Anna Młynarska-Sobaczewska¹

Klątwa, śmierć i dziewczyna. O finansowaniu sztuki performatywnej ze środków publicznych

Słowa kluczowe: wolność wypowiedzi artystycznej, finansowanie kultury, prawo do kultury, cenzura

Keywords: freedom of artistic expression, financing of culture, right to culture, censorship

Streszczenie

Tekst ten dotyczy refleksji nad potrzebą rozróżnienia funkcji ustalenia granic dopuszczalności twórczości i wypowiedzi artystycznej oraz mecenatu i organizacji życia kulturalnego finansowanego ze środków publicznych. Omawia wybrane regulacje dotyczące wpływu władz publicznych działających jak organizatorzy życia kulturalnego na twórczość artystyczną w zakresie sztuk performatywnej i wskazuje jej deficyty oraz potrzebę stosowania i przejrzystego wyznaczania kryteriów merytorycznych oraz dotyczących granic wolności artystycznej w finansowaniu i organizacji życia artystycznego.

Abstract

The Curse, Death and the Maiden. On public financing of performative arts

This text concerns the reflection on the need to distinguish the function of determining the limits of artistic creativity and expression, and the patronage and organization of cultural life financed from public funds. He discusses Polish regulations concerning the in-

¹ ORCID ID: 0000-0003-3029-2836, doktor habilitowany, Zakład Prawa Konstytucyjnego i Badań Europejskich Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk w Warszawie. E-mail: anka.sobaczewska@gmail.com.

fluence of public authorities as organizers of cultural life on artistic creation in the field of performing arts and indicates the deficits and the need for clearer indication and application of substantive criteria in decisions about financing and managing artistic life, regarding limits of artistic expression.

I.

Co kilka miesięcy polskim życiem kulturalnym wstrząsają skandale związane z publiczną prezentacją licznych spektakli teatralnych, widowisk i innych odmian dzieł sztuki performatywnej² oraz reakcjami publiczności oraz podmiotów występujących w charakterze organizatorów życia kulturalnego. Kontrowersje związane z odbiorem tego rodzaju dzieł, a zatem określeniem granic wolności sztuki towarzyszą sztuce od stuleci, jednak ich częstotliwość w ostatnich latach powinna budzić zainteresowanie także prawników, bowiem pojawia się przy tej okazji kilka pytań, a także nieporozumień co do zakresu wolności wypowiedzi artystycznej wobec zadań i statusu władz publicznych, pełniących rolę patrona sztuki. W klasycznej doktrynie i orzecznictwie wolność sztuki, jako pochodna wolności wypowiedzi traktowana jest jako wolność negatywna, a zatem z założenia wolna od ingerencji władz publicznych. Państwo i jego agendy – w Polsce jak i w wielu innych krajach – pełnią jednak także funkcję organizatora działalności artystycznej i dysponenta środków publicznych w finansowaniu twórczości artystycznej. Działania władz publicznych i instytucji odpowiedzialnych za organizację życia artystycznego podlegają w tych okolicznościach innym wymogom niż tylko obowiązek powstrzymania się od nieuprawnionej ingerencji w sferę wolności i nie mogą

² Mianem sztuk performatywnych określa się kategorię sztuki, w której w określonej przestrzeni i czasie artysta używa swojego głosu, ciała albo innych przedmiotów w ramach artystycznej ekspresji. Sztuki performatywne kojarzone są przede wszystkim ze zwrotem do relacyjnego rozumienia dzieła sztuki, niemniej tradycyjnie mianem tym określa się sztukę opartą na przedstawieniu, roli człowieka jako nośnika wyrazu artystycznej ekspresji, jest to zatem pojęcie bardzo inkluzywne, obejmujące zarówno taniec, koncert, spektakl teatralny, operę oraz wszystkie rodzaje tego, co określane jest jako *performance art*.

być postrzegane jedynie w tym paradygmacie. Niemniej organizacja i finansowanie życia artystycznego podlega – jak inne działania władz publicznych i dotyczące dysponowania środkami publicznymi, to jest regułom sprawiedliwości proceduralnej w kontekście gwarantowania treści odpowiadającej warunkom życia w demokratycznym społeczeństwie z powodu ochrony wartości wspólnoty jak i jednostek.

Tekst dotyczy wskazania tych właśnie zagadnień; zbudowany jest z czterech części; w pierwszej z nich wskazane są szczególne trudności w regulowaniu i wyznaczaniu granic sztuk performatywnych, w drugiej części przypomniane zostały granice wolności sztuki jako wolności negatywnej, w szczególności z punktu widzenia ochrony uczuć religijnych. Trzecia część dotyczy wybranych prawnych regulacji patronatu państwa, realizowanego przez agendy i organy władzy, ze wskazaniem ich deficytów w zakresie reguł dokonywania oceny merytorycznej i estetycznej przedsięwzięć finansowanych z pieniędzy publicznych. W ostatniej części sformułowane są uwagi dotyczące wymogów, jakim odpowiadać powinny decyzje i działania władz publicznych, zwłaszcza w zakresie przejrzystego wskazania legalnych, prawdziwych oraz akceptowanych w społecznym odbiorze podstaw i kryteriów finansowania życia artystycznego.

II.

Trudno wyobrazić sobie bardziej niewdzięczny obiekt regulacji prawnej niż sztuka. Właściwie stanowienie i stosowanie prawa wobec twórczości artystycznej to przedsięwzięcie karkołomne i skazane na niemal pewną porażkę wobec boleśnie widocznej dychotomii; otóż prawo ma tworzyć system przewidywalny, pewny, oparty na racjonalnych przesłankach i skierowany na ochronę dóbr indywidualnych jak i wspólnoty, w której obowiązuje. Tymczasem ma być stanowione i stosowane wobec materii z natury spontanicznej i nieprawdopodobnie różnorodnej działalności ludzkiej, ściśle związanej z indywidualnym odbiorem, samoświadomością, krytycznym myśleniem i odczuwaniem.

W swojej klasycznej już definicji sztuki Władysław Tatarkiewicz zawarł warunek spełniania przezeń pewnej funkcji; otóż sztuka jest „odtworzeniem

rzeczy, bądź konstruowaniem form, bądź wyrażaniem przeżyć – jeżeli twór tego odtwarzania, konstruowania, wyrażania jest zdolny zachwycić, bądź wzruszać, bądź wstrząsać”. Jest zatem oczywiste, że artysta musi sięgać po takie treści i środki wyrazu, które zdolne będą w odbiorcy wywołać przeżycie estetyczne, doznanie, którym jest nie tylko podziw, ale wzruszenie, a nawet wstrząs lub oburzenie, prowadzące do refleksji i kontemplacji obrazu świata. Nie jest więc niczym zaskakującym, że współczesne spektakle, filmy i pokazy sięgają po ośrodki szokujące, które dla jednych widzów stanowią inspirację do takiej refleksji, zaś dla innych są niedopuszczalnym przekroczeniem granic obyczajowych, dobrego smaku lub wręcz – bluźniercze.

Obok tej podstawowej i wręcz immanentnej trudności w relacji prawa i sztuki, w obrębie sztuk performatywnych, kłopoty prawników stają się jeszcze poważniejsze. Pojawiają się tu bowiem dwa dodatkowe problemy związane ze stosowaniem prawa: po pierwsze zazwyczaj tego rodzaju dzieło sztuki ma wielu twórców i wiele elementów, które wspólnie tworzą ostateczny efekt; jest to zatem tekst, reżyseria, sztuka aktorska, scenografia itp. Ponadto szczególnie wyraźnie pojawia się podkreślana we współczesnej estetyce kwestia odbioru dzieła w trakcie jej wykonywania. Sztuka performatywna powstaje w kontakcie z odbiorcami, od odbioru uzależniona jest w znacznej mierze jest forma i treść; jest zatem zdarzeniem powtarzalnym jedynie do pewnego stopnia, a ostateczny kształt dzieła objawia się dopiero w chwili jego publicznej prezentacji. Właśnie ów oddźwięk, wywołanie u widzów konkretnych wrażeń estetycznych, przeżyć i emocji jest szczególnie wrażliwym obiektem z punktu widzenia prawa, bowiem ujawnia kłopot z zakwalifikowaniem dzieła i ustaleniem *a priori* granic swobody wypowiedzi, a także twórczości artystycznej.

Polscy artyści i polska publiczność wielokrotnie w ostatnich latach ulegli tego rodzaju konfrontacji. Do dzisiaj w literaturze dotyczącej granic wolności twórczości artystycznej najczęściej przywoływanym przykładem jest przypadek instalacji „Pasja” Doroty Nieznalskiej, jako jednej z pierwszych spraw dotyczących określenia granic swobodą twórczości i wolnością wypowiedzi artystycznej w kontekście rozstrzygnięcia kolizji między nimi a nakazem ochrony uczuć religijnych³. Ale w ostatnich latach przypadków tych

³ Wyrok Sądu Rejonowego w Gdańsku z 4 czerwca 2009 r., niepublikowany, sygn. akt: II K 290/05.

jest coraz więcej, zwłaszcza w dziedzinie sztuki performatywnej; tytułem przykładu można wskazać sprawę prezentacji filmu „Adoracja Chrystusa” Markiewicza podczas wystawy „British British Polish Polish: Sztuka krańców Europy, długie lata 90. i dziś” w warszawskim Centrum Sztuki Współczesnej w 2013 r. Jak wielokrotnie relacjonowano w prasie i literaturze prawniczej, instalacja zawiera sceny wykonywania czynności o charakterze seksualnym z wykorzystaniem krucyfiksu (zresztą – średniowiecznego zabytku, wypożyczonego z Muzeum Narodowego w Warszawie), co zdaniem wielu, w tym polityków, przedstawicieli Episkopatu Polski, hierarchów Kościoła katolickiego, a także przedstawicieli islamu stanowi profanację symbolu religijnego i uczuć religijnych. Prokuratura Okręgowa w Warszawie jesienią 2013 r. wszczęła dochodzenie w sprawie obrazy uczuć religijnych w związku z tą prezentacją, które następnie wiosną 2014 r. umorzyła z powodu braku znamion przestępstwa, uznając, że nie doszło do obrażenia uczuć religijnych «publicznym znieważeniem przedmiotu czci religijnej w postaci figury Jezusa Chrystusa na krzyżu»⁴. Drugim przykładem z ostatnich lat może być skandal związany był z wystawieniem w 2015 r. na scenie Teatru Polskiego we Wrocławiu dramatu autorstwa Elfriede Jelinek, „Śmierć i dziewczyna” (reż. Ewelina Marciniak). Kontrowersje związane były m.in. inscenizacją scen seksualnych podczas przedstawienia. Samo wydarzenie nie byłoby aż tak godne uwagi, gdyby nie fakt, że rozgłos i protesty związane z tym spektaklem jeszcze przed premierą wywołały lawinę zdarzeń dotyczących Teatru. Otóż po protestach radnych sejmiku województwa dolnośląskiego i nagłośnieniu sprawy, minister kultury, będący organem współprowadzącym wraz z Dolnośląskim Urzędem Marszałkowskim Teatr Polski, wystosował list do marszałka dolnośląskiego, w którym sformułował oczekiwanie wstrzymania przygotowań premiery w zapowiadanej postaci i stwierdził, że działalność placówki finansowanej ze środków publicznych nie może przekraczać norm powszechnie obowiązujących w kraju, w tym norm obyczajowych i zasad współżycia społecznego⁵. Zmiana dyrektora tej placówki

⁴ Zarazem z powodu przedawnienia umorzono wątek śledztwa w sprawie takiego znieważenia w początkach lat 90., na etapie przygotowania tej instalacji przez artystę (film powstał w 1992 r.).

⁵ W liście tym zawarty został następujący fragment: „MKiDN nie zamierza ingerować w wolność wypowiedzi artystycznej. Nie zamierza także dążyć do wprowadzania jakichkol-

wiązała się z protestami znacznej części środowiska twórców zatrudnionych w teatrze, zarzucającymi ministrowi kultury niedopuszczalne ograniczenie swobody twórczości artystycznej.

Jeszcze większe emocje wywołało przedstawienie *Kłątwa*, oparte na dramacie S. Wyspiańskiego (reż. Oliver Frlić) w Teatrze Powszechnym w Warszawie. W spektaklu tym widzowie mają okazję obejrzyć m.in. scenę *fellatio* z figurą Chrystusa na krzyżu, a także pomnik Jana Pawła II zawieszający nad sceną na szubienicy. Prokuratura Okręgowa w Warszawie w lutym 2017 r. wszczęła dochodzenie w sprawie obrazy uczuć religijnych poprzez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej oraz w sprawie publicznego nawoływania do popełniania zbrodni zabójstwa, to jest czyny z art. 196 i art. 255 § 2 Kodeksu karnego w trakcie spektaklu „Kłątwa” (do chwili obecnej nie ma jednak decyzji o zakończeniu postępowania)⁶. Najnowsza sprawa związana jest z wystawianiem wiosną 2019 r. w rzeszowskim Teatrze Maska spektaklu „#chybanięja” (reż. Paweł Passini), dotyczącego – jak wynika z anonsów samych twórców – pedofilii wśród duchowieństwa. Teatr Maska ma status placówki samorządowej, a organ prowadzący, to jest prezydent Rzeszowa zadecydował o odwołaniu spektaklu i przerwaniu prac nad sztuką. Zablockowanie prac nad spektaklem wywołało lawinę protestów, do prezydenta został m.in. skierowany list otwarty podpisany przez wielu przedstawicieli środowisk twórczych, którego sygnatariusze zarzucają adresatowi „jawne naruszenie prawa regulującego instytucje kultury” i „prawa konstytucyjne wszystkich”, a także „zatrważające niezrozumienie obowiązków i roli władz samorządowych” i naruszenie autonomii programowej instytucji artystycznej oraz próbę aktu cenzury prewencyjnej.

wiek form cenzury. Jednak działalność placówki finansowanej z środków publicznych, w tym rządowych nie może przekraczać norm powszechnie w naszym społeczeństwie obowiązujących. Podkreślam, że sprawa dotyczy placówki finansowanej z środków publicznych. Wobec powyższego Minister Kultury i Dziedzictwa Narodowego oczekuje, że Pan Marszałek w trybie natychmiastowym nakaze wstrzymanie przygotowań premiery w zapowiadanej postaci, łamiącej powszechnie przyjęte zasady współżycia społecznego”, cyt. za, <https://gazetawroclawska.pl/po-premierze-sztuki-smierci-i-dziewczyna-i-gdzie-to-porno-recenzja/ar/9111186> (20.03.2019).

⁶ Kontrowersje związane ze spektaklem, jak też kolejną premierą tego teatru, opartą na tekście *Mein Kampf* opisane zostały w marcu 2019 r. w „New York Times” zatytułowanym: *The Theater at the Forefront of Poland’s Culture Wars*, <https://www.nytimes.com/2019/03/19/theater/polish-theater-powszechny-poland-frljic-mein-kampf.html?smid=fb-> (20.03.2019).

III.

Gwarancje wolności życia artystycznego wyznaczone są na poziomie konstytucyjnym przez regulację, zawartą w art. 73 Konstytucji RP, zgodnie z którym „Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury”. Wolność ta sformułowana jest zatem jako klasyczna wolność negatywna – i w takim też kontekście padają zarzuty o naruszanie wolności poprzez akty administracji i władzy publicznej zmierzające do zaniechania lub zmiany kierunku działania instytucji publicznych kultury, o ile wykracza to poza ramy wyznaczone – zdaniem decydentów – przez prawo lub normy społeczne albo kulturowe i religijne.

Spektakle, filmy albo instalacje budzą skrajne emocje i stają się podstawą formułowania poważnych zarzutów. Oburzeni lub zaniepokojeni formą lub treścią konkretnych utworów sięgają po formy represji karnej, domagając się ścigania przestępstw, które mają być popełnione w ramach przedstawień, zaś obrońcy sięgają po argumenty dotyczące wolności sztuki i konieczności zapewnienia nieskrępowanych form wyrazu artystów, zabierających głos w szeroko pojmowanej debacie publicznej. Spory te stają się szczególnie trudne do rozstrzygnięcia w sytuacjach, gdy chodzi o przestrzeganie norm obyczajowych lub uczuć religijnych, co całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę głębokość i ostrość podziałów między dwiema stronami tych sporów. Różnice światopoglądowe są bowiem tak znaczne, że obie strony w zasadzie odmawiają sobie nawzajem statusu godnego obrony – tak więc zwolennicy surowszych norm obyczajowych i ochrony uczuć religijnych odmawiają tym – i innym przedstawieniom oraz dziełom w ogóle miana sztuki lub artysty, zaś druga strona neguje możliwość naruszenia uczuć religijnych poprzez swoje prace⁷.

⁷ Tak stało się np. w przypadku „Adoracji Chrystusa” – w trakcie postępowania przygotowawczego autor instalacji wyjaśnił, że nie obejmował swą świadomością, a zatem nawet zamiarem ewentualnym realnej możliwości obrazy uczuć religijnych i nie godził się na nią – to stanowisko stało się podstawą decyzji o umorzeniu dochodzenia z powodu braku cech przestępstwa. Taka linia została także zaprezentowana w oficjalnym stanowisku władz Teatru Powszechnego w sprawie przedstawienia *Kłątwa*, w którym odżegnują się od zamiaru obrażania, czy tym bardziej godzenia w uczucia religijne, choć przyznają, że sceny odnoszące się „do zachowań seksualnych i przemocy, a także tematyki religijnej, które pomimo ich satyrycznego charakteru mogą być uznane za kontrowersyjne” (pełna treść stanowiska, <https://>

Ten stan rzeczy ani pod względem socjologicznym, ani prawnym nie jest niczym nowym, ani zaskakującym. Od setek lat artyści mierzą się z zarzutami naruszania tabu, sztuki obrazoburczej, pornografii i przekraczania norm moralnych uznanych w społeczeństwie za obowiązujące; wystarczy wspomnieć kłopoty, na jakie narażeni byli tacy artyści jak Molier, Emile Zola, Stanisław Przybyszewski, czy D.H. Lawrence. Także współcześnie zarówno prawo stanowione jak i orzecznictwo – na poziomie krajowym i międzynarodowym zmaga się z wytyczaniem i przestrzeganiem granic wolności wypowiedzi twórczej i trudno byłoby powiedzieć, że granice te są ustalone, wyraźne i trwałe, a zatem przekraczanie ich daje się łatwo, a co najważniejsze dla systemu prawa – przewidywalnie ocenić.

Nie ma potrzeby, aby przytaczać wielokrotnie już dokonywane, także w polskiej literaturze, szerokie omówienia zagadnień związanych z wytyczaniem granic wolności wypowiedzi artystycznej, związanym z koniecznością ochrony innych dóbr i wartości, takich jak moralność publiczna, bezpieczeństwo i integralność państwa, a także ochrony praw innych osób, w tym wolności przekonań i uczuć religijnych⁸. Jak dotąd ani w orzecznictwie krajowym, ani europejskim nie podjęto próby apriorycznego i generalnego określenia granic wolności twórczości ani wypowiedzi artystycznej albo formułowania modeli ochrony w oderwaniu od konkretnych okoliczności, unikając dalekich generalizacji. Warto też odnotować zauważoną w literaturze tendencję zaliczania wypowiedzi do reguł kanonu artystycznego w celu ustalenia dopuszczalnych jej granic⁹. Wypracowany został pewien standard, zgodnie z którym analiza formy wypowiedzi, hipotetycznego kręgu odbiorców i wpływu

kultura.onet.pl/wiadomosci/klatwa-rez-oliver-frlijc-oswiadczenie-teatru-powszechnego-warszawie/lwm46cv (20.03.2019).

⁸ Na ten temat: I. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji praw człowieka*, Warszawa 2010, s. 430 i n., E. Polymenopoulou, *Does one swallow make a spring? Artistic and literary freedom at the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2016, t. 16, nr 3, s. 511 i n., M.M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, s. 156 i n., J. Sobczak, *Wolność ekspresji artystycznej. Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2016, t. 58, z. 2, s. 241 i n., A. Młynarska-Sobaczewska, *Prawo do kultury*, Warszawa 2018, s. 93–107.

⁹ M. Górski, *Test prawideł kanonu artystycznego – glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18.02.2016, 15/02687, Orelsan*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, z. 3, s. 47.

na ochronę inkryminowanych wartości w szczególności w przypadku fikcji, poezji albo formy satyrycznej, mają znaczenie w kontekście badania zakresu przekazu, mogą bowiem powodować, że granice wypowiedzi w takim przypadku są zakreślane z większym zakresem tolerancji¹⁰.

Do tego rodzaju argumentacji nawiązuje linia orzecznicza wypracowana przez polskie sądy karne, w tym Sąd Najwyższy, m.in. w wyroku z 5 marca 2015 r.¹¹, w którym Sąd uznał, że zachowanie artysty może być uznane za niedopuszczalne, jednak nie wyczerpuje znamion przestępstwa, skoro do zdarzenia doszło w grupie odbiorców podzielających przekonania artysty. Zarazem jednak trudno byłoby akurat w przypadku dzieł sztuki performatywnej uznać okoliczność ograniczonej liczby odbiorców, a także powyższy argument dotyczący oddziaływania spektaklu lub innego dzieła z tego rodzaju wyłącznie na grupę widzów, która decyduje się świadomie na uczestnictwo, np. poprzez zakup biletów. Teatr i miejsce przedstawień pozostaje bowiem miejscem dostępnym dla publiczności i spełnia warunki miejsca publicznego, a zatem takiego w którym zakres dopuszczalnej wypowiedzi może być ograniczany w inny sposób niż wypowiedzi dokonywanych prywatnie. Potwierdził to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 21 września 2015 r. (K 28/13), w którym uznał, zgodnie ze słownikowym i utrwalonym znaczeniem, że miejscem publicznym jest miejsce dostępne dla publiczności, otwarte, to jest przestrzeń dostępna dla ogółu, do której nieograniczony dostęp ma nieokreślona liczba ludzi, w tym także takie miejsce, do którego można wejść za okazaniem biletu lub karty wstępu¹².

¹⁰ Tak uznał Trybunał w sprawie Karatas przeciwko Turcji, w której uznał za nadmierną ingerencję w sferę swobody wypowiedzi artystycznej ocenzenie tomiku poezji z powodów nawoływania do waśni religijnych. albo w sprawie Arslan pko Turcji, w której naruszenie art. 10 związane było z konfiskatą pozycji literatury pięknej jako nawołującej do waśni etnicznych, oraz podobnie rozstrzygniętej sprawie Alinak przeciwko Turcji. Trybunał uznał, że doszło do naruszenia granic wolności wypowiedzi artystycznej z powodu braku wykazania konieczności ingerencji w demokratycznym społeczeństwie, bowiem utwory, których dotyczyły decyzje sądów krajowych miały wąski oraz specyficzny krąg odbiorców, a zatem dzieła objęte restrykcjami nie zagrażały w istocie dobrom wskazanym jako wartość wymagająca ochrony w działaniach państwa.

¹¹ Wyrok oddalający kasację w sprawie Adama Darskiego, wokalisty, który podczas koncertu podarł Biblię, zwracając się o nie w sposób obelżywy. Sygn. akt III K 274/14.

¹² Warto zaznaczyć, że Trybunał jako miejsce publiczne zakwalifikował także Internet – choć to akurat wykracza poza ramy podejmowanych tutaj rozważań.

Nie można jednak uznać, aby tego rodzaju spostrzeżenia czynione w pewnych aspektach i dokonywane *ab casu ad casum* rysowały trwałą linię dokonyującą osądu granic wolności poprzez ocenę estetyczną, rodzaju czy tym bardziej – wartości artystycznej utworów. W konsekwencji, nie sposób stwierdzić, aby w wykształcił się trwale wyraźny zakres dopuszczalnej wypowiedzi artystycznej w kontekście kolizji z innymi wartościami, które w myśl art. 10 ust. 2 Konwencji albo art. 31 ust. 3 Konstytucji uzasadniałyby ograniczenie realizacji wolności twórczości wypowiedzi artystycznej, w szczególności nie został uznany, ani utrwalony paradygmat „obrony przez sztukę”, czyli uznanie za okoliczność wyłączającą bezprawność działania wyrażenia zawarte w dziele sztuki lub procesie twórczym¹³. Przesłanki dopuszczalności ograniczeń, to jest m.in. bezpieczeństwo państwowe i bezpieczeństwo publiczne, a także obowiązek ochrony praw innych osób, w tym wolności sumienia i wyznania, a zatem także ochrony sfery nazywanej zazwyczaj „uczuciami religijnymi” to wartości, których ocena w procesie wyważania granic wypowiedzi artystycznej jest szczególnie trudna i niełatwo tu o jednoznaczne lub zobiektywizowane kryteria. Szczególnie wrażliwa wydaje się być kwestia rozstrzygnięcia granic wolności wypowiedzi artystycznej w zakresie, w jakim wypowiedź taka narusza sferę związaną z wyznaniem i przekonaniami w sferze religijnej¹⁴.

¹³ O kontratybie sztuki – por. m.in. J. Sobczak, *op.cit.*, s. 243–249, J. Sobczak, *Wolność ekspresji artystycznej. Standardy europejskie i rzeczywistość polska*, [w:] *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010, s. 612 i n.

¹⁴ Kwestia ta ujawniła się aż w 1/3 spraw rozstrzyganych przez ETPCz, w której problem dotyczył dopuszczalności ukarania za nie albo też działań w celu zapobieżenia i usunięcia skutków naruszenia (poprzez zakaz publikowania, wystawiania albo konfiskatę dzieł sztuki, których elementy zostały przez władze państwowe uznane za naruszające uczucia religijne. Do takiej konfrontacji tych dwóch wartości doszło m.in. w cytowanym już wyroku w sprawie *Otto Preminger Institut przeciwko Austrii*, a także w wyroku w sprawie *Wingrove przeciwko UK*, w której Trybunał – wbrew wcześniejszemu stanowisku Komisji, uznał, że nie doszło do naruszenia art. 10 Konwencji poprzez odmowę zgody na rozpowszechnianie filmu zawierającego sceny bluźniercze w rozumieniu religii katolickiej. Co do zasady ETPCz bardzo ostrożnie podchodził jak dotąd do kwestii wytyczania odmiennych granic niż zostały wyznaczone przez władze krajowe, uznając, że w tej szczególnej materii limitacja wolności wypowiedzi – także artystycznej – w znacznej mierze zależy od uznania państwa i potrzeb oraz postaw reprezentowanych w konkretnych społecznościach – szerzej: A. Młynarska-Sobaczewska, *op.cit.*, s. 105–107.

Zauważalna jest jednak ewolucja stosunku organów międzynarodowych organizacji, w tym Rady Europy co do manifestowania postaw uznawanych za niedopuszczalne z powodu obrazy uczuć i przekonań religijnych, widoczna zwłaszcza w dokumentach politycznych Rady Europy: Rezolucji 1510 (2006 r.) w sprawie swobody wypowiedzi i poszanowania wierzeń religijnych, w której pada stwierdzenie, że wolność wypowiedzi „nie powinna być dłużej ograniczana w imię ochrony „rosnącej wrażliwości pewnych grup religijnych” oraz Rekomendacji 1805 (2007 r.) w sprawie bluźnierstwa, obrazy religijnej i mowy nienawiści powodowanej przekazami religijnymi innych osób, w której zadeklarowano z kolei, że prawo krajowe może karać tylko za te wypowiedzi dotyczące religii, które umyślnie i poważnie naruszają porządek publiczny i wzywają do przemocy publicznej. Nic dziwnego, że przedstawienie jako wartości chronionej integralności państwa albo konieczność zapewnienie pokoju i bezpieczeństwa publicznego, a zatem ochrony przez wzbudzaniem waśni na tle religijnym albo też grup etnicznych (religijnych) przeciwko którym taka wypowiedź artystyczna może być interpretowana staje się coraz częściej przywoływaną przyczyną ingerencji w sferę wolności artystycznej¹⁵.

IV.

Granice między społecznie przyjętym poczuciem moralności, uczuciami związanymi z życiem religijnym a tradycją, dziedzictwem narodowym i wartościami uznawanymi za konstytutywne dla wspólnoty politycznej są immanentnie płynne, zaś ich wyznaczenie jest kwestią niezwykle subtelnej i społecznie wrażliwej oceny, na co wskazują przytoczone w pierwszej części tekstu przykłady. Mają one jednak także inny kontekst, jak na razie ujawniony jedynie w pewnych zachowaniach władz publicznych – otóż wypowiedzi artystyczne, które budzą tak silne emocje, a dokładnie oburzenie pewnej części społeczeństwa spotykają się nie tyle z represją karną, co z zachowaniami zmierzającymi, bezpośrednio lub pośrednio, do zaprzestania finansowania ich ze środków publicznych. Zarzuty dotyczące tzw. „cenzury ekonomicznej”, a zatem odmowy finansowania ze środków publicznych pewnych przedstawień, instytucji kultury albo przed-

¹⁵ M.in. zawisle przed ETPCz sprawy *Samodurov i Vasilovskaya przeciwko Rosji* (3007/06) oraz *Alekhina inni przeciwko Rosji* (38004/12).

sięwić o charakterze artystycznym, przede wszystkim festiwalu teatralnych i wpływu w ten sposób na treści prezentowane w instytucjach kultury wymagają zanalizowania sposobu stosowania tego typu mechanizmów oraz oceny ich legalności oraz dopuszczalności. Nie ma wątpliwości, że kulturze artystycznej towarzyszy konieczny dla jej rozwoju patronat państwa, realizowany przez agendy i organy władzy na poziomie centralnym i lokalnym.

Polskie ramy wykonywania zadań publicznych związanych z działalnością kulturalną określa ustawa z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (dalej uopdk)¹⁶. Zgodnie z nią, mecenat nad tworzeniem, upowszechnianiem i ochroną kultury sprawuje państwo; mecenat ten oznacza wspieranie i promocję twórczości, edukacji i oświaty kulturalnej, działań i inicjatyw kulturalnych, a także opiekę nad zabytkami i ochrony dziedzictwa narodowego (art. 1 ust. 1 i 2 uopdk). Mecenat ten sprawują także organy jednostek samorządu terytorialnego w zakresie ich właściwości (art. 1 ust. 4).

Organizatorami działalności kulturalnej są podmioty tworzące instytucje kultury (art. 10 ust. 1), czyli ministrowie albo kierownicy urzędów centralnych – w ramach państwowych instytucji kultury (art. 8) oraz jednostki samorządu terytorialnego w odniesieniu do samorządowych instytucji kultury (art. 9); ustawa uznaje przy tym prowadzenie działalności kulturalnej za zadanie własne jednostek samorządu terytorialnego o charakterze obowiązkowym. Finansowanie działalności kulturalnej jest w polskiej praktyce wysoko zdecentralizowane, samorządy dysponują około 80% środków publicznych przeznaczanych na kulturę, zaś na szczeblu państwowym wydawanych jest jedynie około 20%¹⁷. Finansowanych i pozostających w gestii Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego jest jedynie 57 instytucji artystycznych, w tym 3 teatry i 1 filharmonia (Filharmonia Narodowa)¹⁸.

Zgodnie z art. 12 uopdk organizator zapewnia instytucji kultury środki niezbędne do rozpoczęcia i prowadzenia działalności kulturalnej oraz

¹⁶ Dz.U. Nr 114, poz. 493 ze zm.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ J. Suchowian, *Problemy finansowania instytucji kultury w Polsce na przykładzie teatru im. St.I. Witkiewicza w Zakopanem*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 640, *Finanse, Rynki finansowe, ubezpieczenia* 2011, nr 38, s. 178, A. Młynarska-Sobaczewska, op.cit., s. 192.

do utrzymania obiektu, w którym ta działalność jest prowadzona. Ustawa wymienia wśród form organizacyjnych działalności kulturalnej teatry, opery, operetki, filharmonie, orkiestry, instytucje filmowe, kina, muzea, biblioteki, domy kultury, ogniska artystyczne, galerie sztuki oraz ośrodki badań i dokumentacji w różnych dziedzinach kultury (art. 2). Pośród instytucji kultury wyróżnione są instytucje artystyczne, powołane do prowadzenia działalności artystycznej w dziedzinie teatru, muzyki, tańca, z udziałem twórców i wykonawców, w szczególności: teatry, filharmonie, opery, operetki, orkiestry symfoniczne i kameralne, zespoły pieśni i tańca oraz zespoły chóralskie (art. 11 ust. 2 uopdk). Placówki będące środowiskiem tworzenia sztuki performatywnej wymieniane są zatem w pierwszej kolejności, pośród instytucji artystycznych, zajmują też poczesne (choć nie pierwsze) miejsce pod względem wydatków na działalność kulturalną¹⁹.

Organizator przekazuje instytucji kultury środki finansowe w formie dotacji podmiotowej na dofinansowanie działalności bieżącej w zakresie realizowanych zadań statutowych, w tym na utrzymanie i remonty obiektów; albo celowej – na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji albo na realizację wskazanych zadań i programów (art. 28 ust. 3 uopdk). Państwowe instytucje kulturalne mogą ponadto być finansowane w formie dotacji celowych z budżetów jednostek samorządu terytorialnego na zadania ważne z punktu widzenia regionalnej polityki rozwoju w zakresie rozwoju kultury, w tym dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji (art. 28 ust. 1b). Z kolei minister kultury i dziedzictwa narodowego może udzielać pomocy publicznej na działalność kulturalną (art. 28a. ust. 1 uopdk). Finansowanie działalności kulturalnej określone w przytoczonej regulacji jest zatem określone ramowo, co do zasady środki na funkcjonowanie instytucji kultury zapewniane są ze środków publicznych, o ile są to instytucje samorządowe lub państwowe, dotacje mają zapewnić im owe środki w ramach dotacji przedmiotowej lub celowej.

¹⁹ Jak podaje S. Stano-Strzałkowska (konsultacja E. Gruszka, Raport *Finansowanie kultury ze środków publicznych przykłady krajów europejskich*, Warszawa 2017), cytując Raport Głównego Urzędu Statystycznego „*Kultura w 2015 roku*”, Warszawa, wrzesień 2016, z budżetu państwa w 2015 r. na funkcjonowanie teatrów przeznaczono 9,7% nakładów na działalność kulturalną, zaś w wydatkach samorządów na ten cel przeznaczono 10,2%.

Jednak praktyka wskazuje, że przyznawanie owych środków odbywa się w sposób, który może budzić wątpliwości co do trybu jak i wpływu na działania artystyczne, a nadto wywoływać ryzyko funkcjonowania instytucji artystycznych. Ramy określone w ustawie przewidują więc kilka form finansowania działalności kulturalnej, prowadzonej przez instytucje zaliczane do państwowych lub samorządowych instytucji kultury, tymczasem forma dotacji na realizowanie zadań w zakresie działalności kulturalnej ma istotne znaczenie dla funkcjonowania tych placówek, w tym instytucji zajmujących się organizowaniem działań w zakresie sztuk performatywnych²⁰. Pierwszym źródłem takiego ryzyka może być brak rozgraniczenia trybu przyznawania dotacji podmiotowej i celowej, co powoduje, że władze, pełniące funkcję organizatora działalności konkretnej instytucji, mogą kształtować i w konsekwencji modyfikować formy finansowania pewnych przedsięwzięć. Problem ujawnia się w szczególności przy organizacji cyklicznych imprez festiwalowych, które akurat w dziedzinie sztuk teatralnych i filmowych mają fundamentalne znaczenie dla funkcjonowania działalności artystycznej. Brak ścisłych ustawowych ram i kryteriów decydujących o rodzaju dotacji, w kontekście przyznawania przeważającej większości środków przez władze samorządowe powoduje, że w każdym sezonie artystycznym ich organizacja uzależniona jest od aktualnej woli decydentów, w tym decyzji o wyborze przyznawanej dotacji; z dotacji podmiotowych nie mogą być bowiem finansowane konkretne przedsięwzięcia, zaś z dotacji celowej – np. zakup środków trwałych, niezbędnych niekiedy do przeprowadzenia wydarzenia artystycznego. Zdarzyć się może, że organizacja cyklicznej imprezy artystycznej o formie przeglądu ogólnopolskiego, międzynarodowego, konkursu albo festiwalu stanie pod znakiem zapytania z prozaicznego powodu terminu przyznawania konkretnych kategorii dotacji; tego rodzaju przedsięwzięcia wymagają bardzo wiele działań organizacyjnych rozłożonych w czasie, zatem zbyt późna decyzja o przyznaniu dotacji niweczy tego rodzaju plany i przedsięwzięcie²¹.

²⁰ Pomijam tu dla uproszczenia wywodu kwestię przyznawania dotacji innym podmiotom – Inne podmioty, to jest organizacje pozarządowe prowadzące działalność kulturalną mogą otrzymywać dotacje celowe z budżetu państwa z części, której dysponentem jest minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, na zadania objęte mecenatem państwa.

²¹ Tak stało się w 2018 r., kiedy festiwale wspierane zwykle w ramach konkursowego programu ministra kultury „Teatr i Taniec” nie mogły przewidzieć, czy owe środki otrzymają, bowiem zmieniony został termin rozstrzygnięcia konkursu; dotychczasowa data końca stycznia

Zaskakiwać może nadto niska ranga aktów regulujących przyznawanie dotacji, warunki i kryteria, a także tryb – w zakresie zadań objętych mecenatem państwa kwestie te reguluje rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z 18 grudnia 2018 r. w sprawie zakresu zadań objętych mecenatem państwa, udzielania dotacji celowej na zadania nim objęte oraz udzielania dofinansowań podmiotom prowadzącym działalność w zakresie kultury i ochrony dziedzictwa narodowego²², w zakresie dotacji przyznawanych na poziomie władz samorządowych – akty prawa miejscowego. Rozporządzenie dotyczące najistotniejszej części tego rodzaju środków, to jest dotacji przyznawanych na realizację zadań objętych mecenatem państwa, samodzielnie rozstrzyga które zdania uznawane są za spełniające to kryterium. Stanowi także, że dotacje udzielane są przez ministra lub dyrektora instytucji kultury wymienionej w art. 28 ust. 1a (§ 3 rozporządzenia). Nader lakonicznie określa tryb przyznawania owych środków; w szczególności zaś jedynie fakultatywnie dopuszcza możliwość powoływania zespołów lub komisji eksperckich do oceny wniosków (§ 6 ust. 4), stanowiąc, że oceny zgodności z priorytetowymi zadaniami i celami przeznaczenia środków dokonuje minister, upoważniony przezeń podmiot lub właściwy dyrektor instytucji kultury (§ 6 ust. 3). Nie przewiduje także procedury odwoławczej²³. Podobne mankamenty mają regulacje prawa miejscowego, dotyczące przyznawania środków na finansowanie działalności artystycznej – a ich ilość oraz kazuistyczny charakter przybiera niekiedy wręcz postać rozwiązań incydentalnych,

stała się datą składania ofert, zaś konkurs został rozstrzygnięty dopiero późną wiosną, czyli po terminie układania programów festiwali. Problem ten dotyczył flagowych polskich festiwali teatralnych, takich jak: Międzynarodowy Festiwal Sztuk Przyjemnych i Nieprzyjemnych w Łodzi, Przegląd Piosenki Aktorskiej we Wrocławiu, Przegląd Teatrów Małych Form Kontrapunkt w Szczecinie, gdyński R@port, a także Warszawskie Spotkania Teatralne, Klasyka Polska w Opolu, Kaliskie Spotkania Teatralne – Festiwal Sztuki Aktorskiej, Międzynarodowy Festiwal Kontakt. <https://www.rp.pl/Zycie-Regionow/302239932-Konkursowy-klincz-festiwali-czyli-dotacje-beda-pozno.html> (20.03.2019).

²² Dz.U. poz. 2374.

²³ Rozporządzenie to zastąpiło poprzednie: Rozporządzenie Ministra Kultury z 1 września 2005 r. w sprawie zakresu zadań objętych mecenatem państwa, szczegółowego trybu składania wniosków o udzielenie dotacji oraz trybu przekazywania i rozliczania udzielonych dotacji, które regulowało powyższe kwestie w podobny lub jeszcze bardziej ogólny sposób.

nie gwarantując stabilności i przewidywalności w zakresie finansowania działalności kulturalnej²⁴.

Powyższe uwagi ujawniają dwa zasadnicze problemy, które towarzyszą prowadzeniu i finansowaniu działalności kulturalnej w polskim systemie mecenatu publicznego. Jeśli życie kulturalne we współczesnych państwach ma toczyć się według reguł państw i społeczeństw demokratycznych, a każdy obywatel ma zagwarantowane prawo do udziału w życiu kulturalnym, to oznacza, że władze publiczne dysponują środkami publicznymi, pochodzącymi z podatków i innych danin, a zatem decyzja o ich wydawaniu musi być zarówno uzasadniona w kontekście potrzeb społecznych jak i w sposób przejrzysty podjęta. Powyższe regulacje przejrzystości takiej nie zapewniają. Po wtóre, zjawiskiem niepokojącym jest uzależnienie procesu podejmowania decyzji o finansowaniu i wsparciu życia kulturalnego od czynników władzy politycznej. Co do zasady organizacja działalności kulturalnej powinna zatem gwarantować ich autonomiczność, a także rozliczalność z wykonywanych zadań – co oznacza, że powinny być jasno określone cele i zamierzone efekty działania takich instytucji, a także precyzyjnie wskazane mechanizmy wsparcia i finansowania ze strony władz publicznych. Obecne regulacje i ich stosowanie także nie gwarantują owej bezstronności, a narastające konflikty i zarzuty wobec ministrów kultury oraz władz samorządowych o próby instrumentalnego wykorzystania posiadanych kompetencji co do przyznawania dotacji na działalność kulturalną są tego bolesnym skutkiem i dowodem.

Innym poważnym źródłem kontrowersji dotyczących organizowania działalności artystycznej, w tym w szczególności w zakresie sztuk performatywnych, są kompetencje władz publicznych związane z powoływaniem i odwo-

²⁴ Jak wynika z raportu NIK Działalność samorządowych instytucji kultury, opublikowanego 5 marca 2019 r. w skontrolowanych samorządach, mimo wzrastających z roku na rok nakładów finansowych na kulturę (wzrost w 2017 r. wydatków na dotacje podmiotowe o prawie 14% w porównaniu do 2015 r.), środki te były w dalszym ciągu niewystarczające i stanowiły średnio niespełna 75% przychodów ogółem instytucji kultury. Niepełne – w stosunku do wielkości wnioskowanych – finansowanie dotyczyło zarówno dotacji podmiotowych (w skrajnych przypadkach zgłaszane zapotrzebowania zaspakajano tylko w 70%), jak i dotacji celowych na realizację wskazanych zadań i programów (odpowiednio – 43%), a także dotacji celowych na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji (w skrajnych przypadkach organizator w ogóle nie uwzględnił wniosków o przyznanie dofinansowania), <https://www.nik.gov.pl/plik/id,19460,wp,22070.pdf> (20.03.2019).

ływaniem dyrektorów instytucji kultury. Ustawa o działalności kulturalnej przewiduje w tym zakresie znacznie bardziej niż co do warunków dotowania szczegółową regulację; zgodnie z art. 15. ust. 1 i 2 dyrektora instytucji artystycznej powołuje organizator na czas określony, od trzech do pięciu sezonów artystycznych i po zasięgnięciu opinii związków zawodowych działających w tej instytucji kultury oraz „stowarzyszeń zawodowych i twórczych właściwych ze względu na rodzaj działalności prowadzonej przez instytucję” albo poprzez wyłonienie kandydata w drodze konkursu. Odwołanie dyrektora następuje w tym samym trybie, z tą modyfikacją, że dyrektora samorządowej instytucji kultury, odwołuje organizator, po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Zgodnie z art. 15 ust. 5 uopdk przed powołaniem dyrektora organizator zawiera z nim umowę, w której strony określają warunki organizacyjno-finansowe działalności instytucji kultury oraz program jej działania. Najnowsza nowelizacja, czyli ustawa z 6 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej²⁵ wprowadziła do regulacji dotyczącej przeprowadzania konkursów szereg zmian o charakterze uzupełniającym – tak zatem program działania instytucji ustalony w dyrektorem placówki ma być podawany do publicznej wiadomości w terminie 7 dni od dnia powołania dyrektora instytucji kultury (art. 15 ust. 5a), przewidziana jest obecnie także minimalna treść wydawanego przez organizatora ogłoszenia o konkursie (art. 16 ust. 3d-3e). Nowelizacja wprowadza nadto opis kwalifikacji i dokumentów wymaganych od kandydata na stanowisko dyrektora instytucji kultury i sposób ich udokumentowania, wymóg przedłożenia przez osoby przystępujące do konkursu programu realizacji zadań w zakresie bieżącego funkcjonowania i rozwoju instytucji kultury, a także uszczegółowienie zadań komisji konkursowej i trybu jej pracy (w tym wyłączenia członka komisji – art. 16 ust. 5–13).

Powyższe zmiany być może zwiększą transparentność procesu powoływania dyrektorów instytucji kultury (taki też cel został wskazany w uzasadnieniu projektu), niemniej nie dotyczą dwóch najbardziej dotkliwych mankamentów regulacji i praktyki związanych z obsadzaniem stanowisk placówek kulturalnych. Pierwszym z nich jest brak wymogu przeprowadzania konkursu dotyczący wielu instytucji kultury. Zgodnie bowiem z ustawą (art. 16 ust. 2)

²⁵ Dz.U. 2019, poz. 115. Ustawa nowelizująca wchodzi w życie 19 kwietnia 2019 r.

wyłonienie kandydata na dyrektora następuje w drodze konkursu jedynie w samorządowych instytucjach kultury, których wykaz określa minister – przy czym i w tych placówkach minister może wyrazić zgodę na powołanie bez przeprowadzania konkursu, kandydata wskazanego przez organizatora, a w przypadku powoływania tej samej osoby na stanowisko dyrektora na następny okres, organizator zasięga jedynie opinii ministra kultury i dziedzictwa narodowego. Natomiast o ile wyłonienie kandydata ma się odbyć w ramach konkursu, w skład komisji konkursowej wchodzi (art. 16 ust. 4) przedstawiciele organizatora, ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego (łącznie 5 członków) oraz po dwóch przedstawicieli zakładowych organizacji związkowych (a w razie ich braku – przedstawiciele załogi) i stowarzyszeń zawodowych lub twórczych właściwych ze względu na zakres działania tej instytucji kultury. Jak widać zatem skład komisji zdominowany jest liczebnie przez przedstawicieli organizatora i ministra kultury, co czyni zadość ich kompetencjom w zakresie prowadzenia działalności kulturalnej, ale skazuje komisję na dominację czynnika biurokratycznego i politycznego, oddalając tryb konkursu od standardów ciała eksperckiego i niezależnego. Kontrowersjom związanym z spektaklami i repertuarem w co najmniej kilku teatrach – w tym dwóch reprezentujących najwyższy poziom i uznanie w Polsce, to jest Teatrem Starym w Krakowie oraz Teatrem Polskim we Wrocławiu towarzyszyły akty powołań nowych dyrektorów tych placówek. W debacie publicznej ale i w środowiskach twórczych pojawiły się emocjonalne ale i merytoryczne zarzuty wobec tych decyzji, bowiem następcy odwołanych dyrektorów nie spełniali oczekiwań środowiska artystycznego i krytyków, ale przede wszystkim decyzje organizatora odbierane były jako niedopuszczalne naruszenie wolności twórczości artystycznej poprzez stosowanie swego rodzaju sankcji za działalność artystyczną niezgodną z linią polityczną władz²⁶. Choć te najgłośniejsze przypadki zmian na stanowiskach dyrektorów nie miały akurat bezpośredniego związku z repertuarem teatrów²⁷ całkiem aktualne

²⁶ Tytułem przykładu przywołać można wypowiedź Jana Klaty, <https://www.newsweek.pl/polska/spoleczenstwo/jan-klata-szczerze-o-kulisach-wyrzucenia-go-z-teatru-starego/hvk0pz3> (20.03.2019). Trzeba jednak odnotować, że akurat Jan Kłata zakończył kadencję, na którą był powołany, zatem nie doszło do odwołania z przyczyn określonych w ustawie (ani innych).

²⁷ Dyrektor Teatru Starego Jan Kłata ukończył kadencję, na jaką był powołany, a Krzysztof Mieszkowski został odwołany przez marszałka województwa dolnośląskiego w sierpniu

i zasadne jest pytanie o granice wolności twórczości i kontrolę takich decyzji organizatorów z punktu widzenia w kontekście stabilności misji kierowania tak ważnymi instytucjami kultury artystycznej jakimi są teatry dramatyczne.

Drugim mankamentem w procesie stosowania omawianej regulacji ustawowej jest deficyt zasygnalizowany także z pierwszego omawianego w tekście obszaru organizowania i finansowania życia kulturalnego, to jest brak odpowiednio wnikliwej procedury kontroli sądowej aktów administracji w tym zakresie, w szczególności zaś aktów dotyczących odwołania dyrektorów instytucji artystycznych. Zgodnie z art. 15 ust. 6 ustawy dyrektor instytucji kultury powołany na czas określony może być odwołany przed upływem tego okresu (poza przypadkami rezygnacji, trwałej niezdolności wywołanej chorobą i przekazaniem instytucji państwowej) z powodu naruszenia przepisów prawa w związku z zajmowanym stanowiskiem albo w przypadku „odstąpienia od realizacji umowy określającej warunki organizacyjno-finansowe działalności instytucji kultury”. Kontrola działań administracji publicznej w tym zakresie miała niejasny zakres, pojawiały się bowiem orzeczenia, w których sądy administracyjne nie uznawały swojej kognicji, uznając, że kwestia charakteru aktów powołania na stanowiska dyrektorów (kierowników) samorządowych jednostek organizacyjnych ma charakter stosunku pracy i winna być rozstrzygana w sporach cywilnych. Kwestia ta była przez pewien czas sporna, zarówno w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego jak i Sądu Najwyższego²⁸. Ostatecznie utrwalone zostało jednak stanowisko o ich podwójnym charakterze, to jest aktów publicznoprawnych, a zarazem aktów wywołujących skutki w sferze prawa pracy²⁹.

2014 r. z powodu problemów finansowych teatru.

²⁸ Przywołać należy w tym miejscu uchwałę SN z 11 stycznia 2005r. IPZP 11/04, w której stwierdzono, że powołanie dokonane na podstawie art. 15 ust. 1 ustawy z 25 października 1991r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej stanowi podstawę nawiązania stosunku pracy w rozumieniu art. 68 Kp z dyrektorami instytucji kultury. Podobnie ocenił charakter prawny powołania z art. 15 ust. 1 NSA w wyroku z 17 marca 2010 r. II OSK 23/10 stwierdzając, że skoro powołanie, o którym mowa w tym przepisie jest powołaniem w rozumieniu art. 68 § 1 Kp, wojewoda nie posiada kompetencji do stwierdzenia jego nieważności.

²⁹ Za utrwalone już dziś należy uznać stanowisko wyrażone w wyroku NSA z 31 stycznia 2012 r., sygn. akt II OSK 2526/11, w którym wskazano, że „podwójny charakter aktów powołania na stanowisko dyrektora instytucji kultury z jednej strony przesądza o objęciu go nadzorem wojewody a w konsekwencji kontrolą sądu administracyjnego, a z drugiej, o możliwości poddania

Legalność odwołania dyrektora instytucji kultury podlega więc kontroli sądu administracyjnego, a w pozostałym zakresie, to jest zasadności odwołania, właściwości sądu pracy³⁰. Jak wywiódł NSA w przywołanym orzeczeniu, ta podwójność ochrony prawnej uzasadniona jest tym, że odmienne są cele i konsekwencje kontroli sądowoadministracyjnej i roszczenia związane z ochroną stosunku pracowniczego. Kontrola sądu administracyjnego zmierza do wyeliminowania z porządku prawnego aktów i czynności organów administracji publicznej niezgodnych z prawem, przedmiotem kontroli legalności jest w tym przypadku przestrzeganie prawa przez organy wykonujące administrację publiczną, czyli ochrona prawa przedmiotowego, bowiem organizowanie i prowadzenie działalności kulturalnej jest zadaniem administracji publicznej³¹, skonkretyzowanym przez art. 15 uopdk, wykonywanym na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o samorządzie województwa, jako zadanie własne przez samorząd województwa w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność.

Z orzecznictwa wyłania się natomiast dość ograniczony zakres kontroli wykonywania zadania powoływania i odwoływania dyrektorów instytucji kultury; najczęściej przywoływaną przyczyną uchylania aktów administracji dotyczących odwoływania dyrektorów instytucji kultury jest naruszenie procedur, a dokładnie zaniechanie albo zbyt ograniczony zakres zrealizowania obowiązku zasięgnięcia i rozważenia opinii wyszczególnionych przez ustawodawcę instytucji³². Wymóg ten spełniany jest niekiedy niedokładnie, albo

sporów z tego tytułu kontroli sądów powszechnych (sądów pracy). Taką wykładnię potwierdza nowelizacja ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej z 31 sierpnia 2011 r. (Dz.U. Nr 207, poz. 1230). W obecnym brzmieniu (od 1 stycznia 2012 r.) ust. 7 art. 15 stanowi, że w sprawach dotyczących powoływania i odwoływania dyrektora instytucji kultury w zakresie nieuregulowanym w ustawie mają zastosowanie przepisy art. 68–72 Kodeksu pracy. W innych zatem, uregulowanych ustawą, sprawach trybu i powoływania dyrektora instytucji kultury mają zastosowanie przepisy prawa administracyjnego skutkujące publicznoprawnym charakterem aktu powołania na to stanowisko, wywołujące skutki także w sferze prawa pracy.” W pełni podtrzymał je NSA w wyroku z 3 lutego 2012 r., sygn. akt II OSK 137/18.

³⁰ II OSK 2693/11 – postanowienie NSA z 3 lutego 2012 r.

³¹ Por. wyrok NSA z 12 maja 2003 r. (II SA/Łd 548/03).

³² Artykuł 15 ust. 1 i 3 u.d.k. nakazuje organizatorowi kultury powoływać i odwoływać dyrektora po zasięgnięciu opinii związków zawodowych działających w tej instytucji kultury oraz stowarzyszeń zawodowych i twórczych właściwych ze względu na rodzaj działalności prowadzonej przez instytucję, wymóg ten nie musi być spełniony, gdy dyrektor powoływany

w zbyt wąskim zakresie (z zaniechaniem zasięgania opinii pewnych stowarzyszeń)³³. Brak spełnienia wymogów formalnych przy odwoływaniu dyrektorów placówek samorządowych, skutkujący uchynieniem zaskarżonych aktów administracji niekiedy przesłania istotę sprawy i przyczyny odwołania, o których mowa w art. 15 ust. 6 uopdk, to jest naruszenie prawa w związku z zajmowanym stanowiskiem albo nierealizowanie programu placówki. Choć podstawy takie są przywoływane w skarżonych aktach odwołania³⁴, w żadnym z zacytowanych orzeczeń sąd administracyjny nie odniósł się do ich treści, a zatem nie przeprowadził merytorycznej kontroli podstaw podanych w odwołaniu i zasadności takich działań z punktu widzenia wypełniania przez organizatora zadania w postaci prowadzenia działalności kulturalnej.

Tymczasem dokonanie takiej oceny jest potrzebne nie tylko w ramach sądowej ochrony zwolnionego pracownika ale także konieczne dla określenia realizacji zadania publicznego i w konsekwencji – wyznaczenia granic finansowania twórczości artystycznej ze środków publicznych, podobnie jak jasne i klarowne powinny być warunki przydzielania dotacji na taką działalność. Ukrywanie oceny merytorycznej i estetycznej przedsięwzięć finansowanych z pieniędzy publicznych oraz unikanie dokonywania oceny prowadzenia placówek artystycznych, w których sztuka performatywna jest uprawiana, z punktu widzenia systemu prawa i ochrony wolności twórczości artystycznej rodzi dwa poważne ryzyka: arbitralności podejmowanych decyzji przez ciała polityczne a po drugie – niestabilności i niepewności działania instytucji artystycznych. Pewne działania organów centralnych albo samorządowych, jakie były dotychczas podejmowane w postaci zmian kadrowych w teatrach, wstrzymania dotowania pewnych przedsięwzięć, świadczą o tym, że istnieje

jest w ramach konkursu. Dyrektorzy państwowych instytucji kultury powoływani i odwoływani są za zgodą ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego (w przypadku powoływania tej samej osoby na stanowisko na kolejny okres, organizator obowiązany jest zasięgnąć opinii ministra). Dyrektor samorządowej instytucji kultury może być natomiast odwołany po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego.

³³ M.in. wyrok NSA z 1 czerwca 2010 r., sygn. II OSK 598/10), także I OSK 2250/11, postanowienie NSA z 3 lutego 2012 r. II OSK 2693/11.

³⁴ Tytułem przykładu można podać zaskarżoną uchwałę Zarządu Województwa Podlaskiego w sprawie odwołania ze stanowiska dyrektora naczelnego i artystycznego Opery w Białymstoku – postanowienie NSA z 3 lutego 2012 r., II OSK 2693/11.

je możliwość ręcznego sterowania kulturą artystyczną i nawet jeśli możliwości te nie są nadużywane – sam system nie jest dobrze zaprojektowany, skoro na nie pozwala.

V.

Ta konkluzja nie oznacza jednak, że władze publiczne mają w ramach gwarantowania wolności artystycznej obowiązek całkowitego wstrzymania się od oceny merytorycznej i estetycznej oraz światopoglądowej sztuki, która ma być finansowana ze środków publicznych. System prawny we współczesnym państwie demokratycznym i liberalnym powinien być bowiem zaprojektowany tak, aby spełniać równocześnie dwa zadania: po pierwsze gwarantować każdemu realizację jego wolności i praw – w tym prawa do nieskrępowanej wypowiedzi, także o charakterze wypowiedzi artystycznej, a także prawa uczestnictwa w wydarzeniu, w ramach którego prezentowane są wypowiedzi innych osób. Po drugie system prawa ma zagwarantować członkom wspólnoty politycznej, w której obowiązuje poszanowanie ich praw i wolności, które wypowiedź, także wypowiedź artystyczna może narażać na uszczerbek. Dyrektywa ta ma zastosowanie nie tylko w wyznaczaniu granic wolności twórczości poprzez ochronę przed naruszeniami wolności i praw w ramach ochrony sądowej. Nie ulega wątpliwości, że zadania, jakie mają władze publiczne w ramach ochrony praw i wolności mają obowiązek chronić przed ewentualnymi naruszeniami także w ramach wypowiedzi artystycznych – a jednym z instrumentów może być odmowa finansowania takich działań artystycznych ze środków publicznych. Dziać się tak powinno nawet w państwie liberalnym (o ile liberalizm daje się w ogóle pogodzić z finansowaniem sztuki z pieniędzy podatnika, którymi dysponuje władza publiczna)³⁵.

Choć co do zasady istnieje znaczna dowolność przyznawania wsparcia aktorów twórczości artystycznej, a kryteria obdarzone są znacznym marginesem oceny i to z natury swej subiektywnej, niepoddającej się ścisłemu rozliczeniu i wykazaniu, muszą być oparte na przekonujących sądach co do wypowiedzi artystycznej. To oznacza, że sądy te muszą być odpowiednio legitymowa-

³⁵ Szerzej: M. Rushton, *Public Funding of Controversial Art*, *Journal of Cultural Economics* vol. 24, no 4, 2000.

ne tak merytorycznie jak i proceduralnie – a zatem podjęte w adekwatnych gremiach, przekonująco wyrażone i uzasadnione; jest to istotne z powodów czysto pragmatycznych. Jak dotąd za najlepsze remedium na tego typu zarzuty i kontrowersje związane z finansowaniem konkretnych przedsięwzięć jest model niezależnych ciał eksperckich, dobranych według kryteriów merytorycznych oraz zachowujących niezależności od powołujących władz, których zadaniem jest rozstrzyganie o wyborze projektów i twórców, którzy zasługują w kolejnych edycjach na finansowanie. Członkowie tych gremiów swoim autorytetem zawodowym i naukowym gwarantują odpowiedni poziom merytoryczny podejmowanych decyzji, stanowią zatem substytut „gustu” finansującego. Ich autorytet oraz sposób ich doboru według kryteriów merytorycznych gwarantować ma także niezależność i apolityczność podejmowanych decyzji³⁶.

Ale – co więcej, jak przekonująco wywodzi C. Sunstein³⁷, istnieją warunki takiego finansowania sztuki ze środków publicznych formułowane w oparciu o założenia systemu demokratycznego. Pierwszym z nich jest legalizm i zasada rządów prawa. Jeśli władze publiczne decydują o finansowaniu lub organizowaniu pewnych przedsięwzięć artystycznych, to ich treść nie może stanowić wypowiedzi sprzecznej z prawem, w szczególności zaś wypowiedzi takie nie są przestępstwem – nie są zatem m.in. obsceniczne, znieważające, nawołujące do popełnienia przestępstw i wszelkich aktów przemocy. Drugim warunkiem jest konieczne w państwie demokratycznych szanowanie woli większości i ochrona praw mniejszości, co oznacza, że wsparcie ze środków publicznych powinno dotyczyć aktów twórczych, które nie są zbyt kontrowersyjne dla członków i grup społeczeństwa, a zatem na przykład nie zawierają treści dyskryminujących ani skierowanych przeciwko poglądom i uczuciom dzielonym przez członków tej społeczności. Warunek ten sformułowany został jako standard „przyzwoitości” (*decency*) – tak stało się w ustawie o Narodowej Radzie Sztuki (National Endowment for the Arts) w USA w 1990 r., kiedy dodano wymóg, aby Przewodniczący Rady zapewniał, aby sądy na temat przedstawianych projektów dzieł spełniały wymóg „generalnych stan-

³⁶ A. Młynarska-Sobaczewska, op.cit., s. 196.

³⁷ C. Sunstein, *“It’s government money”: funding speech, education and reproduction*, [w:] C. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press 1998, s. 309.

dardów przyzwoitości i szacunku dla odmiennych wierzeń i wartości amerykańskiej publiczności”³⁸.

Warunek ten został uznany za zgodny z I Poprawką do amerykańskiej konstytucji w wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie *National Endowment for the Arts v. Finley*³⁹. Sąd Najwyższy uznał, że takie kryterium jest dopuszczalne i zgodne z Pierwszą Poprawką, która oznacza także zakaz formułowania zakazu wypowiedzi ze względu na kryterium jej treści, działania Funduszu nie powodują bowiem zakazu innego rodzaju wypowiedzi, a jedynie stanowią wyraz władzy w zakresie wspierania określonych wypowiedzi artystycznych; takie działanie nie stanowi z tych względów także aktu dyskryminacji. Jak widać, federalny Sąd Najwyższy bardzo wyraźnie rozgraniczył kwestię naruszania wolności artystycznej poprzez zakaz twórczości albo rozpowszechniania od jej finansowania ze środków publicznych – granice w obu tych aktach władzy wyznaczone są z punktu widzenia innych kryteriów i celów⁴⁰ – mają także inny skutek. Odmowa finansowania aktu sztuki kontrowersyjnej nie oznacza zakazu jej tworzenia, ani nie stanowi swego rodzaju kary – jest natomiast aktem skierowanym na wydatkowanie środków publicznych, które muszą być rozdysponowane zgodnie z wolą wspólnoty, od której pochodzą i w celu zaspokojenia jej potrzeb oraz oczekiwań. Takie finansowanie powinno także spełniać warunek inkluzywności, co nie oznacza, że musi dotyczyć dzieł dostępnych dla wszystkich – ale akceptowanych przez większość oraz grupy o odmiennych przekonaniach.

Władze publiczne nie mogą poprzestać na funkcji strażnika wolności twórczości jako wolności negatywnej, to jest wolnej od ingerencji władz, bowiem są organizatorami tej działalności i dysponują środkami publicznymi w finansowaniu twórczości artystycznej. Obowiązane są zatem nie tylko do zachowania reguł sprawiedliwości proceduralnej, ale także gwarantowania treści odpowiadającej warunkom życia w demokratycznym społeczeństwie – i tej oceny unikać nie powinny, choć oczywiście nie może ona wykroczyć poza ramy konieczności z powodu ochrony wartości wspólnoty jak i jednostek. Akty wła-

³⁸ „General standards of decency and respect for the diverse beliefs and values of the American public”, *National Endowment for the Arts Acts*.

³⁹ 524 U.S. 569 (1998).

⁴⁰ O krytyce tego orzeczenia i kontrargumentach szerzej: M. Rushton, *Public funding...*, s. 272–277.

dzy dotyczące finansowania, a także omówione jako przykład – powoływania dyrektorów placówek lub decydowania o organizowaniu przedsięwzięć artystycznych powinny być podejmowane bez unikania oceny estetycznej oraz sądów dotyczących ich wpływu na życie społeczne, nie jest bowiem niczym wstydliwym, ani niezgodnym z konstytucyjnymi gwarancjami, że decydujący o wsparciu ze środków publicznych kierują się w wydatkowaniu tych środków pewnymi dyrektywami. Decyzje takie, podobnie jak judykaty zapadające w ramach ich sądowej kontroli, są obarczone ryzykiem dokonywania oceny działalności placówki, w tym dokonywania oceny inkluzywności, czy też „przyzwoitości”, której mowa wcześniej. Ale unikanie tego rodzaju jawnej oceny wywołuje jeszcze większe niebezpieczeństwo działań chwiejnych i woluntarystycznych. Decyzje takie nie mogą być bowiem przede wszystkim arbitralne, to jest podejmowane bez wskazania ich podstaw i przyczyn, które z kolei podlegają ocenie ich legalności i zasadności (w ramach kontroli sądowej jak i rozliczalności politycznej).

Ocena ta jednak musi być przeprowadzona w warunkach transparentności jej kryteriów i otwarcie wyrażonych warunków jej prowadzenia, tak dla ochrony praw twórców i organizatorów życia kulturalnego, jak dla ochrony interesów wspólnoty i jej członków, a także z prozaicznego ale zawsze aktualnego argumentu – władze publiczne i samorządowe wydają bowiem nie swoje pieniądze, tylko pieniądze publiczne, pochodzące od obywateli, których wydatkowanie musi spełniać warunki tych, którzy są prawdziwymi fundatorami. Władze publiczne są ich dysponentami, ale rozliczenia z wydatków publicznych wymaga przejrzystego wskazania legalnych, prawdziwych, trwałych oraz akceptowanych w społecznym odbiorze podstaw i kryteriów ich wydatkowania – także w tak trudnej do jednoznacznej oceny dziedzinie, jaką jest sztuka.

Literatura

- Bieczyński M.M., *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011.
- Górski M., *Test prawideł kanonu artystycznego – glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Versalu z 18.02.2016, 15/02687, Orelsan*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, z. 3.
- Kamiński I., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji praw człowieka*, Warszawa 2010.

- Młynarska-Sobaczewska A., *Prawo do kultury*, Warszawa 2018.
- Polymenopoulou E., *Does one swallow make a spring? Artistic and literary freedom at the European Court of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 2016, t. 16, nr 3.
- Rushton, M. *Public Funding of Controversial Art*, „Journal of Cultural Economics” 2000, vol. 24, no 4.
- Sobczak J., *Wolność ekspresji artystycznej. Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2016, t.58, z. 2.
- Sobczak J., *Wolność ekspresji artystycznej. Standardy europejskie i rzeczywistość polska*, [w:] *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010.
- Stano-Strzałkowska S., Gruszka E., *Raport Finansowanie kultury ze środków publicznych przykłady krajów europejskich*, Warszawa 2017,
- Suchowian J., *Problemy finansowania instytucji kultury w Polsce na przykładzie teatru im. St.I. Witkiewicza w Zakopanem*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” nr 640, *Finanse, Rynki finansowe, ubezpieczenia* 2011, nr 38.
- Sunstein C., *„It’s government money”: funding speech, education and reproduction*, [w:] C. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press 1998.