiedzi artystycznej stanowi fakt, że ze swej definicji sztuka może (tzn. ma prawo) silnie oddziaływać na sferę uczuć jednostek, bo to właśnie jest istotą sztuki, a takie oddziaływanie może zaś (w znaczeniu „ma prawo”) w konsekwencji zaburzać porządek publiczny. Porządek publiczny, chociaż tak cenny dla nas, prawników, wydaje się być z punktu widzenia interesu całej ludzkości dużo mniej istotny, niżli postęp. Ten zaś ma swoje korzenie w swobodzie tworzenia, w tym również kreacji artystycznej.

INTER ARMA SILENT MUSAE? FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION DISTURBING PUBLIC ORDER

Key words: human rights, freedom of expression, freedom of artistic expression, public order

Summary

Courts of different jurisdictions (including the ECtHR) tend to employ the notion of “artistic expression” intuitively. Definitional attempts are rare (see e.g. the ruling of the Canadian Supreme Court in *Sharpe*). One may postulate that “artistic” is the expression which is rooted in the sphere of sensitiveness of an individual appealing to the same sphere of other individuals. The consequence of such understanding of artistic expression is that it is designed to “offend, shock and disturb” (i.e. to appeal to human feelings) by its definition. A further consequence is that artistic expression should be likely to have impact on the public order. However the case-law of the ECtHR proves that it happens only when artistic expression is contaminated by political elements. Purely artistic expression seems indifferent to the public order.

Bibliografia

- Bieczyński M. M., *Ars Legis czy Lege Artis? Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic*, [w:] D. Bychawska-Siniarska i D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 10 EKPC*, [w:] L. Garlicki [red.], *Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do art. 1-18*, Warszawa 2010
- Kamiński I. C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Oficyna 2010 r.
- Kearns P., *Freedom of artistic expression*, Oxford 2013.

- Nahmod S. H., *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment*, 1987 Wis L Rev 221, 222.
- O'Neil R. M., *Artistic Freedom and Academic Freedom*, Law and Contemporary Problems, 1990, vol. 53, nr 3.
- Schabas W., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oksford 2015.
- Skrzydło J., *Wolność wypowiedzi w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013.
- Szuniewicz M., *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności*, Warszawa 2016.