

Mariusz Kusion\*, Katarzyna Litwin\*\*

\*Uniwersytet Jagielloński, \*\*Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

## Internet i podsłuchy, czyli prowokacja artystyczna i dziennikarska przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii – wybrane aspekty oceny prawnokarnej

### *Wprowadzenie*

„Taśmy prawdy” i „skandale obyczajowe” to hasła, które od co najmniej kilku lat przewijają się w języku publicznych debat III RP na określenie (lub jako dowód) szczególnie pejoratywnych zjawisk lub wydarzeń. Oba są niejednokrotnie efektem prowokacji dziennikarskiej i artystycznej, które stają się o tyle bardziej kontrowersyjne społecznie i na gruncie prawnej kwalifikacji, o ile bardziej wyszukanych i zaawansowanych technologicznie metod używa się dla ich przeprowadzenia. „Prowokacja” bowiem, to, zgodnie ze słownikiem wyrazów obcych W. Kopalińskiego<sup>1</sup>, wyzwanie, umyślna zaczepka, podpuszczanie kogoś dla szkodliwych dla niego lub osób trzecich działań.

Z punktu widzenia prowokacji artystycznej i dziennikarskiej, przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii jako okoliczności wyłączającej bezprawność, można wyodrębnić pewne wspólne cechy:

- wykorzystanie (ultra)nowoczesnych technologii do realizacji założonych celów (m.in. telefonii komórkowej, Internetu, zaawansowanego programowania komputerowego, miniaturyzacji urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk),
- niejawność intencji danego postępowania (z natury swej prowokacja jest skuteczna, o ile w zamierzonym odgórnie czasie nie zostanie zdemaskowana),
- wysnuwanie uzasadnienia prowokacji z wartości społecznie doniosłych co do zasady, mających odzwierciedlenie w pozytywnej regulacji nor-

<sup>1</sup> Z. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 2000, s. 412.

matywnej, zwłaszcza o charakterze programowym (m.in. jawność życia publicznego, zwalczanie korupcji i patologii społecznych, wolność twórczości artystycznej, wolność słowa),

- naruszenie dóbr prawem chronionych lub przynajmniej cudzego światopoglądu, przekonań politycznych, filozofii życiowej, poczucia estetyki, pojmowania sztuki.

Jak wspomniano, czyny popełnione w ramach prowokacji artystycznej lub dziennikarskiej nie muszą jednak w każdym przypadku prowadzić do naruszenia czyichkolwiek dóbr prawnych, ale mogą np. naruszyć poczucie estetyki osób trzecich, ich światopogląd, przekonania polityczne, filozofię życiową, pojmowanie sztuki – działania te są w obecnym porządku prawnym zachowaniem prawnie irrelewantnym, a zatem prowokacja w tym przypadku nie będzie realizowała znamion żadnego typu czynu zabronionego. Wbrew potocznemu rozumieniu, prowokacja nie jest tożsama ze skandalem, gdyż skandal to tylko jeden z możliwych jej efektów. W praktyce omawiane typy prowokacji najczęściej prowadzą do naruszenia następujących dóbr: czci danej osoby, nazwiska, pseudonimu (art. 23 Kodeksu cywilnego<sup>2</sup>), uczuć religijnych (art. 196 Kodeksu karnego<sup>3</sup>), zaufania potrzebnego przy zajmowaniu danego stanowiska, wykonywania zawodu lub rodzaju działalności (art. 212 Kodeksu karnego). Już tych kilka wymienionych przepisów wyraźnie ogranicza działalność dziennikarzy i artystów, każdego w swojej dziedzinie, a przecież jedni i drudzy pełnią role korzystne, społecznie doniosłe, rozwijające m.in. wrażliwość, świadomość otaczających realiów, poczucie piękna i sprawiedliwości. Wydaje się zatem zasadne, aby uregulować normatywnie kwestię odpowiedzialności korzystania przez artystów i dziennikarzy ze swoich praw w zakresie dokonywania prowokacji. Zagadnienie to bowiem budzi wiele kontrowersji na gruncie orzecznictwa.

Przyjmując, że prowokacja artystyczna i dziennikarska są, przynajmniej w pewnych sytuacjach, okolicznościami wyłączającymi bezprawność czynu zabronionego, należy założyć, że są to działania podjęte na szkodę danej osoby (osób) lub osoby (osób) trzeciej (trzecich) i jednocześnie dla dobra innej osoby, osób trzecich lub (w szczególności) ogółu społeczeństwa.

### *Prowokacja dziennikarska*

Prowokacja dziennikarska jest działaniem podjętym przez zawodowego dziennikarza w celu pozyskania informacji uprzednio nieupublicznych i istot-

<sup>2</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 Nr 16 poz. 93), zwana dalej KC.

<sup>3</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.) zwana dalej KK.

nych ze względu na założony przez dziennikarza temat przekazu medialnego (artykułu, audycji, reportażu TV itp.). Specyficznym gatunkiem dziennikarstwa, które z istoty swej odwołuje się do metod prowokacji dziennikarskiej, jest dziennikarstwo śledcze.

Dziennikarstwo śledcze, czyli inaczej mówiąc żurnalistyka interwencyjna, zdecydowanie różni się od pozostałych rodzajów dziennikarstwa (m.in. *stricte* informującego czy rozrywkowego). Pojęcia „dziennikarstwa śledczego” nie definiuje żaden akt prawa krajowego, toteż nie posiada ono legalnej definicji. Środowiska mediów, próbując wykreować stosowną definicję, tworzą termin *quasi-prawniczy*, należący *de facto* do języka dziennikarskiego. Jedna z nich mówi, że „dziennikarstwem śledczym jest ujawnianie tego, co ma być skrywane”<sup>4</sup>. Leonard Sellers mówi o żurnalistyce interwencyjnej w sposób następujący: „Jest to takie dziennikarstwo, które sięga po informację świadomie ukrytą ponieważ narusza ona prawo lub zasady etyki”<sup>5</sup>. Monika Worsowicz natomiast przytacza definicję tekstu śledczego, który klasyfikuje go jako

*Publikację prasową o znacznej objętości, często o skomplikowanej strukturze, niejednorodnej pod względem gatunkowym; poświęconej ujawnieniu faktów mających istotny wpływ na życie publiczne, porządek społeczny, polityczny lub prawny; która jest efektem zazwyczaj długotrwałego, niejawnego ustalania przez dziennikarzy przebiegu zdarzeń (śledztwa) prowadzącego do publicznej kompromitacji osób, których szkodliwe działania zostały opisane w tekście; inicjuje publiczną dyskusję na dany temat oraz zapoczątkowuje lub – częściej – intensyfikuje działania organów ścigania w określonej sprawie*<sup>6</sup>.

Dziennikarstwo śledcze nastawione jest zatem na demaskowanie. Reporterzy śledczy prowadzą działania („dochodzenia”) w środowisku polityki i biznesu, służb specjalnych i policji, a nierzadko i informatorów ze środowiska przestępczego. Dziennikarstwo śledcze ma na celu przede wszystkim obronę interesów obywateli, osób zmarginalizowanych, którzy nie dysponują narzędziami obrony swych praw. Ponadto dziennikarstwo śledcze powinno uświadamiać społeczeństwu istnienie określonych negatywnych zjawisk społecznych (zwłaszcza nieprawidłowości w mechanizmach życia publicznego); pomoc w wykrywaniu przestępstw bądź ich samodzielne wykrywanie (zwłaszcza w sytuacji, gdy sprawa nie znajduje się w obszarze zainteresowania

<sup>4</sup> A. Wilińska, *Dziennikarstwo śledcze – wybrana problematyka*, [www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m\\_aktualnosci&cid=69&cid=735&tp=1](http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=69&cid=735&tp=1) [01.06.2011].

<sup>5</sup> *Dziennikarstwo śledcze. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych*, red. M. Palczewski, M. Worsowicz, Łódź 2006, s. 6.

<sup>6</sup> M. Worsowicz, *Pragmatyka tekstów śledczych. Wybrane zagadnienia*, [w:] *ibidem*, s. 123–124.

organów ścigania, np. z uwagi na niewykrycie sprawcy lub brak dowodów). Dziennikarz śledczy przy swojej pracy wykorzystuje: wywiad, reportaż uczestniczący, analityczne badanie dokumentów, obserwację, listy od czytelników, poufne wiadomości od informatorów oraz techniki zbliżone do stosowanych przez instytucje o uprawnieniach śledczych, tj. np. prowokacje przy użyciu podsłuchów, ukrytych kamer, łapówek kontrolowanych czy *hackingu* (dla przełamania zabezpieczeń w systemach informatycznych) itp.

Zasadne jest stwierdzenie, że wykorzystywanie wyżej wymienionych metod przez osoby spoza instytucji właściwych dla wykrywania przestępstw lub – szerzej rzecz ujmując – dla zapewnienia bezpieczeństwa powszechnego i porządku publicznego, zawiera immanentne niebezpieczeństwo dla tychże dóbr, które realizuje się poprzez naruszenie norm prawa karnego, cywilnego, administracyjnego i prasowego. Warto jednak zwrócić uwagę, że stosowanie tak wyszukanych i ryzykownych metod, które narażają osoby je stosujące na odpowiedzialność prawną lub „śmierć zawodową”, dowodzi znacznej odwagi i najwyższej staranności zawodowej dziennikarza w realizacji zadań tzw. wolnej prasy w demokratycznym państwie prawa.

Jak wspomniano, dziennikarze, zwłaszcza śledczy, zbierający materiały prasowe, nierzadko balansują na granicy przepisów prawa, ingerując swoimi działaniami w kompetencje organów państwa, narażając się jednocześnie na odpowiedzialność administracyjną, prawnoprasową (za rozpowszechnianie materiału prasowego powstałego w sprzeczności z ustawą Prawo prasowe<sup>7</sup>), a także dyscyplinarną za czyny naruszające postanowienia zawarte w swojej podstawie zatrudnienia<sup>8</sup>. Granice tzw. śledztwa dziennikarskiego („dochodzenia”) są wyznaczone przede wszystkim przez normy prawa cywilnego<sup>9</sup> oraz normy prawnokarne, będące przedmiotem niniejszego opracowania.

W kontekście pojęcia prowokacji jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego, należy wyodrębnić w szczególności następujące przestępstwa, przewidziane w KK naruszenie miru domowego (art. 193), zniesławienie (art. 212 § 1), zniesławienie typu kwalifikowanego, tj. przy użyciu środków masowego komunikowania (art. 212 § 2), znieważenie (art. 216 § 1), znieważenie typu kwalifikowanego, tj. dokonane za pomocą środków masowego komunikowania (art. 216 § 2), łapownictwo czynne (art. 229 § 1), fałszywe zeznanie (art. 233 § 1), fałszywe oskarżenie innej osoby o popełnienie czynu zabronionego (art. 234), podstępne zabiegi dokonywane

<sup>7</sup> *Vide* obowiązki dziennikarza, zwłaszcza wynikające z art. 10–17 ustawy z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r. Nr 5 poz. 2 z późn. zm.).

<sup>8</sup> Dziennikarze w Polsce mogą wykonywać swoją pracę na podstawie umowy o pracę oraz umów cywilnoprawnych, umów o wolontariat, tzw. kontraktów menedżerskich i innych.

<sup>9</sup> Zwłaszcza w zakresie ochrony dóbr osobistych (art. 23 i 24 KC).

w celu oskarżenia osoby o popełnienie czynu zabronionego (art. 235), fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa (art. 238), publiczne rozpowszechnianie wiadomości z postępowania przygotowawczego lub zamkniętej rozprawy (art. 241 § 1), wykorzystywanie informacji stanowiącej tajemnicę państwową (art. 265 § 1), nielegalne uzyskiwanie informacji (art. 267 § 1), materialne fałszerstwo dokumentu (art. 270 § 1), wyłudzenie poświadczenia nieprawdy (art. 272).

Jeśli przyjąć *in abstracto*, że prowokacja dziennikarska wyłącza bezprawność wyżej wymienionych czynów, to problematyczna staje się kwestia podmiotu czynu zabronionego w sytuacji, kiedy okoliczność ta rozciąga się na zachowania osób nieposiadających statusu prawnego dziennikarza, lecz działających wspólnie i w porozumieniu z nim. Analogicznie rzecz ma się z twórcami sztuki i prowokacji artystycznej oraz osobami, które w ramach działalności twórczej z nimi współpracują (doradcy, pomocnicy, modele, tzw. muzy). Zagadnienie to należy więc rozpatrywać w kontekście konkretnych okoliczności towarzyszących danemu przypadkowi. Odpowiedzialność sprawcy bezpośredniego nie jest bowiem *ex lege* wyłączona przez brak bezprawności ze strony podżegacza, sprawcy polecającego lub kierowniczego. Wystarczy wskazać na możebną opcję ekscesu sprawcy bezpośredniego. Ponadto zgodnie z zasadą nieakcesoryjności odpowiedzialności z art. 20 KK, każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających.

Bezsporny jest fakt, że w demokratycznym państwie prawa dziennikarze oraz artyści są obowiązani przestrzegać prawa powszechnie obowiązującego tak samo, jak każdy obywatel RP – w doktrynie oraz orzecznictwie pojawia się jednak wiele kwestii spornych, które bezpośrednio odnoszą się do dziennikarstwa śledczego. Między innymi problematyczne są relacje żurnalistyki interwencyjnej z normami prowadzenia śledztwa i dochodzenia, wynikającymi z Kodeksu postępowania karnego<sup>10</sup> oraz konsekwencji prawno-dowodowych, które „dziennikarskie gromadzenie dowodów” implikuje na gruncie KPK. Ponadto dyskusyjna jest kwestia dopełnienia przez dziennikarzy prawnego obowiązku zawiadomienia o przestępstwie (art. 304 § 1 KPK), podczas gdy „nie jest to wskazane” z perspektywy dziennikarza, a z uwagi na zebrany przez niego w niewystarczającym stopniu materiał dowodowy. Jednocześnie warto zauważyć, że rozpowszechnianie niezgodnych z rzeczywistością efektów „śledztw dziennikarskich” stanowi zagrożenie dla prawidłowego uzyskania,

<sup>10</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89 poz. 555 z późn. zm.) zwana dalej KPK.

zabezpieczenia dowodów, narażonych na zatarcie, zniekształcenie lub zniszczenie oraz jest formą przedsądu osób wskazanych w materiale dziennikarskim, co z kolei jest sprzeczne z konstytucyjną zasadą domniemania niewinności.

Również analiza orzecznictwa sądów oraz literatury prawniczej uwidacznia, że śledztwa medialne podlegają różnorodnej ocenie – bierze się pod uwagę przepisy dotyczące stanu wyższej konieczności, albo zwraca uwagę na niską szkodliwość społeczną<sup>11</sup>, a innym razem traktuje się je jako przestępstwa<sup>12</sup>. Identycznie rzecz ma się w przypadku prowokacji artystycznych.

W celu zwolnienia się od odpowiedzialności karnej, osoby ze środowiska mediów, w tym dziennikarze, powołują się najczęściej na: Konstytucję RP<sup>13</sup> oraz na art. 1 prawa prasowego<sup>14</sup>. Natomiast *stricte* w kontekście art. 213. § 2 KK osoby te uzasadniają swoje inkryminowane działania, które wyczerpują znamiona zniesławienia, obroną społecznie uzasadnionego interesu. Niektórzy z nich powołują się również na stan wyższej konieczności, w którym zachodzi poświęcenie jakiegoś dobra (np. prawa do prywatności zwłaszcza poprzez zastosowanie wobec kogoś podsłuchu) dla realizacji innego dobra, np. prawa do informacji<sup>15</sup> itp., mimo, że zgodnie z przepisem art. 26 KK, stan wyższej konieczności powoduje wyłączenie przestępności czynu, gdy osoba poświęca dobro o niższej wartości w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, grożącego innemu dobru o wartości wyższej, chronionemu przez prawo, a niebezpieczeństwa tego nie można było inaczej uniknąć. Ocena czy stan wyższej konieczności nastąpił w danym przypadku prowokacji, zależy od oceny proporcji dóbr: poświęcanego i ratowanego. Zatem każdy indywi-

<sup>11</sup> Spośród przesłanek oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, określonych w art. 115 § 2 KK, o niskim stopniu społecznej szkodliwości w przypadku prowokacji dziennikarskiej oraz artystycznej, w szczególności mogą przemawiać: rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody (czyny popełnione w ramach prowokacji artystycznej lub dziennikarskiej nie muszą zawsze apriorycznie naruszać czyichkolwiek dóbr prawnych, a jeśli już, to powinny być podjęte dla dobra innej osoby, osób trzecich lub w szczególności ogółu społeczeństwa), sposób i okoliczności popełnienia czynu (wykorzystanie nowoczesnych środków, dobrowolne podjęcie ryzyka poniesienia odpowiedzialności prawej), motywacja sprawcy (zapewnienie jawności życia publicznego, kontrola i krytyka społeczna, przyczynek do publicznej dyskusji itd.).

<sup>12</sup> A. Wilińska, *op. cit.*

<sup>13</sup> Zwłaszcza art. 54 („1. Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. 2. Cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane. Ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej”).

<sup>14</sup> Art. 1 Ustawy Prawo prasowe: „Prasa, korzysta z wolności wypowiedzi i urzeczywistnia prawo obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”.

<sup>15</sup> M. Zaremba, *Ogólne zasady odpowiedzialności dziennikarzy za naruszenia prawa popełnione na etapie gromadzenia informacji* [w:] *Dziennikarstwo śledcze...*, s. 91.



dualno-konkretny przypadek powinien być rozpatrywany *ad casu* w oparciu o obiektywne, zdroworozsądkowe kryteria uznane w społeczeństwie. Należy zwrócić uwagę, że „wystąpienie stanu wyższej konieczności, w rozumieniu art. 26 § 1 i 2 KK, nie musi oznaczać zwolnienia sprawcy od wszelkiej odpowiedzialności karnej”<sup>16</sup>, tzn. osoba może odpowiadać za sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa i za nieumyślne zniszczenie poświęconego dobra, o ile jej zachowanie wyczerpie przedmiotowe i podmiotowe znamiona czynu zabronionego.

Kolejny problem stanowi subsydiarność stanu wyższej konieczności. Powoływać się można bowiem na nią, gdy „niebezpieczeństwa nie można było inaczej uniknąć”, przez co należy rozumieć, że ujemnych następstw niebezpieczeństwa nie dało się inaczej uniknąć, jak tylko przez poświęcenie dobra chronionego prawem. Wobec powyższego sporne jest pytanie, czy publikacja i śledztwo dziennikarskie może odpowiadać powyższym przesłankom. Należy również wziąć pod uwagę, że „z przekroczeniem granic stanu wyższej konieczności mamy do czynienia wtedy, kiedy działania zmierzające do ratowania dobra zostały podjęte, gdy niebezpieczeństwo nie było jeszcze bezpośrednie”<sup>17</sup>, przy czym warto zauważyć, że bardzo często zdarza się, iż śledztwo rozpoczynane jest wtedy, gdy podjęte już zostały pewne działania. Pojawia się zatem pytanie, jak w tym momencie oceniać sytuację, gdy działania zostały podjęte, lecz postępowanie wykazało, że nie były one niezbędne<sup>18</sup>. W kontekście chociażby subsydiarności stanu wyższej konieczności jeszcze bardziej dyskusyjna jest kwalifikacja prawna... prowokacji artystycznej.

### *Prowokacja artystyczna*

Prowokacja artystyczna jest zachowaniem twórcy (artysty), które może służyć m.in. autotelicznej ekspresji twórczej, protestowi przeciwko określonemu stanowi rzeczy lub (cynicznej) autopromocji osoby twórcy. Niezależnie od przyjętego celu, prowokacja artystyczna intencjonalnie posługuje się instrumentami kontrowersyjnymi w odbiorze społecznym lub na gruncie kwalifikacji prawnej, gdyż z zasady przekracza uznawane przez przeważającą większość danego społeczeństwa granice etyki i estetyki. Sporne jest zatem, czy prowokacja artystyczna, niezależnie od swojego celu zawsze wyłącza bezprawność danego czynu.

<sup>16</sup> K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 234.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 234.

<sup>18</sup> A. Wilińska, *op. cit.*

Jak pokazuje historia, w tym ta najnowsza, prowokacja artystyczna może realizować szeroką gamę typów czynów zabronionych. Np. George Grosz rysując ukrzyżowanego Chrystusa w masce gazowej (*Ecce Homo*, 1923), rzucił wyzwanie niemieckiemu militarystom, a następnie stanął przed sądem oskarżony o bluźnierstwo. W 2010 r., po siedmiu latach batalii sądowych, uniewinnieniem zakończył się głośny proces o obrazę uczuć religijnych przeciwko Dorocie Nieznalskiej, która wystawiła w gdańskiej galerii swoją instalację (2002), składającą się m.in. ze zdjęcia męskich genitaliów wpasowanych w grecki krzyż. Przykład ten wciąż jest przytaczany w dyskusjach na temat granic krytyki twórczości artysty oraz jego roli w społeczeństwie.

Współczesność, nazwijmy ją postmodernistyczną, nieco skomplikowała znaczenie prowokacji nowoczesnego artysty. Prowokacja jako narzędzie budzenia świadomości i widzenia została zagrożona przez dwa czynniki: komercjalizację oraz artystyczny permissywizm społeczeństwa późnego kapitalizmu. Kreatorzy kampanii marketingowych przejęli od awangardy strategię prowokacji, aby nadać sprzedawanym produktom większą atrakcyjność, a co za tym idzie, wyprzeć z rynku konkurencję<sup>19</sup>.

Ważną cechą sztuki jest natomiast poszukiwanie i sięganie przez twórców po coraz nowsze formy wypowiedzi i jej narzędzia. W kontekście wykorzystania nowoczesnych technologii dla prowokacji artystycznej można wyróżnić dwie jej postacie.

Po pierwsze artyści mogą tworzyć utwory o treści prowokacyjnej, a ustalanej w dowolnej postaci (film, książka, teledysk itd.) i następnie rozpowszechniać je za pośrednictwem nowoczesnych technologii m.in. Internetu<sup>20</sup>, w tym legalnie istniejących portali (np. wirtualne galerie, blogi, pozornie amatorskie filmiki na YouTube lub antysemitki teledyski, które nie miałyby szansy na emisję w żadnej z publicznych telewizji).

Drugi rodzaj, będący przedmiotem dalszych rozważań niniejszego opracowania, to sytuacja, w której artysta posługuje się nowoczesnymi środkami technologicznymi w ramach samego aktu stworzenia prowokacji, która niekoniecznie musi posiadać materialny substrat w postaci ustalonego utworu w rozumieniu prawa autorskiego<sup>21</sup>. Oryginalnym przykładem tak pojętej prowokacji artystycznej jest promowanie przez Internet akcji, polegającej

<sup>19</sup> P. Piotrowski, *Prowokuję więc jestem*, „Wprost” 2003, nr 36.

<sup>20</sup> W listopadzie 2010 r. Krzysztof Kuszeja umieścił w sieci obrazy przedstawiające m.in. drastyczne sceny molestowania dzieci przez księży (postępowanie z 202 § 4b KK: „Produktowanie, rozpowszechnianie, posiadanie treści porno, przedstawiających wizerunek małoletniego w trakcie czynności seksualnej”).

<sup>21</sup> Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 24 poz. 83 z późn. zm.).



na proklamowaniu fikcyjnego państwa. Wyjątkowym państwem bez granic i otwartym dla wszystkich jest NSK<sup>22</sup>, jeden z projektów kolektywu artystyczno-politycznego Neue Slovenische Kunst założonego w 1984 r. w Słowenii. Projekty NSK wzbudzały kontrowersje, głównie przez wykorzystanie w sztuce symboli religijnych czy kojarzonych z totalitaryzmem. Natomiast w 2009 r. w Bydgoszczy przerwano prace młodego reżysera Jakuba Jaworskiego nad musicalem, w którym widzowie mieli SMS-owo zdecydować, czy należy ukrzyżować Jezusa<sup>23</sup>. Innymi przykładami tak pojętej prowokacji artystycznej jest pozycjonowanie stron internetowych, aby przy każdym wpisaniu w przeglądarce słowa powszechnie uznanego za obraźliwe, pojawiły się wśród wyników nazwiska pewnych osób znanych z życia publicznego. Artyści sięgają także do szerokiego i dynamicznie rozwijającego się instrumentarium marketingu internetowego, tworząc kontrowersyjne fora dyskusyjne niejawnie nasycone treściami tylko przez jedną osobę, bądź też fora otwarte dla internautów do wstawiania swoich komentarzy na kontrowersyjne tematy. Ogromne możliwości otwiera też blogosfera, spam, modne portale społecznościowe<sup>24</sup> (wykorzystane np. dla promowania określonych treści) oraz istniejące już legalnie domeny (np. kontrowersyjne grupy dyskusyjne na Facebooku). Znaną nieomal od początków kina formą prowokacji jest prowokacja uczestnicząca, podczas której artysta bierze udział w jakiejś nietypowej czynności i angażuje w nią przygodnie spotkane osoby, a całość utrwalana jest np. ukrytą kamerą lub podsłuchem. Oczywiście z punktu widzenia społecznej szkodliwości trudno porównywać program „Uśmiechnij się, jesteś w ukrytej kamerze”

<sup>22</sup> [www.nskstate.com](http://www.nskstate.com) [01.06.2011].

<sup>23</sup> E. Stołowska, *Prowokacja i skandal w sztuce*, [www.mbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news](http://www.mbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news) [01.06.2011].

<sup>24</sup> Paolo Cirio, autor wideoinstalacji i artysta medialny wraz z Alessandro Ludovico, krytykiem oraz wydawcą magazynu artystycznego „Neural”, użyli skomplikowanego programu typu bot, przeznaczonego do kradzieży tożsamości i przy jego pomocy przez kilka miesięcy ściągali informacje z serwisu Facebook. Jak sami stwierdzili, ograniczyli się wyłącznie do danych osobowych i informacji dostępnych jako publiczne, nie włamywali się na konta prywatne użytkowników. Korzystając ze ściągniętej bazy profili użytkowników Facebooka, zawierających poza tożsamościami, także informacje osobiste, zbudowali fałszywą stronę randkową, zawierającą 250 tys. profili kobiet i mężczyzn z całego świata z prawdziwymi danymi osobowymi i fotografiami użytymi bez zgody zainteresowanych. Strona o nazwie Lovely Faces była dostępna publicznie jako bezpłatna, a samych „ogłaszających się” pogrupowano według sześciu kategorii, znanych z innych serwisów randkowych jako m.in. „szukający okazji”, „niedostępny”, „figlar-na”, „zabawny” i „dominujący”. Dwaj włoscy artyści stworzyli fałszywą stronę randkową, aby „unaocznic niebezpieczeństwo publikowania danych osobowych w Internecie”. Prowokacja artystyczna może ich jednak drogo kosztować. Jak poinformował „Computerworld” rzecznik Facebooka Barry Schnitt, firma rozważa ściganie Włochów za kradzież tożsamości użytkowników, a użytkownicy zgłosili serwisowi społecznościowemu kradzież danych osobowych. PAP, *Prowokacja. Fałszywe portale randkowe*, [www.luxclub.pl/kat,1016267,wid,13135035,wiadomosc.html](http://www.luxclub.pl/kat,1016267,wid,13135035,wiadomosc.html), [01.06.2011].

z sytuacją, w której autor prowokacji utrwala dane treści, a następnie wykorzystuje je w filmie wyświetlanym bez zgody osób w nim się pojawiających<sup>25</sup>.

Zjawiskiem pozostającym na styku prowokacji artystycznej i dziennikarskiej jest stosowanie przez prasę tradycyjną kontrowersyjnych okładek – jako przykuwającej uwagę ilustracji tematu w mniejszym lub większym stopniu poruszonego w danym numerze<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Na temat niedoskonałości człowieka w 1997 r. artystycznie wypowiedziała się też Katarzyna Kozyra z ukrycia filmując kobiety w łaźni w Budapeszcie. Udowodniła, że nagość jest idealizowana, a tej prawdziwej nagości – niedoskonałej, codziennej i nieestetycznej, ludzie nie widują i nie chcą widywać. Trzy lata później Kozyra powtórzyła obserwacje w łaźni męskiej – praca ta zdobyła nagrodę na Biennale w Wenecji i jest jednym z większych sukcesów współczesnej polskiej sztuki za granicą. Jeszcze dalej w eksperymencie na samej sobie oraz w manipulacji otoczeniem posunęła się Zuzanna Janin, która w 2003 r. „zaznała” własnego nieistnienia, przygotowując skandalizujący projekt „Widziałam własną śmierć”. Artystka upozorowała swój zgon i w przebraniu sfilmowała swój pogrzeb. Sekret zdradziła tylko najbliższym i współpracownikom, innych nie ochroniła przed negatywnymi emocjami, z premedytacją wmanewrowując ich w swoje dzieło. Opracowała artystyczną analizę funkcjonowania śmierci we współczesnej kulturze europejskiej, zrażając do siebie wielu odbiorców. E. Stołowska, *Prowokacja i skandal w sztuce*, [www.mmbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news](http://www.mmbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news). [01.06.2011].

<sup>26</sup> Doniesienie do prokuratury w sprawie popełnienia przez tygodnik „Angora” przestępstwa złożyło pod koniec kwietnia 2011 r. Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii „Otwarta Rzeczpospolita”. Jego członkowie uznali za antysemicką i faszystowską okładkę pisma z 10 kwietnia. Zamieszczono na niej fotomontaż przedstawiający Żydów stojących przed Pałacem Kultury i Nauki. Nad głową jednego z nich widnieje zdanie: „Synu, to wszystko kiedyś będzie twoje”, a w dużym tytule u góry strony pytanie: „Co jeszcze mamy oddać Żydom?”. „Rzecznik łódzkiej prokuratury okręgowej Krzysztof Kopania, poinformował [...], że śledztwo nie zostanie rozpoczęte. Podczas prowadzenia czynności sprawdzających okazało się bowiem, że fotomontaż odnosił się do zamieszczonego w piśmie artykułu dotyczącego m.in. amerykańskich środowisk żydowskich domagających się zwrotu mienia utraconego przez Żydów. – Redaktor naczelny stwierdził, że ze względu na drażliwość tematyki, te zagadnienia są przedmiotem debaty w Polsce i za granicą. Przedruk i skomentowanie go okładką nie było wyrazem antysemityzmu, ani nie miało na celu nawoływanie kogokolwiek do nienawiści na tle narodowościowym [...]. Naczelny «Angory» uważa, że okładka mieści się w granicach swobody wypowiedzi, jaką daje Konstytucja RP, prawo prasowe i art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”. Za: [www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/374082,Lodz-Nie-bedzie-procesu-zakontrowersyjna-okladke-%E2%80%9ETygodnika-Angora%E2%80%9D](http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/374082,Lodz-Nie-bedzie-procesu-zakontrowersyjna-okladke-%E2%80%9ETygodnika-Angora%E2%80%9D) [01.06.2011].  
Wcześniej, bo w 2006 r., obraz Matki Boskiej Jasnogórskiej pojawił się jako element okładki zerowego numeru miesięcznika „Machina”, reaktywowanego po czteroletniej nieobecności. Na obrazie, autorstwa Piotra Leśniaka, Matka Boska miała twarz piosenkarki Madonny, z blizną na policzku, dokładnie taką samą, jak na oryginale. Dzieciątko natomiast miało być wizerunkiem jej córki Lourdes. Rzecznik klasztoru Paulinów na Jasnej Górze o. Stanisław Tomoń stwierdził: „Jesteśmy wstrząśnięci tym, że znów używa się Cudownego Obrazu Matki Bożej z Jasnej Góry do profanacyjnych przekształceń plastycznych i komercyjnych celów reklamowych. W odniesieniu do polskiego patriotyzmu znak Ikony Jasnogórskiej zachowuje swoją szczególną rangę. Od ponad 6 wieków służy on do identyfikacji kultu Najświętszej Maryi Panny jako Królowej Polski. W dziejach naszego narodu i polskiej tradycji kulturowej znak Ikony Jasnogórskiej pełnił w czasie rozbiorów nawet rolę godła narodowego”. „Gdybyśmy spodziewali się zarzutu o obrażanie uczuć religijnych, nie dalibyśmy takiej okładki – zapewnia Piotr Metz. – My tylko chcieliśmy pokazać, jaka jest Madonna. Najbardziej przecież znamy

Wydaje się, że czyn o wyłączonej bezprawności zakwalifikowany jako prowokacja artystyczna, powinien się cechować: celem – przynajmniej w dominującej postaci o charakterze ekspresji twórczej oraz posłużeniem się lub odwołaniem się do praw gatunku twórczości. Do znamion dodatkowych należą: cechy podmiotu czynu zabronionego, tzn. twórca prowokacji artystycznej, który powinien być co do zasady profesjonalistą w swojej dziedzinie, lecz nie musi to implikować formalnego wykształcenia, a nadto należy rozważyć okoliczności miejsca, sposobu i czasu uzewnętrznienia prowokacji oraz jej zdemaskowania.

Podczas oceny określonego zachowania jako *in concreto* prowokację o charakterze artystycznym należy zatem odwołać się do analizy niżej wymienionych przesłanek.

### *Cel prowokacji*

Cel prowokacji jest zasadniczą przesłanką dla dokonania oceny działań jako prowokacji artystycznej. Przede wszystkim należy rozważyć, czy intencją prowokatora była ekspresja twórcza, choć szczególnie wyrazista z uwagi na dobór form(y) wyrazu. Prowokacyjna ekspresja twórcza może mieć bowiem charakter czysto autoteliczny, wpisując się w tradycję artystyczną pod szyldem „sztuka dla sztuki”. Prowokacyjna ekspresja może być przeprowadzona również dla celów autopromocji twórcy, aby wyróżnić go z grona innych artystów. Prowokacja może komentować aktualną sytuację, stanowiąc, intencjonalny bądź nie, przyczynek do publicznej dyskusji na określony temat również w ramach zinstytucjonalizowanej kampanii społecznej<sup>27</sup>. Wreszcie celem prowokacji może być czysty marketing, tj. wola reklamy i sprzedaży danego

---

ją z tego, że w swojej twórczości łamie wszelkie tabu. Nasza okładka wpisuje się zresztą w nurt dzisiejszej popkultury. W tym samym czasie, co zerowy numer «Machiny», ukazał się najnowszy numer znanego, wielkonakładowego pisma «Rolling Stone» z hiphopowym muzykiem Kanye Westem, przedstawionym na okładce jako Chrystus. Tak zresztą w popkulturze jest od lat. Przypominam sobie, jak w 1966 r. omal nie doszło do odwołania trasy koncertowej The Beatles, ponieważ John Lennon podczas konferencji prasowej stwierdził, że zespół jest popularniejszy od Jezusa. W latach 90. ubiegłego wieku głośno było o okładce tygodnika «Wprost» z Matką Boską Częstochowską na okładce. Okładka ilustrowała tekst o zatruciu środowiska, a Matka Boża i Jezus mieli na twarzach maski gazowe. Do prokuratury trafiło doniesienie grupy osób, które uznały, że ich uczucia religijne zostały obrażone. – Ostatecznie nikomu nie postawiono zarzutów – informuje prawnik tygodnika Maciej Łuczak. Sprawa z powództwa cywilnego toczyła się natomiast po tym, jak tygodnik «Poznaniak» – aktualnie już nieistniejący – pokazał na okładce Matkę Boską Częstochowską z przypiętym do szaty wizerunkiem Marka Jurka”. Za: D. Steinhagen, *Jasna Góra: protest przeciwko okładce „Machiny”*, [www.wiadomosci.gazeta.pl/kraj/1,34309,3152590.html](http://www.wiadomosci.gazeta.pl/kraj/1,34309,3152590.html), [01.06.2011].

<sup>27</sup> *Vide* plakaty z kampanii w 2009 r. organizacji PETA broniącej praw zwierząt, [www.peta.org](http://www.peta.org), [01.06.2011].

towaru<sup>28</sup>. Zdaniem M. Poprzęckiej, potrzeba prowokowania w sztuce nie jest jednak odwieczna. Pojawiła się późno. Budowniczy katedr nie prowokowali. Prowokacja nie istniała w ich świadomości. W momencie, kiedy sztuka stała się towarem i zaczęła funkcjonować w realiach handlowych, pojawiła się konieczność sięgania po inne środki. Prowokacja to zatem również owoc urynkowienia sztuki<sup>29</sup>.

Wyżej opisane cele mogą się krzyżować, np. gdy artysta posługuje się w celu prowokacji metodami wyrazu charakterystycznymi dla reklamy<sup>30</sup>. I w odwrotną stronę: specjaliści od PR i marketingu nierzadko adaptują strategię prowokacji awangardy artystycznej, aby nadać sprzedawanym produktom większą atrakcyjność, ograniczyć konkurencję i tym samym zarobić. Odnosi się to także do „produktu”, jakim jest w pewnym sensie gazeta czy program telewizyjny. Tego rodzaju sytuacja zachodzi również, gdy twórca, dążąc do uzyskania pozycji w rynku (środowisku) danej dziedziny sztuki, jednocześnie tworzy prowokację stającą się faktorem decydującym o publicznej dyskusji na dany temat. Intencja prowokatora nie zawsze musi doprowadzić do wywołania zamierzonych przez niego skutków, np. kontrowersyjnych reakcji, komentarzy, fali zbulwersowania. Wydaje się, że najbardziej relewantna względem wyłączenia odpowiedzialności karnej byłaby intencja prowokatora, zakładająca (w przeważającej mierze) ekspresję twórczą.

### *Prawa gatunku twórczości*

Zagadnienie to stanowi szczególnie problem, zwłaszcza w kontekście prowokacji. O ile przy rozważaniu, czy dane działanie mieści się w pojęciu sztuki, pomocna jest porównywalność z innymi dziełami znajdującymi się w swobodnym obiegu, o tyle prowokacja z zasady jest innowacyjna, świeża, nowa,

<sup>28</sup> W reklamie świetnie „sprzedaje się” zestawienie religijności z seksualnością. Kolekcję *Virginity* („Dziewictwo”) marki House promowały m.in. billboardy z modlącą się dziewczyną i hasłem „Strzeż mnie ojcze”. Do Komisji Etyki przy Radzie Reklamy wpłynęło wówczas kilkaset skarg, reklamy znikły więc z ulic, termin ich zdjęcia pokrywał się jednak z planowanym zakończeniem kampanii reklamowej. Zaledwie kilka dni natomiast wisiały w Warszawie billboardy firmy Benetton, na których widniały bajecznie kolorowe prezerwatywy w różnych rozmiarach. E. Stołowska, *op. cit.*

<sup>29</sup> P. Piotrowski, *op. cit.*

<sup>30</sup> W 2003 r. organizatorów wystawy „Uwaga, religia!” w Muzeum Sacharowa w Moskwie objęto śledztwem w sprawie nawoływania do nienawiści religijnej i etnicznej (art. 282 KK Federacji Rosyjskiej). Muzeum zaprezentowało widzom wystawę eksplorującą związki wiary z polityką, rynkiem i kulturą popularną. Największe emocje wzbudziła praca A. Kosołapowa przedstawiająca twarz Chrystusa na czerwonym tle z logo Coca-Coli i napisem „This is my blood”. Na podstawie: J. Dąbrowski, *Wolność wypowiedzi artystycznej*, „Arteon. Magazyn o Sztuce” 2011, nr 31, s. 22.

dyskusyjna – wówczas właśnie istnieje spora szansa, że zrealizuje się jej cel. Przy prowokacji artystycznej niezwykle trudno jest mówić o jakichś ustalonych i utrwalonych prawach gatunku – i to niezależnie od dziedziny sztuki, w ramach której artysta wyraża treści prowokacyjne (malarstwo, taniec, literatura, muzyka itd.). Należy mieć jednak na uwadze, że z biegiem czasu również te innowacyjne prowokacje nierzadko wchodzą do kanonu prawideł danego gatunku sztuki czy charakterystycznej manieri lub stylu danego autora. To, co było prowokacją i wywoływało jeszcze kilka czy kilkadziesiąt lat temu ogromne, sprzeczne emocje, współcześnie często nie jest już niczym niezwykle, np. w ramach budowania wizerunku scenicznego.

Mimo to wydaje się, że nadal najbardziej wrażliwą na prowokację sferą ludzkiej aktywności pozostaje religia i seksualność. Skoro tak, to należy je także wziąć pod uwagę przy kwalifikacji prawnej danego czynu, nie tylko w kontekście praw gatunku twórczości, ale również w celu prowokacji. Odnośnie do praw gatunku twórczości w danej dziedzinie nie sposób nie odwołać się do wiedzy naukowej z zakresu danej dziedziny sztuki. Prawa gatunków tworzone są od tysiącleci w drodze praktyki uznanej przez twórców, opiniotwórcze autorytety, instytucje kultury *sensu largo*. Niewątpliwie prawa gatunku twórczości stale się rozwijają i poszerzają swój zakres za sprawą zdobyczy nowoczesnej techniki. Np. gdy twórca posługuje się podsłuchem, by zarejestrować cudze rozmowy lub pozamuzyczne elementy (dźwięki, szumy, odgłosy), a następnie wykorzystać je jako składnik swojego utworu, np. słowno-muzycznego.

Pytaniem zasadniczym jest, czy (i w jakim stopniu) należy odnosić do oceny prowokacyjności danego zachowania ogólnie akceptowalne w danym społeczeństwie normy (m.in. estetyczne), a w jakim wzorce właściwe dla objętego zamiarem prowokatora kręgu destynariuszy. Przykładowo, zachowania i utwory wyrażające treści tzw. sub- lub kontrkulturowe, które z zasady nie są skierowane do osób spoza pewnego środowiska dzielającego ustalony kanon w postaci takich, a nie innych praw gatunku twórczości. Takie gatunki muzyki i kreacji scenicznej, jak w szczególności hip hop, metal i punk, posługują się z zasady bardzo wyrazistymi, charakterystycznymi i *per se* mocno prowokacyjnymi prawami gatunku twórczości. Należy na marginesie zauważyć, że również taki gatunek, jak pop, nie jest wolny od prowokacyjnych inklinacji, gdyż w zasadzie bazuje na luźnym łączeniu wyznaczników ze wszystkich innych gatunków sztuki.



### *Osoba twórcy – miejsce, sposób i czas uzewnętrznienia prowokacji oraz jej zdemaskowanie*

Z prawami gatunku twórczości bezpośrednio wiąże się kolejna przesłanka w postaci osoby twórcy, miejsca, sposobu i czasu uzewnętrznienia prowokacji oraz jej zdemaskowania. Do przesłanek, które ułatwiają identyfikację dzieła sztuki oraz prowokacji artystycznej należą, oprócz wyżej wymienionych, także upublicznienie danych treści w sposób i w okolicznościach tradycyjnie przyjętych dla danego gatunku sztuki (m.in. legalne przeglądy, festiwale, warsztaty, publikacje, wystawy w galerii). Nie jest oczywiście wykluczone dokonanie prowokacji, która osiąga zamierzony cel przez prezentację pewnych treści w sposób i w okolicznościach uświęconych tradycją. Kilka lat temu w jednym z dużych domów kultury w Krakowie można było zauważyć, zaraz po wejściu do środka, szklane drzwi zaklejone nieestetycznie taśmą i czarną plandeką. Kierownik galerii mieszczącej się za owymi drzwiami tłumaczył, że bieżąca wystawa fotografii jest na tyle skandalizująca, że oczywiście mogą ją odwiedzać osoby pełnoletnie, ale wejście pozostanie zasłonięte, aby nikomu nie narzucać treści mogących zostać uznane za pornograficzne. Obecnie za przykład przełamywania tradycyjnych miejsc tworzenia i obioru sztuki służą inscenizacje teatrów ulicznych czy sztuka prezentowana w hipermarketach lub w galeriach handlowych. Analogiczne zachowania można zauważyć w Internecie, gdzie funkcjonują np. wirtualne galerie, a pisarze i poeci publikują autorskie utwory na swoich blogach czy innych stronach www. Szczególny problem prawny pojawia się, gdy np. cały blog lub portal www nasycony jest treściami prowokacyjnymi, lecz intencjonalnie bez nadania im formy określonej prawami gatunku twórczości. Taki „kamouflaż” może służyć np. udowodnieniu pewnego założenia, sondowaniu odbioru społecznego, podobnie jak kreowanie w sieci przez znanych twórców ich fikcyjnych *alter ego*. Salvador Dali miał zwyczaj wręcz przeciwny, zwłaszcza w ostatnich latach życia podpisywał płótna *in blanco* i powierzał np. swoim uczniom, by namalowali na nim obraz. We wskazanych okolicznościach tym bardziej starannie należy się pochylić nad poprzednio wymienionymi przesłankami.

Art. 7 ust. 2 punkt 5 ustawy Prawo prasowe definiuje, kim jest „dziennikarz”, natomiast z uwagi na brak analogicznej regulacji, o wiele większy problem jest z określeniem, czy w danym przypadku ma się do czynienia z twórcą prowokacji artystycznej. Artysta, twórca sztuki powinien być co do zasady profesjonalistą w swojej dziedzinie, lecz nie musi to implikować formalnego wykształcenia, ani też wymogu, by tworzenie sztuki było jego głównym (jedynym) zajęciem. Podobnie jak przy prowokacji dziennikarskiej, wyłączenie odpowiedzialności pomysłodawcy danej prowokacji (jako podżegacza, sprawcy polecającego lub



kierowniczego) nie wyklucza poniesienia odpowiedzialności przez sprawców bezpośrednich lub pomocników. Twórca prowokacji powinien bowiem reprezentować pewien poziom znajomości praw danego gatunku sztuki lub innych środków wyrazu użytych dla uzewnętrznienia prowokacyjnych treści. Każdorazowo należy rozważyć, czy ma się do czynienia z prowokacją, z której twórca uczynił już swoją markę, styl, niejako znak rozpoznawczy, i z tego faktu jednocześnie wynika pewna treść. Może bowiem być tak, że twórca (prowokator) posługuje się treściami prowokacyjnymi, kierując się jedynie cyniczną motywacją autopromocji. W tym miejscu należy odwołać się do uwag odnośnie do celu prowokacji. Wszystkie bowiem wymienione powyżej przesłanki wzajemnie na siebie oddziałują i determinują swoje istnienie.

### *Wnioski*

Nie sposób odgórnie założyć, że wolność twórczości artystycznej, w tym prowokacji artystycznej, będzie zawsze stanowiła okoliczność wyłączającą odpowiedzialność prawnokarną. Wydaje się, że niemal każdy, a na pewno znaczna większość ludzi, zgodnie z podświadomym wręcz, zdroworozsądkowym wycuciem sprawiedliwości, nie dopuściłaby legalności np. pozbawienia życia czy uszczerbku na zdrowiu w ramach aktu tworzenia utworu artystycznego, w tym prowokacji artystycznej. Trudno zatem ustalić granicę legalności tych działań. Artysta jest obowiązany przestrzegać (tak, jak i dziennikarze) norm prawa, nawet jeśli nie posługuje się prowokacją i jeśli dokłada najwyższej staranności w pełnieniu swojej społecznie doniosłej roli. Prawo jest złożonym systemem zasad i wyjątków. Już w art. 31 ust. 3 Konstytucji przewidziano opcję ograniczenia przez prawodawcę wszelkich praw, o ile spełnione będzie *iunctim* trzech przesłanek. To znaczy, zgodnie z przywołanym przepisem ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, mogą być ustanawiane wyłącznie w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Prawodawca wymienił w Konstytucji szereg praw człowieka i obywatela RP, w tym *expressis verbis* wolność twórczości artystycznej w art. 73, lecz ustanowione normy m.in. KK, realizując wyżej cytowany art. 31, wprowadzają istotne ograniczenia w wykonywaniu tychże uprawnień przez wszystkie jednostki podlegające reżimowi Konstytucji i prawa polskiego, w tym dziennikarzy i artystów. Toteż przy rozważeniu wyłączenia odpowiedzialności karnej za czyny w ramach prowokacji artystycznej, wydaje się, że najbardziej adekwatne jest przyjęcie konstrukcji stanu wyższej koniecz-

ności, z tym, że proporcja dóbr powinna być każdorazowo wyważona w oparciu m.in. o wyżej opisane przesłanki.

### *Podsumowanie*

Nie sposób nie zgodzić się ze stanowiskiem C. Kuleszy, przytoczonym przez M. Kędzierską w artykule *Śledztwo dziennikarskie – wybrane zagadnienia*, że nie należy odbierać prawa dziennikarzom (jako osobom prywatnym) do poszukiwania dowodów rzeczowych i dokumentów w sposób nieformalny, w granicach KPK oraz prawa do nieformalnego poszukiwania informacji o źródłach dowodowych, nieznanymi organom ścigania. Jest to bowiem nieoceniona pomoc dla organów ścigania i stanowi swoistą realizację obywatelskiego i zawodowego obowiązku<sup>31</sup>. Przy czym postępowanie dziennikarzy musi jednak pozostawać w zgodzie z prawem, tj. w szczególności nie może naruszać praw osób trzecich, ani naruszać przypisanych prawem kompetencji organów państwowych. Zaznaczyć bowiem należy, że ściganie przestępców oraz gromadzenie i utrwalanie dowodów nie należy do działalności dziennikarskiej, gdyż nie mieści się w zakresie urzeczywistnienia prawa obywateli do jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, jako podstawowych zadań prasy wymienionych w art. 1 ustawy Prawo prasowe.

Oczywiście apriorycznie należy utrzymać zagwarantowaną każdemu konstytucyjną wolność słowa i twórczości artystycznej. Twórca sztuki nie powinien mieć jednak bezwzględnych praw do naruszania cudzych dóbr. Drobiazgowo i ostrożne przeanalizowanie wyżej wymienionych przesłanek prowokacji artystycznej powinno prowadzić do odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku danej prowokacji ma się do czynienia z odpowiedzialnością karną, czy brak jest znamion czynu zabronionego albo też czy następuje jej wyłączenie w ramach stanu wyższej konieczności.

Trudno zatem przyjąć jednoznacznie, że prowokacja artystyczna i dziennikarska zawsze wyłącza odpowiedzialność lub nigdy jej nie wyłącza. Z pewnością jednak są to okoliczności, które mogą prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności karnej przy spełnieniu wyżej wymienionych przesłanek. Jeśli chodzi o sztukę, prowokację artystyczną czy dziennikarską, ma się bowiem do czynienia ze sferą bardzo dynamiczną, zmienną, płynną i wrażliwą na wszelkie zmiany rzeczywistości społecznej, sferą, która umyka jednoznacznym definicjom nie tylko prawnym i prawniczym, ale nawet formułowanym przez ekspertów lub samych twórców danej dziedziny.

<sup>31</sup> A. Wilińska, *op. cit.*

Odnosnie do obu przypadków, prowokacji artystycznej i dziennikarskiej, brakuje w całym polskim systemie prawnym pozytywnego uregulowania, które wprost zakreślałoby przynajmniej granice legalności tychże działań. Toteż nierzadko organy stosujące prawo odwołują się do konstrukcji stanu wyższej konieczności lub kontratypu pozaustawowego. Prawodawca powinien mieć na względzie specyfikę obu opisanych zjawisk oraz ich ogromną społeczną doniosłość w demokratycznym państwie prawa, jako rodzajów form wykonywania prawa do wolności słowa. Takie uregulowanie z pewnością rozwiązałyby szereg trudności w kwalifikacji czynu i ujednoliciłyby orzecznictwo w tym zakresie.

#### **Abstract**

#### **Internet and Phone Tapping, the Artistic and Journalistic Provocation Using Modern Technology – Selected Aspects of Criminal Law**

The article presents the view that the journalists do not receive the right to look for evidence and information about the sources of evidence, unknown to law enforcement agencies for which it can be a significant help. This may be also the kind of realization of civil and professional obligation. It can't be also denied guaranteed in the Constitution a freedom of speech and artistic expression. On the other hand the behavior of journalists must be in accordance with the law. The prosecution of offenders and the collection and preservation of evidence is not in fact in the competence of journalists. However, artist should not claim the absolute right to violate the rights of third parties. It was noted that the artistic or journalistic provocation may be under certain conditions circumstances exempting unlawful offense.

Because of the absence of the positive rule in Polish law which would clearly indicate, at least the limits of legality of these actions, it was found that the consideration of excluding criminal responsibility for acts done under provocation, it seems most appropriate to adopt a *vis maior*. However the proportion of goods should always be balanced on the basis of the described premises. The legislature should consider the introduction of relevant legal regulations especially in view of the use of modern technology by agents provocateurs.

#### **Źródła**

##### **Akty prawne**

Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 Nr 16 poz. 93).

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553., z późn. zm.).

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89 poz. 555 z późn. zm.).

Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 1994 r. Nr 24 poz. z późn. zm.).

Ustawa z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r. Nr 5 poz. 2 z późn. zm.).

**Literatura**

Buchała K., Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Zakamycze, Kraków 2000.

Dąbrowski J., *Wolność wypowiedzi artystycznej*, „Arteon. Magazyn o Sztuce” 2011, nr 31.

*Dziennikarstwo śledcze. Teoria i praktyka w Polsce, Europie i Stanach Zjednoczonych*, red. M. Palczewski, M. Worsowicz, WSHE, Łódź 2006.

Kopaliński Z., *Słownik wyrazów obcych*, PWN, Warszawa 2000.

Piotrowski P., *Prowokuję więc jestem*, „Wprost” 2003, nr 3.

Worsowicz M., *Pragmatyka tekstów śledczych. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Dziennikarstwo śledcze...*

Zaremba M., *Ogólne zasady odpowiedzialności dziennikarzy za naruszenia prawa popełnione na etapie gromadzenia informacji*, [w:] *Dziennikarstwo śledcze...*

**Netografia**

Stołowska E., *Prowokacja i skandal w sztuce*, [www.mmbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news](http://www.mmbydgoszcz.pl/299048/2009/6/27/prowokacja-i-skandal-w-sztuce?category=news) [01.06.2011].

Wilińska A., *Dziennikarstwo śledcze – wybrana problematyka*, [www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m\\_aktualnosci&cid=69&tid=735&tp=1](http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=69&tid=735&tp=1) [01.06.2011].