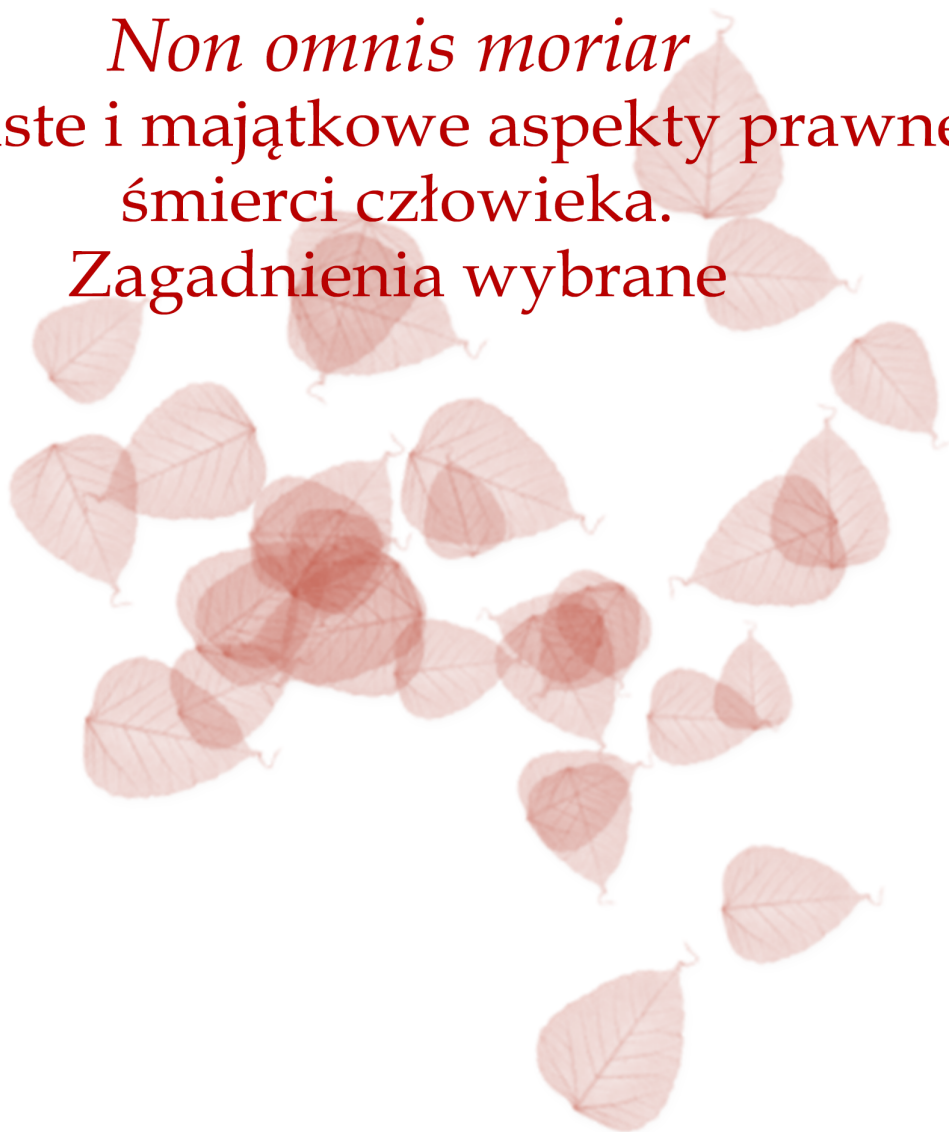


Redakcja naukowa  
Jacek Gołaczyński  
Jacek Mazurkiewicz  
Jarosław Turłukowski  
Daniel Karkut

*Non omnis moriar*  
Osobiste i majątkowe aspekty prawne  
śmierci człowieka.  
Zagadnienia wybrane



*Non omnis moriar*  
Osobiste i majątkowe aspekty prawne  
śmierci człowieka.  
Zagadnienia wybrane

**Pod redakcją naukową**  
Jacka Gołaczyńskiego  
Jacka Mazurkiewicza  
Jarosława Turłukowskiego  
Daniela Karkuta

WROCŁAW 2015

**Recenzent**

dr hab. Marek Świerczyński, prof. UKSW

**Wydawca**

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

**Redakcja techniczna**

Oficyna Prawnicza

**Skład i łamanie**

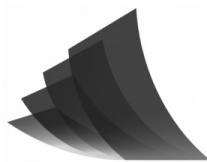
Oficyna Prawnicza

**Producent**

Oficyna Prawnicza

[www.oficynaprawnicza.pl](http://www.oficynaprawnicza.pl)

e-mail: [biuro@oficynaprawnicza.pl](mailto:biuro@oficynaprawnicza.pl)



Oficyna Prawnicza

ISBN 978-83-62832-08-8

Oficyna Prawnicza - wszelkie prawa zastrzeżone. Żadna część tej książki nie może być powielana ani rozpowszechniana za pomocą urządzeń elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez pisemnej zgody wydawcy.

## SPIS TREŚCI

Wstęp ..... 24

### **Piotr Adamczewski**

Usługi cmentarne a prawo ochrony konkurencji – polemika ze stanowiskiem wyrażonym w artykule „Świadczenie usług cmentarnych i pogrzebowych a uprawnienia zarządcy cmentarza w świetle ustawy antymonopolowej” ..... 28

### **Bołat Ž. Ajtimow**

Specyfika dziedziczenia w związku ze śmiercią jednego z założycieli fundacji zgodnie z ustawodawstwem Kazachstanu ..... 42

### **Ewelina Bachera, Hanna Chmielewska, Bartosz Smółka**

Międzynarodowy transport zwłok – postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda* ..... 50

### **Aleksiej W. Barkow, Roman J. Graczew**

O tendencjach i perspektywach rozwoju rosyjskiego ustawodawstwa o pochówku i branży pogrzebowej ..... 67

### **Łukasz Błaszczak**

Wątpliwości wokół czynności sądowych w razie śmierci strony pozwanej po wniesieniu przeciwko niej pozwu, ale przed doręczeniem jej odpisu ..... 79

### **Barbara Borzymowska**

Inaczej, tak samo? – Umieranie zwierząt ..... 101

### **Joanna Buchalska**

Ochrona nazwiska osoby zmarłej użytego w znakach towarowych .... 111

**Ryszard Czerniawski**

Problematyka prawa funeralnego w działalności Rzecznika Praw Obywatelskich..... 126

**Krzysztof Czub**

Dobra i prawa osobiste po śmierci twórcy (na podstawie kodeksu cywilnego, prawa autorskiego i prawa własności przemysłowej)..... 132

**Katarzyna Anna Dadańska, Adriana Tomczyk**

Kontrowersje wokół prawa do grobu..... 150

**Wojciech Dubis, Marta Daćków**

Prawo do bycia zapomnianym w internecie – za życia i po śmierci?... 174

**Rafał Dubowski**

*Non omnis moriar*. Pobranie narządów zmarłego do przeszczepu w prawie hiszpańskim na tle prawa polskiego..... 189

**Andrzej Dzikowski**

Obrzędy pogrzebu biskupa Rzymu. Między *requiem* a radością płynącą ze zmartwychwstania Jezusa ..... 210

**Paweł Fiktus**

Prawno-historyczne aspekty problematyki miejsc pamięci w polskim systemie prawnym..... 226

**Kinga Flaga-Gieruszyńska**

Postępowanie sądowe w sprawach o uznanie za zmarłego – wybrane zagadnienia ..... 246

**Teresa Gardocka**

Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika? ..... 268

**Grzegorz Gorczyński**

Istota polecenia testamentowego i jego zaskarżalność ..... 281

**Łukasz Goździaszek**

Likwidacja tożsamości na portalu społecznościowym..... 298

**Joanna Haberko**

Realizacja kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej w zakresie  
decydowania o sposobie pochówku osoby pozostającej  
w związku partnerskim..... 310

**Oleg A. Halabudenko**

Reżim prawny organów, tkanek, komórek i ciała ludzkiego  
po śmierci ..... 325

**Adam Jakuszewicz**

Problematyka pochówków oraz kultu zmarłych w orzecznictwie  
Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ..... 342

**Julian Jezioro**

Ochrona prawa do integralności utworu architektonicznego *post mortem auctoris* – wybrane zagadnienia..... 363

**Piotr Jurek**

„Zgon” czy zanikanie przedmiotu „Historia państwa i prawa  
Polski” na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu  
Wrocławskiego..... 381

**Maria A. Kapustina**

Pośmiertne dawstwo: zagadnienia regulacji prawnych..... 399

**Daniel Karkut**

Naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry  
komputerowej (?)..... 416

**Tadeusz Kocowski**

Działalność gospodarcza zakładów i przedsiębiorców w dziedzinie świadczenia usług pogrzebowych ..... 428

**Piotr Kostański**

Ochrona *post mortem* prawa do autorstwa wynalazku ..... 447

**Pavel Koukal**

Majątkowe i osobiste prawa zmarłego twórcy w Republice Czeskiej... 473

**Filip Křepelka**

Śmierć zagranicą – ramy prawne i praktyka..... 488

**Michał Krzewicki**

Kult pamięci zmarłej osoby publicznej jako dobro osobiste..... 508

**Anna Kubiak**

Prawne i ekonomiczne aspekty polskiej branży funeralnej – spojrzenie antropologa ..... 520

**Joanna Kuźmicka-Sulikowska**

Zapis windykacyjny a realizacja woli testatora. Rozważania na tle wybranych rozwiązań prawnych..... 533

**Monika Lewandowicz-Machnikowska**

Zasiłki pogrzebowe i inne świadczenia na pokrycie kosztów pogrzebu i upamiętnienia osoby zmarłej ..... 554

**Artur Ławniczak**

Umieranie państwa ..... 567

**Władimir E. Makoda**

Zagadnienia ochrony osobistych (niemajątkowych) praw własności intelektualnej po śmierci autora. Aspekt cywilnoprawny ..... 586

**Paulina Marczak**

Poszanowanie godności osoby zmarłej a działalność funeralna – zagadnienia wybrane ..... 596

**Elwira Marszałkowska-Krześ, Izabella Gil**

Następstwo procesowe – zagadnienia wybrane i polemiczne ..... 610

**Jacek Mazurkiewicz**

Niepożądani czerwonoarmiści, ignorowani niemieccy antyfaszyści i honorowani esesmani. O statusie prawnym i realiach grobów oraz cmentarzy wojennych radzieckich i niemieckich w Polsce ..... 622

**Jan Mazurkiewicz**

Następstwa cykliczności płciowej kobiet a ważność testamentów samobójczyń..... 644

**Maciej Obrębski**

Ochrona dóbr osobistych związanych z osobami zmarłymi w świetle orzecznictwa..... 653

**Jewgienij A. Riabokon**

Obowiązek spadkobierców do kompensowania wydatków na utrzymanie, pielęgnację, leczenie i pogrzeb spadkodawcy a sukcesja prawna: korelacja pojęć ..... 669

**Marcin Rosegnal**

Planistyczne problemy lokalizacji cmentarza ..... 691



**Joanna Studzińska**

Realizacja woli spadkodawcy a postępowanie działowe ..... 712

**Paweł Szulewski**

Śmierć 2.0 – problematyka dóbr cyfrowych *post mortem*..... 731

**Piotr Szymaniec**

Doczesne szczątki Jeremy’ego Benthama a zasada użyteczności.  
Prawa osób zmarłych i stosunek do religii w Benthamowskim  
utilitaryzmie ..... 750

**Monika Tenenbaum-Kulig**

Użycie terenu cmentarnego na inny cel według ustawy  
z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych ..... 772

**Jarosław Turłukowski**

Instytucja polecenia testamentowego w prawie krajów Wspólnoty  
Niepodległych Państw na tle prawa polskiego ..... 793

**Anna Tworkowska-Baraniuk**

Sztuczna inseminacja nasieniem zmarłego dawcy – wątpliwości  
natury prawnej i etycznej ..... 811

**Grzegorz Tylec**

Dobra osobiste a inne dobra o charakterze osobistym chronione  
*post mortem* ..... 825

**Sanawbar W. Urunowa**

Ochrona osobistych niemajątkowych praw autorów *post mortem*  
w Tadżykistanie ..... 840

**Michał Wojdała**

Procesowe skutki śmierci pełnomocnika procesowego  
w postępowaniu cywilnym..... 850

**Oleg A. Zajcew, Roman J. Graczew**

Umowa *inter vivos* dotycząca świadczenia usług pogrzebowych  
w systemie zobowiązań pogrzebowych ..... 864

**Piotr Zakrzewski**

Wejście spadkobierców współnika do spółki cywilnej  
na jego miejsce..... 874

**Maria Zaporowska, Zofia Zaporowska**

Wakuf cmentarny. Zarys problematyki prawnej..... 900

**Katarzyna Zoń**

Sprzeciw na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem*  
w przypadku osób małoletnich ..... 919

## СОДЕРЖАНИЕ

Вступительное слово ..... 24

### **Piotr Adamczewski**

Ритуальные услуги на кладбище и право охраны конкуренции –  
полемика с позицией выраженной в статье „Оказание  
ритуальных услуг на кладбище и похоронных услуг  
в связи с полномочиями управляющего кладбищем в свете  
антимонопольного закона” ..... 28

### **Болат Ж. Айтимов**

Особенности наследования в связи со смертью одного из  
учредителей фонда по законодательству Республики Казахстан..... 42

### **Ewelina Bachera, Hanna Chmielewska, Bartosz Smółka**

Международная перевозка останков – предложения *de lege lata*  
и *de lege ferenda* ..... 50

### **Алексей В. Барков, Роман Ю. Грачев**

О тенденциях и перспективах развития российского  
законодательства о погребении и похоронном деле ..... 67

### **Łukasz Błaszczak**

Сомнения по поводу судебных действий в случае смерти  
ответчика после внесения иска против него, но перед  
вручением его копии ..... 79

### **Barbara Borzymowska**

По-другому, также? – Умирание зверей..... 101

### **Joanna Buchalska**

Охрана фамилии умершего лица использованной в товарных  
знаках ..... 111

**Ryszard Czerniawski**

Проблематика похоронного права в деятельности  
Уполномоченного по правам человека ..... 126

**Krzysztof Czub**

Личные интересы и права после смерти автора (на основании  
гражданского кодекса, закона об авторском праве и закона  
о промышленной собственности) ..... 132

**Katarzyna Anna Dadańska, Adriana Tomczyk**

Споры по поводу права на место погребения ..... 150

**Wojciech Dubis, Marta Daćków**

Право на забвение в интернете - на время жизни и после  
смерти?..... 174

**Rafał Dubowski**

*Non omnis moriar.* Извлечение органов умершего для  
трансплантации в испанском праве на фоне польского права ... 189

**Andrzej Dzikowski**

Обряд похорон епископа Рима. Между скорбью и радостью  
Воскресения Христова..... 210

**Paweł Fiktus**

Юридикто-исторические аспекты проблематики касающейся  
мест памяти в польской правовой системе ..... 226

**Kinga Flaga-Gieruszyńska**

Судебный процесс об объявлении лица умершим – отдельные  
вопросы ..... 246

**Teresa Gardocka**

Являются ли человеческие останки вещью и что из этого следует?..... 268

**Grzegorz Gorczyński**

Сущность завещательного возложения и возможность требования его исполнения в судебном порядке ..... 281

**Łukasz Goździaszek**

Ликвидация профиля лица на общественном интернет-портале..... 298

**Joanna Haberko**

Реализация культа памяти о близком умершем в сфере принятия решения о похоронах лица, состоящего в партнерском союзе ..... 310

**Олег А. Халабуденко**

Правовой режим органов, тканей и клеток человека после смерти ..... 325

**Adam Jakuszewicz**

Проблематика погребений и культа умерших в судебных решениях Европейского суда по правам человека ..... 342

**Julian Jezioro**

Охрана права на неприкосновенность архитектурного произведения *post mortem auctoris* – избранные вопросы ..... 363

**Piotr Jurek**

„Смерть” или отмирание предмета „История государства и права Польши” на факультете права, администрации и экономики Вроцлавского университета ..... 381

**Мария А. Капустина**

Посмертное донорство: проблемы правового регулирования..... 399

**Daniel Karkut**

Нарушение охраны памяти лица, умершего в виртуальном мире компьютерной игры (?) ..... 416

**Tadeusz Kocowski**

Хозяйственная деятельность предприятий и предпринимателей в области предоставления похоронных услуг ..... 428

**Piotr Kostański**

Охрана *post mortem* авторского права на изобретение..... 447

**Pavel Koukal**

Экономические и моральные права умершего автора в Чешской Республике ..... 473

**Filip Křepelka**

Смерть за границей – юридические рамки и практика..... 488

**Michał Krzewicki**

Культ памяти умершего публичного лица как личное неимущественное право..... 508

**Anna Kubiak**

Правовые и экономические аспекты польского похоронного дела - взгляд антрополога ..... 520

**Joanna Kuźmicka-Sulikowska**

„*Legatum per vindicationem*” и исполнение воли завещателя. Рассуждения на фоне избранных правовых решений..... 533

**Monika Lewandowicz-Machnikowska**

Помощь на похороны и иные выплаты на покрытие стоимости похорон и увековечивания умершего лица..... 554

**Artur Ławniczak**

Умирание государства..... 567

**Володимир Є. Макода**

Проблемы охраны и защиты личных (неимущественных) прав интеллектуальной собственности после смерти автора. Гражданско-правовой аспект ..... 586

**Paulina Marczak**

Уважение достоинства умершего и ритуальные услуги – отдельные вопросы..... 596

**Elwira Marszałkowska-Krześ, Izabella Gil**

Процессуальное правопреемство – избранные дискуссионные проблемы..... 610

**Jacek Mazurkiewicz**

Нежелательные красноармейцы, игнорируемые немецкие антифашисты и почитаемые эсэсовцы. О правовом статусе и реалиях могил, а также военных советских и немецких кладбищ в Польше ..... 622

**Jan Mazurkiewicz**

Последствия половой цикличности женщин и действительность завещаний самоубийц..... 644

**Maciej Obrębski**

Охрана личных неимущественных прав связанных с умершими лицами в свете судебных решений ..... 653

**Евгений А. Рябоконь**

Обязанность наследников возместить затраты на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя и правопреемство: соотношение понятий..... 669

**Marcin Rosegnal**

Проблемы планирования размещения кладбища ..... 691

**Joanna Studzińska**

Реализация воли наследодателя и процесс раздела наследства ... 712

**Paweł Szulewski**

Смерть 2.0 – вопросы цифровых неимущественных прав *post mortem* ..... 731

**Piotr Szymaniec**

Тленные останки Иеремии Бентама и принцип полезности. Права умерших лиц и отношение к религии в утилитаризме Бентама ..... 750

**Monika Tenenbaum-Kulig**

Использование территории кладбища в иных целях согласно закона от 31 января 1959 г. „О кладбищах и погребении умерших” ..... 772

**Jarosław Turłukowski**

Институт завещательного возложения в праве стран СНГ на фоне польского права ..... 794

**Anna Tworkowska-Baraniuk**

Искусственное оплодотворение материалом умершего донора – сомнения этического и юридического характера..... 811



**Grzegorz Tylec**

Личные неимущественные права и другие личные нематериальные блага подлежащие защите *post mortem* ..... 825

**Санавбар В. Урунова**

Защита личных неимущественных прав авторов *post mortem* в Республики Таджикистан ..... 840

**Michał Wojdała**

Процессуальные последствия смерти процессуального представителя в гражданском процессе..... 850

**Олег А. Зайцев, Роман Ю. Грачев**

Прижизненный договор на оказание ритуальных услуг в системе обязательств по ритуальному обслуживанию ..... 864

**Piotr Zakrzewski**

Вхождение наследников участника на его место в простое товарищество ..... 874

**Maria Zaporowska, Zofia Zaporowska**

Кладбищенский вакуф. Основы правовой проблематики ..... 900

**Katarzyna Zoń**

Протест против изъятия клеток, тканей или органов от несовершеннолетних *post mortem* ..... 919

## TABLE OF CONTENTS

Introduction .....	24
<b>Piotr Adamczewski</b>	
Cemetery services and competition law – a polemic with the position expressed in the article „Providing of cemetery and funeral services in the light of cemetery manager privileges under the Polish Competition Act” .....	28
<b>Bolat Z. Aitimov</b>	
Specificity of inheritance due to death of one of founders of foundation according to the legislation of Kazakhstan .....	42
<b>Ewelina Bachera, Hanna Chmielewska, Bartosz Smółka</b>	
International transport of corpses - <i>de lege lata</i> proposals and <i>de lege ferenda</i> proposals.....	50
<b>Aleksey V. Barkov, Roman Y. Grachev</b>	
Trends and prospects of development of Russian legislation on the burial.....	67
<b>Łukasz Błaszczak</b>	
Doubts concerning judicial actions in the case of death of defendant, which happened after bringing an action against him, but before delivering of an extract .....	79
<b>Barbara Borzymowska</b>	
Differently, the same? – dying of animals .....	101
<b>Joanna Buchalska</b>	
A dead persons’ surname used in trademark .....	111

**Ryszard Czerniawski**

The issue of funeral law in activity of Commissioner for Civil Rights Protection..... 126

**Krzysztof Czub**

Personal interests and moral rights after the author's death (on the basis of Civil Code, copyright law and industrial property law)..... 132

**Katarzyna Anna Dadańska, Adriana Tomczyk**

Controversy over the rights to the grave ..... 150

**Wojciech Dubis, Marta Daćków**

Time frame of the right to be forgotten..... 174

**Rafał Dubowski**

*Non omnis moriar*. Procurement of organs from deceased donors for transplantation in Polish and Spanish law ..... 189

**Andrzej Dzikowski**

The funeral rites of the Roman Pontiff. Between the requiem and joy of the resurrection of Jesus Christ..... 210

**Paweł Fiktus**

Legal and historical aspects of the issue of memorial places in Polish legal system ..... 226

**Kinga Flaga-Gieruszyńska**

Court proceedings in cases on presumption of death – selected issues..... 246

**Teresa Gardocka**

Can a human corpse be an object and to what consequences? ..... 268

**Grzegorz Gorczyński**

The essence of testamentary burden and its enforceability ..... 281

**Łukasz Goździaszek**

Deleting social media accounts ..... 298

**Joanna Haberko**

Realization of the cult of the memory of the deceased closed person  
in the context of the decision of partner's burial..... 310

**Oleg A. Halabudenco**

Legal regime of organs, tissues, cells and human body after death .... 325

**Adam Jakuszewicz**

Burials and respect for the dead in the jurisprudence  
of the European Court of Human Rights ..... 342

**Julian Jezioro**

Protection of the right to the integrity of the architectural work  
*post mortem auctoris* – selected issues ..... 363

**Piotr Jurek**

„Death” or the disappearance of the subject „History of State  
and Polish law” at the Faculty of Law, Administration  
and Economy, University of Wrocław..... 381

**Maria A. Kapustina**

The Cadaveric Donation: problems of legal regulation ..... 399

**Daniel Karkut**

The violations of the cult of the deceased in virtual world  
of computer game (?) ..... 416

**Tadeusz Kocowski**

Business activity of plants and entrepreneurs in the field  
of providing mortuary services ..... 428

**Piotr Kostański**

*Post mortem* protection of the right of authorship of the invention.... 447

**Pavel Koukal**

Economic and moral rights of the deceased designer in the Czech  
Republic ..... 473

**Filip Křepelka**

Death abroad – legal framework and practices ..... 488

**Michał Krzewicki**

The memory of the public figures’ worship as a personal right..... 508

**Anna Kubiak**

Legal and economic issues of the Polish funeral industry –  
the anthropologist’s gaze..... 520

**Joanna Kuźmicka-Sulikowska**

*Legatum per vindicationem* and fulfillment of the will of the testator.  
Considerations on the background of selected legal solutions ..... 533

**Monika Lewandowicz-Machnikowska**

Death grants and other allowances aiming at covering of funeral  
and commemoration costs ..... 554

**Artur Ławniczak**

Dying of state ..... 567

**Wladimir E. Makoda**

Copyright protection problems and guarding of personal  
(nonproperty) intellectual property rights after the author's death.  
Civil-law aspect ..... 586

**Paulina Marczak**

The dignity of the deceased in relation to the funeral activity –  
selected issues..... 596

**Elwira Marszałkowska-Krześ, Izabella Gil**

Procedural succession – selected issues and polemical..... 610

**Jacek Mazurkiewicz**

Unwanted Red Army Soldiers, the German antifascists ignored  
and SS-men honored. The legal status and the realities of war  
graves and cemeteries of Soviet and German soldiers in Poland..... 622

**Jan Mazurkiewicz**

Aftermaths of women's menstrual cycle and the validity  
of suicides' will..... 644

**Maciej Obrębski**

Protection of personal rights connected with the dead in judicature... 653

**Ievgen A. Riabokon**

Heirs' obligations to recover expenses on maintenance, care,  
treatment and burial of deceased and legal succession: correlation  
of concepts..... 669

**Marcin Rosegnal**

Problems when planning the cemetery location..... 691

**Joanna Studzińska**

The testator's will and the proceedings for inheritance..... 712

**Paweł Szulewski**

Death 2.0 – digital assets in case of death ..... 731

**Piotr Szymaniec**

The remains of Jeremy Bentham and the principle of utility.  
Rights of the deceased persons and religion in the Benthamian  
utilitarianism..... 750

**Monika Tenenbaum-Kulig**

Cemetery area's usage for other purpose as stated in Cemetery  
and burial act of 31st of January 1959 ..... 772

**Jarosław Turłukowski**

The institution of instruction in testament in legal systems of states  
belonging to the Commonwealth of Independent States in relation  
to Polish law ..... 794

**Anna Tworkowska-Baraniuk**

Artificial insemination with semen of the deceased donor – legal  
and ethical doubts ..... 811

**Grzegorz Tylec**

Moral rights and other legal personal rights protected *post mortem*... 825

**Sanavbar V. Urunova**

The protection of personal intangible rights of authors  
*post mortem* in Tajikistan ..... 840

**Michał Wojdała**

Procedural results of legal representative's death in civil proceedings... 850

**Oleg A. Zaytsev, Roman Y. Grachev**

Lifetime contract for the provision of funeral services in the system  
of obligations on funeral service ..... 864

**Piotr Zakrzewski**

The replacement of a civil law partnership's partner by a successor ... 874

**Maria Zaporowska, Zofia Zaporowska**

Institution of Cemetery Waqf. The outline of legal issues ..... 900

**Katarzyna Zoń**

The objection to donation of the cells, tissues and organs  
*post mortem* in case of minors ..... 919



## Słowo wstępne

Książka, którą opatrujemy słowem wstępnym, jest rzadkim w polskim piśmiennictwie prawniczym przedsięwzięciem badawczym. Obejmuje bowiem wiele zagadnień prawnych związanych ze śmiercią człowieka, choć się do nich nie ogranicza, przede wszystkim zaś zorientowana jest szeroko dotycząc nie tylko, a nawet nie przede wszystkim majątkowych konsekwencji śmierci.

Nie ulega jednak wątpliwości, że te ostatnie są dominujące zważywszy ich znaczenie społeczne, ekonomiczne, także psychiczne. Ci, którzy umierają, najczęściej pozostawiają dobra majątkowe, które ubogacają żywych, z reguły najbliższych. Mimo oczywistości tej konstatacji, to fascynujący fenomen o rozlicznych aspektach, z których prawny, poddany skomplikowanej regulacji, wbrew pozorom nie jest najbardziej intrygujący.

Oczywiste jest, że dla prawników ów prawny wymiar jest najdonioślejszy. Dowodem tego jest i to, że dziedziczenie zaowocowało powstaniem w znacznym stopniu odrębnej dziedziny prawa prywatnego, w Polsce stanowiącej jedną z tylko czterech ksiąg kodeksu cywilnego.

Jest też prawo spadkowe ciekawym, z chyba rzadko dostrzeganego punktu widzenia, obszarem regulacji. Dotycząc w zasadzie tylko zagadnień majątkowych jest przecież głęboko ukorzenione w prawie osobowym, przede wszystkim w prawie rodzinnym i opiekuńczym. Zawiera jednak i szcątkowe regulacje prawnoosobiste, będące pozostałością zwyczajów rozrządzeń testamentowych sprzed najmniej kilkuset lat, gdy testatorzy zanim *mortis causa* zadysponowali swym majątkiem zawsze rozliczali się z Bogiem, nierzadko prosili o wybaczenie tych, których skrzywdzili, często zabiegali o różne przejawy troski spadkobierców o swe grzeszne dusze.

Trudno powiedzieć, czy prawo spadkowe może w przyszłości ulec metamorfozie podobnej do tej, która stała się udziałem prawa rodzinnego? Ono bowiem, w XIX wieku, poza sferą osobowego prawa małżeńskiego, przesiąknięte było przede wszystkim treściami majątkowymi. Ale przez XX wiek coraz bardziej ubogacało się o wątki osobowe, które dzisiaj, w drugiej dekadzie XXI wieku, w prawie rodzinnym i opiekuńczym prawie

dominują. Bez względu na to, jak będzie się w przyszłości kształtować koncepcja prawa spadkowego, który chyba jednak pozostanie majątkowym, a nie stanie się majątkowo-osobistym, przedkładana do lektury czytelnikom książka ukazuje takie możliwości, przynajmniej perspektywy, powrotu w jakimś stopniu i do wspomnianych pozamajątkowych źródeł.

Chyba we wszystkich epokach i kulturach żywione było i jest przekonanie o potrzebie kultu zmarłych. Jest on przejawem zrozumiałych potrzeb żywych, ale i przeświadczenia wielu, że ci, którzy w widoczny sposób odchodzą, nie odchodzą całkiem. To znamienne, że owo przeświadczenie egzystujące w świecie idei towarzyszyło rzeczywistej, choć wielokroć nieuświadomionej więzi, jaka w zasadzie nie ustaje, mimo nieuchronnego zjawiska śmierci, między przeszłym, teraźniejszym i przyszłym światem materialnej egzystencji, także w sferze kontynuacji genetycznej, oraz tej więzi, która dla jednych znajduje oparcie nade wszystko w religijnej wierze, dla innych tylko w kulturowej nadbudowie.

Również we współczesnym prawie oraz w judykaturze i jurysprudenckiej sądowej wyraźnie obecna jest idea respektu dla przejawów woli, szeroko rozumianych przekonań i – najogólniej – wartości związanych z postacią tego, kto zmarł. Wierni temu przekonaniu są chyba wszyscy, zarówno zwolennicy poglądu o wygasaniu dóbr osobistych w chwili śmierci ich dotychczasowego podmiotu, będący w przytłaczającej większości, jak i ci nieliczni, którzy przekonani są, że dobra osobiste nie gasną w chwili śmierci, zaś prawa osobiste doń służą także wówczas ich pośmiertnej ochronie, mimo, iż nie są już prawami podmiotowymi zmarłych, lecz takimi czy podobnymi prawami „po zmarłych”.

Znaczące, że akceptacja dla prawnej ochrony wartości związanych z osobą zmarłego wyrastała przede wszystkim z tego, co rodziło życie, była więc w istocie wymuszoną reakcją prawników na to, czego oczekiwali bliscy tego, kto umarł. Świadczyło to i świadczy dalej, że są to zjawiska oraz problemy mające przede wszystkim praktyczny, użyteczny wymiar, choć idee, które tu dominują, płyną z potrzeb psychicznych, duchowych, religijnych, społecznych, kulturowych.

Potrzeba ochrony tych wartości nie ogranicza się do obszarów związanych z tradycyjną problematyką cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych, w tym stosownych kwestii w prawie firmowym. Poza doniosłymi regulacjami w prawie autorskim, obejmuje prawo cywilne procesowe,

prawo własności przemysłowej i prawo pracy. Sięga jednak dalej, w istocie jest prawie wszechogarniająca, dotyczy bowiem także prawa publicznego, w szczególności szeroko rozumianego prawa administracyjnego, karnego, także tego, które zapewnia ochronę danych osobowych oraz określającego reguły pobierania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów, a także tych praw, które zwykło się nader konwencjonalnie określać jako medyczne i wyznaniowe. Nawet tego wycinka prawa czasu przełomu, które zostanie być może nazwane lustracyjnym. Wynika stąd, że przedstawione w tej książce artykuły obejmują zapewne znaczącą, ale tylko część szerszej problematyki, która czeka na zainteresowanie i trud przyszłych badaczy.

Z przedstawionych uwag chyba wynika, że także proces odchodzenia, mimo oczywistych barier (raczej nie granic), należy uważać jednak za w istocie niemający kresu. Uzasadnionej, w rzeczywistości osobniczej dominującej funkcji śmierci, nie może więc towarzyszyć deprecjacja oczywistych kontynuacji nie tylko genetycznych, ale i społecznych, kulturowych, psychicznych, duchowych, a więc tych, które z punktu widzenia personalistycznego wcale nie mogą być uznane za mało znaczące.

Tak oto na truizm zakrawa przecież poważne, bo dotyczące kwestii poważnych stwierdzenie, że odchodzenie jest procesem. W ogóle, nie tylko w sferze dóbr osobistych, kulturowych. I tak, jak pojawienie się konkretnego człowieka ukorzenione jest w przeszłości, tak i odchodzenie, będące już *ante mortem* zapowiedzią przyszłości, obecne w teraźniejszości, wyrasta przecież z przeszłości i przeszłością jest w znacznym stopniu zdeterminowane. Stanowiąc także prawniczą aplikację, nie tylko heglowskiej u korzeni, konstatacji o wszechzwiązku rzeczy i zjawisk: przeszłych, teraźniejszych, przyszłych. Oraz nadziei, które żywił Horacy pisząc w wersie szóstym ody trzydziestej pieśni trzeciej, że „*non omnis moriar*”.

\* \* \*

Artykuły publikowane w tej książce są owocem międzynarodowej konferencji naukowej, która odbyła się 22 listopada 2014 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Jej współorganizatorami był Instytut Prawa Cywilnego WPAiE UWr, Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej, Koło Naukowe Prawa Komputerowego oraz Studenckie Koło Naukowe Audiatur. Sponsorami konferencji była Krajowa Rada Notarialna, Izba Komornicza we Wrocławiu, Okręgowa Izba Radców

Prawnych we Wrocławiu, Czart Sp. z o.o. oraz Polska Izba Pogrzebowa.

W konferencji wzięli udział profesorowie i inni badacze z wielu ośrodków naukowych i instytucji w Polsce, a także profesorowie, docenci i młodzi uczeni z Czech, Federacji Rosyjskiej, Kazachstanu, Mołdawii, Niemiec, Tadżykistanu i Ukrainy.

Edycja tej książki była możliwa dzięki wsparciu finansowemu pani prezes Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu Grażyny Szyburskiej-Walczak.

Nieocenioną pomoc w przygotowaniu jej do druku okazała pani Barbara Bernfeld z Wiednia i pan Michał Matusiewicz z Wrocławia.

Jacek Gołaczyński  
Jacek Mazurkiewicz  
Jarosław Turłukowski  
Daniel Karkut

Piotr Adamczewski<sup>1</sup>

## **Usługi cmentarne a prawo ochrony konkurencji – polemika ze stanowiskiem wyrażonym w artykule „Świadczenie usług cmentarnych i pogrzebowych a uprawnienia zarządcy cmentarza w świetle ustawy antymonopolowej”**

### **1. Wstęp**

W numerze 2 (113) z 2011 r. czasopisma samorządu radców prawnych „Radca Prawny” ukazał się artykuł poruszający problematykę związaną z ograniczaniem swobody świadczenia usług pogrzebowych na terenie cmentarzy<sup>2</sup>. Autorki wskazały na wątpliwości natury prawnej, które – ich zdaniem – rodzą się w przypadku zastosowania norm prawa ochrony konkurencji w stosunku do podmiotów wykonujących uprawnienia zarządcy cmentarza na cmentarzach rzymskokatolickich. Przyczyny ich powstania wynikają bowiem z szerokiego kręgu źródeł prawa mających zastosowanie do przedmiotowych kwestii. Pod uwagę brane są:

- 1) prawo powszechnie obowiązujące:
  - ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup>,
  - ustawa cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Mgr, Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy. Opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu nie powinny być utożsamiane ze stanowiskiem UOKiK.

<sup>2</sup> A. Kalisz, E. Kowalczyk, *Świadczenie usług cmentarnych i pogrzebowych a uprawnienia zarządcy cmentarza w świetle ustawy antymonopolowej*, „Radca Prawny” 2011, nr 2, s. 51 i n.

<sup>3</sup> Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 16 lutego 2007 r. (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

<sup>4</sup> Ustawa cmentarzach i chowaniu zmarłych z 31 stycznia 1959 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 23, poz. 295 ze zm.).

- ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>5</sup>,
- Konkordat pomiędzy Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską<sup>6</sup>,
- Kodeks cywilny<sup>7</sup>,
- rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków<sup>8</sup>,
- rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie sposobu prowadzenia ewidencji grobów<sup>9</sup>,
- rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi<sup>10</sup>.

2) a także prawo kanoniczne – Kodeks Prawa Kanonicznego<sup>11</sup>.

Jakkolwiek pogłębiona analiza stanu prawnego dokonana we wspomnianym artykule zasługuje na uznanie, to niejasności podnoszone przy okazji posługiwania się instrumentami prawa ochrony konkurencji wymagają dodatkowego komentarza. Szereg kontrowersji związanych ze wskazaną problematyką może zostać wyjaśnionych w przypadku prawidłowego rozumienia celu i zasad funkcjonowania prawa ochrony konkurencji. Autorki, formułując bowiem wątpliwości interpretacyjne wskazanych przepisów prawa, postulują wyłączenie podmiotowe Kościoła Katolickiego spod zakresu działania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Powyższe w zasadniczym

---

<sup>5</sup> Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej z 23 maja 1989 r. (Dz. U. Nr 29, poz. 154).

<sup>6</sup> Konkordat pomiędzy Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z 23 lipca 1993 r. (Dz. U. z 1998 r. Nr 29, poz. 318), dalej: Konkordat.

<sup>7</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>8</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków z 7 marca 2008 r. (Dz. U. Nr 48, poz. 284).

<sup>9</sup> Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie sposobu prowadzenia ewidencji grobów z 1 sierpnia 2001 r. (Dz. U. Nr 90, poz. 1013 ze zm.).

<sup>10</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi z 7 grudnia 2001 r. (Dz. U. Nr 153, poz. 1783 ze zm.).

<sup>11</sup> Kodeks Prawa Kanonicznego promulgowany 25 stycznia 1983 r. przez Jana Pawła II konstytucją apostolską *Sacrae disciplinae leges*. Wszedł w życie 27 listopada 1983 r.

stopniu kwestionowałyby dotychczasowe pozytywne osiągnięcia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK) w rozwoju konkurencji w zakresie usług cmentarnych i pogrzebowych.

## 2. Problem prawny

Tematyka komentowanego artykułu koncentruje się wokół przypadku Kościoła Rektoralnego w Lublinie i postawionego w tej sprawie wniosku, że zarządca cmentarza nie może ograniczać dostępu do kopania i budowy grobów. Nie wolno zarządcy czy administratorowi cmentarza narzucać też, kto zajmie się pochówkiem zmarłego<sup>12</sup>. Przedmiotowa teza została sformułowana w toku postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK), a następnie została potwierdzona przez sądy wszystkich instancji<sup>13</sup>.

Problem ten zindywidualizowany w danym przypadku ma niewątpliwie charakter szerszy i może zostać sformułowany w sposób bardziej ogólny jako bezwzględny zakaz ograniczania dostępu do świadczenia usług na cmentarzu. Pod pojęciem tym należy rozumieć zakaz dla zarządców cmentarza, ograniczania przedsiębiorców w świadczeniu usług związanych z pochówkiem i obsługą ceremonii pogrzebowych w szczególności poprzez określanie zasad korzystania z infrastruktury. Takie zachowanie narusza przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W orzecznictwie antymonopolowym uznaje się za użyteczny, a wręcz konieczny monopol w świadczeniu usług cmentarnych związanych z zarządzaniem cmentarza. Nie dotyczy to natomiast usług pogrzebowych (tj. przygotowania zwłok do pochówku, transportu zwłok, pochówku, wykonywania grobów, stawiania pomników). Ich charakter wymaga zapewnienia konkurencji i możliwości wyboru usługodawcy<sup>14</sup>.

Można zatem uznać, że powyższy pogląd jest ugruntowany zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie i nie budzi dalszych kontrowersji. Tym

---

<sup>12</sup> M. Kosiarski, *Pogrzebowy monopol zakazany (Prawo konkurencji, lubelski spór o obsługę pochówków)*, „Rzeczpospolita” z 17 stycznia 2006 r.

<sup>13</sup> Decyzja nr RLU-26/2004 Prezesa UOKiK z 18 sierpnia 2004 r.; wyrok SO w Warszawie z 12 stycznia 2006 r. (XVII Ama 105/04); wyrok SA w Warszawie z 18 grudnia 2006 r. (VI A Ca 535/06); postanowienie SN z 2 sierpnia 2007 r. (III SK 17/07).

<sup>14</sup> Por.: G. Materna, *Usługi pogrzebowe a ochrona konkurencji*, „Rzeczpospolita” z 11 kwietnia 2006 r.; tak też wyrok SO w Warszawie z 28 stycznia 2002 r. (XVII Ama 28/01).

bardziej, że teza ta stale wdrażana jest w życie w drodze implementacji reguł ochrony konkurencji przez Prezesa UOKiK do kolejnych podobnych stanów faktycznych<sup>15</sup>. Przegląd najnowszej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK z ostatnich miesięcy wskazuje jako przykład niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego m.in. zawarcie porozumienia przez parafię rzymskokatolicką w Bydgoszczy z jednym kontrahentem poprzez udzielenie mu wyłączności na kopanie grobów na zarządzanym przez parafię cmentarzu<sup>16</sup>. Tym niemniej, autorki komentowanego artykułu formułują pogląd, że przedmiotowe stanowisko nie jest do końca wyjaśnione pod względem merytorycznym i pozostawia szereg wątpliwości natury interpretacyjnej, który – jak już wskazano – bierze się przede wszystkim z nieprawidłowego rozumienia instrumentów prawa konkurencji i celu omawianej regulacji, prowadzącego w konsekwencji do błędnych wniosków.

### **3. Prawo ochrony konkurencji a usługi związane z chowaniem zmarłych**

#### **3. 1.**

W pierwszej kolejności należy wskazać na niewłaściwe rozumienie pojęcia rynku właściwego w sprawie. Przede wszystkim rynek właściwy jako wyznaczający płaszczyznę współzawodnictwa przedsiębiorców w zakresie danego towaru lub usługi na danym terytorium składa się z dwóch równorzędnych elementów, czyli aspektów produktowego i geograficznego<sup>17</sup>. Takie rozumienie pojęcia rynku właściwego wynika wprost z definicji ustawowej, bowiem art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów rynek właściwy definiuje jako rynek towarów, które ze względu na swe przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na rodzaj oraz właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. W związku z tym rynek właściwy wyznacza się poprzez określenie

---

<sup>15</sup> Decyzja nr RBG 21/2011 Prezesa UOKiK z 5 grudnia 2011 r.; decyzja nr 23/2011 Prezesa nr 2/2010 UOKiK z 7 grudnia 2011 r.; decyzja Prezesa UOKiK z maja 2010 r. .

<sup>16</sup> Por. J. Kosuniak, *Prawo konkurencji, czyli o dziedzinach prawa które nas nie dotyczą i dlaczego to nieprawda*, „Radca Prawny” 2012, nr 1, s. 5.

<sup>17</sup> Niekiedy możliwe jest również wyznaczenie rynku właściwego w określonym wymiarze czasowym, co nie dotyczy jednak niniejszego problemu.



rynku w ujęciu produktowym (towar) i rynku w ujęciu geograficznym (terytorium).

Należy także mieć na uwadze treść definicji pojęcia towar, która w sposób legalny określa, że do desygnatów nazwy towar na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zalicza się poza rzeczami, energią, papierami wartościowymi i innymi prawami majątkowymi także usługi.

Rynek w ujęciu produktowym obejmuje te wszystkie towary, które są uznawane przez konsumentów za wzajemnie wymienne lub substytucyjne ze względu na ich właściwości, ceny i przeznaczenie. Rynek właściwy w ujęciu produktowym wyznaczony jest według stosowania wąskich kryteriów segmentacji takiego rynku. Kryteria te muszą wynikać z obiektywnych parametrów usług, mających zasadniczy wpływ na ich zakup przez nabywców. W każdej sprawie są nimi przede wszystkim przeznaczenie i parametry użytkowe. Cechy te pozwalają nabywcom łatwo identyfikować towary, odróżniać od siebie i ewentualnie traktować jako bliskie substytuty.

Określenie poszczególnych rynków właściwych w przedmiotowych sprawach wymaga zatem wcześniejszego odniesienia się do rodzaju usług związanych z chowaniem zmarłych. Dzielią się one bowiem co do zasady na:

a) **usługi cmentarne**, związane z utrzymaniem cmentarza i zarządzania nim; czynności zarządcy cmentarza wynikają z przepisów ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych oraz wskazanych aktów wykonawczych do tej ustawy. Obejmują one takie działania jak czynności porządkowe (pielęgnacja zieleni, utrzymanie czystości, konserwacja urządzeń cmentarnych), czynności związane z rozbudową infrastruktury cmentarza oraz czynności typowo administracyjne (nadzór architektoniczno-urbanistyczny, sanitarny czy porządkowy, prowadzenie ksiąg, udostępnianie infrastruktury cmentarza).

Ze względu na treść wskazanych powyżej aktów prawnych, jak również okoliczność, iż co do zasady, nieracjonalne jest jednoczesne świadczenie usług cmentarnych na tym samym cmentarzu przez konkurujących ze sobą przedsiębiorców, rynek ten nie jest otwarty dla konkurencji.

b) **usługi pogrzebowe**, związane z chowaniem zmarłych; składają się na nie przygotowanie zwłok do pochówku, przygotowanie miejsca pochówku, wykonywanie (kopanie i zasypywanie) grobu, transport i pochówek zwłok z asystą pogrzebową, uformowanie grobu, ekshumacja zwłok

i szczątków ludzkich, usługa spopielenia zwłok, murowanie komór grobowych. Rynek usług pogrzebowych jest z reguły rynkiem otwartym na konkurencję.

Powyższy podział znajduje swoje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie organów antymonopolowych administracyjnych i sądowych<sup>18</sup>. A zatem przypisanie usług kopania grobów oraz budowy pomników, czy też szerzej świadczenia jakichkolwiek usług na terenie cmentarza do usług wchodzących w zakres pojęciowy usług pogrzebowych, wynika z jednej strony z przepisów prawnych i ustalonego orzecznictwa, ale też przede wszystkim z możliwości objęcia tego rodzaju usług mechanizmem konkurencji. Jak wskazano powyżej, usługi cmentarne w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów związane są nierozdzielnie z zarządzaniem określoną infrastrukturą, natomiast wskazane jako usługi pogrzebowe czynności takiego charakteru nie posiadają i mogą być swobodnie świadczone przez przedsiębiorców podlegających ogólnym zasadom ochrony konkurencji.

Dodatkowo, w niektórych stanach faktycznych można wyodrębnić jeszcze jeden rodzaj usług związanych z chowaniem zmarłych, a mianowicie:

c) **organizowanie usług cmentarnych**, które wynika z uprawnień właściciela cmentarza i obejmuje ustalanie warunków, na jakich świadczone są usługi cmentarne. Właściciel cmentarza może bowiem przekazać wszystkie lub część uprawnień właścicielskich innemu podmiotowi, co tym samym oznacza, że jest on władny do organizowania wskazanych powyżej usług cmentarnych.

Mając na względzie rozważania dotyczące rynku usług cmentarnych, jak również okoliczność, że zazwyczaj właściciel cmentarza może przekazać swoje uprawnienia jednemu podmiotowi, rynek ten nie jest, co do zasady, otwarty dla konkurencji.

Jak wyjaśniono powyżej, niezbędnym elementem rynku właściwego jest jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Stosownie do utrwalonego orzecznictwa antymonopolowego, rynek usług cmentarnych

---

<sup>18</sup> Wyroki Sądu Antymonopolowego: z 14 czerwca 1995 r. (XVII Amr 11/95); z 14 lipca 1999 r. (XVII Ama 28/99); z 25 września 2000 r. (XVII Ama 76/99); z 28 stycznia 2002 r. (XVII Ama 28/01); wyrok SO w Warszawie z 5 marca 2003 r. (XVII Ama 49/02).

jak również rynek organizowania usług cmentarnych w wymiarze geograficznym mają charakter lokalny i są ograniczone do terenu określonego cmentarza. W wyroku z 21 stycznia 1998 r. Sąd Antymonopolowy<sup>19</sup> (obecnie Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dalej też: SOKiK) stwierdził, że pod względem terytorialnym rynek usług cmentarnych należy zaliczyć do rynku lokalnego, gdyż przynajmniej zasadniczo usługi cmentarne zaspokajają potrzeby społeczności lokalnej. W cytowanym wyroku Sąd stwierdził również, że w świetle doświadczenia życiowego o wyborze cmentarza, jako miejsca pochówku, w niewielkim stopniu decydują elementy konkurencji pomiędzy administratorami poszczególnych cmentarzy. Wybór cmentarza jest w zasadniczej mierze determinowany szczególnymi względami – wolą osoby zmarłej, wyznaniowym charakterem cmentarza, istnieniem grobów osób bliskich, prestiżem cmentarza itp. Zatem za lokalny rynek usług cmentarnych należy zasadniczo uznać obszar danego cmentarza. Przedsiębiorca pełniący tam na zasadzie wyłączności funkcję administratora, jako niespotykający się z konkurencją innego przedsiębiorcy, posiada pozycję monopolistyczną<sup>20</sup>.

Natomiast rynek usług pogrzebowych ma charakter lokalny, bowiem przedsiębiorcy świadczący usługi pogrzebowe prowadzą swoją działalność z reguły w granicach danej miejscowości i okolic (np. gminy).

W związku z powyższymi rynkami właściwymi w przedmiotowych sprawach są następujące rynki: rynek usług cmentarnych na danym cmentarzu, rynek organizowania usług cmentarnych na danym cmentarzu oraz rynek usług pogrzebowych na terenie danej miejscowości i okolic.

### 3.2.

Wyodrębnienie powyższych rynków właściwych pozwala na prawidłowe zastosowanie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w stosunku do podmiotów działających na rynku usług cmentarnych lub rynku organizowania usług cmentarnych, których zachowania, co do zasady, wywierają skutki antykonkurencyjne na rynku usług pogrzebowych. Sfera aktywności przedsiębiorców chcących działać na rynku w warunkach konkurencji (rynek usług pogrzebowych

---

<sup>19</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z 21 stycznia 1998 r. (XVII Ama 51/9).

<sup>20</sup> Oor. również wyrok Sądu Antymonopolowego z 23 kwietnia 2001 r. (XVII Ama 49/00).

danej miejscowości) powiązana jest bowiem bezpośrednio lub pośrednio z rynkami, na których dominującą pozycję posiada inny przedsiębiorca (usługi cmentarne, organizowanie usług cmentarnych).

Wobec tego w przypadku, gdy przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą na rynku, w sposób nieuzasadniony ogranicza lub też utrudnia dostęp do tego rynku musi się liczyć z tym, iż takie działanie będzie uznane przez Prezesa UOKiK za praktykę ograniczającą konkurencję na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stanowisko takie zgodnie jest z dominującym poglądem w orzecznictwie w sprawach antymonopolowych, które utrzymuje, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów kategorycznie nie wskazuje, iż skutek nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym musi nastąpić na tym właśnie rynku. Wprost przeciwnie, zgodnie z art. 9 tej ustawy zabronione jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku, gdy skutkiem tego jest przeciwdziałanie ukształtowaniu się bądź rozwojowi konkurencji co do zasady. W panujących realiach rynkowo-gospodarczych ograniczenie nadużywania pozycji dominującej tylko do rynku, na którym posiada taką pozycję, byłoby nieuzasadnione w szczególności z uwagi na interes publiczny<sup>21</sup>. Podobnie wypowiedział się Sąd Antymonopolowy w wyroku z 22 października 1993 r., stwierdzając, że skutek praktyki nie musi wystąpić na rynku, na którym przedsiębiorca ma pozycję dominującą – może wystąpić także na rynku, na której przedsiębiorca takiej pozycji nie posiada<sup>22</sup>.

Nieco odmienna jest sytuacja, gdy ograniczenie konkurencji jest wynikiem porozumienia między organizatorem usług cmentarnych a zarządcą cmentarza. Wówczas należy pamiętać, że antykonkurencyjny skutek jako rezultat zawarcia porozumienia musi wystąpić na rynku właściwym, przy czym w sprawach dotyczących porozumień ograniczających konkurencję można mieć do czynienia z wieloma rynkami. Chodzi więc tu, po pierwsze, o rynek, na którym doszło do zawarcia porozumienia, zaś po drugie o rynek, na którym nastąpiło ograniczenie konkurencji. W przypadku porozumień o charakterze horyzontalnym (na tym samym szczeblu obrotu), zazwyczaj rynki te są tożsame. Natomiast w przypadku porozumień wertykalnych – jak w rozpatrywanych przypadkach – zazwyczaj rynki te są rozłączne<sup>23</sup>. Działanie takie

---

<sup>21</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego z 17 lipca 2008 r. (VI ACa 1463/07).

<sup>22</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z 22 października 1993 r. (XVII Amr 9/95).

<sup>23</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego z 22 kwietnia 2010 r. (VI ACa 607/09).

może w konsekwencji stanowić praktykę opisaną w art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającą na zawarciu zakazanego porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym wskutek ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

W różnych stanach faktycznych problem prawny sprowadza się zatem do nadużycia przez zarządcę cmentarza posiadanej pozycji na rynku usług cmentarnych bądź zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia przez podmiot organizujący usługi cmentarne z podmiotem świadczącym te usługi, każdorazowo ze skutkiem na rynku usług pogrzebowych, w szczególności poprzez uniemożliwienie innym przedsiębiorcom świadczenia na terenie danego cmentarza usług kopania grobu bądź utrudnianiu ww. przedsiębiorcom dostępu do świadczenia innych usług na tym cmentarzu.

### 3.3.

Istotną kwestią wymagającą dodatkowej uwagi jest określenie celu interwencji Prezesa UOKiK w czynności zarządców cmentarzy i osiągniętych dzięki nim skutkach. Należy bowiem pamiętać, że w świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętych jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie ogólnospołecznego interesu. W tym miejscu można przywołać wyrok Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2008 r.<sup>24</sup>, w którym uznano, że naruszenie interesu publicznoprawnego ma miejsce nie tylko wówczas, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, ale także, gdy działania te wywołały na rynku inne niekorzystne zjawiska, tj. nie jest istotne, czy dotyczyły konkretnego przedsiębiorcy.

Zjawiska gospodarcze niekorzystne z punktu widzenia interesu ogólnospołecznego, które są eliminowane w przedmiotowych sprawach, dają się pogrupować w kilku kategoriach. Po pierwsze, w przypadku, gdy zarządca cmentarza działa jednocześnie jako przedsiębiorca oferujący pozostałe usługi pogrzebowe zastrzeżenie na jego rzecz prawa wyłączności

---

<sup>24</sup> Wyrok SN z 5 czerwca 2008 r. (III SK 40/07).

kopania grobów skutkuje utrudnieniem pozostałym przedsiębiorcom pogrzebowym pozyskiwania zleceń usługi pochówku na tym konkretnym cmentarzu, co wpływa bezpośrednio na ich pozycję na rynku usług pogrzebowych w danej miejscowości<sup>25</sup>. Powyższy skutek w postaci ograniczenia konkurencji w zakresie świadczenia usługi wykonania pochówku zasadniczo ogranicza w tym zakresie prawo wyboru przez konsumenta oferty korzystniejszej.

Ponadto zastrzeżenie wykonywania usługi kopania grobu tylko na rzecz administratora cmentarza nawet, jeżeli nie oferuje on pozostałych usług pogrzebowych, pozbawia osoby zlecające wykonanie usługi kopania grobu, możliwości wyboru przedsiębiorcy świadczącego również te usługi, a więc wyboru oferty korzystniejszej. Zdejmuje to presję konkurencyjną z administratora i może prowadzić do obniżenia jakości świadczonych usług oraz niekontrolowanego wzrostu cen, znacznie poza poziom rynkowy<sup>26</sup>.

### 3.4.

Jednocześnie należy stwierdzić, że interwencje Prezesa UOKiK w przedmiotowych sprawach oraz zakwalifikowanie usług kopania grobów, czy budowania pomników do rynku usług pogrzebowych w żadnej mierze nie kłóci się ze wskazanymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego oraz prawa kanonicznego.

a) W szczególności interpretacja art. 1 ust. 2 i 3, art. 3 i art. 2 ust. 2 w zw. z art. 5 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w tym wykładnia zakresu pojęciowego „zakładania i rozszerzania cmentarzy” oraz „utrzymania i zarządzania nimi” nie daje podstaw do włączania kopania grobów lub innych podobnych usług w zakres usług cmentarnych stanowiących wyłączną prerogatywę zarządcy cmentarza. Proces zakładania i rozszerzania cmentarzy obejmuje wyznaczenie pól grzebalnych oraz ich odpowiednie oznaczenie i zorganizowanie, w szczególności poprzez wydzielenie ponumerowanych miejsc pochówku, co jednak nie pociąga za sobą wyłączności na wykonanie poszczególnych grobów. Natomiast pojęcie utrzymania i zarządzania cmentarzem również nie wyklucza objęcia usługi kopania grobów mechanizmem konkurencji. Powyższe zadanie zarządcy cmentarza realizowane powinno być w drodze nadzoru nad czynnościami wykopania grobu, jego zasypania, uporządkowania

---

<sup>25</sup> Por. decyzja nr RBG 21/2011 Prezesa UOKiK z 5 grudnia 2011 r.

<sup>26</sup> Por. decyzja nr RBG 23/2011 Prezesa UOKiK z 7 grudnia 2011 r.



otoczenia grobu po czynnościach związanych z pochówkiem lub eks-humacją oraz wskazania miejsca odkładu gruntu, z czuwaniem nad prawidłowym wykonaniem robót (uwzględniając szacunek do szczątków ludzkich znajdujących się już w ziemi), jeśli usługi te wykonuje inny przedsiębiorca<sup>27</sup>.

b) Podobnie takiego wyłączenia spod kognicji Prezesa UOKiK nie stanowi art. 140 k.c. przywoływany jako argument, że Prezes UOKiK nie ma prawa ingerencji do tego, w jaki sposób właściciel danej infrastruktury rozporządza i korzysta ze swojego mienia. W sprawach antymonopolowych dotyczy to najczęściej cmentarzy, ale również podobna argumentacja występowała w przypadku wysypisk gminnych, przystanków autobusowych, placów i hal targowiskowych czy lokali użytkowych. Zgodnie z orzecznictwem, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów jest jednym z tych aktów normatywnych, do których art. 140 k.c. odsyła dla określenia granic wykonywania przez właściciela swego prawa dysponowania rzeczą. Prezes UOKiK nie zabrania właścicielowi określonego majątku pobierania pożytków i innych dochodów z użytkowania tego majątku, o ile nie są one konsekwencją stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych<sup>28</sup>. Ponadto SOKiK w jednym z wyroków stwierdził<sup>29</sup>, że pomimo przepisów k.c. dotyczących możliwości pobierania przez właściciela pożytków z rzeczy, pobieranie czynszu najmu lub dzierżawy lokali użytkowych w nadmiernej wysokości przez dominanta rynkowego może być nielegalne na gruncie prawa antymonopolowego<sup>30</sup>.

c) Prawo kanoniczne również nie wyłącza zastosowania norm prawa ochrony konkurencji do przedmiotowych stanów faktycznych. W tym miejscu należy wskazać, że Konkordat w art. 5 zapewnia Kościołowi Katolickiemu swobodę w zarządzaniu oraz administrowaniu jego sprawami na podstawie prawa kanonicznego. Jednakże zgodnie z kanonem 1290 Kodeksu Prawa Kanonicznego, to, co prawo państwowe na danym terytorium postanawia odnośnie do umów, zarówno w

---

<sup>27</sup> Takie sformułowanie obowiązków zarządcy i administratora cmentarza w regulaminie cmentarza parafialnego w Chełmży w rezultacie prowadziło do stwierdzenia zaniechania stosowania praktyki ograniczającej konkurencję: por. decyzja nr RBG 23/2011 Prezesa UOKiK z 7 grudnia 2011 r.

<sup>28</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego z 14 czerwca 1995 r. (XVII Amr 11/95).

<sup>29</sup> Wyrok SOKiK z 27 czerwca 2001 r. (XVII Ama 88/00).

<sup>30</sup> Por. Z. Jurczyk, *Zakres interwencji organu antymonopolowego w działalność gospodarczą gmin*, Warszawa 2011, s. 8.

ogólności, jak i w szczególności oraz, do zobowiązań, ma być zachowane również mocą prawa kanonicznego w odniesieniu do rzeczy podlegających władzy rządzenia Kościoła, z tymi samymi skutkami, chyba, że są przeciwne prawu Bożemu lub co innego zastrzega prawo kanoniczne. Ponadto zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej w sprawach odnoszących się do Kościoła, nieuregulowanych niniejszą ustawą, stosuje się powszechnie obowiązujące przepisy prawa, o ile nie są sprzeczne z wynikającymi z niej zasadami. Wymóg taki spełnia ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Jedynym ograniczeniem w stosowaniu prawa państwowego jest treść kanonu 22 Kodeksu Prawa Kanonicznego, zgodnie z którym ustawy państwowe do których odsyła prawo kościelne, należy przestrzegać o ile nie są przeciwne prawu bożemu i o ile prawo kanoniczne czego innego nie zastrzega. Konsekwencją powyższych uregulowań jest konieczność zastosowania się przez kościelne osoby prawne m.in. do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z wyłączeniem spraw związanych z kultem religijnym.

d) Podsumowując tę część rozważań, należy zaznaczyć, że przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zgodnie z jej art. 3 nie stosuje się wyłącznie do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. W sytuacji, kiedy brak jest wyraźnego i niebudzącego wątpliwości wyłączenia stosowania przepisów prawa ochrony konkurencji, w ocenie doktryny i orzecznictwie dominuje pogląd, że art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów znajduje zastosowanie tylko w tych sytuacjach, w których przepis innej ustawy wprowadza wyrażone wprost zakazy lub nakazy określonych zachowań, nie pozostawiając przedsiębiorcy żadnego marginesu swobody co do ich realizacji, co z kolei wymusza na tym przedsiębiorcy zachowania formalnie sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. zachowania wypełniające znamiona praktyk ograniczających konkurencję)<sup>31</sup>. Dla zastosowania art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest zatem konieczne, by przepis innego aktu prawnego nie pozostawiał możliwości innego zachowania niż to zachowanie, które na gruncie prawa ochrony konkurencji kwalifikowane jest jako praktyka ograniczająca konkurencję. Jeżeli przepisy formułują pewne wytyczne co do zachowania przedsiębiorcy, ale pozostawiają mu swobodę

---

<sup>31</sup> Por. D. Miąsik w: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 85 i n.



decydowania o tym, jak się w tych ustawowych ramach poruszać, to działania lub zaniechania przedsiębiorcy mogą być oceniane na gruncie prawa konkurencji.

#### **4. Podsumowanie**

Powyższa analiza spraw antymonopolowych na rynku usług cmentarnych prowadzi do konkluzji, że problemy z przestrzeganiem prawa konkurencji występują z uwagi na prawną organizację zarządu nad miejscami pochówku. Cmentarze, chociaż pozostają własnością komunalną lub należą do parafii Kościoła katolickiego, często powierzane są pod zarząd firm prywatnych. Taki sposób zarządzania cmentarzami prowadzi do sytuacji, w której zarządem cmentarza zajmują się przedsiębiorstwa działające zarówno na rynku usług cmentarnych, jak i pogrzebowych. O ile na te pierwsze przysługuje prawny monopol, to rynek usług pogrzebowych powinien charakteryzować się swobodną konkurencją. Osiągnięcie pełnej konkurencji często okazuje się jednak niemożliwe, ponieważ przedsiębiorca zarządzający cmentarzem zyskuje z racji kontroli nad danym cmentarzem motywację do stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Możliwość wykorzystania pozycji na rynku usług cmentarnych do zwiększenia swojego udziału na powiązanim z nim rynku usług pogrzebowych powoduje, że często dochodzi do ograniczania dostępu do cmentarza firmom konkurencyjnym wobec zarządcy oraz/lub preferencyjnego traktowania niektórych przedsiębiorców pogrzebowych (np. poprzez udzielanie im wyłączności na kopanie grobów na danym cmentarzu lub wyłączności na korzystanie z kaplic przycmentarnych). Wobec powyższego, kontynuowanie dotychczasowej polityki Prezesa UOKiK poprzez przeciwdziałanie negatywnym zjawiskom gospodarczym w tym kontekście jest zasadne i potrzebne z punktu widzenia ochrony interesu publicznego oraz zgodne z trendami w rozwiniętych gospodarkach wolnorynkowych.

#### **Streszczenie**

Niniejszy artykuł porusza problematykę związaną z ograniczaniem swobody świadczenia usług pogrzebowych na terenie cmentarzy. Jego zadaniem jest wyjaśnienie reguł stosowania prawa konkurencji w stosunku do podmiotów będących zarządcami na cmentarzach wyznaniowych oraz komunalnych. Od 2000 r., Prezes UOKiK wydał ponad 100 decyzji stwierdzających naruszenia prawa konkurencji w sprawach związanych

z chowaniem zmarłych. Ich przyczyną były prawdopodobnie liczne źródła prawne mające zastosowanie w tych kwestiach. Wiele kontrowersji związanych ze wskazaną problematyką może zostać wyjaśnionych w przypadku prawidłowego rozumienia celu i zasad funkcjonowania prawa konkurencji. Artykuł prezentuje pojawiające się problemy oraz wskazuje przykłady sytuacji, które były dotąd przedmiotem rozstrzygnięć Prezesa UOKiK i sądów.

Słowa kluczowe: konkurencja, rynek, ograniczenia, nadużycie, porozumienie.

### **Abstract**

This article raises issues related to the restriction of the freedom to provide funeral services at the cemeteries. Its purpose is to explain the rules of application of competition law in relation to either the entities managers religious and municipal cemeteries. Since 2000., President of the OCCP has issued more than 100 decisions finding an infringement of competition law in matters relating to the funeral services. Their cause was probably a number of legal sources applicable to these issues. Many controversies associated with the indicated problems can be explained in the case of proper understanding of the purpose and principles of competition law. The article presents the emerging problems and identifies examples of situations that were previously subject to the decisions of the President of the OCCP and the courts.

Keywords: competition, market restrictions, abuse, agreement.

Болат Жолдасбекович Айтимов<sup>1</sup>

## **Особенности наследования в связи со смертью одного из учредителей фонда по законодательству Республики Казахстан**

Осуществление деятельности не связанной с целью извлечения и получения чистого дохода, распределения этого дохода между участниками – есть деятельность некоммерческих организаций. Как правило, такая деятельность направлена на решение насущных вопросов, социальных задач или проблем сообщества. Так как эта деятельность затрагивает общественные интересы, и она неизбежно регулируется законодательством. Что впрочем, только укрепляет деятельность некоммерческих организаций, статус и возможности. Один из таких организационно-правовых форм некоммерческих организации это – фонды. По мнению Н. Боржелли фонды являются одним из классических организационно-правовых форм некоммерческих организаций в европейской системе права (Civil Law)<sup>2</sup>. На сегодняшний день фонды как организационно-правовая форма НКО существует во многих странах мира, например, в Дании, в Армении, в Испании, в Молдове, в Польше, в Словакии, в Турции, в Финляндии, в Чехии<sup>3</sup> и в др.

Фонды способствуют осуществлению финансирования различных социальных программ, в том числе образовательных, культурных, по поддержке малоимущих граждан, инвалидов, ветеранов и т.д. За счет

---

<sup>1</sup> Магистр, Жетысуский государственный университет имени И. Жансугурова, г. Талдыкорган (mgr, Żetysuski Uniwersytet Państwowy im. I. Żansugurowa, Talдықorgan).

<sup>2</sup> *Хрестоматия по некоммерческому праву* / Издание второе. Составитель: В.Овчаренко. – Алматы: ТОО «Издательство Lem», 2009. – С.406.

<sup>3</sup> *Правовое регулирование фондов: зарубежный опыт.* /Составитель – В.Овчаренко. – Алматы: ТОО «Издательство Lem», 2005. – С.15.

таких фондов в настоящее время оказывается поддержка предпринимательству, научному и иному творчеству, получению высшего образования, в том числе за рубежом и т.д. В этой связи фонды являются важной формой негосударственного финансирования общепользных целей.

В отличие от общественных объединений и таких их разновидностей, как политическая партия или профсоюзы, правовому режиму фондов Казахстана не посвящен отдельный закон. В этой связи его правовой статус определяется ГК РК и Законом «О некоммерческих организациях».

Согласно п.1 ст.12 Закона РК «О некоммерческих организациях», фондом признается не имеющая членства НКО, учрежденная гражданами и (или) юридическими лицами на основе добровольных имущественных взносов, преследующая социальные, благотворительные, культурные, образовательные и иные общественно-полезные цели<sup>4</sup>.

Данная организационно-правовая форма является удобной для аккумуляции средств с целью последующего финансирования общественно полезных программ или непосредственного осуществления полезной для всего общества деятельности в рамках самого фонда. При этом имущественная база фонда формируется за счет добровольных имущественных взносов, включая поступления от учредителей, благотворительную помощь, пожертвования, гранты, дохода от реализации товаров, работ, услуг; дивидендов и из других, не запрещенных законом поступления.

По мнению казахстанского ученого К.М. Ильясовой анализируя определения правовых норм, регламентирующих правовое положение фондов в РК, можно выделить следующие их особенности: 1) участие в общественном фонде не основано на членстве; 2) участие в общественном фонде направлено не на удовлетворение собственных нужд и интересов участников, а на осуществление социальных, благотворительных, культурных, образовательных и иных общепользных целей за счет вкладов учредителей и иных источников и невыполнение обязанностей влечет за собой исключение учредителя из фонда общим

---

<sup>4</sup> Закон Республики Казахстан от 16 января 2001 года № 142-III «О некоммерческих организациях» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 07.11.2014 г.).

собранием учредителей в порядке, установленном уставом; 3) основной задачей фонда является формирование средств для достижения общепольных целей; 4) средства фонда используются для осуществления уставных задач и не могут принадлежать его участникам (учредителям) ни на праве собственности, ни на ином имущественном праве; 5) имущество фонда не может быть распределено между участниками, в том числе после ликвидации, и направляется на цели, предусмотренные его уставом<sup>5</sup>.

В мире существуют различные виды фондов, которые могут регулироваться специальным законодательством. Например, в Германии существуют коммунальные, церковные и семейные фонды. В Швеции отдельными законами регулируются фонды, которые выдают гранты из средств, полученных от использования собственных инвестиций, например, в виде ценных бумаг, недвижимости, оказывают услуги используя собственные средства, не имеют собственных инвестиции и оказывают услуги на периодически собираемые пожертвования. В Италии существуют семейные, образовательные, военные и религиозные фонды, а также фонды университеты и фонды-банки<sup>6</sup>.

По Казахстанскому законодательству в зависимости от состава учредителей, а также от сферы деятельности могут быть созданы частный, корпоративный, общественный, государственный фонды. Фонд может быть создан одним или несколькими гражданами и (или) юридическими лицами. В данной статье мы хотим рассмотреть только два вида из них, которые могут создаваться только физическими лицами, это частный и общественные фонды. Т.к. наше тема касается наследования в случае смерти учредителя фонда, хотя на теоретический неизвестна судьба и корпоративного фонда в случае ликвидации создавших его юридических лиц.

Частным фондом признается фонд, учрежденный одним физическим лицом или физическими лицами – членами одной семьи за счет его (их) собственных средств. Частный фонд может быть

---

<sup>5</sup> *Гражданское право. Общая часть. Курс лекций.* – Алматы: «Нур-пресс», 2006. – С.204.

<sup>6</sup> Квятковская Т. *Как построить дорогу с двухсторонним движением между властью и обществом. Материалы конференции «Развитие некоммерческого законодательства в РК», 8-9 апреля 2004 года.* /под ред. В.Овчаренко. – Алматы: ТОО «Издательство Lem», 2005. – С.215.

создан также по нотариально заверенному завещанию физического лица.

Общественным фондом признается фонд, учрежденный физическими лицами, не являющимися членами одной семьи, и (или) юридическими лицами – общественными объединениями.

Имущество частного и общественного фондов формируется за счет единовременных и (или) регулярных поступлений от физического лица (учредителя) или физических лиц, а также других источников, предусмотренных в статье 35 Закона РК «О некоммерческих организациях». Но в частном фонде имущество может формироваться за счет членов одной семьи (учредителей), имущества, поступившего по завещанию, а в общественном нет.

Процесс наследования в Республике Казахстан регулируется разделом 6 Гражданского кодекса РК от 1 июля 1999 года. Но в нем мы не нашли все ответы на свои вопросы: наследуются ли права учредителя фонда в случае смерти, если да то как и кто будет наследником его неимущественных прав, а если о некоммерческих организациях, говорит в целом, то дальше такие вопросы может ли по наследству перейти членство или право членства в некоммерческих организациях? То есть имеет ли право наследник быть принятым в некоммерческую организацию, основанную на членстве, членом которой был наследодатель? В настоящее время законодатель не дает ответа на данный вопрос. Свидетельствует ли отсутствие прямо установленных норм права, скорее всего, об отрицательном ответе и т.д. Если да, то кто будет принимать решения в управлении фондов в случае смерти учредителя, т.к. смерть человека неизбежна.

Перейдем к своему вопросу. При учреждении фондов учредители приобретают право участия в управлении делами фонда, получать информацию о его деятельности, представлять фонд от его имени и т.д.

Право участия управления делами фонда подразумевает не малое количество управленческих прав.

Если конкретно, то это:

- а) принятие решения учредителей (учредителя) о формировании постоянно действующего коллегиального органа управления – попечительского совета, который впоследствии назначает исполнительного органа фонда,
- б) принятие решения о внесении изменений и дополнений

- в учредительные документы фонд,
- в) принятие решения о добровольной реорганизации и ликвидации фонда,
  - г) принятие решения об определении компетенции, организационной структуры, порядка формирования и прекращения полномочий органов управления фонда,
  - д) принятие решения об определении порядка и периодичности представления финансовой отчетности исполнительных органов, а также порядка проведения проверки контрольным органом и утверждения их результатов,
  - е) принятие решения в пределах, установленных законодательными актами, о создании своих филиалов и представительств.

Нас заинтересовал вопрос: передаются ли данные права по управлению фонда, т.к. сам вопрос о наследовании имеет значение, что не переход прав и обязанностей умершего по наследству приведет к нарушению бесперебойного управления многих юридических лиц, в том числе и фондов.

Теперь немного понятия права наследования по казахстанскому законодательству.

Универсальное определение наследования гласит, что под наследованием следует понимать переход прав и обязанностей умершего лица – наследодателя к его наследникам в соответствии с нормами наследственного права. В.И. Серебровский дает свое определение, согласно которому под наследованием, или наследственным преемством, следует понимать переход имущества умершего к другому лицу или к другим лицам – его наследникам – в установленном законом порядке<sup>7</sup>. Точка зрения В. И. Серебровского основана на ошибочном толковании неудачно сформулированных норм ГК РСФСР 1922 г. Поддержки ни в научной литературе, ни законодателя она не получила.

В связи с тем, что при наследовании по действующему законодательству переходит не только имущество как объект вещного права, имеющее безусловно первостепенное значение при наследовании, но также и обязательственные права, первое определение представляется мне более правильным.

---

<sup>7</sup> В.И. Серебровский. *Очерки советского наследственного права*. М., 1953. – С.94.

Конкретизируя понятие наследования, необходимо выделить следующие обстоятельства:

- 1) права и обязанности наследодателя переходят к наследникам в порядке универсального правопреемства, то есть в неизменном виде как единое целое и в один и тот же момент, если из правил ГК не вытекает иное
- 2) к наследникам переходят все права и обязанности наследодателя, кроме тех, переход которых в порядке наследования не допускается Гражданским кодексом РК и другими законами либо противоречит самой природе этого прав и обязанностей.

С вышесказанного можно понять, что к наследникам переходят все права и обязанности наследодателя, кроме тех, которые не переходят по наследству в силу прямого указания закона либо в силу самой их юридической природы.

Статья 1040 п.2 Гражданского кодекса РК, гласит, что права членства в организациях, являющихся юридическими лицами, если иное не установлено законодательными актами или договором и личные неимущественные права, не связанные с имущественными, за исключением случаев, установленных законодательными актами не входят в состав наследства.

В связи с этим можно было бы и остановиться, но что относится к личным неимущественным правам, связанные с имущественными не определено. Мы так и не поняли относятся ли права учредителя фонда по управлению к личным неимущественным или нет, хотя понятна что, если даже относятся она е связана с имущественными, т.к. пункт 5 статьи 12 Закона РК «О некоммерческих организациях» гласит, что имущество, переданное фонду его учредителями, является собственностью фонда и учредители фонда не имеют имущественных прав на имущество фонда.

А как тогда быть с частным фондом, потому что пункт 2 статьи 13 Закона РК «О некоммерческих организациях» говорится, что права учредителя (учредителей) частного фонда могут быть включены в состав наследства в случае, если это предусмотрено учредительными документами.

А также возникают вопросы, связанные с наименованием юридического лица, т.е. фонда, т.к. фирменные наименования относятся к объектам интеллектуальной собственности, которые



в соответствии со статьей 965 Гражданского кодекса РК переходят в порядке универсального правопреемства по наследству.

**Выводы и предложения.** Резюмируя вышесказанное по нашему мнению необходимо принять во внимание, что надо внести механизм наследования в случае смерти учредителя (одного из учредителей) фонда. А для этого необходимо создать законодательную базу.

- 1) Извлекая из опыта зарубежных стран принять Закон «О фонда в РК».
- 2) Внести изменения и дополнения в раздел 6 Гражданского кодекса Республики Казахстан о наследовании в случае смерти учредителя (одного из учредителей) фонда.

### **Аннотация**

В теории права под наследованием следует понимать переход прав и обязанностей умершего лица – наследодателя к его наследникам в соответствии с нормами наследственного права. В связи с этим, нужно понимать, что при наследовании по действующему законодательству РК переходит не только имущество как объект вещного права, имеющее безусловно первостепенное значение при наследовании, но также и обязательственные права. Именно поэтому, исследуя правовые аспекты некоммерческих организаций, у нас возник много вопросов связанных с наследованием обязательственных прав в фонде. Так как, особенностью фондов является, что она создается учредителями и возникает вопрос, что будет с судьбой фонда после смерти учредителей, где высшим органом фонда является собрание учредителей.

Ключевые слова: фонд, некоммерческая организация, учредитель, наследование, судьба фонда.

### **Abstract**

In legal theory succession means devolution of rights and obligations of the deceased person – estate-leaver to his heir according to succession law norms. Due to this point, you need to realize that not only the property transfers by the current legislation as it has a high priority while

succession, but the law of obligations as well. That's why, determining the legal aspects of non-commercial organizations, we had many questions due to the succession of obligation law in the fund. Special aspect of the funds is that they are established by founders. So the question is - what will happen with the fund after the death of its founders where the supreme body is a meeting of founders.

Keywords: fund, non-commercial organizations, founder, succession, fund's future.

Ewelina Bachera<sup>1</sup>  
Hanna Chmielewska<sup>2</sup>  
Bartosz Smółka<sup>3</sup>

## Międzynarodowy transport zwłok – postulaty *de lege lata i de lege ferenda*

### 1. Uwagi wprowadzające

Tematyka dotycząca międzynarodowego transportu zwłok należy do zagadnień, które w doktrynie – jak dotąd – znalazły odzwierciedlenie tylko w niewielu publikacjach naukowych. Mimo to problem jest istotny i wymaga chociażby w minimalnym zakresie wyjaśnienia, szczególnie z uwagi na osoby, które zobowiązane będą kiedykolwiek do sprowadzenia ciała osoby najbliższej.

Z pełnym przekonaniem należy stwierdzić, że wzrost popularności międzynarodowego ruchu osób<sup>4</sup> przyczynił się do tego, iż instytucja międzynarodowego sprowadzania ciała osoby zmarłej wykazuje tendencję wzrostową<sup>5</sup>, gdyż liczba zgonów obywateli poza granicami własnego państwa jest coraz większa. W większości dużych polskich miast funkcjonują firmy zajmujące się międzynarodowym transportem zwłok lub szczątek, oferujących usługi transportowe z wielu państw świata (który

---

<sup>1</sup> Mgr, Uniwersytet Śląski w Katowicach, asystentka sędziego w Sądzie Okręgowym w Gliwicach.

<sup>2</sup> Mgr, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

<sup>3</sup> Mgr, Uniwersytet Śląski w Katowicach, asystent sędziego w Sądzie Rejonowym w Chrzanowie.

<sup>4</sup> W którego skład wchodzi zarówno emigracja, jak i ruch wyłącznie czasowy. Zob. *Emigracyjne tsunami 2013: W ciągu ostatniego roku z kraju wyjechało nawet pół miliona osób*, <http://serwisy.gazetaprawna.pl/praca-i-kariera/artykuly/776911,emigracyjne-tsunami-2013-w-ciagu-ostatniego-roku-z-kraju-wyjechalo-nawet-pol-miliona-osob.html>

<sup>5</sup> Szacuje się, że rocznie problem ten dotyczy około 3000 osób, które poniosły śmierć poza granicami Rzeczypospolitej Polski. Zob. J. Barcik, P. Czech, *Prawne aspekty transportu zwłok z zagranicy*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2011, s. 8–9.

to transport obwarowany jest pewnymi warunkami, o czym w dalszej części artykułu).

Niestety, koszty takiego transportu oscylują w granicach, których niejednokrotnie nie pokrywa zasilek pogrzebowy<sup>6</sup>. Rodzina zmarłego obciążona już kosztami musi ponieść dodatkowe, które równocześnie pogłębiają istniejący już być może dług spadkowy. Zagadnienie to jest nierozdzielnie związane z kwestią międzynarodowego transportu zwłok. Idąc dalej, zasygnalizowania wymaga, iż w momencie działu spadku istotne znaczenie ma nie tylko pogrzeb, ale także międzynarodowy transport zwłok (w przypadku zgonu za granicą).

W kontekście powyższego rodzi się pytanie o regulacje prawne międzynarodowego transportu zwłok<sup>7</sup>. Należy podkreślić, że raz podjęta decyzja dotycząca transportu zwłok jest nieodwracalna, gdyż w momencie odmowy lub braku zainteresowania transportem zwłok lub szczątków do kraju zmarłego, pochówek zwłok następuje zgodnie z przepisami kraju miejsca zgonu, gdzie szczątki niejednokrotnie trafiają do mogiły zbiorowej, przez co ekshumacja oraz późniejszy transport są niemożliwe<sup>8</sup>. Marginalne zainteresowanie praktyków międzynarodowym transportem zwłok dowodzi, że problem ten wymaga zgłębienia. Zważywszy zarówno potrzebę dodatkowych uregulowań prawnych w zakresie omawianej tematyki, jak i to, że problem ten wykracza poza ramy dyskursu naukowego, z pewną dozą przekonania należy uznać, iż może stanowić załączek do dalszych rozważań naukowych.

## 2. Regulacje krajowe

Międzynarodowy transport zwłok swoim zakresem obejmuje nie tylko uregulowania zagraniczne, ale także ustawodawstwo krajowe. W polskim porządku prawnym międzypaństwowy transport zwłok ludzkich

---

<sup>6</sup> Orientacyjny koszt transportu zmarłego oscyluje w powyżej 2000 zł. Por.: *Międzynarodowe usługi pogrzebowe Funeral Services Międzynarodowy Transport Zmarłych*, <http://www.transportzmarlych.miasto-szczecin.pl/transport-zwlok-cennik>; *Funeral Services Repatriacja*, <http://www.funeral.com.pl/cennik-transport-zwlok>

<sup>7</sup> Znamienne jest, że transportując zwłoki, istotne znaczenie mają nie tylko uregulowania prawne obowiązujące w kraju, z którego transport jest dokonywany, lecz także przepisy państwa przyjmującego zwłoki. Informacje, które dotyczą transportu zwłok z danego państwa, są udzielane przez urzędy konsularne.

<sup>8</sup> Więcej informacji można znaleźć np. na stronie Konsulatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Barcelonie. Zob. <http://www.barcelona.msz.gov.pl>

regulowany jest trzema podstawowymi aktami prawnymi<sup>9</sup>. Jednym z kluczowych uregulowań niniejszej tematyki jest przepis, zgodnie z którym w sytuacji, kiedy zgon nastąpił poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, na sprowadzenie zwłok i szczątków z obcego państwa uzyskać należy zezwolenie polskiego starosty właściwego dla miejsca, w którym zwłoki lub szczątki mają być pochowane, działającego w porozumieniu z właściwym inspektorem sanitarnym<sup>10</sup>. Procedurę uzyskania zezwolenia na sprowadzenie zwłok obywatela polskiego z zagranicy podzielić można na dwa etapy: pierwszy etap stanowią procedury związane ze złożeniem wniosku o wyrażenie zgody na sprowadzenie zwłok, z kolei drugi etap to czynności, które podmiot uprawniony zobowiązany jest podjąć już po uzyskaniu pozytywnej decyzji starosty<sup>11</sup>. Omawiana procedura ma swój początek po otrzymaniu informacji o jego śmierci. Wówczas wtedy osoby uprawnione zobowiązane są do wystąpienia ze stosownym wnioskiem do właściwego terytorialnie starosty<sup>12</sup>. Do wniosku należy

---

<sup>9</sup> Do aktów tych zaliczamy ustawę o cmentarzach i chowaniu zmarłych, rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, a także rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich. Por. ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. Nr 153, poz. 1783); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 27 grudnia 2007 r. w sprawie pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich (Dz. U. Nr 249, poz. 1866).

<sup>10</sup> Zgodnie z art. 14 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych: na sprowadzenie zwłok i szczątków z zagranicy w celu ich pochowania należy uzyskać: 1) pozwolenie starosty właściwego ze względu na miejsce, w którym zwłoki i szczątki mają być pochowane; pozwolenie jest wydawane po porozumieniu z właściwym państwowym powiatowym inspektorem sanitarnym; 2) zaświadczenie polskiego konsula, wydane po przedstawieniu pozwolenia, o którym mowa w pkt 1, stwierdzające, że zwłoki i szczątki mogą być sprowadzone na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dokonując wykładni powyższego uregulowania, należy zważyć, że *expressis verbis* ustawodawca w stwierdzeniu „starosta właściwy dla miejsca, w którym zwłoki lub szczątki mają być pochowane” jednocześnie wskazał, iż starostą właściwym dla wydania rzeczzonego pozwolenia będzie starosta właściwy ze względu ostatnie miejsce zamieszkania zmarłego w Polsce. Por. J. Barcik, P. Czech, *Prawne...*, s. 6.

<sup>11</sup> Zob.: Biuletyn Informacji Publicznej, *Wydanie zezwolenia na sprowadzenie zwłok lub urny z prochami z zagranicy*, <http://www.bip.powiataleksandrowski.akcesnet.net/index.php?idg=5&id=716&x=100&y=12>; J. Barcik, P. Czech, *Prawne...*, s. 7.

<sup>12</sup> Artykuł 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych zawiera katalog osób uprawnionych do pochowania zmarłego, o charakterze zamkniętym, który w swoich granicach jasno wskazuje, które osoby są uprawnione do przeprowadzenia czynności

dołączyć oświadczenie osoby upoważnionej do pochowania zmarłego oraz, że osoba ta zleca określonej firmie – zakładowi pogrzebowemu specjalizującemu się w transporcie zwłok z zagranicy – wszelkie czynności związane z transportem i pochówkiem zmarłego. Do niniejszego wniosku<sup>13</sup> dołączyć należy akt zgonu zmarłego bądź inny dokument urzędowy, który stwierdza zgon za granicą oraz określa jego przyczynę. Natomiast w sytuacji niemożności ustalenia przyczyny zgonu zmarłego, osoba uprawniona zobowiązana jest do dołączenia do przedmiotowego wniosku dokumentu urzędowego, który stwierdza wykluczenie choroby zakaźnej jako przyczyny zgonu<sup>14</sup>. Decyzja starosty uzależniona jest w większym zakresie od przeprowadzonych uprzednio z właściwym inspektorem sanitarnym konsultacji<sup>15</sup>. Po uzyskaniu pozytywnej decyzji starosty, podmiot uprawniony niezwłocznie, najczęściej przy pomocy faksu, przesyła ją do organu konsularnego państwa, z którego zwłoki mają być sprowadzone. Wniosek ten zatem winien trafić do polskiego urzędu konsularnego. Na podstawie decyzji starosty, konsul państwa polskiego stacjonujący na obszarze państwa, z którego ma nastąpić sprowadzenie zwłok zmarłego, zobligowany jest do wydania zezwolenia na przewóz zwłok lub prochów<sup>16</sup>. Istotnym jest, iż w sytuacji braku konsula na terytorium państwa, gdzie znajdują się zwłoki albo szczątki ludzkie, lub państwa, z którego ma nastąpić przewóz zwłok albo szczątków, przewóz taki nastąpić może na podstawie dokumentu wydanego przez

---

związanych z obrzędkiem chowania zmarłych. Do kręgu tych osób zalicza się pozostałego małżonka, krewnych zstępnych, jak i wstępnych, a także krewnych bocznych do 4. stopnia pokrewieństwa oraz powinowatych w linii prostej do 1. stopnia.

<sup>13</sup> Wniosek taki w całości zwolniony jest od opłaty skarbowej i rozstrzygany jest przez starostę niezwłocznie – w terminie 3 dni od jego złożenia. Zasygnalizowania wymaga art. 14 ust. 5 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, zgodnie z którym: (...) pozwolenia i zaświadczenia są wydawane na wniosek osób, o których mowa w art. 10 ust. 1, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie pozwolenia albo zaświadczenia. W przypadku zgonu na skutek choroby zakaźnej wymienionej w wykazie, o którym mowa w art. 9 ust. 3a, pozwoleń, o których mowa w ust. 1 i ust. 4 pkt 1, nie wydaje się przed upływem dwóch lat od dnia zgonu.

<sup>14</sup> Nadmienić należy, że dokumenty wydawane przez właściwe organy państwa, na którego terytorium nastąpił zgon denata, muszą być przetłumaczone na język polski. Zob. J. Barcik, P. Czech, *Prawne...*, s. 7.

<sup>15</sup> Zob. J. Barcik, P. Czech, *Prawne...*, s. 7.

<sup>16</sup> Zaświadczenie to odmiennie niż wniosek składany do starosty podlega stałej opłacie w wysokości ok. 54 euro. Zob. *Procedury i prawo w transporcie zwłok z zagranicy do Polski, oraz obowiązujące regulacje prawa międzynarodowego, cz. I*, [http://www.redrosa.pl/prawne\\_aspekty\\_transportu\\_zwlok\\_do\\_polski](http://www.redrosa.pl/prawne_aspekty_transportu_zwlok_do_polski)

właściwe władze miejscowe albo właściwego konsula państwa członkowskiego Unii Europejskiej<sup>17</sup>. Znaczące jest także to, że sprowadzenie ciała obywatela polskiego, który w chwili śmierci przebywał poza granicami swojego państwa macierzystego, zastosowanie, co do zasady, mają wyłączenie przepisy polskie<sup>18</sup>. Jednakże zasygnalizować w tym miejscu należy, że zdarzają się również regulacje państw, które uzależniają przewiezienie zwłok denata z państwa X do państwa Y od wydania stosownego zezwolenia na transport zwłok. Do państw takich zaliczyć można przede wszystkim Włochy, gdzie do wywozu zwłok wymagane jest zezwolenie właściwego urzędu miasta/gminy tzw. *passaporto mortuario*<sup>19</sup>. Jednakże problematyka międzynarodowego transportu zwłok nie zamyka się jedynie w zakresie powyższych formalności, których spełnienie gwarantuje sprowadzenie ciała osób nam najbliższych na obszar państwa polskiego. Poza rzeczonymi formalnościami, głównym problemem sprowadzenia zwłok są związane z tym koszty. Wbrew powyższemu problematyka kosztów międzynarodowego transportu zwłok nie kończy się jedynie na poniesieniu opłaty konsularnej, bo jak podniesiono powyżej, wniosek skierowany do starosty ostatniego miejsca zamieszkania denata, wolny jest od jakichkolwiek opłat skarbowych. Zdecydowanie mniejszy kłopot po stronie podmiotów uprawnionych występuje wówczas, kiedy zmarły w zakresie swojego ubezpieczenia miał również zagwarantowane, iż w przypadku śmierci poza granicami kraju ubezpieczyciel pokrywa koszty przewozu ciała do kraju. Znacznie większy problem powstaje wówczas, gdy denat takowego ubezpieczenia nie posiadał, bowiem wszelkie koszty związane z transportem jego ciała

---

<sup>17</sup> Każdy obywatel unii europejskiej jest uprawniony do ochrony konsularnej ze strony przedstawicielstwa dyplomatycznego lub konsularnego któregośkolwiek z państw członkowskich, jeśli w miejscu jego pobytu jego własne państwo członkowskie lub inne stale je reprezentujące państwo nie ma: dostępnego stałego przedstawicielstwa, lub dostępnego konsula honorowego, właściwego dla takich spraw. Ochrona wymieniona ta obejmuje między innymi pomoc w przypadku zgonu. Zob. decyzja Przedstawicieli Rządów Państw Członkowskich spotykających się w Ramach Rady z 19 grudnia 1995 r. dotyczącej ochrony obywateli Unii Europejskiej przez przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne (95/553/WE).

<sup>18</sup> J. Barcik, P. Czech, *Prawne...*, s. 8.

<sup>19</sup> Ministero Dell' Interno Prefettura – *Ufficio Territoriale del Governo di Trieste Estradizione o introduzione salma o resti mortali – Passaporto Mortuario*, <http://www.prefettura.it/trieste/contenuti/46826.htm>; *Servizi Funebri Udine by Uirsal*, <http://www.servizifunebri-udine.it/index.php/component/content/article/126-cose-il-passaporto-mortuario>



pokryć będą musieli jego najbliżsi (o czym w dalszej części artykułu). W tym miejscu problem ten wymagał jednak zasygnalizowania z uwagi na bezpośredni związek instytucji kosztów oraz instytucji międzynarodowego transportu zwłok.

### **3. Długi spadkowe w kontekście międzynarodowego transportu zwłok**

Punkt wyjścia stanowi regulacja zawarta w ustawie – Kodeks postępowania cywilnego, zgodnie z którą: „do długów spadkowych należą także koszty pogrzebu spadkodawcy w takim zakresie, w jakim pogrzeb ten odpowiada zwyczajom przyjętym w danym środowisku, koszty postępowania spadkowego, obowiązek zaspokojenia roszczeń o zachówek oraz obowiązek wykonania zapisów zwykłych i poleceń, jak również inne obowiązki przewidziane w przepisach ustawy”<sup>20</sup>. Wyjaśnić należy, że długi spadkowe w doktrynie cywilistycznej podzielić można na dwie kategorie: kategoria pierwsza dotyczy wszystkich praw i obowiązków spadkodawcy, które powstały jeszcze za jego życia, a które po jego śmierci przechodzą na rzecz jego spadkobierców<sup>21</sup>. Do kategorii drugiej cywilistyka zalicza wszelkie te długi spadkowe, które nie istnieją za życia spadkodawcy, a które powstają wraz z jego śmiercią. W obliczu instytucji międzynarodowego transportu zwłok, to właśnie kategoria druga długów spadkowych, będzie miała kluczowe znaczenie. Zauważyć należy, iż chwila powstania zadłużenia spadkowego z punktu widzenia spadkobierców, dla ich odpowiedzialności, nie będzie miała większego znaczenia<sup>22</sup>. Do długów spadkowych powstających z chwilą śmierci spadkodawcy należą koszty jego pogrzebu. Do kosztów związanych z pogrzebem, które podlegają zwrotowi, należą takie bezpośrednie

---

<sup>20</sup> Zawarta w dyspozycji powyższego przepisy partykuła „także” oznacza, że do katalogu długów spadkowych ustawodawca zaliczył tym samym innego rodzaju prawa i obowiązku spadkodawcy, przechodzące na jego spadkobierców po jego śmierci. Wobec zakresu niniejszego artykułu skupiającego się na pojęciu międzynarodowego transportu zwłok, rozdział ten traktować będzie o długach spadkowych związanych sensu largo z funeralnymi obowiązkami jego spadkobierców. Por.: Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.); A. Kidyba, E. Niezbecka, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki*, Warszawa 2012, s. 60–62.

<sup>21</sup> W zakres tego typu zobowiązań można włączyć chociażby różnego rodzaju zobowiązania o charakterze finansowym takie, jak zaciągnięte pożyczki czy kredyty. Zob. uchwała SN z 22 listopada 1988 r. (III CZP 86/88), OSNC 1989, nr 12, poz. 201.

<sup>22</sup> Związane jest to z tym, że spadkodawca ponosi osobistą odpowiedzialność zgodnie z zasadami prawa spadkowego.



wydatki, jak: przewóz zwłok, nabycie trumny, zakup miejsca na cmentarzu oraz wydatki odpowiadające zwyczajom danego środowiska<sup>23</sup>.

Ewentualną wysokość kosztów przewozu zwłok zestawić należy z szeroko rozumianym pojęciem „wydatkom odpowiadającym zwyczajom danego środowiska”<sup>24</sup>. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że transport zwłok osoby, która poniosła śmierć poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej obarczony jest dodatkowymi kosztami, w szczególności opłatą konsularną uiszczaną w trakcie realizowania formalności związanych z uzyskaniem zezwolenia na przywóz ciała zmarłego do Polski. Do kosztów tych wliczyć należy opłacenie zakładu pogrzebowego specjalizującego się w sprowadzaniu ciał z poza obszaru RP. Wysokość tych kosztów uzależniona jest przede wszystkim od państwa, z którego terytorium przewóz zwłok ma nastąpić<sup>25</sup>. Znamiennym jest oczywiście, iż w odniesieniu do państw pozaeuropejskich powyższy przedział cenowy ulegnie znacznemu podwyższeniu. W przypadku śmierci osoby ubezpieczonej, pobierającej emeryturę/rentę, osobie, która pokryła koszty pogrzebu, przysługuje zasiłek pogrzebowy. Jak można zauważyć, wydatek związany z międzynarodowym transportem zwłok

---

<sup>23</sup> Zgodnie z brzmieniem art. 922 § 3 k.c.: do długów spadkowych należą koszty pogrzebu spadkodawcy w takim zakresie, w jakim pogrzeb odpowiada zwyczajom, przyjętym w danym środowisku. Koszty te obejmują wydatki na zakup trumny, nabycie miejsca na grób i wydatki na pokrycie kosztów ceremonii pogrzebowej. Ustalenie wysokości zobowiązania pieniężnego według innych kryteriów niż sumowanie kwot wydatkowanych na pokrycie kosztów pochówku i wystawienia nagrobka odpowiadającego miejscowym zwyczajom nie jest możliwe.

<sup>24</sup> Odesłanie do zwyczajów przyjętych w danym środowisku oznacza, że obliczenie wysokości tych kosztów musi zostać dokonane przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy. Rozliczeniu podlegają jedynie oczywiście poniesione koszty pogrzebu spadkodawcy. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 27 marca 2013 r. (I ACa 868/12), <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

<sup>25</sup> Ceny transportu oscylują w przedziale od 2500 zł do ponad 10.000 zł. Oczywiście podany zakres cenowy dotyczy wybranych państw europejskich. Podana rozpiętość cen uzależniona jest nie tylko od odległości, którą pokonać zobowiązany będzie określony zakład pogrzebowy, aby sprowadzić ciało denata do Polski, ale także wyborem środka transportu: samochodu, samolotu czy promu. Wybór środka transportu jest także uzależniony nie tylko od tego, czy procedury zezwalają na skorzystanie z danego środka transportu, ale także od tego, który środek transportu będzie (z ekonomicznego punktu widzenia) bardziej właściwy. Zaznaczyć trzeba, iż nie zawsze możliwe będzie przewiezienie zmarłego w trumnie, gdyż niektóre linie lotnicze zezwalają tylko na transport prochów w urnie. Por. M. Stojek-Siwińska, *Zasiłek pogrzebowy. Komentarz praktyczny*, LEX nr 69367; *Międzynarodowy transport zmarłych*, <http://miedzynarodowy-transport-zwlok.pl/miedzynarodowy-transport-zmarlych.html>

nie jest jedynym wydatkiem osoby/osób zajmujących się pochówkiem zmarłego, a jego maksymalna wysokość może nie wystarczyć nawet na pokrycie samego tylko transportu ciała. Taka sytuacja powoduje, iż wszelkie koszty powyżej zasygnalizowanej już kwoty<sup>26</sup> wchodzą w zakres długów spadkowych kategorii drugiej<sup>27</sup>. Dokonując analizy polskiej judykatury można zauważyć, iż najczęściej kontrowersji wobec ustalenia, jakie koszty i w jakiej wysokości wchodzą w zakres długów spadkowych, dotyczą kosztów postanowienia nagrobka, czy rzadziej datków dla księdza, kosztów stypy, czy zorganizowania dla krewnych poczęstunku. Orzecznictwo sądów polskich zgodnie podnosi, że do kosztów pogrzebu zaliczyć należy te koszty, których pokrycie w środowisku spadkodawcy jest zwyczajowo przyjęte<sup>28</sup>. Wobec powyższego przyjęć należy, że koszty pogrzebu wchodzące w skład długu spadkowego, dzielą się na te o charakterze obligatoryjnym oraz te o charakterze fakultatywnym<sup>29</sup>. Z kolei kosztami obligatoryjnymi są koszty *sensu stricte* związane z pochówkiem zmarłego<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Kwota ta wynosi 4000 zł. Zob. K. Antonów, M. Bartnicki, B. Suchacki, M. Zieleniecki, *Emerytury i renty z FUS, emerytury pomostowe, okresowe emerytury kapitałowe*, Warszawa 2014, *Komentarz do art. 77–80 ustawy z dnia 17.12.1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych*, s. 381 i n.

<sup>27</sup> Oczywiście, opisana sytuacja dotyczy zmarłych, których ubezpieczenie nie pokrywa kosztów sprowadzenia ciała do Polski wobec śmierci poza jej granicami. Zob. K. Antonów, M. Bartnicki, B. Suchacki, M. Zieleniecki, *Emerytury...*, s. 381 i n.

<sup>28</sup> Do kosztów pogrzebu należy zaliczyć także koszt nagrobka, jeżeli w środowisku spadkodawcy zwyczajem jest wystawienie nagrobka. Tym samym, jeżeli koszt ten w całości został pokryty z otrzymanego zasiłku pogrzebowego, nie będzie on już wliczany a poczet długów spadkowych. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsca w przypadku kosztów międzynarodowego tran postu zwłok. Jednakże wątpliwym się wydaje, aby koszty transportu zwłok były mniejsze niż otrzymany zasiłek. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 27 marca 2013 r. (I ACA 868/12), <http://orzeczenia.ms.gov.pl>

<sup>29</sup> Do kosztów fakultatywnych można zaliczyć koszty wystawienia nagrobka zmarłemu czy koszty przyjęcia żałobnego. Koszty postawienia nagrobka stanowią dług spadkowy w rozumieniu art. 922 k.c., skoro przepis ten do długów zalicza koszty pogrzebu w takim zakresie, w jakim pogrzeb ten odpowiada zwyczajom miejscowym, a stawianie nagrobka zmarłemu jest w zasadzie powszechnie przyjęte. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 14 maja 2014 r. (I ACA 78/14), <http://orzeczenia.bialystok.sa.gov.pl>

<sup>30</sup> Mowa o kosztach przewozu zwłok, w tym transport zwłok o charakterze międzypaństwowym, koszty związane z obrzędkiem ceremonialnym oraz koszty związane z samym już pochówkiem, jak np. wykup miejsca na cmentarzu w przypadku osób, które nie posiadają takiego miejsca.

#### 4. Regulacje międzynarodowe

Postępujący proces globalizacji przyczynił się do tego, że zagadnienie międzynarodowego transportu zwłok nie może być ujmowane jako problem, który jest oderwany od regulacji międzypaństwowych. Korzenie tematyki będącej dominantą prezentowanego artykułu sięgają lat przedwojennych: społeczność międzynarodowa interesowała się omawianą tematyką już przed II wojną światową: 10 lutego 1937 r. w Berlinie sporządzono międzynarodowy układ dotyczący przewozu zwłok<sup>31</sup>. W kolejnych latach wspomniany układ został załączony do Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia. Celem układu było uniknięcie niedogodności wynikających z różnic w przepisach regulujących przewóz ciał<sup>32</sup>. W związku z powyższym wprowadzono *laissez-passer*, czyli jednolity dokument<sup>33</sup>, który powinien zawierać dane osobowe zmarłego<sup>34</sup> wraz z datą i przyczyną śmierci. Wspomniany układ zawiera także regulacje dotyczące warunków, w jakich mają być przewożone zwłoki<sup>35</sup>,

---

<sup>31</sup> Zaznaczyć należy, że do 29 kwietnia 2005 r. układ podpisało czternaście państw, wśród których nie ma Rzeczypospolitej Polskiej. Do państwa-stron układu zaliczamy takie kraje, jak: Niemcy, Austria, Belgia, Kongo, Egipt, Francja, Włochy, Meksyk, Portugalia, Czechy, Rumunia, Słowacja, Szwajcaria, Turcja. Zob. Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku 22 lipca 1946 r. (Dz. U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477).

<sup>32</sup> Układ ten nosił nazwę: Arrangement international concernant le transport des corps. Zob. *Arrangement international concernant le transport des corps Conclu le 10 février 1937 Instrument de ratification déposé par la Suisse le 21 septembre 1939 Entré en vigueur pour la Suisse le 19 janvier 1940* (Etat le 24 mai 2005) zwany dalej układem z Berlina, układem z 1937 lub Arrangement, <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370010/200504290000/0.818.61>

<sup>33</sup> Dokument ten powinien zostać wydany (w sytuacji gdy dotyczy ekshumowanych szczątków) przez właściwy organ dla miejsca zgonu lub miejsce pochówku. Ponadto ustalono, że *laissez-passer* oprócz języka kraju w którym został wydany, „powinien być sporządzony w co najmniej w jednym z najczęściej używanych języków w stosunkach międzynarodowych”.

<sup>34</sup> W skład których wchodzi: imię, nazwisko oraz wiek zmarłego.

<sup>35</sup> Zgodnie z art. 3 Układu: „Le corps sera placé dans un cercueil métallique, dont le fond aura été recouvert d’une couche d’environ 5 centimètres d’une matière absorbante (tourbe, sciure de bois, charbon de bois pulvérisé, etc.) additionnée d’une substance antiseptique. Si le décès est dû à une maladie contagieuse, le corps lui-même sera enveloppé dans un linceul imbibé d’une solution antiseptique. Le cercueil métallique sera ensuite hermétiquement clos (soudé) et ajusté lui-même, de façon à ne pouvoir s’y déplacer, dans une bière en bois. Celle-ci aura une épaisseur d’au moins 3 centimètres,

wprowadza również modyfikacje do poszczególnych typów transportu (transportu kolejowego, samochodowego, samolotowego oraz morskiego). Zasygnalizowania wymaga, iż dokument ten stanowi jeden z nielicznych prawno-międzynarodowych regulacji międzynarodowego transportu zwłok lub szczątek<sup>36</sup>. Na szczeblu europejskim kwestie międzynarodowego transportu zwłok uregulowano w podpisanej w ramach Rady Europy umowie, *Agreement on the Transfer of Corpses Strasbourg* z dnia 26 października 1973 roku<sup>37</sup>, która to umowa stanowi uproszczenie niektórych procedur, które zostały wprowadzane w Układzie z 1937 roku, co więcej: umowa ta zastępuje Układ z 1937 roku dla państw, które ratyfikowały oba traktaty<sup>38</sup>. Znaczącym jest, iż umowa

---

sesjointsdevrontêtrebienétanches et safermeturedevraêtreassurée par des vis distantes de 20 centimètres au plus; elle sera consolidée par des bandes métalliques”. Z czego wynika, że zwłoki umieszczone są w metalowej trumnie, której dno jest pokryte warstwą około pięciu centymetrów materiału chłonnego (np. torf, trociny, sproszkowany węgiel drzewny), z dodatkiem substancji antyseptycznych. Jeśli śmierć nastąpiła w wyniku choroby zakaźnej, ciało powinno być owinięte w całun impregnowany roztworem antyseptycznym. Metalowa trumna zostanie zamknięta (spawana) i ustawiona tak, że nie będzie mogła poruszać się w drewnianej trumnie. W ten sposób mające grubość wynoszącą co najmniej trzy centymetry, szczeliny muszą być zamknięte, a zamknięcie musi być zapewnione przez śrub o długości dwudziestu cm lub więcej; całość zostanie objęta konsolidacją metalowych taśm”.

<sup>36</sup> Nawet podstawowy dla dziedziny transportu akt prawny, jakim jest Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR) nie reguluje tego zagadnienia. Zgodnie bowiem z art. 4 Konwencji o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR): „Niniejszej Konwencji nie stosuje się m.in. do przewozów zwłok”. Zob. Konwencja o umowie międzynarodowego przewozu drogowego towarów (CMR) i Protokół podpisania, sporządzone w Genewie 19 maja 1956 r. (Dz. U. z 1962 r. Nr 49, poz. 238 ze sprost.).

<sup>37</sup> Zob. *Agreement on the Transfer of Corpses Strasbourg* z 26 października 1973 r., zwana dalej: Umową o przewozie zwłok, sporządzoną w Strasburgu 26 października 1973 r, Umową z 1973r., Umową ze Sztrasburga- <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/080.htm#ANX>

<sup>38</sup> Układ ze Strasburga ratyfikowały 23 państwa: Andora, Austria, Belgia, Cypr, Czechy, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Islandia, Łotwa, Litwa, Luksemburg, Mołdawia, Niderlandy, Norwegia, Portugalia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Szwajcaria, Turcja, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=080&CM=1&DF=&CL=ENG> Wśród państw stron układu z 1973 r. znajdują się państwa, które są sygnatariuszami układu z Berlina, dla tych państw postanowienia umowy późniejszej zastępują postanowienia umowy wcześniejszej, w związku z tym układ z Berlina obowiązuje dla: Demokratycznej Republiki Kongo, Egiptu, Niemiec, Włoch, Meksyku oraz Rumunii. Zob. <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/607140/publicationFile/165244/Statusliste-EN.pdf>

z 1973 roku nie reguluje przewozu prochów<sup>39</sup>. Zawiera ona jednak inne znaczące uregulowania, zgodnie z którymi zwłoki w trakcie transportu powinny być zaopatrzone jedynie w *laissez-passer for a corpse* wydawany przez odpowiednie władze, po upewnieniu się uprzednio, że spełniono wszystkie wymogi zarówno medyczne, zdrowotne, administracyjne, jak i prawne zgodne z przepisami obowiązującymi w państwie, z którego przewożone są zwłoki. Ustalić również należy, czy szczątki osoby wymienionej w *laissez-passer for a corpse* zostały umieszczone w trumnie spełniającej określone wymogi<sup>40</sup>, zawierającej także jej rzeczy osobiste, które wraz z nią mają być pochowane lub skremowane. Układ ze Strasburga zakłada, że za wyjątkiem dokumentów wymaganych na podstawie konwencji i porozumień międzynarodowych dotyczących transportu w ogóle, lub przyszłych konwencji lub porozumień poruszających tematykę repatriacji zwłok, ani w kraju przeznaczenia, ani w państwie tranzytowym nie powinno się wymagać innego dokumentu aniżeli *laissez-passer for a corpse*<sup>41</sup>. Pomimo próśb Komisji

<sup>39</sup> O czym świadczy art. 1.3. wspomnianej umowy: „This Agreement shall not apply to the international transport of ashes”. Z czego jednoznacznie wynika, iż Umowa ta nie ma zastosowania do międzynarodowego transportu prochów”. Zob. umowę o przewozie zwłok, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/080.htm#ANX>

<sup>40</sup> O czym świadczy art. 6 omawianej umowy: „The coffin must be impervious; the insidemustcontain absorbent material. If the competent authority of the State of departureconsideritnecessary the coffinmust be provided with a purifyingdevice to balance the internal and externalpressures. It mayconsist of: eitheranoutercoffin in wood with sidesatleast 20 mm thick and aninnercoffin of zinccarefullysolderedor of anyothermaterialwhichisself-destroying; or a single coffin in wood with sidesatleast 30 mm thick-lined with a sheet of zincor of anyothermaterialwhichisself-destroying. If the cause of deathis a contagiousdisease, the body itselfshall be wrapped in a shroudimpregnated with anantisepticsolution”, który oznacza iż: „Trumna musi być nieprzepuszczalna; wewnątrz musi zawierać materiał chłonny. Jeżeli właściwy organ państwa wyjścia uznają to za konieczne trumna musi być wyposażony w urządzenie do oczyszczania w celu zrównoważenia nacisków wewnętrznych i zewnętrznych. Może składać się z: zewnętrzna trumna z drewna o bokach grubości co najmniej 20 mm, a wewnętrzna trumna cynku starannie przylutowane lub innego materiału, który jest samo-zniszczalny; lub pojedynczej trumny z drewna o bokach o grubości co najmniej 30 mm pokrytej arkuszem cynku lub innego materiału, który jest samozniszczalny. Jeśli przyczyną śmierci jest choroba zakaźna, zwłoki muszą być zawinięte w całun impregnowanych roztworem antyseptycznym”. Zob. umowę o przewozie zwłok.

<sup>41</sup> Dokument ten zawiera informacje takie, jak: imię i nazwisko zmarłego, przyczynę i miejsce śmierci, datę i miejsce urodzenia, oraz wiadomości o samym transporcie, czyli środek transportu, miejsce wyjazdu, trasę oraz miejsce przeznaczenia. Zob. *Appendix – Laissez-passer for a corpse*, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/080.htm#ANX>

Europejskiej skierowanej do państw-członków Unii Europejskiej, które nie są sygnatariuszami umowy o przewozie zwłok, Rzeczpospolita Polska nie podpisała umowy ze Strasburga<sup>42</sup>. Poza regulacjami wielostronnymi kwestia repatriacji zwłok jest również przedmiotem umów dwustronnych. Zauważyć należy, że Polska zawarła umowy dwustronne o międzynarodowych przewozach drogowych z następującymi państwami: Albanią, Armenią, Białorusią, Jugosławią, Irakiem, Iranem, Jordanią, Kazachstanem, Kirgizją, Macedonią, Mołdawią, Rosją, Syrią, Tunezją, Turcją, Ukrainą oraz Uzbekistanem. Jednakże tylko w umowie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Federacji Rosyjskiej o międzynarodowych przewozach drogowych poruszono kwestię przewozu ciał i prochów<sup>43</sup>. Pozostałe umowy dwustronne nie poruszają tego zagadnienia.

## 5. Kwestie konsularne

Ze względu na złożoność zagadnienia międzynarodowego transportu zwłok i szczątków oraz połączone z tym kwestie społeczne, istotną rolę w tym procesie odgrywa urząd konsularny, do którego zadań należy m.in. ochrona, udzielanie informacji i opieki w państwie przyjmującym obywateli państwa wysyłającego<sup>44</sup>. Funkcje konsularne nie zostały przytoczone bez przyczyny, bowiem w związku z rosnącą liczbą obywateli Rzeczypospolitej stale i czasowo przebywających poza granicami kraju<sup>45</sup>, jak również wyjeżdżających w celach turystycznych<sup>46</sup>, międzynarodowy

---

<sup>42</sup> Komisja Wspólnot Europejskich Bruksela, Zielona Księga Ochrona dyplomatyczna i konsularna obywateli Unii Europejskiej w krajach trzecich (przedstawiony przez Komisję) z 28 listopada 2006 r., KOM(2006)712 wersja ostateczna s. 8–9; Komisja Europejska Bruksela, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady Ochrona konsularna obywateli UE w państwach trzecich: Stan aktualny i perspektywy z 23 marca 2011 r., KOM(2011) 149 wersja ostateczna, s. 8.

<sup>43</sup> Zob. Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Federacji Rosyjskiej o międzynarodowych przewozach drogowych podpisana w Warszawie 30 sierpnia 1996 r. (MP z 2005 r. Nr 61, poz. 806, s. 1886).

<sup>44</sup> Zob. Konwencja wiedeńska o stosunkach konsularnych sporządzona w Wiedniu 24 kwietnia 1963 r. (Dz. U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98).

<sup>45</sup> Główny Urząd Statystyczny, *Rocznik demograficzny 2014*, Warszawa 2014, s. 497–499.

<sup>46</sup> Badania wykonane przez ActivGroup na zlecenie Ministerstwa Sportu i Turystyki w ramach Programu Badań Statystycznych Statystyki Publicznej na rok 2013, nr 1.30.06(099), *Aktywność turystyczna Polaków. Podróże Polaków w 2013 roku*, s. 8–9, <http://www.msport.gov.pl/article/podroze-polakow-w-2013-roku-podstawowe-wyniki-badan>



transport zwłok stał się sprawą powszechną. Uregulowania prawne, zarówno krajowe, jak i międzynarodowe, które zostały omówione powyżej, muszą zostać uzupełnione o informacje konsularne, które są niezbędne dla osób chcących pochować zmarłego poza granicami Rzeczypospolitej.

Polskie urzędy konsularne w 2012 r. odnotowały łącznie 3486 zgonów Polaków przebywających za granicą<sup>47</sup>, a konsulowie szczegółowo informowali rodziny zmarłych w kwestii transportu zwłok lub szczątków do kraju, udzielali pomocy w czynnościach wyjaśniających okoliczności zgonu, uzyskaniu niezbędnych dokumentów<sup>48</sup>. Jedną z kluczowych reguł została wyrażona w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych: jeżeli właściwe władze państwa wysyłającego posiadają informacje o zgonie obywatela państwa wysyłającego, to są one obowiązane niezwłocznie zawiadomić o tym urząd konsularny, w którego okręgu nastąpił zgon. W przypadku polskiego obywatela, konsul RP, za pośrednictwem urzędu wojewódzkiego właściwego dla miejsca zamieszkania zmarłego, powiadamia rodzinę w kraju. Konsul, udzielając informacji w kwestii transportu, musi poinformować rodzinę o prawie obowiązującym w państwie, w którym nastąpił zgon.

W związku z tym, że najwięcej Polaków zamieszkuje lub tymczasowo przebywa na terytorium Niemiec<sup>49</sup>, szczególnej uwagi wymaga tryb repatriacji zwłok z Niemiec do Polski. W celu przewiezienia zwłok z Niemiec do Polski przedsięwzięcie pogrzebowe musi uzyskać zaświadczenie wydane przez polski urząd konsularny, za wydanie którego obowiązuje opłata konsularna<sup>50</sup>. W celu uzyskania powyższego zaświadczenia konsulowi należy przedłożyć wymagane dokumenty: niezbędne jest uzyskanie zezwolenia wójta (burmistrza, prezydenta miasta) właściwego dla miejsca pochówku, uprawniające do przewiezienia osoby zmarłej do Polski i pochowania na miejscowym cmentarzu<sup>51</sup>. Potrzebny jest także akt zgonu albo zaświadczenie właściwego urzędu stanu cywilnego poświadczające, iż wystawienie takiego aktu nie

<sup>47</sup> *Raport polskiej służby konsularnej za 2012 rok*, Warszawa 2013, s. 17.

<sup>48</sup> J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2006, s. 472.

<sup>49</sup> Główny Urząd Statystyczny, *Rocznik...*, s. 497.

<sup>50</sup> Opłata wynosi 54 euro (w odniesieniu do Niemiec). Jednakże jest uzależniona od kraju, z którego repatriowane są zwłoki. Zob. *Taryfa Opłat Konsularnych*, [http://www.berlin.msz.gov.pl/pl/informacje\\_konsularne/tok/taryfa\\_oplat\\_konsularnych](http://www.berlin.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/tok/taryfa_oplat_konsularnych)

<sup>51</sup> Należy zaznaczyć, że zezwolenie nie może być zastąpione zaświadczeniem administracji cmentarza o nabyciu miejsca na cmentarzu. Zob. *Przewóz zwłok*, [http://www.berlin.msz.gov.pl/pl/informacje\\_konsularne/sprawy\\_prawne/inne/przewoz\\_zwlok](http://www.berlin.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/sprawy_prawne/inne/przewoz_zwlok)

było możliwe. Ponadto na przewiezienie zwłok do innej miejscowości należy uzyskać tzw. Leichenpass (zezwolenie na przewiezienie zwłok), przy wystawieniu którego przewoźnik może być poproszony o *Bescheinigung über die ordnungsgemässe Einsargung* (pisemne potwierdzenie przestrzegania międzynarodowych przepisów sanitarnych dotyczących przewożenia zwłok). Z kolei w przypadku kremacji należy okazać tzw. Einäscherungsbescheinigung (akt kremacji), który powinien zawierać niezbędne informacje o osobie zmarłego<sup>52</sup>. Ostatnim wymaganym dokumentem jest tzw. ärztliche Bescheinigung über Todesursache (świadczenie lekarskie o przyczynie zgonu) informujące, że osoba nie zmarła na chorobę zakaźną. W przypadku przewozu tranzytowego wymagane są wszystkie powyższe dokumenty oraz pozwolenie uprawniające do wwozu osoby zmarłej, wydane przez właściwą ambasadę kraju sąsiedniego, przez którego terytorium tranzyt będzie miał miejsce. W celu przewiezienia ciała zmarłego należy również odpowiednio zabezpieczyć zwłoki<sup>53</sup>. Omówiona procedura obowiązująca przy repartycji zwłok z Niemiec stosowana jest w innych państwach, z oczywistymi modyfikacjami w związku z obowiązującym tam prawem. Jako przykład można wskazać Włochy oraz Wielką Brytanię: przewóz zwłok z terytorium Włoch wymaga zaświadczenia włoskich służb sanitarnych (USL)<sup>54</sup>, natomiast uzyskanie zezwolenia konsula RP w Wielkiej Brytanii uzależnione jest od przedłożenia zezwolenie koronera na wywóz zwłok z Wielkiej Brytanii<sup>55</sup>. Znamienne jest, że procedura uzyskiwania zezwolenie konsula RP w poszczególnych krajach przebiega według jednego

---

<sup>52</sup> Do niezbędnych informacji zalicza się: dane personalne osoby zmarłej, przyczynę śmierci oraz dane dotyczące miejsca i czasu kremacji.

<sup>53</sup> Drewniana trumna musi być wyposażona w szczelnie zalutowany metalowy wkład zawierający substancję absorbującą (co najmniej 5 cm grubości), w którym znajdują się zwłoki. Prochy osoby zmarłej powinny być natomiast złożone w szczelnie zalutowanym wkładzie, który powinien znajdować się w urnie. Zob. *Przewóz zwłok lub urny z prochami z Niemiec do Polski*, [http://www.monachium.msz.gov.pl/pl/informacje\\_konsularne/informacje\\_prawne/przewoz\\_zwlok](http://www.monachium.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/informacje_prawne/przewoz_zwlok)

<sup>54</sup> Zaświadczenie musi potwierdzać, że ciało zostało zamknięte hermetycznie w metalowej skrzyni wyłożonej warstwą substancji chłonnej o grubości co najmniej 5 cm. *Zezwolenie na przewóz zwłok z Włoch*, [http://www.mediolan.msz.gov.pl/pl/informacje\\_konsularne/stan\\_cywilny/zezwolenie\\_na\\_przewoz\\_zwlok/mediolan\\_it\\_k\\_74](http://www.mediolan.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/stan_cywilny/zezwolenie_na_przewoz_zwlok/mediolan_it_k_74)

<sup>55</sup> *Sprowadzenie do Polski zwłok lub prochów z Wielkiej Brytanii*, [http://www.edynburg.msz.gov.pl/pl/informacje\\_konsularne/dzial\\_prawny/sprowadzenie\\_do\\_polski\\_zwlok\\_lub\\_prochow/sprowadzanie\\_do\\_polski\\_zwlok\\_lub\\_prochow](http://www.edynburg.msz.gov.pl/pl/informacje_konsularne/dzial_prawny/sprowadzenie_do_polski_zwlok_lub_prochow/sprowadzanie_do_polski_zwlok_lub_prochow) [data dostępu: 13 listopada 2014 r.].



wzorca. Dużą rolę w tym procesie odgrywa znajomość lokalnego prawa, ponieważ pomiędzy poszczególnymi państwami występują różnice w wymaganych dokumentach. W związku z powyższym wydaje się, że wprowadzenie jednolitych regulacji byłoby wskazane w celu zmniejszenia komplikacji procesu sprowadzania zwłok z zagranicy do Polski.

## **6. Uwagi podsumowujące**

Transport zwłok traktowany jest zarówno w doktrynie, jak i judykaturze w sposób wręcz marginalny. Zważywszy na to, można wysunąć tezę, że problem międzynarodowego transportu zwłok jest kwestią wykraczającą poza ramy dyskursu prawniczego. Omawiana problematyka nie zamyka się jedynie w zakresie omówionych formalności, których spełnienie gwarantuje sprowadzenie ciała osób nam najbliższych na obszar państwa polskiego. Poza rzeczonymi formalnościami, głównym problemem sprowadzenia zwłok denata są związane z tym koszty. Problematyka kosztów międzynarodowego transportu zwłok nie kończy się jedynie na poniesieniu opłaty konsularnej, bo jak podniesiono powyżej, wniosek skierowany do starosty ostatniego miejsca zamieszkania denata wolny jest od jakichkolwiek opłat skarbowych. Zdecydowanie mniejszy kłopot po stronie podmiotów uprawnionych występuje wówczas, kiedy zmarły w zakresie swojego ubezpieczenia, miał również zagwarantowane, iż w przypadku śmierci poza granicami kraju ubezpieczyciel pokrywa koszty przewozu ciała do kraju. Znacznie większy problem powstaje wówczas, gdy denat takowego ubezpieczenia nie posiadał, bowiem wszelkie koszty związane z transportem jego ciała pokryć będą musieli jego najbliżsi. Mając na uwadze powyższe rozważania zważyć należy, że niejednokrotnie osoby zobowiązane do pochowania swojego najbliższego, wobec jego śmierci poza polskimi granicami stają w obliczu podjęcia trudnej decyzji. Bowiem z jednej strony, niewyobrażalnym jest w wielu przypadkach pozostawienie zmarłej osoby najbliższej poza granicami Polski, gdzie pochowana zostanie w mogile zbiorowej, a z drugiej strony chęć pochowania ciała zgodnie z polskim obrządkiem funeralnym może doprowadzić do powstania po stronie spadkobierców, którzy zobowiązali się do jego pochowania, czasowej bądź trwałej niewypłacalności. Decyzja ta, tak naprawdę wykracza poza jakiegokolwiek normy prawa i uderza nie tylko w ludzkie sumienie, ale także w umiejętność rozsądnego i logicznego podejmowania decyzji – o ile w takich chwilach

możliwe jest podejmowanie decyzji rozsądnych i logicznych.

Mimo że społeczność międzynarodowa wcześniej zainteresowała się tematyką repatriacji zwłok i szczątków, w dalszym ciągu nie wypracowano jednolitego wzorca, a procedury transportowe uzależnione są nadal od przepisów państw, z których i przez które przebiega trasa przejazdu środka transportującego ciało zmarłego. Marginalne zainteresowanie państw ratyfikacją obowiązujących już umów międzynarodowych może budzić niepokój, gdyż procedura repartycji zwłok jest skomplikowana i zależna od przepisów poszczególnych państw.

W naszej opinii właściwe byłoby przyjęcie umowy ze Strasburga w celu ujednoczenia procedur w całej Unii Europejskiej. Można wnioskować, że ujednoczenie procedur obniżyłoby koszt przewozu. Co więcej, firmy przewozowe uniknęłyby większości formalności, gdyż w chwili obecnej muszą znać różnice w procedurach pomiędzy poszczególnymi państwami. Regulacje prawnomiędzynarodowe transportu zwłok także wymagają poprawy. Umowa ze Strasburga o przewozie zwłok jest jedynie unowocześnieniem wcześniejszego układu z Berlina. Ponadto nie jest ona wiążąca dla wielu państw. Należy zastanowić się nad wprowadzeniem międzynarodowej konwencji, która mogłaby zostać przyjęta przez większość państw świata, która ułatwiłaby proceder repatriacji zwłok i zastąpiła dwie obecnie obowiązujące regulacje. Jeżeli projekt ten jest zbyt daleko idący, zasadnym byłoby uchwalenie aktu prawnego rangi unijnej, który umożliwiłby państwom członkowskim na swobodny przewóz zwłok.

## **Streszczenie**

Prezentowany artykuł porusza problematykę, która zarówno w doktrynie jak i judykaturze traktowana jest w sposób marginalny, a mianowicie: międzynarodowy transport zwłok. Tematyka ta może wywoływać liczne kontrowersje z uwagi na brak jednolitych procedur. W związku z czym może stanowić znaczący głos w dyskusji. W prezentowanym artykule szczególna uwaga poświęcona została regulacjom międzynarodowym transportu zwłok (z uwzględnieniem kwestii konsularnych),

podniesiono również kwestie długów spadkowych oraz regulacji krajowych.

Słowa kluczowe: długi spadkowe, urząd konsularny, dokumenty międzynarodowe.

### **Abstract**

This article describes international transport of corpses, which has become very popular over the last several years. What is more, this subject is causing much controversy in many countries because there are no uniform procedures. Special attention in this article is devoted to international instruments, consular post and debts under the succession.

Keywords: debts under the succession, consular post, international instruments.

Алексей Владимирович Барков<sup>1</sup>  
Роман Юрьевич Грачев<sup>2</sup>

## **О тенденциях и перспективах развития российского законодательства о погребении и похоронном деле**

На протяжении последних десяти лет о несовершенстве Федерального закона от 12.01.1996 г. № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле»<sup>3</sup> говорилось неоднократно при обсуждении различных вариантов его реформирования. Его несовершенство связывалось в основном с тем, что в переходный период от административно-командной к рыночной экономике по инерции пытались использовать потенциал советской правовой модели. Размещение проекта ФЗ «О похоронном деле»<sup>4</sup> в октябре 2014 г., подготовленного Министерством строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации, на своем официальном сайте для общественного обсуждения вызвало очередную активную дискуссию о тенденциях и перспективах развития правового обеспечения похоронной отрасли, являющейся одной из наиболее социально значимых и криминализированных отраслей народного хозяйства.

Следует отметить, что в настоящее время в мировой практике наиболее успешно используются две модели (формы) государственного

---

<sup>1</sup> Проф. д-р, Московская академия экономики и права (prof. dr hab, Moskiewska Akademia Ekonomiki i Prawa).

<sup>2</sup> К.ю.н., доц., Московская академия экономики и права (dr, doc., Moskiewska Akademia Ekonomiki i Prawa)..

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ от 15.01.1996, № 3, ст. 146 (с изм. от 04.06.2014).

<sup>4</sup> Минстрой России подготовил законопроект о похоронном деле // Официальный сайт Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации. URL: <http://minstroyrf.ru/press/minstroy-rossii-podgotovil-zakonoproekt-o-pokhoronnom-dele/> (дата обращения 03.11.2014).

контроля и регулятивного воздействия на отдельные отрасли хозяйствования: выдача разрешений (лицензий) на осуществление отдельных видов работ, оказание услуг, распространение товаров и саморегулирование. Обращая внимание на эволюцию моделей государственного правового воздействия на похоронную отрасль, следует отметить, что до 1996 г. доминировала первая. Лицензированию подлежала деятельность по оказанию следующих видов ритуальных услуг: прием заказа и заключение договора на организацию похорон; бальзамирование; санитарная и косметическая обработка трупов; захоронение и перезахоронение; услуги крематориев; уход за могилой; изготовление гробов; заключение прижизненного договора на оказание ритуальных услуг<sup>5</sup>. Затем в соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 128 «О лицензировании отдельных видов деятельности»<sup>6</sup> лицензирование этой сферы было отменено.

С этого момента начинает более четко прослеживаться динамика перехода ко второй модели (форме) регулирования, коей является деятельность специализированных институтов профессионального общественного воздействия, созданию и развитию которых способствует государство. Указанные институты приобрели в России вид некоммерческих саморегулируемых организаций (СРО), каждой из которых соответствует определенный вид предпринимательской деятельности, ведомый ее членами. Следует особо подчеркнуть, что и тот, и другой механизмы имеют широкое распространение не только в нашей стране, но и в системах права абсолютного большинства зарубежных стран<sup>7</sup>.

С вектором на саморегулирование связывалось реформирование законодательства о похоронном деле, инициатором которого выступала Федеральная антимонопольная служба и наиболее крупные саморегулируемые организации в данной сфере<sup>8</sup>. Среди

---

<sup>5</sup> См.: Положение о порядке лицензирования деятельности по оказанию ритуальных услуг: утв. постановлением Правительства РФ от 26 декабря 1995 г. № 1272.

<sup>6</sup> СПС «Гарант». URL: <http://base.garant.ru/12123874/> (дата обращения 03.11.2014).

<sup>7</sup> См.: Барков А.В. *Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования*: дис. докт. юрид. наук. М., 2008. С. 420.

<sup>8</sup> См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О погребении и похоронном

мер, направленных на демонополизацию рынка похоронных услуг, предполагались: создание саморегулируемой организации в сфере ритуальных услуг, устанавливающей требования к своим членам, к качеству услуг, правила похоронной этики, а также механизм компенсации ущерба, причиненного потребителям услуг – из компенсационного фонда СРО; установление прозрачности цен на ритуальные услуги путем введения требования о размещении в открытом доступе, в том числе на зданиях администраций кладбищ, на сайтах местных администраций и сайтах администраций кладбищ, в местных СМИ сведений о членах СРО и ценах на ритуальные услуги, и т.д.

Отмеченная нами выше тенденция к постепенной отмене лицензирования в отношении многих видов деятельности как процесс либерализации экономической деятельности в целом в научной литературе рассматривалась положительно. Вместе с тем применительно к сфере оказания ритуальных услуг вставал вопрос «об адекватной замене лицензирования иными мерами, в частности, техническим регулированием»<sup>9</sup>, в целом присущим и другим отмененным рассматриваемым законом ранее лицензируемым видам деятельности. Действительно, в соответствии с Законом РФ «О техническом регулировании» на изделие, объекты, процессы, предоставляющие потенциальную опасность для жизни и здоровья людей, имущества физических и юридических лиц, окружающей среды должны разрабатываться технические регламенты. Такие регламенты должны были заменить нормативные и директивные документы, в которых в настоящее время содержатся обязательные требования по безопасности изделий, объектов, процессов, в том числе документы: ГОСТ и ГОСТ Р, СНИПы, СанПиНы, рекомендации. Вместе с тем отмечалось, что применительно к ритуально-похоронной сфере следовало разработать технический регламент «Безопасность объектов, изделий, материалов, оборудования ритуально-похоронного назначения». Этот регламент, по мнению Р.Г. Набиева, должен был быть принят в качестве федерального закона. Предполагалось, что в него должны войти нормы действующих санитарных норм и правил

---

деле» // URL: [regulation.gov.ru/get.php?doc\\_id=28599&view\\_id=12](http://regulation.gov.ru/get.php?doc_id=28599&view_id=12) (дата обращения 03.11.2014).

<sup>9</sup> См.: Набиев Р.Г. *Возмездное оказания ритуальных услуг в Российской Федерации*: дис. канд. юрид. наук. Волгоград, 2007. 195 с.

СанПиН 2.1.1279-03 «Гигиенические требования к размещению, устройству и содержанию кладбищ, зданий и сооружений похоронного назначения». В регламенте, в частности, должны были быть установлены требования по безопасности к гробам, которые предназначены для использования при кремации тел умерших. Такая постановка вопроса Р.Г. Набиевым представляется вполне логичной<sup>10</sup>, но, к сожалению, до настоящего времени не реализованной.

В законопроекте, подготовленном Минстроем, в противовес законопроекту, подготовленному ФАС, предполагается в качестве основной новеллы возрождение института лицензирования в отношении таких услуг, как прием заказа, заключение договора на организацию похорон и сопровождение похорон; подготовка и проведение обряда прощания; захоронение, эксгумация и перезахоронение останков и др. Согласно проекту закона, предлагается установить ответственность должностных и юридических лиц за правонарушения в сфере похоронного дела путем внесения соответствующих изменений в Кодекс РФ об административных правонарушениях. Например, сотрудников медучреждений и полиции смогут привлечь к административной ответственности за незаконную передачу данных о смерти лиц ритуальным агентствам. По информации министра строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации М.А. Меня<sup>11</sup>, принятие данного закона планируется в Госдуме уже осенью 2014 года. Следовательно, можно сделать вывод, что в настоящее время российский законодатель отдает приоритет модели государственного воздействия на похоронную отрасль, ориентированной на лицензирование.

Ранее нами отмечалось, что регулятивное воздействие и контроль через механизмы лицензирования не только не является изжившим себя способом защиты государством публичных интересов, но, напротив, может и должен продолжать применяться в отдельных отраслях экономики и даже охватывать собой некоторые виды деятельности, осуществление которых ныне не требует специальных разрешений. Его главным преимуществом является возможность государства как главного выразителя публичного интереса

---

<sup>10</sup> См. подр.: Набиев Р.Г. *Указ.соч.* С. 122.

<sup>11</sup> См.: Законопроект о похоронном деле рассмотрят в Госдуме осенью – глава Минстроя // РАПСИ. URL: [http://rapsinews.ru/legislation\\_news/20140908/272073559.html](http://rapsinews.ru/legislation_news/20140908/272073559.html) „ixzz3I0aKfAzW”\ „ixzz3I0aKfAzW”[http://rapsinews.ru/legislation\\_news/20140908/272073559.html#ixzz3I0aKfAzW](http://rapsinews.ru/legislation_news/20140908/272073559.html#ixzz3I0aKfAzW) (дата обращения 03.11.2014).

поддерживать баланс между потребностями общества и отдельных лиц, осуществляющих экономическую деятельность.

В этом контексте вызывает некоторое беспокойство деятельность отдельных министерств и ведомств, а также Федерального Собрания, направленная на создание системы регулирования социально и экономически значимых видов деятельности, за малым изъятием исключаяющей разрешительные процедуры. Полный отказ от модели правового регулирования и контроля представляется ошибочным, так как разрешительный метод имеет немало преимуществ по отношению к саморегулированию<sup>12</sup>. Наряду с разработкой технических регламентов положительно оцениваем стремление легально вернуть процедуру лицензирования оказания ритуальных услуг, практика которого имеется во многих странах мира, что, на наш взгляд, благотворно скажется на защите прав потребителей.

Как справедливо отмечает Р.З. Лившиц, «в природе рынка социальная защищенность человека просто не заложена. Чтобы обеспечить подобную защищенность, ее нужно ввести извне. В этом одно из важнейших направлений деятельности государства и права как средства сохранения стабильности общества. Вот почему государственно-правовое вмешательство в экономику необходимо, ибо оно несет в себе социальную защищенность человека. Мера вмешательства государства и права, формы вмешательства здесь различны, они зависят от состояния общества»<sup>13</sup>. В связи с этим, на наш взгляд, с учетом реалий незавершенного этапа перехода к рыночной экономике представляется необходимым гармоничное и взвешенное сочетание достоинств двух моделей: лицензирования и саморегулирования.

В наиболее общем виде саморегулирование можно определить как деятельность некоммерческих организаций, специально созданных для защиты прав неограниченного круга лиц, обладающих контрольными и распорядительными функциями, собственными органам государственной власти<sup>14</sup>. Саморегулирование с точки зре-

<sup>12</sup> См.: Барков А.В. *Указ. соч.* С. 421.

<sup>13</sup> Лившиц Р.З. *Теория права: учебник.* М.: Издательство БЕК, 1994. С. 178.

<sup>14</sup> См.: Плескачевский В. *Саморегулируемые организации. Проблемы развития, законодательства и правоприменительной практики: выступление на парламентских слушаниях в Совете Федерации // На принципах саморегулирования.* URL: [http://HYPERLINK „http://www.valuer.ru/files/ds/inf\\_160604.htm”www.valuer.ru/files/ds/inf\\_160604.htm](http://HYPERLINK „http://www.valuer.ru/files/ds/inf_160604.htm”www.valuer.ru/files/ds/inf_160604.htm) (Дата обращения: 23.11.2011).



ния многих специалистов является «одним из признаков цивилизованности отношений между государством и бизнесом»<sup>15</sup>. При этом его развитие может и по-прежнему должно рассматриваться как одно из приоритетных направлений в совершенствовании качества регулирования в России<sup>16</sup>. Данный способ организации регулирования и контроля отдельных видов деятельности имеет достаточно длительную историю в развитых странах и используется зачастую параллельно с лицензированием. Для отечественной же системы права саморегулирование является новой правовой конструкцией<sup>17</sup>.

Как и лицензирование, саморегулирование имеет целый ряд положительных свойств. К ним, в частности, можно отнести частичную самостоятельность организации отраслевой деятельности лицами, участвующими в ней, что, безусловно, способствует повышению ее эффективности. Таким образом, непосредственные участники правоотношений в рамках отдельных видов деятельности получают возможность влиять на отраслевое регулирование, а не просто быть пассивными исполнителями государственной воли. Кроме того, субъекты саморегулируемой деятельности получают доступ к «форуму», в рамках которого они имеют возможность напрямую выразить свое мнение в отношении тех или иных аспектов государственного регулирования выполняемых ими работ, оказываемых услуг, реализации ими определенных видов товаров. Думается, что легализация необходимости приобретения статуса саморегулируемой организации отсечет от рынка ритуальных услуг недобросовестных криминализированных «черных» похоронных агентств, не способных пройти корпоративную сертификацию, и послужит репутационной гарантией для организации, пожелавшей приобрести обязательную лицензию.

---

<sup>15</sup> См.: Киселева О. *Саморегулируемый бизнес* // «Политический журнал.» 2004. 7 сентября. URL: [http://HYPERLINK <http://www.valuer.ru/>www.valuer.ru/files/ds/inf\\_070904.htm](http://HYPERLINK <http://www.valuer.ru/>www.valuer.ru/files/ds/inf_070904.htm) (Дата обращения: 7.01.2012).

<sup>16</sup> См.: Крючкова П. *О саморегулируемых организациях: эксп. ком. к законопроекту // На пути к саморегулированию.* URL: [http://HYPERLINK <http://www.valuer.ru/files/ds/inf\\_290604.htm>www.valuer.ru/files/ds/inf\\_290604.htm](http://HYPERLINK <http://www.valuer.ru/files/ds/inf_290604.htm>www.valuer.ru/files/ds/inf_290604.htm) (Дата обращения: 7.01.2012).

<sup>17</sup> См.: Серова О.А. *Признаки саморегулируемых организаций* // HYPERLINK <<http://elibrary.ru/contents.asp?issueid=975695>> „Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия: Право”. 2007. HYPERLINK <<http://elibrary.ru/contents.asp?issueid=975695&selid=17024978>> № 1. С. 81-85.

Таким образом, логика развития законодательства о похоронном деле и ритуальном обслуживании состоит на настоящем этапе в том, чтобы выработать и закрепить в виде нормативно установленных правил систему «сорегулирования», опирающуюся, с одной стороны, на саморегулируемую структуру профессионального общества, а с другой, на федеральный орган исполнительной власти в лице министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации. Представляется, что в этом направлении и должно проходить последующее обсуждение проекта ФЗ «О похоронном деле».

Говоря о перспективах развития законодательства о погребении и похоронном деле, на наш взгляд, в качестве оптимального направления его совершенствования предлагается с учетом опыта развитых правовых систем использование правовой модели социального предпринимательства. Термины «социальное предпринимательство» (*social entrepreneurship*) в англо-американской традиции и «социальный предприниматель» (*social entrepreneur*) – в европейской вошли в научный оборот впервые сравнительно недавно, лишь в 60-е годы XX века. Суть социального предпринимательства наиболее четко выражена Биллом Дрейтоном, основателем компании «Ашока»: «Социальные предприниматели не довольствуются тем, чтобы просто дать человеку рыбы, или обучить, как ее ловить. Они не успокоятся до тех пор, пока не революционизируют саму рыбную отрасль»<sup>18</sup>. По мнению Грегори Диза (директора центра развития социального предпринимательства Университета Дюка США), «наше время созрело для того, чтобы решать социальные проблемы «предпринимательскими» средствами»<sup>19</sup>. В литературе под социальным предпринимательством понимается предпринимательская деятельность, нацеленная на смягчение или решение социальных проблем, характеризующаяся следующими признаками: социальное воздействие; инновационность; самокупаемость и финансовая устойчивость; масштабируемость и тиражируемость; предпринимательский подход<sup>20</sup>. Данное явление занимает особое место в обществе и, находясь на стыке предпринимательства и благотворительности, впитывает в себя их положительные черты:

---

<sup>18</sup> Социальное предпринимательство // Википедия.

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Там же.

от благотворительности – социальную направленность деятельности, от бизнеса – предпринимательские принципы, что позволяет социальному предпринимательству генерировать новый подход к решению социальных задач.

Сегодня **социальное предпринимательство** переживает новый исторический этап развития, связанный с тем, что во многих современных правовых порядках оно рассматривается как продолжение государственной социальной политики, направленное на решение различных проблемных вопросов, от экологических до защиты социально уязвимых слоев общества.

Во многих странах данная идея получила практическое воплощение. Для решения различных социальных проблем общества в 2009 г. в Великобритании сформировано министерство социального предпринимательства, в 2010 г. в Южной Корее при правительстве создано Агентство по продвижению социального предпринимательства, в 2011 г. в США объявлено о формировании «четвертого сектора экономики», на базе которого с использованием инноваций социального предпринимательства будут решаться социальные проблемы.

В зависимости от определения роли и места государства как законодателя в организации решения социальных проблем выделяется две модели социального предпринимательства: американская и европейская<sup>21</sup>. В США большая часть внешнего финансирования получается от частных фондов. Особенность американского пути развития социального предпринимательства заключается в том, что в США существует достаточно разветвленная и устойчивая сеть частной поддержки в виде благотворительных фондов. В Европе роль государства в определении стратегии развития правовой политики социального предпринимательства огромна, так как основана на государственной поддержке органами государственной власти и Европейским союзом. Несмотря на некоторые различия в подходах к правовой регламентации социального предпринимательства и деятельности социальных предприятий Америки и Европы, общее, что объединяет их, – это стремление оказать поддержку социальному предпринимательству, рассматриваемому как обновленное направление государственной социальной политики<sup>22</sup>. Направлением

---

<sup>21</sup> Там же.

<sup>22</sup> Там же.

совершенствования законодательства является правовое обеспечение межсекторного взаимодействия.

Вместе с тем, несмотря на заметный интерес к зарубежному опыту социального предпринимательства на самом высоком уровне, в России наблюдается тенденция отождествления социального предпринимательства с «предпринимательской деятельностью, осуществляемой с целью оказания социальных услуг»<sup>23</sup>, что не вполне соответствует мировой практике. Как известно, по итогам встречи с предпринимателями в социальной сфере Председателем Правительства дано поручение по разработке дефиниции «предпринимательской деятельности, осуществляемой в целях оказания социальных услуг», а не «социального предпринимательства», о котором шла речь на встрече, что, очевидно, не одно и то же. Несмотря на активно обсуждаемые предложения о легализации понятия социального предпринимательства как социально ориентированной предпринимательской деятельности по оказанию социальных услуг<sup>24</sup>, даже такая упрощенная дефиниция не получила отображение в Федеральном законе «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации»<sup>25</sup>. В связи с этим в настоящее время особый интерес представляет выработка критериев социального предприятия, что обуславливает необходимость изучения передового зарубежного опыта.

В Великобритании Кабинет министров поставил задачу финансирования развития и поддержки социального предпринимательства, и Казначейство Великобритании (Министерство финансов) дало следующее легальное определение социальных предприятий. «Социальные предприятия являются частью «третьего сектора», охватывающей все неправительственные организации, которые принципиально реинвестируют прибыль в сообщество или организацию и стремятся к достижениям в общественной жизни

---

<sup>23</sup> *Поручения по итогам встречи с предпринимателями в социальной сфере* // Официальный сайт Правительства РФ. URL: <http://government.ru/orders/7515> (дата обращения 10.07.2014).

<sup>24</sup> См.: «*Сенаторы предлагают ввести понятие «социальный предприниматель»*» // Портал «Вместе с Россией». URL: <http://vmeste-rf.tv/news/19288.do> (дата обращения 10.07.2014).

<sup>25</sup> *Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации: Федеральный закон от 13 декабря 2013 г. № 442-ФЗ* // «Российская газета.» 2013. 30 декабря.

и в защите окружающей среды, и не используют ее для максимизации доходов совладельцев или собственника предприятия. Третий сектор охватывает добровольные и общественные организации, благотворительные учреждения, социальные предприятия, общества взаимопомощи и кооперативы»<sup>26</sup>. Данное определение конкретизируется с учетом ряда пространственных, не вполне четких экономических и социальных критериев<sup>27</sup>.

В Южной Корее, обобщившей британский опыт, критерии социального предприятия более конкретны. В Законе о развитии социального предпринимательства, принятом 7 января 2007 г., в соответствии со ст. 2 термин «социальное предприятие» распространяется на организации, занимающиеся деятельностью по производству и продаже товаров и услуг и преследующие социальные цели повышения качества жизни местных жителей путем оказания социальных услуг и создания рабочих мест для незащищенных слоев населения при условии, что данные предприятия прошли процедуру сертификации, предусмотренную ст. 7 Закона<sup>28</sup>. Данное определение конкретизируется в Постановлении о реализации Закона о развитии социального предпринимательства, утвержденном в июле 2007 г. указом президента Кореи. Социальным признается предприятие в случаях:

- 1) если основной целью деятельности организации является трудоустройство незащищенных лиц. При этом доля занятых незащищенных лиц среди работников предприятия должна составлять не менее 50% (до июля 2011 – не менее 30%);
- 2) если основной целью деятельности организации является предоставление социальных услуг в соответствии с п. 3 ст. 2 Постановления. При этом доля незащищенных лиц среди всех лиц, которым оказаны услуги, должна составлять не менее 50% (до июля 2011 г. – 30%);
- 3) если основной целью деятельности организации является одновременно и трудоустройство незащищенных лиц,

---

<sup>26</sup> HM Treasury, DTI, Home Office UK *Exploring the Role of the Third Sector in Public Service Reform (February 2005)* // Портал кооперативного движения Великобритании Co-operatives.uk. URL: [http://www.uk.coop/sites/storage/public/downloads/se\\_action\\_plan\\_2006\\_0.pdf](http://www.uk.coop/sites/storage/public/downloads/se_action_plan_2006_0.pdf) (дата обращения 02.08.2014).

<sup>27</sup> [http://en.wikiversity.org/wiki/Social\\_Enterprise](http://en.wikiversity.org/wiki/Social_Enterprise) (энциклопедический сайт Великобритании).

<sup>28</sup> <http://www.law.go.kr/engLsInfoPWah.do?lsiSeq=78333>

и предоставление им социальных услуг. При этом доля трудоустроенных незащищенных лиц среди всех работников предприятия и доля незащищенных лиц среди всех лиц, которым оказаны услуги, должны составлять не менее 30% (до июля 2011 г. – 20%).

В тех случаях, когда появляются трудности в определении того, реализуются ли социальные задачи в соответствии с требованиями закона, решение о присвоении статуса социального предприятия принимается Министерством труда после рассмотрения данного вопроса Комитетом по поддержке<sup>29</sup>. В ст. 2 Постановления подробно перечисляются категории граждан, имеющих право на приобретение статуса «незащищенные слои населения». Ст. 3 Постановления дает определение критерия «социальные услуги». При этом Министерство труда вправе присвоить статус «социальная услуга» в индивидуальном порядке в том случае, если социально значимая деятельность не соответствует легальным критериям.

Представляется, что идеология социального предпринимательства применима и для совершенствования законодательства в сфере похоронного дела, где в связи с высокой социальной значимостью отрасли получение прибыли не должно стать доминирующим. В связи с этим представляется целесообразным по аналогии с британским социальным предприятием – компанией общественного интереса и ее южнокорейским аналогом закрепить за специализированной службой по вопросам похоронного дела необходимость reinvestирования 2/3 прибыли в развитие социальной сферы – похоронного дела, что положительно скажется на оптимизации цены и качества ритуальных услуг.

### **Аннотация**

В настоящей статье исследуются тенденции и перспективы развития российского законодательства о погребении и похоронном деле. Выявляя достоинства и недостатки двух активно обсуждаемых в России законопроектов: «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О погребении и похоронном деле»»,

---

<sup>29</sup> <http://www.law.go.kr/engLsInfoPWah.do?lsiSeq=84951>

подготовленным Федеральной антимонопольной службой и похоронным сообществом (ориентированным на саморегулирование похоронной отрасли), и «О похоронном деле», опубликованным Минстроем осенью 2014 г. (нацеленным на доминирование лицензионного порядка регулирования рынка ритуальных услуг), авторы делают вывод о необходимости сочетания достоинств двух моделей: саморегулирования и лицензирования. В качестве перспективного направления совершенствования законодательства о погребении и похоронном деле обосновывается возможность использования идеологии социального предпринимательства, получившего в развитых правовых системах практическое применение.

Ключевые слова: похоронное дело, лицензирование, саморегулирование, социальное предпринимательство.

### **Abstract**

This article examines the tendencies and prospects of development of Russian legislation on the burial and funeral business. Identifying the advantages and disadvantages of two actively discussed in Russia of the draft laws «On introducing amendments and addenda to the Federal law «On burial and funeral business» prepared by the Federal Antimonopoly service and the funeral community (focused on the self-regulation of the funeral industry), and «About the funeral business», published by the Ministry of construction in the fall of 2014 (aimed at the domination of the license regulation of the market of ritual services), the authors conclude about the necessity of combining the advantages of two models: self-regulation and licensing. As perspective directions of improvement of the legislation on the burial and funeral business is justified the possibility of using ideology of social entrepreneurship, received practical application in developed legal systems.

Keywords: funeral business, licensing, self-regulation, social entrepreneurship.



Łukasz Błaszczak<sup>1</sup>

## **Wątpliwości wokół czynności sądowych w razie śmierci strony pozwanej po wniesieniu przeciwko niej pozwu, ale przed doręczeniem jej odpisu**

1. Śmierć strony pozwanej przed doręczeniem jej odpisu pozwu siłą rzeczy musi wywoływać określone konsekwencje procesowe. Zagadnienie samo w sobie jest niezwykle interesujące nie tylko z punktu widzenia teoretycznego, ale przede wszystkim praktycznego. Problem sprowadza się bowiem do tego, czy w przedmiotowej sytuacji procesowej sąd powinien zawiesić postępowanie, czy też odrzucić pozew, bądź też podjąć inną czynność procesową<sup>2</sup>. Odpowiedź nie jest tak oczywista, jak mogłoby się to wydawać z racji tego, że zagadnienie to kumuluje w sobie wiele innych problemów prawnoprocesowych, co do których nie ma wypracowanego jednolitego stanowiska. Rozważając skutki śmierci strony pozwanej przed doręczeniem jej odpisu pozwu, w pierwszym rzędzie właściwe jest

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Z uwzględnieniem licznych w tym zakresie wątpliwości zob. m.in.: M. Rafacz-Krzyżanowska, Śmierć pozwanego przed doręczeniem odpisu pozwu, „Nowe Prawo” 1962, nr 4, s. 537 i n.; H. Mądrzak, Śmierć pozwanego przed doręczeniem mu odpisu pozwu, „Nowe Prawo” 1963, nr 2, s. 225–228; M. Piekarski, Śmierć pozwanego przed doręczeniem mu odpisu pozwu a koszty procesu, „Nowe Prawo” 1964, nr 6, s. 617; W. Ziliński, *Pozycja pozwanego przed doręczeniem pozwu*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1995, nr XXXII, Wrocław 1995, s. 137 i n.; W. Broniewicz, *Chwila wszczęcia cywilnego postępowania rozpoznawczego przed sądem powszechnym*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1976, nr 14, s. 60 i n.; J.K. Gidyński, *Akty prawne rozpoczynające proces cywilny według kodeksu postępowania cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1933, nr 2, s. 60; M. Waligórski, *Glosa do orzeczenia SN z 21 lutego 1946 r., C III 1071/45*, „Państwo i Prawo” 1946, nr 5–6, s. 212 i n.; A. Laszkowska, *Zawieszenie sądowego postępowania rozpoznawczego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, s. 76 i n.; K. Flaga-Gieruszyńska, *Zastój procesu cywilnego*, Szczecin 2011, s. 147. W. Broniewicz, *Następstwo procesowe w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 191.



skupienie uwagi na pojęciu strony procesowej oraz zdolności sądowej. Sam tytuł przedmiotowego opracowania mógłby sugerować, że określony podmiot posiada status strony pozwanej jeszcze przed doręczeniem pozwu. Pytanie, czy jest to właściwe rozwiązanie kwestii terminologicznej? I czy przypadkiem nie idziemy w tym wypadku na skróty przyjmując terminologię procesową w odniesieniu do podmiotu, który nie powinien w tej sekwencji czasowej być określany mianem strony pozwanej, bo faktycznie nie został mu jeszcze doręczony pozew, a takowe wskazanie jego pozycji procesowej wynika jedynie ze sformułowania zamieszczonego w pozwie przez stronę powodową. Inną kwestią, która w tym wypadku rodzi uzasadnione wątpliwości jest, czy pojęcie strony procesowej w każdym wypadku będzie pokrywało się z posiadaniem zdolności sądowej. O tyle jest to istotne, iż przy przyjęciu określonych założeń co do wszczęcia postępowania może się okazać, że danemu podmiotowi przypiszemy status strony procesowej, mimo braku zdolności sądowej. Przy wskazanym powyżej temacie mamy do czynienia również z wieloma innymi zagadnieniami, które w ramach niniejszego opracowania zostaną jedynie zasygnalizowane, a które wiążą się z problematyką wszczęcia postępowania sądowego (wszczęcia procesu), pojęciem toku sprawy oraz z przesłankami procesowymi, a co ważniejsze, skutkami ich braków.

Gdy chodzi o zagadnienia pojęcia strony procesowej oraz zdolności sądowej, to są one poniekąd punktem wyjścia do dalszych uwag w zakresie omawianej kwestii. Stąd też właściwe jest przynajmniej w założeniach ogólnych przybliżenie ich istoty.

2. Cechą charakterystyczną procesu cywilnego jest tak zwana zasada dwustronności. Zasada ta odróżnia proces cywilny od innych postępowań<sup>3</sup>, w tym także postępowania nieprocesowego, w ramach którego nie ma dwóch przeciwstawnych stron, co nie oznacza, że wśród uczestników biorących udział w takim postępowaniu nie ma rozbieżnych interesów prawnych<sup>4</sup>. Podstawowym założeniem zasady dwustronności jest to, że proces może toczyć się tylko między dwiema stronami, tj. powodem

---

<sup>3</sup> Przykładowo z kolei w postępowaniu egzekucyjnym obowiązuje zasada dwustronności, zaś strony określamy jako wierzyciel i dłużnik. Podobnie rzecz dotyczy postępowania przed sądem polubownym.

<sup>4</sup> Zob. w przedmiocie statusu uczestników postępowania nieprocesowego np. E. Marszałkowska-Krześ w: E. Marszałkowska-Krześ, Ł. Błaszczak, I. Gil, E. Rudkowska-Ząbczyk, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2013, s. 434 i n.

i pozwanym<sup>5</sup>. Powód i pozwany są podmiotami, którym przypiszemy status stron procesowych i co do tego nie ma najmniejszych wątpliwości. To niebanalne stwierdzenie można uzupełnić także i tym stwierdzeniem, że powodem jest z reguły taki podmiot, który dochodzi swego prawa podmiotowego i który wszczyna postępowanie poprzez złożenie powództwa do sądu ewentualnie zaprzecza istnieniu określonego prawa podmiotowego lub stosunku prawnego (np. powództwo o negatywne ustalenie art. 189 k.p.c.), natomiast pozwany jest ten podmiot, który prawo to narusza lub jemu zagraża i przeciwko któremu owo powództwo jest skierowane<sup>6</sup>. Bez względu jednak na zachowanie się powoda i pozwanego proces nie może toczyć się bez ich udziału. Istnienie dwóch stron procesowych warunkuje bowiem możliwość toczenia się procesu<sup>7</sup>, przynajmniej w założeniach konstrukcyjnych tej figury prawnej. Nie można wykluczyć i takich sytuacji, że postępowanie będzie się toczyło mimo braku jednej ze stron procesowych w przekonaniu, że istnieje, a jedynie zachowuje bierność. Strony procesowe muszą ponadto być odrębnymi, różnymi od siebie podmiotami, ponieważ nie można prowadzić procesu z samym sobą, aczkolwiek, co należy podkreślić, może mieć miejsce sytuacja procesowa w odniesieniu do innych podmiotów aniżeli osoby fizyczne, gdzie dojdzie do ich połączenia w trakcie trwającego procesu, a więc połączenia strony powodowej ze strony pozwaną, co wiąże się z tzw. konfuzją procesową<sup>8</sup>.

Jednocześnie należy podnieść, iż istnienie tylko jednej strony wyklucza prowadzenie procesu, który już z samego założenia zakłada dwie

---

<sup>5</sup> Por.: M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe. Funkcja i struktura procesu*, Warszawa 1947, s. 124; J. Bardzki, *Spór z samym sobą*, „Palestra” 1929, s. 45; W. Siedlecki w: W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2000, s. 109; W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1966, s. 109; W. Berutowicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1984, s. 131; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2000, s. 45; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 136; J. Jodłowski w: J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 168 i n.

<sup>6</sup> Zob. także P. Grzegorzczak w: T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, P. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. I, Warszawa 2012, s. 326 i n.

<sup>7</sup> Por.: H. Trammer, *Następcza bezprzedmiotowość procesu cywilnego*, Kraków 1950, s. 32; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 189.

<sup>8</sup> Por. Ł. Błaszczak, *Pozycja handlowej spółki osobowej w procesie cywilnym*, Toruń 2006, s. 60 i n.

strony. Możliwe jest oczywiście występowanie kilku podmiotów po jednej lub drugiej stronie i wówczas mamy do czynienia z wielością podmiotów po jednej stronie (po stronie powoda lub pozwanego). Do relacji procesowych, jakie zachodzą pomiędzy tymi podmiotami, mają zastosowanie przepisy o współuczestnictwie w sporze (art. 73–74 k.p.c.).

Warto także zauważyć, że stronami procesowymi nie są przedstawiciele ustawowi stron, powołani do ich reprezentowania w procesie ani też ich pełnomocnicy procesowi, umocowani przez strony, a także organy osoby prawnej występującej w procesie<sup>9</sup>. Co prawda odmienne w tym zakresie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 27 września 1935 r.<sup>10</sup>, w którym opowiedział się za szerokim znaczeniem pojęcia strony. Stanowisko to jednak z perspektywy dzisiejszej regulacji prawnej nie jest możliwe do zaakceptowania. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że stroną jest osoba fizyczna, występująca w procesie i dokonująca czynności procesowych ze skutkiem prawnym dla siebie; jak i jej przedstawiciel lub pełnomocnik, gdy działa ze skutkiem prawnym dla strony. Strony bowiem mogą dokonywać czynności procesowych osobiście lub przez swoich przedstawicieli, zaś czynność dokonana w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Dla pojęcia bowiem strony procesowej nie jest wymagane samodzielne działanie danego podmiotu w procesie, lecz wystarczy już działanie w jego imieniu jako strony<sup>11</sup>, co w ujęciu wskazanym oznaczałoby, że za stronę procesową uznamy nie tylko pełnomocnika, ale i również przedstawiciela ustawowego. Z oczywistych względów do tych podmiotów nie można przypisać statusu strony procesowej i tego rodzaju pogląd jest mimo wszystko za daleko idący.

Z punktu widzenia poruszanego zagadnienia istotne znaczenia ma

---

<sup>9</sup> Por.: W. Siedlecki, *Zarys postępowania...*, s. 110; E. Waśkowski, *Podręcznik procesu cywilnego*, Wilno 1932, s. 151. Zdaniem E. Waśkowskiego stronami procesowymi w odróżnieniu od przedstawicieli ustawowych i pełnomocników umownych, są to te osoby, w których imieniu prowadzona jest sprawa i na które rozciąga się moc prawna wyroku sądowego i w końcu te, które ponoszą koszty procesu, por. E. Waśkowski, *Podręcznik...*, s. 151.

<sup>10</sup> Orzeczenie SN z 27 września 1935 r. (C III 258/35)”, *Orzecznictwo Sądowe. Zbiór Przeglądu Sądowego*” 1936, poz. 424, s. 200.

<sup>11</sup> Por. J. Sobkowski, *Podmioty gospodarki społecznej jako strona procesu cywilnego*, Poznań 1960, s. 3. Odmienne W. Siedlecki, którego zdaniem stronami procesowymi są tylko te podmioty, na rzecz których i przeciwko którym toczy się postępowanie, a więc które występują w procesie we własnym imieniu, por. W. Siedlecki, *Uchybienia procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1971, s. 35.

również i to, że pojęcie strony procesowej nie jest równoznaczne z pojęciem strony w rozumieniu prawa materialnego, czyli strony stosunku prawnego<sup>12</sup>. Na gruncie prawa procesowego pojęcie strony ma charakter autonomiczny<sup>13</sup>. Zostało ono bowiem uformowane przez naukę procesu cywilnego dla swoistych potrzeb postępowania cywilnego. Nie oznacza to oczywiście, że nie ma stron w rozumieniu prawa materialnego. Oczywiście są, tyle, że nie zawsze pokrywają się one ze stronami w rozumieniu prawa procesowego<sup>14</sup>. Oba pojęcia odnoszą się do innych właściwości i kwalifikacji, co wcale nie wyklucza tego, że strona procesowa – po rozpoznaniu sprawy – okaże się podmiotem uprawnionym lub zobowiązanym w świetle łączącego strony stosunku prawnego. Dlatego przy określaniu stron, w założeniu ogólnym, właściwy jest podział na stronę procesową (formalną) i stronę w znaczeniu materialnym<sup>15</sup>. Stroną w znaczeniu procesowym jest jednostka oznaczona jako strona danego procesu, tj. jednostka, która występuje w danym procesie we własnym imieniu jako powód albo pozwany. Stroną zaś w znaczeniu materialnym jest podmiot objęty działaniem normy prawnej indywidualno-konkretnej przytoczonej w powództwie<sup>16</sup>. Zatem stroną procesową jest ten *qui rem in iudicium ducit* lub *contra quem res in iudicium deducitur*. Takie ujęcie strony nie łączy w żadnym stopniu pojęcia strony procesowej ze stroną stosunku materialnoprawnego, aczkolwiek nie wyklucza kumulacji tych podmiotów<sup>17</sup>. Co do zasady, w większości przypadków pojęcie strony będzie pokrywało się z pojęciem strony w znaczeniu procesowym.

W przypadku prowadzenia postępowania, pomimo braku jednej ze stron, mielibyśmy do czynienia z kategorią tzw. nieistniejącego

<sup>12</sup> Por. także W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 137.

<sup>13</sup> Por. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie...*, s. 190.

<sup>14</sup> Por. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie...*, s. 137.

<sup>15</sup> M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe. Funkcja...*, s. 125; S. Gołąb, *Strona procesowa w kodeksie postępowania cywilnego*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1939, s. 3 i n.; wyrok SN z 4 maja 1966 r. (II CR 103/66), OSNCP 1967, nr 2, poz. 25.

<sup>16</sup> J. Jankowski, *Kryteria decydujące o pojęciu stron postępowania egzekucyjnego na tle struktury tego postępowania*, „Acta Universitatis Lodzianae. Folia Iuridica” 1989, nr 42, s. 43; J. Jankowski, *Możliwość podmiotowej zmiany tytułu wykonawczego przed wszczęciem właściwego postępowania egzekucyjnego*, „Nowe Prawo” 1990, nr 10–12, s. 170.

<sup>17</sup> Por. J. Jodłowski w: J. Jodłowski, Z. Resich, *Postępowanie...*, s. 200–201.

postępowania<sup>18</sup>, a w dalszej konsekwencji z możliwością zakwalifikowanego wyroku jako *sententia non existens*. Możliwość stania się stroną jest zagadnieniem faktycznym i w związku z tym istnieje dla każdego, nawet dla prawnie nieistniejącego tworu<sup>19</sup>. W wielu wypadkach zdarza się taka sytuacja, że jako stroną wskazano podmiot np. osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, która uległa likwidacji lub rozwiązaniu, bądź owo zdarzenie prawne nastąpiło w trakcie procesu, a mimo to proces toczył się dalej<sup>20</sup>. W takich sytuacjach zdaniem W. Siedleckiego wszelkie czynności procesowe są od początku nieważne, a ewentualny wydany wyrok ma tylko pozory wyroku i podlega zaskarżeniu z przyczyny nieważności w związku z brakiem zdolności sądowej podmiotu wskazanego jako strona w procesie<sup>21</sup>. Nieuzupełnienie, również w trakcie procesu, braków w zakresie zdolności sądowej powoduje konieczność zniesienia postępowania w takim zakresie, w jakim jest ono dotknięte brakami – jako postępowania dotkniętego nieważnością<sup>22</sup>. Stąd też niezwykle istotne jest, od którego momentu możemy mówić o stronie procesowej i który zasadniczo moment jest decydujący dla kwalifikacji statusu strony procesowej. Zagadnienie to ma pierwszorzędne znaczenie dla poruszanego problemu, aczkolwiek i w tym wypadku nie ma jednolitego stanowiska. Kwestia ta zdaniem M. Waligórskiego znajduje rozwiązanie w piśmie procesowym (pozwie) skierowanym do sądu o udzielenie ochrony prawnej<sup>23</sup>. Podmioty zatem

<sup>18</sup> Zob. także W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2008, s. 137.

<sup>19</sup> Por. J. Sobkowski, *Podmioty gospodarki uspołecznionej jako strona procesu cywilnego*, Poznań 1960, s. 2. Odmienne stanowisko zajmuje M. Lisiewski w: B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich (red.), W. Siedlecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1969, s. 172. Zdaniem autora stroną może stać się jedynie jednostką istniejąca, a tym samym niedopuszczalny jest proces na rzecz lub przeciwko osobie sfigowanej. Orzeczenie zapadłe w takim procesie nie byłoby absolutnie nieważne, ale byłoby pozbawione treści jako dotyczące jednostki nieistniejącej. Zdaniem natomiast M. Allerhanda „prowadzenie procesu, w którym występuje strona nieistniejąca, jest niedopuszczalne, bo w procesie muszą istnieć dwie strony (...)”, por. M. Allerhand, *Nakaz zapłaty przeciwko zmarłemu*, „Polski Proces Cywilny” 1937, nr 20, s. 611–612.

<sup>20</sup> Zob. także M. Sychowicz w: A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowanie cywilnego. Komentarz do art. 1–366*, t. I, Warszawa 2014, s. 245.

<sup>21</sup> W. Siedlecki, *Podstawy rewizji cywilnej*, Warszawa 1959, s. 9.

<sup>22</sup> Por.: W. Broniewicz, *Zniesienie postępowania w procesie cywilnym*, „Palestra” 1971, nr 4, s. 39 i n.; W. Radomski, *Zniesienie postępowania cywilnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika. Prawo” 1971, nr 12, s. 199 i n.

<sup>23</sup> M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe. Funkcja...*, s. 126.

oznaczone w pozwie stają się stronami procesowymi z chwilą doręczenia pozwu<sup>24</sup>. To właśnie m.in. twierdzenie powoda decyduje o tym, kto zostaje objęty danym postępowaniem jako strona pozwana i to nawet wbrew swojej woli. Powodem staje się podmiot wnoszący powództwo przez sam fakt złożenia do sądu pozwu, pozwanym zaś – podmiot, wskazany w tym charakterze przez powoda<sup>25</sup>. Przez wniesienie pozwu i jego doręczenie stronie przeciwnej zawiązuje się stosunek prawnoprosesowy, który poza stronami uwzględnia także organ procesowy jako jeden z podmiotów tego stosunku. Dlatego też dla właściwego sprecyzowania strony procesowej ma niezwykle istotne znaczenie doręczenie pozwu właściwej osobie, bowiem doręczenie innej osobie, niż stronie wskazanej w pozwie, nie nadaje jeszcze samo przez się tej osobie charakteru strony procesowej<sup>26</sup>.

Z powyższego wynika, że co do powoda nie ma wątpliwości, iż o jego statusie decyduje moment wniesienia pozwu jako stronie inicjującej postępowania. Strona powodowa zostanie określona w piśmie procesowym jako ta, która poszukuje ochrony prawnej przed sądem<sup>27</sup>. Natomiast z punktu widzenia pozwanego, jeśli za takowy moment przyjmujemy moment doręczenia pozwu, to w analizowanej sytuacji nie

---

<sup>24</sup> Por. S. Gołąb, *Strona procesowa...*, s. 2; odmienne stanowisko zajmuje M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe. Funkcje...*, s. 127, który uważa, że pozwany staje się stroną procesową nie z chwilą doręczenia pozwu, lecz status strony ma on już w chwili wytoczenia powództwa i pozostaje stroną aż do zakończenia postępowania, o ile nie zajdzie przypadek sukcesji innej osoby w procesie.

<sup>25</sup> Por.: W. Berutowicz, *Znaczenie prawne sądowego dochodzenia roszczeń*, Warszawa 1966, s. 118; M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe cywilne w świetle zasady dyspozycyjności*, „Studia Cywilistyczne” 1963, t. 2, s. 53 i n.

<sup>26</sup> Por. M. Waligórski, *Polskie prawo procesowe. Funkcja...*, s. 126.

<sup>27</sup> Por. także W. Broniewicz, *Pozew i powództwo (analiza pojęć)*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 1–2, s. 181; zob. również P. Grzegorzczak w: T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, P. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 584. Zdaniem P. Grzegorzczaka (s. 584) „określenie stron następuje w treści pozwu lub innego pisma wszczynającego postępowanie przez podanie ich imienia i nazwiska, względnie nazwy (firmy), oraz miejsca zamieszkania lub siedziby (...). Dla uzyskania statusu strony procesowej obojętna jest kwestia rzeczywistego istnienia uprawnienia lub zobowiązania, o które toczy się spór. Rozstrzygające znaczenie mają wyłącznie twierdzenia zawarte w pozwie lub innym piśmie wszczynającym postępowanie. O tym zatem, kto jest stroną pozwaną, decyduje powód, wskazując właściwe osoby w treści pozwu (innego pisma), nie zaś to, przeciwko komu powód zamierzał wytoczyć powództwo, jeżeli zamiar ten nie został dostatecznie ujawniony, lub to komu pozew został doręczony”.



możemy mówić w ogóle o stronie pozwanej, lecz o podmiocie wskazanym jedynie w pozwie. Jak można bowiem twierdzić, że mamy do czynienia z pozwanym przed doręczeniem mu odpisu pozwu, szczególnie jeśli zmarł przed jego odebraniem. Wówczas to nawet tak skonstruowane zagadnienie rodziłoby wątpliwości terminologiczne co do jego prawidłowości. Tego rodzaju wnioszek nasuwa się przy analizie niektórych poglądów przedstawicieli doktryny. W tym zakresie nie sposób się jednak z nimi zgodzić. Nie wydaje się uzasadnione przyjmowanie, iż o momencie przyznania statusu strony pozwanej decyduje moment doręczenia pozwu. Właściwe byłoby natomiast przyjęcie następującego stanowiska, że pozwanym jest już podmiot wskazany w pozwie, jako ten, przeciwko któremu żądanie tej ochrony jest skierowane. Doręczenie zaś pozwu mogłoby decydować o innych skutkach, jak np. o zawisłości sporu (art. 192 pkt 1 k.p.c.) i innych jeszcze dodatkowych, aniżeli o samym statusie strony pozwanej. Konkretyzacja zatem strony pozwanej następuje na etapie wniesienia pozwu i następnie jego dekretacji, jako momentu związanego z wszczęciem postępowania cywilnego<sup>28</sup> (o czym poniżej). Relacja zaś pojęcia strony procesowej z przymiotami (w szczególności z pojęciem zdolności sądowej)<sup>29</sup>, jakie powinien posiadać pozwany, to równie ważna kwestia z punktu widzenia omawianego zagadnienia, albowiem może się okazać, że zdolność sądowa będzie decydowała o statusie strony procesowej w świetle obowiązującej regulacji art. 64 § 1 k.p.c. bądź status ten będzie wyprzedzał moment uzyskania samej zdolności sądowej.

3. Przechodząc do powyższej kwestii, należy podnieść, że pojęcie strony procesowej nie będzie pokrywało się ze zdolnością sądową, albowiem pomimo brzmienia art. 64 § 1 k.p.c., status strony procesowej może posiadać podmiot, który nie ma zdolności sądowej<sup>30</sup>. Oczywiście

---

<sup>28</sup> Zob. także W. Berutowicz, *Wszczęcie procesu cywilnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo” 1960, nr 27, s. 23 i n.; W. Broniewicz, *Chwila wszczęcia cywilnego postępowania rozpoznawczego przed sądem powszechnym*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1976, nr 14, s. 60 i n.

<sup>29</sup> Zob. także W. Broniewicz, *Zdolność sądowa w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo” 1966, nr 5, s. 573.

<sup>30</sup> W jednym z orzeczeń SN z 19 listopada 1949 r., „Państwo i Prawo” 1951, nr 5–6, s. 1023, przyjęta została teza, że zdolność procesowa obejmuje dwa elementy, a mianowicie zdolność występowania w charakterze strony, czyli tzw. zdolność sądową i zdolność do podejmowania czynności procesowych, zob. więcej na temat krytyki tej tezy W. Broniewicz, *Zdolność...*, s. 573.

dotyczy to wyłącznie podmiotów niebędących osobami fizycznymi. Z przepisu art. 64 § 1 k.p.c. wynika bowiem, że „każda osoba fizyczna i prawna ma zdolność do występowania w procesie jako strona”. Nie trudno zauważyć, że zdolność sądowa w myśl intencji ustawodawcy została przypisana do strony jako podstawowa jej kwalifikacja – umożliwiając jednocześnie występowanie w procesie w charakterze strony procesowej<sup>31</sup>. Na pierwszy rzut oka tego rodzaju interpretacja przepisu art. 64 k.p.c. nie budzi żadnych wątpliwości. Nie do końca jest to jednak właściwa kwalifikacja i rozumienie pojęcia zdolności sądowej, szczególnie w świetle innych przepisów k.p.c. Już pobieżna analiza art. 70 § 2 k.p.c., art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c., czy też art. 379 pkt 2 k.p.c. wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że ustawodawca status strony przypisuje podmiotowi mimo, że nie posiada on zdolności sądowej. O czym to zatem świadczy? W zasadzie o tym, że dla statusu strony procesowej *de facto* posiadanie zdolności sądowej nie jest podstawowym wyznacznikiem i nie sposób przyjmować tu założenia jednokierunkowego, iż status strony procesowej jest uzależniony od posiadania zdolności sądowej. W oparciu bowiem o wskazane regulacje takie założenie należy zdecydowanie wykluczyć i uznać jako nieuzasadnione. Nie zmienia to jednak faktu, iż wobec wskazanych regulacji sam art. 64 § 1 k.p.c. powoduje określony dysonans terminologiczny i może skutkować wprowadzeniem w błąd.

Zatem zdolność sądowa dla stron procesowych oznacza możliwość stania się podmiotem praw i obowiązków (procesowych). Zaś uprawnienia procesowe i ciężary procesowe strona uzyskuje przez sam fakt bycia stroną procesową, a nie z tytułu posiadania zdolności sądowej<sup>32</sup>. Za prawidłowe należy uznać twierdzenie, że zdolność sądowa nie będzie decydowała o byciu (statusie) strony procesowej, może zdarzyć się taka sytuacja procesowa, gdy o stronie procesowej będziemy mówić nawet wówczas, gdy nie posiada ona zdolności sądowej.

---

<sup>31</sup> Zob.: M. Sychowicz, *Zmiany w kodeksie postępowania cywilnego dotyczące zdolności sądowej*, „Przegląd Sądowy” 1992, nr 3, s. 29 i n.; R. Flejszar, *Zdolność sądowa przedsiębiorcy*, „Prawo Spółek” 2001, nr 7–8, s. 62 i n.; A. Jakubecki, *Zdolność sądowa osobowych spółek handlowych a status ich wspólników w procesie cywilnym i egzekucji*, w: *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu*, Poznań 2005, s. 1135 i n.; K. Flaga-Gieruszyńska, *Zastój procesu cywilnego*, Szczecin 2011, s. 114; także opracowanie P. Kaczmarek, *Zdolność sądowa jako problem teorii prawa*, Kraków 2006.

<sup>32</sup> W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1983, s. 99; tak też E. Gniewek, *Utrata...*, s. 75.



4. Odnosząc powyższe uwagi do głównego zagadnienia, należy zauważyć, że podmiot, który zmarł przed doręczeniem mu pozwu, a który w określony sposób został wskazany w pozwie, będzie traktowany w kategoriach strony procesowej pozwanej. Nie można bowiem odmówić mu statusu pozwanego w sytuacji, gdy został wskazany w pozwie, ale śmierć nastąpiło już po wniesieniu sprawy do sądu, jednakże przed doręczeniem. Podmiot taki z punktu widzenia wszczętego postępowania sądowego winien mieć przypisany do siebie status strony procesowej. To z kolei implikuje odwrotne założenie, że gdyby śmierć nastąpiła przed wniesieniem sprawy do sądu, to w konsekwencji podmiotowi zmarłemu nie można by przypisać statusu strony pozwanej, zaś sam pozew należałoby odrzucić z powodu braku zdolności sądowej. Zdolność sądowa jest bowiem przesłanką procesową działającą od początku (*ab initio*), uwzględnianą przez sąd z urzędu w każdym stanie sprawy. W tym wypadku brak pierwotny zdolności sądowej będzie pokrywał się z przypadkiem pierwotnego braku strony procesowej, gdyż od samego początku brak jest strony; przy czym oczywiście brak ten zaistnieje jeszcze przed wniesieniem sprawy do sądu. Równocześnie należy podnieść, że brak ten powoduje, że nie może w ogóle dojść do wszczęcia procesu tj. do nawiązania stosunku prawnoprocesowego między różnymi podmiotami. Ma on charakter nieusuwalny w stosunku do osób fizycznych i nie ma możliwości podjęcia jakichkolwiek działań w kierunku sanacji tego braku. Pozew wniesiony do sądu w tym przypadku powinien zostać odrzucony<sup>33</sup>. Sytuacja, w której zachodzi pierwotny brak strony procesowej nie jest tożsama z sytuacją, w której strona procesowa została z kolei błędnie oznaczona<sup>34</sup>. W tej ostatniej będzie zachodził brak

---

<sup>33</sup> Por. H. Mądrzak w: H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 98.

<sup>34</sup> W postanowieniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 lutego 2013 r. (I Acz 377/13), LEX nr 1353914, przyjęto, że „Należy odróżnić sytuację, gdy powód niewłaściwie oznacza stronę, od sytuacji niewłaściwego doboru podmiotów procesu, określonej w art. 199 § 1 pkt 3 k.p.c., która skutkować musi koniecznością odrzucenia pozwu. W sytuacji pierwszej, naprawienie wady następuje w drodze sprostowania oznaczenia stron”. W wyroku z 24 lipca 2014 r. (II CSK), LEX nr 1521317, SN przyjął, że „Odmienne są sytuacje, gdy pozew wnosi osoba prawna istniejąca, ale wadliwie oznaczona, oraz osoba prawna prawidłowo oznaczona, która utraciła byt prawny. Sprostowanie własnego wadliwego oznaczenia przez stronę nie oznacza zmiany podmiotowej powództwa, a tym bardziej nie wskazuje na przyznanie braku zdolności sądowej”.

formalny pozwu, który może być usunięty w trybie art. 130 k.p.c., poprzez prawidłowe oznaczenie strony<sup>35</sup>.

Pierwotny brak strony procesowej można analizować w dwóch aspektach. Po pierwsze, strona wskazana jako pozwana w ogóle nie istnieje (osoba fizyczna), brak jest struktury prawnej takiej osoby (dotyczy to innych osób niż osoby fizyczne) i wówczas takie postępowanie prowadziłoby do fikcyjnego procesu z udziałem strony, której *de facto* nie ma i nie istnieje. Po drugie, pierwotny brak strony może być wynikiem pierwotnego braku zdolności sądowej<sup>36</sup>. Tyle, że w tym w przypadku zdolność sądowa może być konwalidowana, jeśli uzupełnienie dotyczy innych podmiotów, aniżeli osoby fizyczne<sup>37</sup>. Zdolność sądowa jako przesłanka ma także charakter zewnętrzny, gdyż zależy od sytuacji powstałej poza procesem. Decyduje o prawie do powództwa w znaczeniu procesowym, albowiem formalnie prawo do powództwa lub do obrony może przysługiwać tylko takiemu podmiotowi, który ma zdolność sądową<sup>38</sup>. Brak przesłanki w postaci zdolności sądowej sprawia, że sąd odrzuca pozew, jednak czyni to dopiero wtedy, gdy brak ten nie zostanie uzupełniony w określonym terminie. Przed odrzuceniem jednak może sąd

<sup>35</sup> Zob. także M. Jędrzejewska (aktualizacja K. Weitz) w: T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, P. Grzegoryczk, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 584. W postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 25 czerwca 2013 r. (I Acz 1057/13), LEX nr 1342350, przyjęto, że „Przez braki formalne, możliwe do usunięcia w trybie określonym w art. 130 k.p.c., rozumiane są wymagania ogólne pism procesowych określone w art. 126–129 k.p.c. i warunki ustanowione dla poszczególnych rodzajów pism (np. art. 187 k.p.c.)”.

<sup>36</sup> Por. W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne...*, s. 110–111; E. Gniewek, *Utrata...*, s. 77.

<sup>37</sup> Konwalidacja nie dotyczy osób fizycznych, które zdolność sądową nabywają z momentem urodzenia, poza pewnymi wyjątkami w postaci nasciturusa, por.: A. Dyoniak, *Pozycja nasciturusa na obszarze majątkowego prawa prywatnego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1994, nr 3, s. 50 i n.; H. Mądrzak w: H. Mądrzak, E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie...*, s. 101. Dlatego też możliwość uzupełnienia braku zdolności sądowej nie jest możliwa w odniesieniu do osób fizycznych, lecz w stosunku do jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej (spółek osobowych) lub osób prawnych (spółek kapitałowych). Więcej na ten temat zob.: E. Gniewek, *Utrata zdolności sądowej przez osobę prawną w trakcie procesu*, „Rejent” 1998, nr 5, 76; E. Marszałkowska-Krześ, *Wpisy w rejestrze przedsiębiorców dotyczące spółek handlowych*, Warszawa 2006, s. 64; W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1966, s. 112; Z. Resich, *Przesłanki procesowe*, Warszawa 1966, s. 135; Ś. Kruszelnicki, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Warszawa 1938, s. 246.

<sup>38</sup> Por. Z. Resich, *Przesłanki procesowe*, Warszawa 1966, s. 135 i n.

dopuszczyć tymczasowo do czynności stronę niemającą zdolności sądowej z zastrzeżeniem, że przed upływem oznaczonego terminu brak ten będzie uzupełniony pod rygorem zniesienia postępowania w tym zakresie i wydania odpowiedniego postanowienia<sup>39</sup>. Przesłanką warunkującą uzupełnienie braku w zakresie zdolności sądowej jest zachowanie tożsamości strony dotkniętej tym brakiem<sup>40</sup>. Możliwość uzupełnienia braków w zakresie zdolności sądowej odnosi się tylko do tych stron, które nie są osobami fizycznymi, bowiem te ostatnie nabywają zdolność sądową z chwilą urodzenia (z wyjątkiem *nasciturusa*), a ustaje ona na skutek śmierci osoby fizycznej. Konsekwencją zatem, wypływającą z faktu posiadania zdolności sądowej jest także to, że proces może się toczyć z udziałem strony procesowej, a więc zasadniczo jest on ważny i istniejący<sup>41</sup>. Strona zaś staje się jednym z podmiotów stosunku prawnoprocesowego, co powoduje, że zostaje objęta wszelkimi skutkami prawnymi, jakie przewidują przepisy kodeksu postępowania cywilnego dla stron uczestniczących w procesie.

5. Z uwagi na przedmiotowe zagadnienie należy podnieść, że nie ma możliwości sanowania zdolności sądowej w trybie art. 70 k.p.c., gdyż jej utrata nastąpiła wskutek śmierci osoby fizycznej (strony pozwanej) przed doręczenie pozwu. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 2 marca 1933 r. stanął na stanowisku, że w razie śmierci powoda po nadaniu drogą pocztową przesyłki zawierającej pozew, ale przed dojściem pozwu do sądu, pozew z racji wniesienia go przez osobę nieżyjącą – podlega odrzuceniu<sup>42</sup>. Takie samo stanowisko zajął Sąd Najwyższy w sytuacji, w której pozwani nie żyli w chwili wytoczenia powództwa<sup>43</sup>. Skoro więc pozew należy odrzucić na skutek braku zdolności sądowej osoby fizycznej (pозwanego), zmarłej przed wniesieniem pozwu (w rozumieniu wszczęcia postępowania), to powstaje uzasadnione pytanie, czy w takim sam sposób należy postąpić, jeśli pozew został wniesiony do sądu i zadekretowany,

<sup>39</sup> Por.: E. Gniewek, *Utrata...*, s. 77; zob. także M. Sychowicz w: A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks...*, s. 251.

<sup>40</sup> Postanowienie SN z 24 września 2004 r. (I CK 131/04), OSNIC 2005, nr 9, s. 64.

<sup>41</sup> Por. M. Sawczuk, *Zdolność sądowa według kodeksu postępowania cywilnego*, „Nowe Prawo” 1969, nr 11–12, s. 1686 i n.

<sup>42</sup> Orzeczenie SN z 2 marca 1933 r. (C.II. 72/33), OSP 1933, poz. 419, za: P. Grzegorzczak w: T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, P. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 774.

<sup>43</sup> Postanowienie SN z 28 listopada 2007 r. (V CSK 277/07), niepubl.

a przed jego doręczeniem nastąpiła śmierć strony pozwanej. Ustalono powyżej, że status strony procesowej (strony pozwanej) zmarły podmiot posiadał już z momentem takiego wskazaniu w samym pozwie i jego wniesienia do sądu (czy też nadania korespondencji w placówce pocztowej) i status ten trwał do momentu samej śmierci jako zdarzenia prawnego wywołującego skutki prawnoprocesowe. W zakresie samego statusu procesowego podmiotu pozwanego, nie zmienia tu nic nawet okoliczność, iż nie nastąpiło skuteczne doręczenie odpisu pozwu. Ta czynność z istoty swojej jest bez znaczenia dla wskazanej kwalifikacji. Natomiast dla rozważanego przypadku istotne jest ustalenie, czy w przedstawionej sytuacji nie mamy do czynienia z następczym brakiem strony procesowej, skoro w momencie wniesienia pozwu, jak wskazano powyżej, podmiot miał status strony pozwanej, ale przed doręczeniem odpisu pozwu nastąpiła jego śmierć.

6. Z następczym brakiem strony procesowej mamy do czynienia w wypadku, gdy w trakcie procesu jedna ze stron utraci byt prawny. Utrata bytu prawnego powoduje, że proces nie może toczyć się z udziałem dotychczasowego podmiotu. W takiej sytuacji na miejsce dotychczasowej strony, o ile jest taka możliwość, wstąpi następca prawny. W przypadku, gdy brak jest następcy prawnego i sąd jest przekonany, że nie wstąpi on do procesu, powinien umorzyć postępowanie, albowiem dalsze jego prowadzenie z udziałem jednej tylko strony narusza zasadę dwustronności procesu cywilnego. Następczy brak strony pokrywa się także z następczym brakiem zdolności sądowej. Utratę zdolności sądowej ustawa odnosi jednak tylko do stron niebędących osobami fizycznymi. Przez utratę zdolności sądowej należy rozumieć trojaki rodzaj sytuacji, a mianowicie: po pierwsze, strona zachowując swój byt, zostaje jednak pozbawiona zdolności sądowej (wypadek raczej teoretyczny)<sup>44</sup>; po drugie, strona traci zdolność sądową wraz z (ustaniem) likwidacją i ewentualnie wykreśleniem jej z rejestru; po trzecie, strona traci zdolność sądową bez likwidacji, ale przez wykreślenia z rejestru<sup>45</sup>. Zdaniem H. Trammera, w razie następczego odpadnięcia strony procesowej następuje „uleczalny” brak przesłanki procesowej *sensu largo*

---

<sup>44</sup> Por. W. Broniewicz, *Zdolność sądowa w postępowaniu cywilnym...*, s. 580; Ł. Błaszczak, *Handlowa spółka osobowa jako strona procesu cywilnego – analiza wybranych zagadnień procesowych*, „Prawo Spółek” 2005, nr 9, s. 45.

<sup>45</sup> Por. E. Gniewek, *Utrata...*, s. 78.

w postaci wstąpienia do postępowania następcy prawnego<sup>46</sup>. Następczy brak strony procesowej sprawia, że zachodzi konieczność zawieszenia postępowania. Według E. Gniewka sąd jest zobowiązany zawiesić postępowanie z mocy art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c.<sup>47</sup>, tyle że podstawą nie jest śmierć, lecz utrata zdolności sądowej<sup>48</sup>. Oczywiście wiąże się to tylko z sytuacją, gdy będzie istniało następstwo prawne. W przeciwnym bowiem razie sąd zamiast zawieszać postępowanie, powinien je umorzyć. Zawieszenie postępowania w powyższej sytuacji ma charakter prewencyjny, bowiem jego podstawowym celem jest zapobiegnięcie nieważności postępowania i sanowanie zaszłego braku poprzez wstąpienie następcy prawnego w miejsce dotychczasowej strony<sup>49</sup>. W ujęciu z kolei M. Sychowicza względy praktyczne przemawiają także za przyjęciem dopuszczalności wskazania przez powoda następców prawnych zmarłego pozwanego, jeżeli nastąpi to przed wydaniem postanowienia o odrzuceniu pozwu<sup>50</sup>. Pogląd ten nie zasługuje jednak na akceptację w całej pełni, ponieważ przyjmowanie generalnej reguły, tak jak to sugeruje M. Sychowicz, zawodzi w tych procesach, w których sprawa dotyczy praw nieprzechodzących na następców prawnych, praw osobistych (np. o unieważnienie uchwały w sprawie wykluczenia ze spółdzielni; o roszczenie dożywotnika o rozwiązanie umowy dożywocia, o eksmisję z lokalu, do którego zmarłemu powodowi przysługiwało lokatorskie

<sup>46</sup> H. Trammer, *Następcza bezprzedmiotowość procesu cywilnego...*, s. 32.

<sup>47</sup> E. Gniewek, *Utrata...*, s. 83. Okoliczność uzasadniająca zawieszenie postępowania powinna zaistnieć w toku procesu, zatem śmierć strony lub utrata zdolności sądowej musi nastąpić po wszczęciu postępowania. W przeciwnym razie przyczyny te nie znajdują podstawy do zawieszenia postępowania. Tak też orzeczenie SN z 16 czerwca 1955 r. (CZ 81/54), „Nowe Prawo” 1956, nr 11–12, poz. 189; J. Karaim, *Zawieszenie postępowania cywilnego w postępowaniu procesowym*, Kraków 1998, s. 23.

<sup>48</sup> W opinii L. Peipera, czym dla osoby fizycznej jest śmierć, tym dla osoby prawnej ustanie jej prawnego bytu, por. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, Kraków 1934, s. 436. Podobne stanowisko prezentuje K. Piasecki, twierdząc, że gdy osoba prawna będąca stroną utraci osobowość prawną w toku procesu, to należy stosować analogicznie przepisy o śmierci osoby fizycznej, por. K. Piasecki, J. Korzonek, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Piastowe Gniezno 1931, s. 506. Odmiennie Ś. Kruszelnicki, który stwierdził, że przepisu tego nie można stosować do podmiotu nie będącego osobą fizyczną, ponieważ analogia w prawie procesowym jest niedopuszczalna, por. Ś. Kruszelnicki, *Kodeks...*, s. 246.

<sup>49</sup> Por.: J. Karaim, *Zawieszenie...*, s. 21; H. Trammer, *Następcza bezprzedmiotowość...*, s. 32.

<sup>50</sup> Zob. M. Sychowicz w: A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks...*, s. 245.

prawo do lokalu, czy też o unieważnienie małżeństwa w razie śmierci osoby trzeciej występującej z takim żądaniem)<sup>51</sup>. Wśród innych autorów warto szczególnie wskazać na znamienne i ważne stanowisko W. Broniewicza, który opowiada się za zawieszeniem postępowania podnosząc, iż żadna regulacja a tym bardziej art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c. nie uzależniają zawieszenia postępowania od doręczenia stronie pozwanej pozwu<sup>52</sup>. Zgodzić się należy z tym autorem, że przepis art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c. nie uzależnia możliwości zawieszenia postępowania od powstania stanu zawisłości sporu z art. 192 pkt 1 k.p.c., aczkolwiek w doktrynie można odnotować i taki pogląd, że podczas zawieszenia postępowania trwa stan zawisłość sprawy (*lis pendens*) oraz w dalszym ciągu istnieją uprzednio powstałe stosunki prawnoprocesowe<sup>53</sup>. Problem wydaje się tu jednak zdecydowanie głębszy, albowiem wiąże się z ustaleniem pojęcia wszczęcia postępowania, toku procesu (toku sprawy) z uwagi na to, że te kwestie będą miały podstawowe znaczenia dla przyjęcia ostatecznego stanowiska w przedmiocie rozważanego zagadnienia. Podobny pogląd do W. Broniewicza prezentuje P. Grzegorzczak, który podkreśla, że w sytuacji, gdy śmierć pozwanego nastąpiła przed doręzeniem mu pozwu, to uzasadnione jest zawieszenie postępowanie. Zawieszenie postępowania ma miejsce zawsze w toku procesu, gdy nastąpiły zdarzenia je uzasadniające. Za uznaniem chwili wszczęcia postępowania za najwcześniejszy moment zawieszenia wskutek śmierci strony przemawia spójność z ugruntowanym zapatrywaniem, według którego pozwany może korzystać z uprawnień już w okresie poprzedzającym doręczenie

---

<sup>51</sup> Zestawienie przykładowych spraw wraz z orzecznictwem SN zob. A. Laskowska-Hulisz w: A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks...*, s. 589; także K. Flaga-Gieruszyńska, *Zastój procesu cywilnego...*, s. 145. W postanowieniu SN z 18 marca 2013 r. (II CSK 513/12), LEX nr 1318351, przyjęto, że „Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 18 marca 2013 r. (II CSK 513/12) Artykuł 174 § 1 pkt 1 k.p.c. nie ma zastosowania w sprawach dotyczących praw osobistych strony, które nie przechodzą na spadkobierców, a więc, gdy nie istnieje możliwość podjęcia sprawy z ich udziałem; w takiej sytuacji sąd powinien wydać postanowienie o umorzeniu postępowania z powodu niedopuszczalności wyrokowania”.

<sup>52</sup> Zob. W. Broniewicz, *Następstwo procesowe w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 191; tak też K. Flaga-Gieruszyńska, *Zastój procesu cywilnego...*, s. 147. Odmiennie w tym względzie patrz w szczególności H. Mądrzak, *Śmierć...*, s. 225; M. Rafacz-Krzyżanowska, *Śmierć pozwanego...*, s. 537.

<sup>53</sup> Por. J. Karaim, *Zawieszenie postępowania cywilnego w postępowaniu procesowym*, Kraków 1998, s. 7.



pozwu<sup>54</sup>. Odmienne z kolei zapatrywanie prezentuje A. Laskowska-Hulisz, która uznaje, że w analizowanej sytuacji uzasadnione jest odrzucenie pozwu<sup>55</sup>. Z drugiej znów strony podkreśla, że śmierć strony lub utrata przez nią zdolności sądowej skutkuje zawieszeniem postępowania, jeżeli nastąpiła, co do zasady, w toku sprawy. Śmierć strony lub utrata przez nią zdolności sądowej przed wszczęciem procesu nie prowadzi do zawieszenia postępowania<sup>56</sup>. Wydaje się, że istota całego problemu tkwi w ustaleniu momentu, od którego jest możliwe zawieszenie postępowania. Co do zasady, przyjmuje się, że może to nastąpić w toku sprawy (w toku procesu), po wszczęciu postępowania<sup>57</sup>. Poszczególni przedstawiciele doktryny wskazują, iż nie jest możliwe zawieszenie postępowania przed samym wszczęciem, skoro istota zawieszenia sprowadza się do niczego innego jak wstrzymania czasowego postępowania w sprawie cywilnej<sup>58</sup> (zastoju procesu<sup>59</sup>) i tym samym zahamowania normalnego biegu procesu<sup>60</sup>. Z drugiej znów strony przyjmując odwrotną koncepcję można podnieść, i taki argument, że w przedmiotowej sytuacji zachodzi przesłanka do odrzucenia pozwu. Treść art. 199 k.p.c. nie stwarza sądowi przeszkód do dorzucenia pozwu na jakimkolwiek etapie postępowania. Nie stoi więc nic na przeszkodzie, aby odrzucenie pozwu nastąpiło jeszcze przed doręczeniem stronie pozwanej odpisu pozwu<sup>61</sup>. Dla czynności odrzucenia nie ma bowiem większego znaczenia zdarzenie prawne w postaci śmierci strony pozwanej. Postanowienie o odrzuceniu pozwu, podobnie jak o umorzeniu postępowania, kończy postępowanie

---

<sup>54</sup> Zob. P. Grzegorzczak w: T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, P. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 774–775 i przywoływana przez niego uchwała SN z 28 marca 1955 r. (I CO 18/55), OSN 1955, nr 4, poz. 66. Warto także zwrócić uwagę na stanowisko J. Karaim, *Zawieszenie...*, s. 23.

<sup>55</sup> Zob.: A. Laskowska-Hulisz w: A. Marciniak, K. Piasecki (red.), *Kodeks...*, s. 589; A. Laskowska-Hulisz, *Zawieszenie sądowego...*, s. 77.

<sup>56</sup> Zob. A. Laskowska, *Zawieszenie sądowego...*, s. 77. Odmienne stanowisko w tym zakresie prezentuje zdaje się K. Flaga-Gieruszyńska, *Zastój procesu cywilnego...*, s. 147.

<sup>57</sup> Por.: A. Laskowska, *Zawieszenie sądowego...*, s. 77; J. Karaim, *Zawieszenie...*, s. 23; W. Broniewicz, *Następstwo...*, s. 191.

<sup>58</sup> Por.: A. Laskowska, *Zawieszenie sądowego...*, s. 19; J. Karaim, *Zawieszenie...*, s. 7.

<sup>59</sup> Zob. W. Piasecki, J. Korzonek, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Piastowe Gniezno 1931, s. 504 i n.

<sup>60</sup> Por. J. Karaim, *Zawieszenie...*, s. 7.

<sup>61</sup> Por. W. Ziliński, *Pozycja pozwanego...*, s. 144.

w sprawie i od niego również przysługuje zażalenie. Dla powoda ma to takie znaczenie, że odrzucenie zamyka mu drogę do dochodzenia roszczenia przed sądem<sup>62</sup>. Co natomiast z pozycją pozwanego, skoro zmarł przed doręczeniem mu odpisu pozwu i nie było faktycznej możliwości doręczenia mu postanowienia o odrzuceniu pozwu? W uchwale Sądu Najwyższego z 5 listopada 1970 r.<sup>63</sup> rozwiązano problem doręczenia postanowienia zmarłej osobie pozwanego. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, iż w drodze wyjątku doręczenie postanowienia tylko jednej stronie może nastąpić ze względów natury faktycznej, np. w razie braku strony pozwanej wywołanym konkretnie śmiercią osoby pozwanej. W doktrynie wskazano, że przypadek ten może mieć miejsce w każdym etapie postępowania<sup>64</sup>. Stanowisko to nie ujednotoczyło jednak zapatrywania na analizowany problem, co wynika poniekąd z istniejących wątpliwości odnośnie samego wszczęcia postępowania (które w opinii niektórych przedstawicieli doktryny należy odróżnić od samego wszczęcia procesu cywilnego<sup>65</sup>). Nie zmienia to jednak faktu, iż zasadniczo (poza określonymi wyjątkami) przyjmuje się, że wszczęcie procesu cywilnego następuje przez wytoczenie powództwa, które z kolei dokonuje się poprzez wniesienie pozwu, tj. pisma procesowego zawierającego żądanie ochrony prawnej, będące treścią powództwa<sup>66</sup>. Źródłem tych wątpliwości jest także rozumienie terminu „tok sprawy” („sprawa w toku”, „tok

<sup>62</sup> Por. W. Ziliński, *Pozycja pozwanego...*, s. 144.

<sup>63</sup> Uchwała SN z 5 listopada 1970 r. (II CZ 186/70), OSNCO 1976, nr 6, poz. 111, za: W. Ziliński, *Pozycja pozwanego...*, s. 144.

<sup>64</sup> Por. W. Ziliński, *Pozycja pozwanego...*, s. 144.

<sup>65</sup> Wskazuje się bowiem że wszczęcie postępowania nie oznacza samo w sobie jeszcze wszczęcia procesu. Te dwie kwestie należy odróżnić. Wszczęcie postępowania jest pojęciem szerszym, gdyż obejmuje podjęcie przez sąd wszelkich czynności wstępnych dla samego procesu, por.: W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1972, s. 245 i n.; K. Lubiński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 18 maja 1972 r., II CR 138/72*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 12, s. 169; M. Sychowicz, *Problematyka art. 618 k.p.c.*, „Nowe Prawo” 1972, nr 3, s. 411; B. Dobrzański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 30 kwietnia 1973 r., II CZ 47/73*, OSPiKA 1974, poz. 158, s. 336.

<sup>66</sup> Por. J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie...*, s. 318; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2008, s. 185; W. Broniewicz, *Chwila wszczęcia cywilnego postępowania...*, s. 62. Przy czym ten ostatni autor zaznacza, że może być sytuacja, w której stosownie do różnych okoliczności ta chwila może nieco inaczej się kształtować, aniżeli w sposób tradycyjnie przyjęty, por. W. Broniewicz, *Chwila wszczęcia cywilnego postępowania...*, s. 67–68. Zob. także W. Berutowicz, *Wszczęcie procesu cywilnego...*, s. 23 i n., który przyjmuje, że następuje to z chwilą wytoczenia powództwa.



postępowania”)<sup>67</sup>. Te ostatnie terminy bywają kojarzone ze zwrotami „postępowanie w toku”, czy też „tok postępowania”<sup>68</sup>, a to z kolei może rodzić uzasadnione wątpliwości, szczególnie w kontekście pojęcia zawisłości sprawy (*lis pendens*). Zgodnie bowiem z art. 192 pkt 1 k.p.c. nie można w toku sprawy wszcząć pomiędzy tymi samymi stronami nowego postępowania o to samo roszczenie. Tego rodzaju sformułowanie sprawia, że tok sprawy jest interpretowany jako ten moment, który zaistnieje dopiero po doręczeniu pozwu samemu pozwanemu<sup>69</sup>.

7. Biorąc pod uwagę wątpliwości terminologiczne wskazane powyżej, należy podnieść, że pojęcie „tok sprawy”, „sprawa w toku” w świetle obowiązujących regulacji nie jest jasne. Samo słowo „sprawa” występuje w kodeksie postępowania cywilnego w kilku znaczeniach, w tym m.in. w znaczeniu przedmiotu postępowania i w znaczeniu samego postępowania<sup>70</sup>. Nie wchodząc głębiej w to zagadnienie należy podnieść, że ustawodawca posługuje się sformułowaniem „tok sprawy” w art. 15 § 1 k.p.c.; w art. 132 § 1 k.p.c. wspomina „w toku sprawy adwokat...”. Także art. 618 § 2 k.p.c. (w postępowaniu o zniesienie współwłasności) i art. 718 § 2 k.p.c. (w postępowaniu o odtworzenie akt) odwołuje się do „spraw będących w toku”. W tym wypadku „tok sprawy” oznacza tyle, co „tok postępowania”, „w toku postępowania”<sup>71</sup>. Najistotniejsze jest jednak to, że w tym wypadku za moment rozpoczęcia „toku sprawy”,

<sup>67</sup> Zob. także J. Mucha, *Zawisłość sprawy w procesie cywilnym*, Warszawa 2014, s. 21–22.

<sup>68</sup> Por. W. Broniewicz, „Sprawa w toku” w przepisach kodeksu postępowania cywilnego, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1970, nr 86, s. 8; W. Broniewicz, *Chwila wszczęcia...*, s. 64 i n.

<sup>69</sup> Za takim kierunkiem zdają się opowiadać: J. Mucha, *Zawisłość...*, s. 22; K. Weitz w: T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz, P. Grzegoryczk, *Kodeks...*, s. 928 (nb. 10). Ten ostatni autor wskazuje, że „Art. 192 wskazuje jako pierwszy skutek doręczenia pozwu pozwanemu – powstanie w tym momencie zawisłości sprawy (litispendencji). Z tą chwilą sprawa jest już w toku, co sprawia, że niedopuszczalne jest wszczynanie drugiego postępowania między tymi samymi stronami o to samo roszczenie”. Stwierdzenie powyższe mogłoby sugerować, że Autor za powstanie stanu sprawy w toku uznaje moment samego doręczenia.

<sup>70</sup> Por.: W. Broniewicz, *Jeszcze w kwestii stanu sprawy w toku w razie umorzenia postępowania cywilnego z mocy prawa*, „Nowe Prawo” 1974, nr 1, s. 83; W. Berutowicz, *Wszczęcie procesu cywilnego...*, s. 33–34.

<sup>71</sup> Por. W. Broniewicz, „Sprawa w toku”..., s. 8 i 10. Zob. także Z. Łabno, *Umorzenie postępowania cywilnego z mocy prawa a stan sprawy w toku*, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8, s. 1087 i n.

czy też „w toku sprawy” albo mówiąc inaczej „toku postępowania” lub „w toku postępowania” należałoby uznać moment samego wszczęcia procesu cywilnego, czyli moment wniesienia pozwu (ewentualnie wniosek w postępowaniu nieprocesowym – np. art. 618 § 2 k.p.c.). Podobnie w art. 1097 § 1 k.p.c. wskazuje się, że jurysdykcja krajowa istnieje w chwili wszczęcia postępowania..., co oznacza, że w momencie wniesienia pozwu (wniosku w postępowaniu nieprocesowym) powinna istnieć jurysdykcja krajowa. Moment zatem wszczęcia postępowania jest w tym wypadku decydujący dla ciągłości jurysdykcji<sup>72</sup>. Warto nawiązać także do innych regulacji, jak chociażby art. 50 § 1 z którego wynika, że wniosek o wyłączenie sędziego strona zgłasza na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa się toczy... Podobnie art. 52 § 1 k.p.c. odnosi się do sformułowania tego samego, co w poprzednim artykule: „sprawa się toczy”, a także i art. 75 k.p.c. W tym wypadku należy przyjąć, że można by posługiwać się zamiennie sformułowaniem „postępowanie toczy się”<sup>73</sup>. W każdym bądź razie i w tym również wypadku uzasadnione jest przyjęcie, że o tym, czy postępowanie się toczy, przynajmniej w zakresie rozpoczęcia jego biegu, decydujące znaczenie ma wszczęcie samego procesu jako wytoczenie powództwa poprzez złożenie pozwu. Problem natomiast przy takim podejściu wyłania się na tle wspomnianego powyżej art. 192 pkt 1 k.p.c. statuującego przesłankę procesową w postaci zawisłości sporu (*lis pendens*). Zagadnienie zawisłości należy oceniać jako skutek doręczenia, co bynajmniej nie oznacza, że od tego właśnie momentu mamy do czynienia z rozpoczęciem toku sprawy. Tok sprawy rozpoczyna się z momentem wniesienia pozwu i ten moment jest z tego punktu widzenia najistotniejszy. Zaś w przypadku spełnienia negatywnej przesłanki z art. 192 pkt 1 k.p.c. będziemy mieli możliwość podniesienia zarzutu stanu sprawy w toku. Nie oznacza to jednak, że stan sprawy w toku pojawia się dopiero z momentem doręczenia i wyciągnięcie takiego stanowiska z treści art. 192 k.p.c. mimo że pozornie możliwe, budzi wątpliwości i nie powinno być w ten sposób to interpretowane. W orzecznictwie sądowym problem ten był nieco inaczej interpretowany, albowiem rozpoczęcie stanu sprawy w toku oceniane było tylko i wyłącznie przez pryzmat art. 192 pkt 1

<sup>72</sup> Por. T. Ereciński w: T. Ereciński (red.), J. Ciszewski, K. Weitz, P. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitraż)*, t. V, Warszawa 2012, s. 48.

<sup>73</sup> Por. W. Broniewicz, „Sprawa w toku”..., s. 8.

k.p.c., czyli z momentem doręczenia pozwu<sup>74</sup>. W tym jednak aspekcie organy procesowe nie uwzględniały bardzo istotnej w tym wypadku okoliczności, a mianowicie, że wskazane powyżej regulacje odnoszące się do toku sprawy odwołują się właśnie do momentu przed doręczeniem pozwu stronie pozwanej. Kwestia sprowadza się także do tego, że pozwany może wdać się w spór zanim zostanie doręczony mu pozw. Może to nastąpić przykładowo na skutek informacji otrzymanej bezpośrednio z sądu lub strony przeciwnej. Uzyskanie takiej informacji i podjęcie stosownej reakcji będzie oznaczało, że dla dokonania skutecznie określonych czynności nie jest potrzebne wcześniejsze doręczenie odpisu pozwu. Warto także podnieść, iż Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń stanął na stanowisku, iż „Jeżeli stronie pozwanej nie został doręczony odpis pozwu przed wdaniem się przez nią w spór, np. nie został dołączony do wezwania na rozprawę, to niezależnie od późniejszego faktycznego doręczenia stronie pozwanej odpisu tego pozwu za datę powstania skutków jego doręczenia uważa się chwilę wdania się w spór”<sup>75</sup>. Nie wchodząc jednak głębiej w zagadnienie relacji pomiędzy tokiem sprawy a zawisłością sporu, co zresztą mogłoby stanowić przedmiot osobnego opracowania, wystarczające jest przyjęcie, że rozpoczęcie toku sprawy zaczyna się od momentu wszczęcia postępowania i trwa aż do momentu uprawomocnienia się orzeczenia.

---

<sup>74</sup> Przykładowo w wyroku z 18 stycznia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach (V Aca 673/12), LEX nr 1267289, przyjął, że: „Pismo procesowe, którym następuje rozszerzenie powództwa pełni rolę pozwu i z tej przyczyny do takiego pisma stosuje się odpowiednio art. 187 k.p.c. (art. 193 § 21 k.p.c.), jak też wyjaśnia to, że w art. 132 § 11 k.p.c. ustawodawca nie wymienił go wśród pism, do których art. 132 § 1 k.p.c. nie ma zastosowania. Rola ta stała się przyczyną, że względu na którą ustawodawca w art. 132 § 1 k.p.c. jednoznacznie stwierdził, że obowiązek dokonywania przez profesjonalnych pełnomocników doręczeń między nimi zachodzi: «w toku sprawy», czyli wtedy, gdy spór już zawisł, a nie w celu wywołania tego skutku”. Również w częściowo już nieobowiązującej tezie Sądu Apelacyjnego w Łodzi w wyroku z 7 września 1995 r. (I Acz 420/95), OSA 1995, nr 7–8, s. 45, sąd stanął na stanowisku, że: „Stosownie do art. 479<sup>9</sup> k.p.c., w toku sprawy strona reprezentowana przez adwokata lub radcę prawnego jest obowiązana doręczyć odpisy pism procesowych z załącznikami bezpośrednio stronie przeciwnej. W przepisie tym przewidziany został szczególny sposób doręczania pism procesowych, mający na celu przyspieszenie postępowania w sprawach gospodarczych. Sposób ten nie może być jednak stosowany przy doręczaniu pierwszych pism w sprawie, jako że chodzi tu o doręczenie «w toku sprawy», a więc już po doręczeniu przez sąd odpisu pozwu pozwanemu”.

<sup>75</sup> Zob. wyrok SN z 14 maja 1966 r. (III PRN 23/66), OSNCP 1967, nr 5, poz. 84.

8. Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy wyprowadzić następujące wnioski:

- 1) W razie śmierci strony pozwanej przed doręczeniem jej odpisu pozwu właściwe jest przyjęcie stanowiska opowiadającego się za zawieszeniem postępowania, a nie za odrzuceniem pozwu. Zawieszenie postępowania ma bowiem miejsce zawsze w toku postępowania<sup>76</sup>. Z uwagi na okoliczność, iż nastąpiło wszczęcie procesu, to w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z tokiem sprawy, który uzasadnia taką czynność sądu<sup>77</sup>.
- 2) Zawieszenie postępowania nie może nastąpić, gdy istnieją przesłanki do odrzucenia pozwu z mocy art. 192 pkt 1 k.p.c. i art. 199 k.p.c. ze względu na stan sprawy w toku<sup>78</sup>. Równocześnie w przedmiotowej sytuacji bardziej operatywnym rozwiązaniem jest właśnie zawieszenie postępowania chociażby z racji kosztów procesu. Strona powodowa przy rozwiązaniu związanym z odrzuceniem pozwu nie ma możliwości ubiegania się o ich zwrot, bez względu na zasadność swoich roszczeń<sup>79</sup>.
- 3) Zawieszenie nie będzie w przedmiotowej sytuacji wchodziło w grę w razie braku następców prawnych, lub procesu dotyczącego praw osobistych strony. Wówczas właściwe jest umorzenie wszczętego postępowania.

Z powyższego wynika, że czynności sądu w przypadku śmierci pozwanej przed doręczeniem pozwu winny w pierwszym rzędzie być ukierunkowane na zawieszenie postępowania, zaś w sytuacji wskazanej powyżej na umorzenie postępowania. Odrzucenie z kolei pozwu w przypadku analizowanego zagadnienia nie powinno w ogóle mieć miejsca ze względów o których wcześniej była mowa.

## Streszczenie

Niniejszy artykuł dotyczy kilku ważnych kwestii. W pierwszym rzędzie ustalone zostaje od kiedy można do danego podmiotu przypisać

<sup>76</sup> Zob.: J. Karaim, *Zawieszenie...*, s. 23; A. Laskowska, *Zawieszenie sądowego...*, s. 77.

<sup>77</sup> Zob. W. Broniewicz, *Następstwo...*, s. 191.

<sup>78</sup> Por. Z. Łabno, *Umorzenie...*, s. 1091.

<sup>79</sup> Por. K. Flaga-Gieruszyńska, *Zastój procesu cywilnego...*, s. 147.

status strony procesowej. Po drugie jakie są konsekwencje utraty zdolności sądowej przed doręczeniem pozwu i po trzecie czy w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia ze skutkiem w postaci zawieszenia postępowania, czy też z odrzuceniem pozwu. Zagadnienia te nie mają charakteru wyłącznie teoretyczne, ale przede wszystkim praktyczny walor i to z punktu widzenia organu procesowego.

Słowa kluczowe: odrzucenie pozwu, utrata zdolności sądowej, zawieszenie postępowania, przesłanka procesowa, zastój procesu, zawisłość sporu.

### **Abstract**

This article addresses some important issues. In the first place it is established from the point at which you can assign to another entity site status of a party proceeding. Second, what are the consequences of the loss of a judicial ability before service of summons. Thirdly, whether, in this case we are dealing with the effect of suspending the proceedings or the rejection of the summons. These issues are not merely theoretical, but mainly practical value and with the perspective of the judicial bodies.

Keywords: dismissal of a statement of claim, loss of judicial ability, suspension of proceedings, requirement of proceedings, stagnation of proceedings, lis pendens.

Barbara Borzymowska<sup>1</sup>

## Inaczej, tak samo? – Umieranie zwierząt

To tylko pies, tak mówisz,  
tylko pies...  
A ja ci powiem,  
że pies to czasem więcej jest niż człowiek.  
On nie ma duszy, mówisz.  
Popatrz jeszcze raz.  
Psia dusza większa jest od psa.  
My mamy dusze kieszonkowe,  
mała dusza, wielki człowiek.  
Psia dusza się nie mieści w psie  
i kiedy się uśmiechasz do niej,  
ona się huśta na ognie.  
A kiedy się pożegnać trzeba  
i psu czas iść do psiego nieba,  
to niedaleko pies wyrusza.  
Przecież przy tobie jest psie niebo.  
Z tobą zostaje jego dusza.

### 1. Inaczej, tak samo

Zwierzęce umieranie jest różne nie tylko w zależności od gatunku zwierzęcia, ale i od sposobu, w jaki postrzega je człowiek. Z grubsza rzecz biorąc możemy podzielić je na trzy rodzaje – pierwsze, to odchodzenie zwierząt dzikich, niezauważalne dla człowieka, zauważalne jedynie dla natury, śmierć, która daje początek innym życiom lub szansę na przedłużenie tych, które toczą się obok. Drugie, to niejednokrotnie pełne cierpienia odchodzenie zwierząt wykorzystywanych przez człowieka dla różnych celów – do jedzenia, do użycia ich skóry, do bycia przedmiotem badań naukowych. I trzecie – śmierć zwierząt towarzyszących.

---

<sup>1</sup> Mgr, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny we Wrocławiu.

Poza pierwszym (jeśli pominie się myśliwych, biorących aktywny udział w pozbawianiu życia dzikich zwierząt), dwa pozostałe są różne w zależności od tego, jaki człowiek się z nimi styka. Przy czym drugie odchodzenie może być traktowane z kompletną obojętnością, a wręcz okrucieństwem, a może towarzyszyć mu coś na kształt smutku i wdzięczności, szacunku dla tych, które zmuszane są do poświęcenia życia dla silniejszych dwunogów. Oczywiście, rośnie liczba tych ludzi, którzy sprzeciwiają się jakiemukolwiek zabijaniu zwierząt, zarówno w celach konsumpcyjnych, jak i naukowych. Na ile jednak ta tendencja będzie wzrastać, jakie są szanse na zapewnienie zwierzętom statusu podobnego do przyznanego przez Indie delfinom – „non Human Person”, trudno przewidzieć.

Odchodzenie trzecie z pewnością bywa dla człowieka najtrudniejsze. Oczywiście, dla ogromnej rzeszy ludzi nie różni się niczym od pozostałych zwierzęcych śmierci. Zwierzęta towarzyszące traktowane są różnie w zależności od kultury, ale i od stopnia, w jakim zwierzę staje się przyjacielem, dzieckiem, członkiem rodziny, istotą dającą czasem więcej, niż inny człowiek. Dlatego stosunek do odchodzenia czworonożnych towarzyszy można rozpiąć na osi, której jeden kraniec stanowi powieszony w lesie kot czy zarąbany siekierą pies, drugi zaś nagrobek na zwierzęcym cmentarzu i lampka paląca się w domu obok zdjęcia ukochanej Pusi czy Norki.

„Najukochańsza i jedyna Kukusia – Śpij, piesku, śnij, a czas łzy osuszy”; „Cymbałek – miłość za miłość”; „Panda Tempest – mądra, wierna, kochana”; „Bona, nasze słońko”; „Murka – kochamy cię”; „Pimpek – zawsze będziemy cię kochać”; „Kochana Bianeczka – byłaś nam szczęściem i radością, kochamy cię, skarbie”; „Ralf – cały świat i kawałek” – to kilka przykładów napisów na psich czy kocich nagrobkach. Wszystkie podobne. Wszystkie mówią o miłości, tęsknocie, smutku rozstania. Nikt z ludzi, którzy zamawiali wykonanie nagrobka i umieszczenie na nim napisu nie musiał tego robić – nawet z powodu, że co ludzie powiedzą. Bo ludzie i tu podzielą się na takich, którzy zrobiliby to samo lub tych, którzy stukają się w głowę z komentarzem „przecież to tylko pies...”

Ale nie będzie wśród ludzi tych wymuszających stawianie nagrobków i szepczących zza krzaka, że Kowalska to się nie wysiliła i że literki na kamieniu coś za mało złote. Wszystkie nagrobki na zwierzęcych cmentarzach są budowane sercem, a nad nimi unosi się to najważniejsze



uczucie – miłość. Czysta, prawdziwa miłość, niezależnie od tego, co na ten temat sądzi Kościół, ustawy czy pravicowi publicyści. I jest to miłość traktująca zwierzęta całkowicie podmiotowo, skoro ich właścicielom potrzebne są rytuały przejścia, konieczne dla opanowania lęku przed ostatecznością – przecież to nie odchodzący, niezależnie od ilości nóg, nie mogą się obejść bez marmurów czy złocień.

Żałoba po śmierci ukochanego zwierzęcia przechodzi przez takie same fazy, jak żałoba po śmierci bliskiego człowieka i wcale nie jest łatwiejsza do zniesienia, nawet, jeśli niektórzy ludzie czują się winni z powodu odczuwania większego bólu związanego z odejściem psa niż z pożegnaniem członka rodziny. To poczucie winy jest nieuzasadnione – ból nie jest zależny od gatunku pożeganego towarzysza, ale od więzi, jaka człowieka z nim łączyła.

Elizabeth Kubler-Ross, na bazie badań i rozmów przeprowadzanych z ludźmi przechodzącymi przez proces umierania, wyodrębniła kilka faz, które pojawiają się także w procesie nieuniknionego żegnania zwierzęcego towarzysza. Początkowo jest to wyparcie, potem wściekłość, działanie, depresja i akceptacja. W pierwszej fazie opiekun chorego zwierzęcia odrzuca możliwość jego odejścia. Nie chce uwierzyć w trudną diagnozę, próbuje działań, które dają mu poczucie trwania, czyli przykładowo kupuje nowe posłanie czy smycz, traktując to jako „samouspokajacz” – przecież nie kupowałby posłania dla umierającego psa, więc skoro to zrobił, pies wcale nie jest umierający. Ponieważ to nie działa i zwierzę jest dalej terminalnie chore, pojawia się wściekłość. Na weterynarza, na siebie samego, na kogokolwiek czy cokolwiek, co da się obwinąć za śmiertelną chorobę towarzysza. Ta faza bywa trudna właśnie dla lekarzy weterynarii, ponieważ bywają oskarżani o niekompetencję, o zaniedbania i o wszystko, co mogło się przyczynić do choroby psa czy kota. Faza wściekłości przechodzi w fazę działania – właściciel próbuje znaleźć sposób na odwrócenie procesu. Szuka kolejnych lekarzy, którzy może wymyślą jakiś lepszy sposób leczenia, buszuje po Internecie z nadzieją na znalezienie jakiegoś remedium, próbuje się uciekać do medycyny alternatywnej, wszystko z nadzieją, że jednak nie wszystko stracone.

A na końcu, jeśli wszystko przebiega prawidłowo, pojawia się akceptacja. Bardzo często śmierć zwierzęcia następuje w trakcie przebiegu faz, zaburzając je, ale tak czy inaczej, w większości przypadków, w końcu do akceptacji dochodzi. Wtedy powoli można zacząć wracać do pięknych



wspomnień, można też zrobić coś dla uczczenia pamięci przyjaciela – właśnie nagrobek, może napisać artykuł do gazety o zwierzętach, opisujący zmarłego zwierzaka albo ufundować jakiś datek dla organizacji pro zwierzęcej i nazwać go jego imieniem.

Tym niemniej strata pozostaje stratą. Można ją podzielić na stratę pierwotną, czyli utratę fizycznej obecności zwierzęcia, jego dostrzegalny brak, ciszę przy powrocie do domu, poczucie pustki; oraz jej trochę subtelniejsze formy jak pożegnanie jednej ze swych tożsamości (ja-właściciel psa), konieczność rozstania się z tym, co się na psa projektowało lub, jeśli istniał związek zwierzęcia z kimś/czymś, co powinno być zostać przepracowane, konieczność powrotu do tych emocji. Istotna jest rola, jaką zwierzę pełniło w rodzinie – ta rola także w nagły sposób przestaje być obsadzona, a w niektórych sytuacjach może to być większym dramatem niż sama jego utrata. Są sytuacje, w których pies czy kot był jedynym spoiwem związku dwojga ludzi i jego odejście powoduje, że związek się rozpada, ale bywa także odwrotnie, wspólna żałoba łączy tych, którzy niekoniecznie mieli sobie coś do powiedzenia.

Pies zwłaszcza wyzwała dużo radości poprzez swoje spontaniczne, niekontrolowane czasem zachowanie. W kontakcie z nim człowiek także zaczyna być bardziej spontaniczny i, jak to często określali moi rozmówcy, lepszy.

Nie bez znaczenia jest także kontakt fizyczny – dla wielu ludzi, zwłaszcza mężczyzn, kontakt fizyczny ze zwierzęciem jest jedynym akceptowalnym kontaktem. W świecie mężczyzn dotyk i fizyczna czułość jest znacznie bardziej tabu niż w świecie kobiet, co wcale nie oznacza, że mężczyźni tego kontaktu nie potrzebują. Stąd utrata możliwości takiego kontaktu jest dodatkową trudnością.

W przypadku ludzi starszych lub żyjących samotnie pojawia się nagłe poczucie bycia nikomu niepotrzebnym, co w niektórych przypadkach może prowadzić do depresji a nawet do prób samobójczych.

Stratą wtórną jest to, z czego trzeba zrezygnować w momencie odejścia zwierzęcia, w tym wypadku raczej psa lub konia. Bo są to rozmaite aktywności, które podejmuje się wspólnie ze zwierzęciem, zarówno sportowe, jak i choćby związane z prowadzeniem działalności terapeutycznej lub, co gorsze, z pomocą dostarczaną przez zwierzę (pies przewodnik, pies asystujący np.).

## 2. Podejście religijne

Nie można zapominać o tym, że wobec śmierci, wobec samego aktu umierania jesteśmy równi – i ludzie i zwierzęta. Jeśli pominąć podejścia religijne, które w końcu są wyłącznie kwestią wiary, śmierć obchodzi się z nami jednakowo, redukując nas do rozpadających się szczątków.

A i religie podchodzą do życia i śmierci różnie. Wszystkie dowody na istnienie strukturalnej i behawioralnej ciągłości między zwierzętami i człowiekiem przeczą mocno zakorzenionej w światopoglądzie judeo-chrześcijańskim wierze w wyjątkowość człowieka. Dlatego z punktu widzenia chrześcijaństwa wszelkie analogie między pochówkami ludzi i zwierząt powinny być niedopuszczalne, a zwierzęce cmentarze balansują na granicy bluźnierstwa.

Nieżyjący już ksiądz Stanisław Musiał twierdził, pozostając w mocnej niezgodzie z oficjalnymi poglądami kościoła, że musimy pożegnać się z poglądem, że wszystko, co zostało przez Boga stworzone, zostało stworzone tylko dla człowieka i tylko ze względu na niego. Podobieństwo Boże wyciśnięte jest nie tylko na twarzy ludzkiej. Nosi je na sobie każde stworzenie, jako odbłask Bożego piękna i dobra, choć każde w inny sposób.

W życiu Chrystusa było dużo zwierząt. Wiele z nich było Chrystusowi bardzo pomocnych, a to nie może pozostać bez „zapłaty”. U Chrystusa zaś „zapłatą” jest zawsze życie wieczne – to także słowa księdza Musiała, niosące z pewnością ulgę tym, którzy pożegnali swoje zwierzę i lękają się, że pożegnali je na zawsze oraz budzące wściekłość tych, którzy nie mogą znieść myśli, że są trochę mniej wyjątkowi, niż im się do tej pory zdawało.

Z kolei według nauk buddyjskich wśród odczuwających istot nie ma żadnych drugorzędnych, a ludzkie życie nie zajmuje specjalnie uprzywilejowanego, specjalnego miejsca pomiędzy innymi jego rodzajami. Buddyizm i hinduizm głoszą zasadę ahinsy, czyli nie-krzywdzenia i poszanowania dla wszelkiego życia – wiąże się to także z wiarą w reinkarnację. Dżinizm rozszerza ahinsę na rośliny i ziemię. Islam pozwala na zabijanie zwierząt, lecz nie wolno robić tego w sposób okrutny lub bez szczególnej potrzeby – czemu jednak przeczy stosowanie uboju rytualnego.

W niektórych społecznościach plemiennych życie zwierząt ma dokładnie takie samo znaczenie, jak życie ludzi i zabicie zwierzęcia jest karane tak samo, jak zabicie człowieka.

### 3. Żegnanie ludzi przez zwierzęta

Nie od rzeczy będzie wspomnieć przy okazji o odwrotnej stronie medalu, czyli o zwierzętach żegnających swoich ludzi. Niestety w dużej ilości przypadków jest to sytuacja rozpacзлиwa i dla zwierząt tragiczna, co słusznie zauważyła Szymborska w słynnym wierszu o kocie w pustym mieszkaniu. I pół biedy jeszcze, jeśli zostają ręce, które chcą owego kota czy psa utulić i sprawić, że powoli zmniejszy się jego tęsknota za ręką, która była „tą” ręką. Wiele razy jednak człowiek odchodzi, a jego rodzina jest zainteresowana tym, co po nim zostaje z wyjątkiem spuścizny żywej i potrzebującej opieki. I taka spuścizna ląduje w najlepszym razie w schronisku, w gorszym na ulicy – ani tu, ani tam nie jest w stanie sobie poradzić, trafiając z kochających ramion i ciepłej kanapy w ekstremalnie trudne warunki, w których prędzej czy później ginie, nie rozumiejąc, dlaczego życie tak bardzo się zmieniło.

Tę sytuację można byłoby trochę poprawić, gdyby ludzie jeszcze za życia wierzyli, że są śmiertelni i może się zdarzyć, że odejdą wcześniej niż ich pupile i gdyby zaakceptowali fakt, że odpowiedzialność za nie sięga dalej niż śmierć.

Pracując jako psycholog z ludźmi i zwierzętami trafiam na bardzo różne sytuacje rozgrywające się w przestrzeni pomiędzy gatunkami, ale opisane powyżej budzą mój głęboki sprzeciw – ponieważ zdaję sobie sprawę, że części z nich można by zapobiec, odpowiednio planując zwierzęcą przyszłość.

Ilustracja 1. Plakat towarzyszący akcji „Zadbaj zanim będzie za późno”



Źródło: autor Łukasz Grynda.

#### 4. Teriantropia

Całkowicie odrębny i w zasadzie ukazywany raczej w charakterze ciekawostki jest świat tzw. teriantropów, inaczej zwierzoludzi. Teriantropia wywodzi się spośród religii chińskich, a dziś należy rozumieć ją jako nazwę stanu duchowego, który sprawia, że znajdujący się w nim człowiek postrzega siebie w jakiś sposób jako nie-ludzkie zwierzę. Można powiedzieć, że taka osoba czuje silną międzygatunkową i całkowicie immanentną więź najczęściej z jednym, konkretnym gatunkiem zwierzęcia, które jest jego *teriotypem*. Związek zwierzoluda z jego teriotypem daleko wykracza poza zwykłe uczucie sympatii do konkretnego zwierzęcia, chociaż ludzie mogą łatwo pomylić zwierzoludzi z sympatykami

zwierząt. Główną cechą, która pozwala odróżnić sympatyka zwierząt od teriantropa, jest występowanie połączeń osobowych ze zwierzętami - co jest wyłącznie domeną teriantropów. Sympatycy najczęściej nie zdają sobie sprawy z istnienia czegoś takiego, jak duchowe relacje między gatunkami, zaś ich sprawiedliwe postępowanie wynika z altruizmu. Zwierzęta dla ich sympatyków są jakimś fragmentem ich życia. Dla teriantropów natomiast są one tak istotnym elementem tożsamości, że prędzej sami umrą, niż im zaszkodzą.

Szczególnym przejawem wiary teriantropów życie pozagrobowe zwierząt jest wyrażanie szacunku dla ich zwłok. Zwierzoludzie są przekonani, że każdy człowiek i zwierzę po śmierci musi zostać ceremonialnie pogrzebane. Nie zgadzają się na używanie jakichkolwiek szczątków doczesnych w celach naukowych, wykorzystywanie w przemyśle czy wyrzucanie ich ze śmieciami. Fakt, że większość ludzi traktuje zwierzęta w sposób instrumentalny lub jako odpady jest dla teriantropów nie do przyjęcia. Jest to wyjątkowo dotkliwie, gdy zwierzę żyło i zginęło w męczarniach. Paradoksalnie jednak, trudna rzeczywistość motywuje zwierzoludzi do jeszcze głębszego zjednoczenia się ze swoimi braćmi.

Tak więc zwierzoludzie, kiedy tylko mają sposobność, starają się urządzać pochówki martwym zwierzętom. Sposób, w jaki się on odbywa, jest podyktowany przez konkretną sytuację, dlatego nie wykształcił się jednolitych ceremoniał. Do tych kwestii każdy teriantrop ma trochę inne podejście. Najważniejsze jest, aby ceremoniał oddawał szacunek dla ciała i symbolicznie przedstawiał przeprowadzenie duszy zwierzęcia do świata umarłych. W sprzyjających warunkach, czyli wtedy, gdy jest czas i miejsce, teriantropi urządzają cmentarze dla zwierząt. Lokalizują je w najgłębszych ostępach, jakie tylko mogą znaleźć w swojej okolicy. Są to najczęściej trudno dostępne tereny leśne i nieużytki polne. Takie położenie daje w pewnym stopniu gwarancję, że ziemia która dla teriantropów jest święta, nie zostanie zdegradowana przez ludzi.

Założone w ten sposób cmentarzyska stają się grobem dla zwierząt, które zginęły na obszarach zurbanizowanych. Są nimi zwykle ofiary wypadków komunikacyjnych oraz zwierzęta znalezione w innych miejscach. Chodzi o to, aby ludzie nie profanowali zwłok zwierząt przez wyrzucenie do śmieci lub utylizację. Jeżeli zwierzę jest zbyt wielkie albo w stanie daleko posuniętego rozkładu, teriantropi przeciągają je w niewidoczne miejsce i czekają, aż pozostaną z niego tylko kości. Kiedy to nastąpi, wracają by zanieść je na cmentarz.

Jak powyżej napisałam, traktuję teriantropię jako ciekawostkę, tym niemniej zdecydowanie bardziej odpowiada mi stosunek teriantropów do zwierząt, niż podejście wielu ludzi o znacznie mniej ekstrawaganczkich poglądach.

## 5. Podsumowanie

Traktowanie umierania zwierząt jako jednorodnego zjawiska jest całkowicie nieuprawnione. Podejście do niej jest ogromnie zróżnicowane i zależy od ogromnej ilości czynników, takich jak gatunek i przeznaczenie zwierzęcia, podejście kulturowe, religia oraz indywidualnego podejścia poszczególnych ludzi. Fakt, że przychodzi się rozstać ze zwierzęciem bywa więc faktem bez znaczenia emocjonalnego – lub traumą, z której niejednokrotnie trudno się wydobyć bez fachowej pomocy.

## Streszczenie

Ludzkie podejście do umierania zwierząt jest ściśle zależne od podejścia do zwierząt żywych. Cechuje je obojętność zahaczająca o okrucieństwo lub przeciwnie, jest traktowane niewiele inaczej od umierania ludzkich członków rodziny i towarzyszy mu podobne przeżywanie żałoby. Religie także cechuje spora rozpiętość w poglądach na odchodzenie zwierząt – od obojętności katolicyzmu (poza nielicznymi jego przedstawicielami) po buddyjskie jednakowe traktowanie każdego życia i jego końca, niezależnie od gatunku lub bardzo specyficzne podejście teriantropów. Odchodzenie ludzi będących ich właścicielami może natomiast być dla zwierząt problemem decydującym o ich dalszym życiu.

Słowa kluczowe: zwierzęta, umieranie, śmierć, cmentarz zwierząt, żałoba.

## Abstract

Humans attitude toward animals death depends on their attitude towards living animals. Its characterized by either indifference up to cruelty or is treated similar to the death of human family members accompanied by the same kind of mourning. Religions are also characterized by big range of opinions of animals passing away – from indifference

of catholics to similar attitude towards all kinds of live and its end of Buddhists or very specific ideas of terianthropics. Owners passing away can be deciding problem for animals who stay.

Keywords: animals, dying, death, animals cemetery, mourning.

Joanna Buchalska<sup>1</sup>

## Ochrona nazwiska osoby zmarłej użytego w znakach towarowych

### 1. Uwagi ogólne

Ochrona nazwiska osób zmarłych w znakach towarowych jest problematyką szczególnie ważną, a jednocześnie bardzo trudną. Istotność tej problematyki odnosi się do faktu, że nazwisko wykorzystywane w znaku towarowym często jest synonimem jakości, renomy pewnego dobra lub usługi spełniając jedną z funkcji znaku towarowego. Jednocześnie nazwisko *per se* chronione jest jako jedno z dóbr osobistych wymienionych w przepisach kodeksu cywilnego<sup>2</sup>. Charakter dóbr osobistych przemawia jednak za tym, że dobro to posiada jedynie niemajątkowy charakter<sup>3</sup>. Jednocześnie umieszczenie nazwiska w znaku towarowym nadaje mu wymiar już majątkowy. Ponadto, trudności w zakresie wykorzystywania nazwiska w znakach towarowych pogłębione zostać mogą poprzez jednoczesnej ochrony tego oznaczenia w innych przepisach między innymi ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wzajemne przenikanie się tych unormowań potęguje również kwestia wykorzystywania nazwiska osoby zmarłej w znaku towarowym. Zasadniczo wyróżnić można dwa rodzaje nazwisk, które mogą stanowić znak towarowy lub jego część – nazwiska historyczne, oraz nazwiska

---

<sup>1</sup> Dr, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie.

<sup>2</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>3</sup> S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 9; S. Grzybowski, *Osobistości prawa*, w: F. Zoll, J. Wasilkowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. 3: *Osobistości prawa – przedsiębiorstwo* Warszawa 1939, s. 1249, S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 18; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 25; A. Cisek, P. Machnikowski, *Komentarz do art. 23*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 58.



powszechnie. Ze względu na szczegółowe omówienie w piśmiennictwie wykorzystywania nazwiska historycznych w znakach towarowych<sup>4</sup>, przedmiotem analizy pozostanie problematyka wykorzystywania nazwisk „powszechnych” w znakach towarowych.

## 2. Wykorzystywanie nazwiska osoby zmarłej w nazwie

Nazwisko stanowi istotny, a niekiedy jedyny element nazwy lub firmy stanowiąc, podobnie jak imię i nazwisko osoby fizycznej, element odróżniający<sup>5</sup>. Jednakże sposób tworzenia nazw pozostaje odmienny w zależności od formy osoby prawnej. Sposób tworzenia osoby prawnej determinuje sposób nadania jej nazwy. W wypadku osób prawnych tworzonych na podstawie aktu normatywnego (ustawy, rozporządzenia) akt taki określa jej nazwę<sup>6</sup>, w wypadku innych osób prawnych przepisy

<sup>4</sup> H. Fedorowicz, *Chopin pozostanie na etykiecie*, „Rzeczpospolita” z 10 września 2001 r., H. Fedorowicz, *Terravita z nutkami Chopina*, „Rzeczpospolita” z 17 czerwca 1999 r., G. Sieczkowski, *Etiuda rewolucyjna*, „Rzeczpospolita” z 14 września 1996 r.; Z. Podkański, *Spór o Chopina*, „Rzeczpospolita” z 30 września 1996 r., D. Frey, *Księżna broni króla*, „Rzeczpospolita” z 26 listopada 2003 r.; M. Domagalski, *Księżna Sobieska zu Schwarzenberg broni rodowego nazwiska*, „Rzeczpospolita” z 11 października 2001 r., wyrok SN z 12 grudnia 1997 r. (III RN 74/97), OSNAPiUS 1998, nr 9, poz. 413, H. Fedorowicz, *Król nie dla papierosów*, „Rzeczpospolita” z 27 marca 1997 r., W. Włodarczyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 grudnia 1997, III RN 74/97*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 8, s. 111–112, H. Fedorowicz, *Znaki towarowe. Nazwiska historyczne mogą być zarejestrowane*, „Rzeczpospolita” z 30 lipca 1998 r.; *Sporny znak – sprawa o wygaśnięcie*, „Kwartalnik Urzędu Patentowego RP” 2013, nr 3, s. 70–73, D. Margas, *Prawdopodobnie ugoda*, „Rzeczpospolita” z 12 lipca 1994 r., postanowienie SN z 26 października 1994 r. (I CRN 119/94), OSNC 1995, nr 1, poz. 22, R. Andziak, *Waza nie gorszy od Batorego*, „Rzeczpospolita” 1997, nr 42, s. 16; J. Mazurkiewicz, *Umieszczanie...*, s. 282; R. Andziak, *Król nabity w butelkę*, „Rzeczpospolita” z 6 marca 1997 r., wyrok WSA w Warszawie z 19 września 2007 r. (VI SA/Wa 989/07), LEX nr 374813; wyrok NSA z 18 stycznia 2007 r. (II GSK 206/06), ONSAiWSA 2008, nr 4, poz. 61; wyrok WSA w Warszawie z 13 kwietnia 2006 r. (VI SA/Wa 312/05), LEX nr 874912.

<sup>5</sup> J. Frąckowiak, *Osoby prawne...*, s. 1162; S. Grzybowski, *Osoby prawne*, w: S. Grzybowski (red), *System Prawa Cywilnego*, t. 1, Wrocław 1985, s. 376; A. Szpunar, *Ochrona dóbr...*, s. 170; J.J. Sitko, *Firma i jej ochrona*, Warszawa 2009, s. 112; M. Poźniak-Niedzielska, *Nazwa osoby prawnej jako przedmiot ochrony prawa cywilnego*, w: J. Błęszyński, J. Rajski (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 295; E. Gniewek, *Komentarz do art. 43<sup>1</sup>*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny...*, s. 58; A. Karpowicz, *Firma a nazwa*, „Palestra” 1994, nr 12, s. 75–77; A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych przysługujących...*, s. 37.

<sup>6</sup> Por. np. ustawa z 23 października 1987 r. o przedsiębiorstwie państwowym „Porty

określają zasady tworzenia nazwy<sup>7</sup> lub wskazują jedynie, że dana osoba prawna powinna mieć nazwę, a jej ustalenie należy do założycieli. Jako przykład osób prawnych tworzonych na podstawie aktu normatywnego, zawierających nazwisko, można wskazać fundację „Zakład Narodowy imienia Ossolińskich”, powołaną ustawą z 5 stycznia 1995 r. o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich<sup>8</sup>. Niezależnie od tego, w jaki sposób powstaje osoba prawna, jej nazwa może zawierać nazwisko. W tym kontekście nie ma jednak szczególnych uregulowań w zakresie możliwości wykorzystywania nazwiska osoby zmarłej, które np. w nazwie fundacji lub stowarzyszenia zazwyczaj ma stanowić „upamiętnienie”, wyrażenie uznania, hołdu dla osoby zmarłej. Problem może jednak powstać wówczas, gdyby np. fundacja lub stowarzyszenie powstały „przeciwko” konkretnej osobie, np. określając w nazwie, że wspiera osoby poszkodowane przez polityka, przedsiębiorcę X.

Odmiennie jest w przepisach prawa handlowego. Zgodnie z art. 32 § 1 k.h. z 1933 r.<sup>9</sup> i art. 32 § 1 k.h.<sup>10</sup> w razie zmiany nazwiska, które stanowiło część składową firmy, można było przedsiębiorstwo prowadzić nadal pod dotychczasową firmą, należało jednak w dodatku do firmy wskazać nowe nazwisko. W przypadku ustąpienia ze spółki jawnej lub komandytowej wspólnika, którego nazwisko było w firmie zamieszczone, można było prowadzić przedsiębiorstwo nadal pod dotychczasową firmą za zezwoleniem jego lub jego spadkobierców, należało jednak w dodatku do firmy zamieścić brzmienie firmy, odpowiadające art. 28. Przepis ten wzbudzał wiele kontrowersji, w szczególności wobec zakresu uprawionych do pośmiertnego dysponowania nazwiskiem, zwłaszcza ze względu na podmiot uprawniony do wydania zgody na korzystanie z nazwiska<sup>11</sup>. Wskazać można jednak, zgodnie ze stanowiskiem J. Mazurkiewicza, że umieszczanie nazwiska osoby zmarłej w firmie

---

Lotnicze” (Dz. U. Nr 33, poz. 185 ze zm.), nieobowiązujące: ustawa z 6 lipca 1995 r. o przedsiębiorstwie państwowym „Polskie Koleje Państwowe” (Dz. U. Nr 95, poz. 47 4 ze zm.), art. 7 i n. ustawy z 2 grudnia 1960 r. o kolejach (Dz. U. Nr 54, poz. 311 ze zm.).

<sup>7</sup> S. Grzybowski, *Osoby prawne...*, s. 376.

<sup>8</sup> Ustawa z 5 stycznia 1995 r. o fundacji – Zakład Narodowy imienia Ossolińskich (Dz. U. Nr 23, poz. 121 ze zm.).

<sup>9</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 82, poz. 600 ze zm.).

<sup>10</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502 ze zm.).

<sup>11</sup> Por. R. Stefanicki, *Prawo do nazwy (firmy) i jego ochrona*, Kraków 1999, s. 74.

nie jest przejawem zasady ciągłości firmy, a jedynym uprawnionym do dysponowania nazwiskiem jest ten, kto je nosi<sup>12</sup>. Aby można było uznać, że nazwisko może pozostać w firmie, musi ono być związane z działalnością spółki<sup>13</sup>. Za taką interpretacją przemawiał również art. 33 k.h., zgodnie z którym, kto nabywał istniejące przedsiębiorstwo, mógł je za zezwoleniem poprzedniego właściciela lub jego spadkobierców prowadzić pod dotychczasową firmą. Powinien jednak zamieścić w firmie dodatek oznaczający nabywcę.

Obecnie omawiana problematyka została uregulowana w art. 43<sup>8</sup> k.c. Zgodnie z § 1 tego przepisu w przypadku utraty członkostwa przez wspólnika, którego nazwisko było umieszczone w firmie, spółka może zachować w swojej firmie nazwisko byłego wspólnika tylko za wyrażoną na piśmie jego zgodą, a w razie jego śmierci – za zgodą jego małżonka i dzieci. W przepisie § 2 – mającym zastosowanie do osób fizycznych będących przedsiębiorcami – przewidziano, że przepis § 1 stosuje się odpowiednio w wypadku kontynuowania działalności gospodarczej osoby fizycznej przez inną osobę fizyczną będącą jej następcą prawnym. Zgodnie natomiast z § 3, kto nabywa przedsiębiorstwo, może je nadal prowadzić pod dotychczasową nazwą. Powinien jednak umieścić dodatek wskazujący firmę lub nazwisko nabywcy, chyba że strony postanowiły inaczej.

Wykładając wymienione przepisy Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 8 kwietnia 2014 r.<sup>14</sup> stwierdził, że art. 43<sup>8</sup> § 1 k.c. odnosi się wyłącznie do spółek osobowych, których firmy muszą zawierać nazwiska wszystkich lub niektórych wspólników, a przynajmniej nazwisko jednego spośród nich (art. 24 § 2, art. 90 § 1, art. 104 § 1, art. 127 § 1 k.s.h.) i tylko taka spółka, jeśli jest zainteresowana utrzymaniem firmy w dotychczasowym brzmieniu, obejmującym nazwisko wspólnika tracącego członkostwo, musi uzyskać na to pisemną zgodę (zastrzeżoną dla celów dowodowych – *ad probationem*) wspólnika ustępującego ze spółki, a w razie jego śmierci – zgodę jego małżonka i dzieci. Oceny tej nie zmienia powoływana przez zwolenników poglądu, że nie ma powodu

<sup>12</sup> Por. J. Mazurkiewicz, *Umieszczanie i zachowywanie w firmach nazwisk zmarłych*, w: R. Szytk (red.), *Kodeks spółek handlowych. Studia i materiały*, Poznań–Kluczbork 2001, s. 275.

<sup>13</sup> M. Honzatko w: T. Dziurzyński, Z. Fernichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 1, Kraków 1936, s. 66; J. Mazurkiewicz, *Umieszczanie...*, s. 277.

<sup>14</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8 kwietnia 2014 r. (V ACa 825/13), LEX nr 1458909.

do ograniczania zakresu podmiotowego przepisu tylko do spółek osobowych, wskazywana na jego uzasadnienie okoliczność, że przepis mówi ogólnie o wspólniku, nie zawężając tego pojęcia tylko do wspólników spółek osobowych, a zgodnie z art. 43<sup>5</sup> § 3 k.c. nazwisko wspólnika może pojawić się również w spółce kapitałowej.

Jak się podkreśla w piśmiennictwie, osoba prawna dzięki umieszczeniu w jej brzmieniu nazwiska osoby fizycznej staje się nośnikiem pozytywnych skojarzeń z przedsiębiorcą, a pośrednio – z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą (ekonomiczne wykorzystanie dobra osobistego). Taki jest też główny cel starań założyciela spółki kapitałowej o umieszczenie jego nazwiska w firmie. Jest to z jednej strony upoważnienie takiej osoby do zamieszczenia nazwiska w korpusie jego firmy, z drugiej – rezygnacja z przysługującego uprawnionemu do nazwiska zakazu używania go we wskazanej funkcji. W przypadku zbycia udziałów bądź akcji w takiej spółce nabywca wstępuje w jego miejsce do umowy spółki pod firmą zawierającą nazwisko ustępującego wspólnika, który zakładając spółkę, podjął decyzję o zamieszczeniu w jej nazwie swojego nazwiska jako składnika firmy.

Rozważenia wymaga jednak kwestia, czy zasadne jest wskazanie tak wąskiego katalogu uprawnianych do wydania zgody na podstawie art. 43<sup>8</sup> k.c. Wydaje się, że w przypadku pozostawienia przez zmarłego przysposobionych, sąd – prowadząc postępowanie dotyczące możliwości wykorzystania nazwiska osoby zmarłej w firmie – stanąłby na stanowisku, że zgoda tej osoby jest uprawniona. Jednakże wątpliwości wzbudza, czy takie samo prawo będą mieli wstępni, oni nie zostali bowiem wymienieni w normie art. 43<sup>8</sup> k.c. Warto w tym kontekście rozważyć również stanowisko M. Załuckiego, zgodnie z którym katalog wskazany w art. 43<sup>8</sup> k.c. winien być rozszerzony. Jako wzór w tym zakresie autor odwołuje się do treści art. 78 ust 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którą jeżeli twórca nie wyraził innej woli, po jego śmierci z powodztwem o ochronę autorskich praw osobistych zmarłego może wystąpić małżonek, a w jego braku kolejno: zstępni, rodzice, rodzeństwo, zstępni rodzeństwa<sup>15</sup>. Kwesta ta staje się tym bardziej skomplikowana, gdy nazwisko to wykorzystane zostanie jako znak towarowy lub jego element.

---

<sup>15</sup> M. Załucki, *Korzystanie z nazwiska jako element firmy po śmierci przedsiębiorcy. Rozważania na tle zgody małżonka i dzieci zmarłego*, w: J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012, s. 462–464.

### 3. Rejestracja nazwisk powszechnych

Trudno wskazać granicę, po przekroczeniu której nazwisko przestaje stanowić nazwisko powszechne a staje się nazwiskiem historycznym. Przyjąć należy jednak, że nazwisko powszechne to takie, które nie jest wiązane przez przeciętnego konsumenta z konkretną postacią historyczną. Wobec braku definicji legalnej pojęcia nazwiska historycznego uznać należy *a contrario*, że nazwiskiem współczesnym i powszechnym jest nazwisko niehistoryczne, tj. takie, z którym nie jest utożsamiany szczególny kult osób je noszących. Kwestia rejestracji nazwisk historycznych była już przedmiotem szczególnej dyskusji<sup>16</sup>, w odniesieniu w szczególności ustawy z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina<sup>17</sup> oraz wyroku Sądu Najwyższego, zajmującego się problematyką rejestracji znaku towarowego Jan III Sobieski<sup>18</sup>. Za zasadne należy uznać jednak, że nazwiska historyczne stanowią dobro kultury o szczególnym charakterze, wobec tego w sposób znaczący należy uznać możliwość ich wykorzystywania w znakach towarowych.

Zgodnie z art. 132 ust. 2 pkt 2 ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej<sup>19</sup> nie udziela się prawa ochronnego na znak towarowy identyczny lub podobny do znaku towarowego, na który udzielono prawa ochronnego lub zgłoszonego do rejestracji, jeżeli jego używanie może spowodować ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, polegający w szczególności na skojarzeniu między znakami<sup>20</sup>. Zgodnie zaś z art. 156 p.w.p. prawo ochronne na znak towarowy nie daje uprawnionemu prawa zakazywania używania przez inne osoby w obrocie ich nazwisk lub adresu. Rejestracja znaku towarowego w postaci imienia i nazwiska zgłaszającego nie powinna powodować odmowy po stronie

<sup>16</sup> Por.: H. Fedorowicz, *Chopin pozostanie...*; H. Fedorowicz, *Terravita...*; G. Sieczkowski, *Etiuda...*; Z. Podkański, *Spór...*; D. Frey, *Księżna...*; M. Domagalski, *Księżna...*; H. Fedorowicz, *Król...*; W. Włodarczyk, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 grudnia 1997...*, s. 111–112; H. Fedorowicz, *Znaki towarowe...*; D. Margas, *Prawdopodobnie...*; R. Andziak, *Waza...*; J. Mazurkiewicz, *Umieszczanie...*, s. 282.

<sup>17</sup> Ustawa z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina (Dz. U. Nr 16, poz. 168).

<sup>18</sup> Wyrok SN z 12 grudnia 1997 r. (III RN 74/97), OSNAPiUS 1998, nr 9, poz. 413.

<sup>19</sup> Ustawa z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 ze zm.), dalej: p.w.p.

<sup>20</sup> Por. decyzja nr ICD 000004851 OHIM z 19 marca 2009 r. w sprawie Viniqum Kereskedelmi Kft v. Zakłady Piwowskie „Głubczyce” S.A., [http://preprodbeta.oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/invalidity/ICD%2000004851%20decision%20\(EN\).pdf](http://preprodbeta.oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/RCD/case-law/invalidity/ICD%2000004851%20decision%20(EN).pdf)

Urzędu Patentowanego RP takiego zgłoszenia<sup>21</sup>. Celem bowiem tego unormowania jest pozostawienie elementów ogólnoinformacyjnych w znaku towarowym<sup>22</sup>. Jednakże w orzecznictwie wskazać można próbę rejestracji nazwisk „Kozłowski”, „Nowak”, „Marek Grechuta”, „Marek Śliwka” jako element znaku „Logos Travel Marek Śliwka”, jak również wielu innych.

Bezsporne jest, że nazwisko samo przez się ma dużą zdolność identyfikowania określonego podmiotu (przedsiębiorcy). Użyte w znaku towarowym, obok innych elementów słownych i graficznych, może jednak nie mieć dystynktywnego i dominującego charakteru, jeżeli całościowe wrażenie wywołane przez taki złożony znak zostanie zdominowane przez inny jego element (elementy)<sup>23</sup>. W sprawie dotyczącej wykorzystania nazwiska „Kozłowski” w znaku towarowym, osoba nosząca to nazwisko złożyła wniosek o unieważnienie znaku towarowego „Kozłowski” zarejestrowanego na rzecz Jerzego Kozłowskiego, od 1975 r. prowadzącego pod nazwą „Kozłowski” działalność gospodarczą polegającą na produkcji szczotek i pędzli. Urząd Patentowy RP stwierdził, że nie ma podstawy prawnej do unieważnienia rejestracji. Wnioskodawca nie wskazał żadnych uchybień ani przepisów, które zostały naruszone. Twierdzenie, że rejestracja uniemożliwia innym członkom rodziny prowadzenie działalności gospodarczej, zdaniem Urzędu, było nieporozumieniem<sup>24</sup>. Podobne stanowisko w tej sprawie zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 7 grudnia 2005 r. Stwierdził, że w stanie faktycznym sprzeczne z zasadami współżycia społecznego było zawłaszczenie przez skarżących oznaczenia „Kozłowski”, uniemożliwiający prowadzenie działalności gospodarczej pod nazwiskiem „Kozłowski” uczestnikowi postępowania, jak i pozostałym członkom tej rodziny. Ponadto uznał, że posługiwanie się taką formą znaku – samym nazwiskiem – nie powoduje możliwości odróżnienia towarów jednego przedsiębiorcy od innego, czyli nie spełnia podstawowej funkcji znaku

---

<sup>21</sup> R. Skubisz, *Względne podstawy odmowy udzielenia prawa ochronnego na znak towarowy*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 14B: *Prawo własności przemysłowej*, red. R. Skubisz, Warszawa 2012, s. 747; por. wyrok WSA w Warszawie z 2 lutego 2010 r. (VI SA/Wa 1904/09), LEX nr 784446.

<sup>22</sup> Por. U. Promińska, *Znaki towarowe i prawa ochronne*, w: E. Nowińska, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2011, s. 490.

<sup>23</sup> Wyrok NSA z 24 listopada 2010 r. (II GSK 1010/09), LEX nr 787119.

<sup>24</sup> D. Frey, *Nazwisko pod ochroną*, „Rzeczpospolita” z 10 lutego 2004 r.



towarowego<sup>25</sup>. Odmienne stanowisko w tej sprawie zajął Naczelny Sąd Administracyjny. Zdaniem tego Sądu uprawniony z rejestracji znaku towarowego „Kozłowski” przed złożeniem wniosku o rejestrację tego znaku towarowego wiedział o tym, że na wiele lat przed rejestracją znaku towarowego, a także w dacie jego rejestracji członkowie rodziny Kozłowskich używali do oznaczania swoich wyrobów – pędzli i szczotek – nazwiska Kozłowski. Taka sytuacja spowodowała, że rejestracja znaku towarowego Kozłowski wykluczała możliwość oznaczania przez innych członków rodziny Kozłowskich swoich wyrobów oznaczeniem stanowiącym ich nazwisko, a tym samym – uniemożliwiała kojarzenie wyrobów pochodzących od osób noszących nazwisko „Kozłowski” właśnie z tymi producentami. Zdaniem NSA takie działanie osoby uprawnionej do rejestracji znaku towarowego „Kozłowski” miało znamiona ograniczenia konkurencji. Wobec powyższego NSA podobnie do WSA w Warszawie wskazał, że nabywcy towarów mieliby znaczne trudności w identyfikowaniu źródła pochodzenia towarów i zasadnie przyjął, że znak towarowy będący przedmiotem niniejszego postępowania nie posiada konkretnej zdolności odróżniającej<sup>26</sup>.

Podobne stanowisko można wyróżnić w orzecznictwie unijnym. Trybunał Sprawiedliwości w sprawie dotyczącej rejestracji nazwiska Nicols jako znaku towarowego dla automatów sprzedających oraz dla produktów spożywczych, w tym napojów, sprzedawanych głównie za pomocą tych automatów<sup>27</sup>. Stwierdził, że kryteria oceny istnienia charakteru odróżniającego znaków towarowych składających się z nazwisk są takie same jak w przypadku innych rodzajów znaków towarowych<sup>28</sup>. Surowsze kryteria oceny odnoszą się do przypadków: uprzednio ustalonej liczby osób o tym samym nazwisku, powyżej której nazwisko to może być uznane za pozbawione charakteru odróżniającego; liczby przedsiębiorstw dostarczających towary lub świadczących usługi takiego samego typu jak te, których dotyczy zgłoszenie znaku towarowego, oraz w przypadku powszechnego użycia nazwiska w danym sektorze bądź jego braku. Nazwisko, nawet popularne, może być – zdaniem

<sup>25</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 7 grudnia 2005 r. (VI SA/Wa 905/05), LEX nr 200821.

<sup>26</sup> Wyrok NSA z 20 września 2006 r. (II GSK 115/06), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>27</sup> Wyrok TS z 16 września 2004 r. w sprawie C-404/02, *Nichols plc v. Registrar of Trade Marks*, Zb. Orz. 2004, nr 8, s. I-8499.

<sup>28</sup> Por. wyrok SPI z 13 lipca 2005 r. w sprawie T-40/03 *Julian Murúa Entrena v. OHIM*, Zb. Orz. 2005, nr 7, s. II-2831.

Trybunału Sprawiedliwości – zarejestrowane jako znak towarowy, jeżeli ma charakter odróżniający.

Nieco odmienne stanowisko niż w wyroku Trybunału Sprawiedliwości zostało wyrażone w opinii Rzecznika Generalnego Dámasa Ruiza-Jaraba Colomera przedstawionej 15 stycznia 2004 r. do sprawy C-404/02. Zgodnie z nią zdolność odróżniająca danego nazwiska zależy od tego, czy konsument jest w stanie przyjąć, że w związku z towarami lub usługami, dla których wniesiono o dokonanie rejestracji, dane oznaczenie identyfikuje towary lub usługi jako pochodzące od danego przedsiębiorstwa, a nie innych. Powszechny charakter nazwiska jest jednym z czynników, ale nie decydującym, który można wziąć pod uwagę zawsze w związku z określonymi towarami lub usługami.

Jednakże, kwestia powszechności występowania nazwiska, które jest wykorzystane w znaku towarowym nie jest jednolita dla wszystkich państw unijnych. Wyraźnie wskazać można przypisywanie odmiennych uwag konsumenta włoskiego i hiszpańskiego w odniesieniu do znaków towarowych zawierających nazwisko. Przykładowo w sprawie rejestracji znaku towarowego słownego – „ENZO FUSCO”, Sąd Pierwszej Instancji w tej sprawie zajął ciekawe stanowisko. Zdaniem Sądu sposób postrzegania oznaczeń utworzonych przez nazwisko osoby może być zróżnicowany w zależności od państwa Unii Europejskiej. W celu ustalenia, czy w danym państwie właściwy krąg odbiorców nadaje przeważnie charakter odróżniający nazwisku, czy imieniu, orzecznictwo tego państwa, choć niewiążące dla sądu wspólnotowego, może dostarczyć użytecznych wskazówek. Sąd Pierwszej Instancji odniósł się wobec tego do orzecznictwa włoskiego, które reprezentuje ogólny pogląd, według którego nazwisko stanowi główny element oznaczenia składającego się z imienia i nazwiska. Co więcej, między stronami bezsporne było, że nazwisko „Fusco” nie znajduje się w grupie najbardziej rozpowszechnionych nazwisk we Włoszech. Przyjęcie takiego stanowiska zdaniem Sądu powoduje, że wskazane oznaczenia charakteryzuje pewne podobieństwo wynikające z faktu, że ich najistotniejszy element charakteryzujący jest identyczny<sup>29</sup>.

Podobne stanowisko zajęto co do znaku słowno-graficznego „B. Antonio Basile 1952”. Sąd UE w tej sprawie, podobnie jak w sprawie ENZO FUSCO stwierdził, że włoski konsument przywiązuje większą

---

<sup>29</sup> Wyrok SPI z 1 marca 2005 r. w sprawie T-185/03 *Vincenzo Fusco v. OHIM*, Zb. Orz. 2005, nr 3, s. II-715.



wagę do nazwiska niż imienia w znaku towarowym. W tym kontekście w szczególności należy uwzględnić okoliczność, że dane nazwisko nie jest powszechne, lub przeciwnie, że jest ono bardzo często spotykane, co może mieć przełożenie na jego charakter odróżniający, jak też ewentualną popularność osoby, która wnosi o zarejestrowanie swojego imienia i nazwiska łącznie jako znaku towarowego<sup>30</sup>. Wobec tego, że nazwisko „Basile” jest powszechnie znane, a nawet jest jednym z najbardziej popularnych we Włoszech, to pomimo połączenia z imieniem Antonio, jest elementem bardziej odróżniającym znak towarowy. W wyroku Sąd dokonał porównania przedmiotowych znaków w trzech płaszczyznach – wizualnej, fonetycznej i konceptualnej, podkreślając zgodnie z wcześniejszym orzecnictwem, że wobec znaków towarowych, których elementem jest nazwisko, należy zachować ten sam sposób oceny<sup>31</sup>. Analogicznie w sprawie rejestracji znaku słownego „PUCCI”. Sąd UE odwoływał się w tej sprawie do wcześniejszej praktyki posługiwania się kryterium przeciętnych odbiorców w odniesieniu do prawa krajowego. Podobnie jak w poprzednich sprawach twierdził, że konsument hiszpański, tak samo jak włoski, będzie zwracał uwagę przede wszystkim na nazwisko występujące w nazwie. Zdaniem Sądu UE, w przypadku znaków towarowych zawierających nazwisko ocena wprowadzenia w błąd przeciętnego konsumenta w tym zakresie powinna być dokonywana każdorazowo, tak samo jak w odniesieniu do innych znaków towarowych<sup>32</sup>.

Zwrócić należy również uwagę na próbę rejestracji nazwisk osób powszechnie znanych jako elementów znaków towarowych. Przykładowo, można wskazać nazwisko Marka Grechuty. Takie zjawisko z jednej strony może stać się sposobem utrzymywania kultu osoby zmarłej, z drugiej jednak może też ograniczać sposób wykorzystywania tego nazwiska dla osób, które chcą kult ten podtrzymać<sup>33</sup>. Podkreślić należy jednak, że samo błędne skojarzenie z daną osobą może być podstawą do naruszenia dóbr osobistych<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Por. wyrok TS z 24 czerwca 2010 r. w sprawie C-51/09 *Harman International Industrie v. OHIM*, Zb. Orz. 2010, nr 6B, s. I-5805, pkt 36, 37.

<sup>31</sup> Por. Wyrok SPI z 28 czerwca 2012 r. w sprawie T-133/09 *I Marchi Italiani Srl i Antonio Basile v. OHIM*.

<sup>32</sup> Wyrok SPI z 27 września 2012 r. w sprawie T-39/10 *El Corte Inglés, SA v. OHIM*, curia.europa.eu.

<sup>33</sup> Por. *Znak towarowy „Marek Grechuta”. Czy Zamość zapłaci wdowie*, [http://lodz.naszemiasto.pl/artykul/znak-towarowy-marek-grechuta-czy-zamosc-zaplaci-wdowie,21055,art,t,id,tm.html?sesja\\_gratka=7ac1072575fb1c05cde09a39fdc0494b](http://lodz.naszemiasto.pl/artykul/znak-towarowy-marek-grechuta-czy-zamosc-zaplaci-wdowie,21055,art,t,id,tm.html?sesja_gratka=7ac1072575fb1c05cde09a39fdc0494b)

<sup>34</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 275.

Na gruncie powyższych rozważań zasadne wydaje się stanowisko J. Mordwiłki-Osajdy, zdaniem której rejestracja nazwiska jako znaku towarowego powinna być analizowana w uwzględnieniu dwóch aspektów. Po pierwsze, urząd powinien *ex officio* zbadać, czy zgłaszający znak towarowy nie zamierza tego dokonać w celu wykorzystania renomy istniejącego już znaku towarowego, a więc wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towaru. Po drugie – brak świadomości co do występowania danego nazwiska jako znaku towarowego. Wobec tego ścierają się tu dwa aspekty – rzeczywista troska o dobro osobiste w postaci nazwiska oraz próba wykorzystania renomowanego znaku towarowego<sup>35</sup>. Podobnie wskazuje M. Kępiński, który uważa, że nazwisko „jest chronione tylko przed ryzykiem sprzężenia, jakie mogłoby nastąpić w umysłach odbiorców między nim a znakiem”<sup>36</sup>. Pozostawienie bowiem obecnego stanu, sprzyja rejestrowaniu nazwisk w domenach internetowych<sup>37</sup>. Oczywiście rejestracja nazwiska jako znaku towarowego nie zaprzecza możliwość umieszczenia w znaku towarowym nazwiska osoby trzeciej, co nie będzie bezprawne, jeśli wyrazi ona na to zgodę<sup>38</sup>. Nie jest jednak jednoznaczne, jak należy traktować przypadki, w których kilka osób posługuje się tym samym nazwiskiem.

Przeprowadzone rozważania w zakresie orzecznictwa unijnego prowadzą do następujących wniosków. Po pierwsze, należy zauważyć pewną zmianę orzecznictwa w odniesieniu do sprawy *Nichols*. W sprawie tej wskazano bowiem, że znaki towarowe składające się z nazwiska powinny być oceniane w takim samym zakresie jak inne znaki towarowe. Jednak wraz z coraz liczniejszą rejestracją znaków towarowych w postaci nazwiska wskazać należy na pewną zmianę. W orzecznictwie Sądu UE i Trybunału Sprawiedliwości, a przede wszystkim OHIM, wskazano, że przeciętnego konsumenta – początkowo włoskiego, a później hiszpańskiego – cechuje szczególna uwaga w zakresie oceny podobieństwa znaków towarowych zawierających nazwisko lub będących nazwiskiem. Jednakże zmiana ta nie dotyczy tylko tego aspektu.

<sup>35</sup> J. Mordwiłko-Osajda, *Znak towarowy. Bezwzględne przeszkody rejestracji*, Warszawa 2009, s. 276–281.

<sup>36</sup> M. Kępiński, *Znak towarowy (funkcja, rodzaje znaków, oznaczenia stanowiące przedmiot praw wyłącznych, rejestracja, zakres wyłączności)*, „Studia Cywilistyczne” 1974, t. 22, s. 185–186.

<sup>37</sup> A. Kobyłańska, *Ochrona znaków towarowych w Internecie*, Warszawa 2005, s. 9.

<sup>38</sup> J. Mazurkiewicz, *Umieszczanie i zachowanie...*, s. 289.

Obecnie orzecznictwo wskazuje na szczególne znaczenie podczas oceny podobieństwa znaków towarowych, renomy, jednakże nie w kontekście oceny renomy, która może być utożsamiana ze znakiem towarowym, a renomy osoby, której nazwisko zostało wykorzystane w znaku towarowym. To ona bowiem może też wpływać na możliwość rejestracji znaku towarowego zawierającego nazwisko. W odniesieniu zaś do znaków towarowych zawierających nazwiska historyczne – analogicznie do ustawodawstwa polskiego – wyróżnić można odmienne od sądowego stanowiska Rzeczników Generalnych, którzy uznali nazwisko historyczne za przedmiot szczególnego szacunku i kultu. Wobec tego, podobnie jak w ostatnich orzeczeniach Sądu Najwyższego, podkreśla się, że nazwiska te posiadają charakterystyczną renomę utożsamianą z osobą je noszącą, a przede wszystkim stanowią część spuścizny Narodu, co uniemożliwia ich używanie bez pewnych ograniczeń.

#### **4. Wnioski końcowe**

Przeprowadzona analiza przepisów, jak również judykatury pozwala na wskazanie, że brakuje odrębnych regulacji na gruncie ustawy – Prawo własności przemysłowej odnoszących się do możliwości wykorzystania nazwiska powszechnego osoby zmarłej w znaku towarowym. Odmienne, w przypadku nazwisk historycznych, wprowadzono pewne ograniczenia, zgodnie z którymi rejestracja nazwisk jest traktowana przez Urząd Patentowy RP jako oznaczenie uprzywilejowane w procesie badania zdolności rejestracyjnej znaku<sup>39</sup>. Jednakże, również w tym zakresie brak bardziej restrykcyjnych przepisów. Powszechnie bowiem jest wykorzystywanie nazwisk postaci historycznych w znakach towarowych. Przykładowo, wykorzystywanie nazwiska Chopina w znakach towarowych, pomimo, że uchwalono ustawę z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina, nie jest w żaden sposób ograniczone. Baza Urzędu Patentowego RP zawierała 104 znaki towarowe zawierające słowo „Chopin”. Są to m.in. produkty spożywcze, alkoholowe. Nazwisko to zostało umieszczone również w znaku Lotniska Chopina, jak też Instytutu Chopina powstałego na podstawie ustawy o ochronie dziedzictwa Chopina. W przypadku rejestracji w Urzędzie ds. Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (OHIM), zgodnie z danymi umieszczonymi na stronie internetowej tego urzędu w 22 znakach towarowych

---

<sup>39</sup> *Metodyka badania zdolności rejestracyjnej znaków towarowych*, Warszawa 1994, s. 36.

wykorzystano nazwisko Chopina, jak również w 4 wzorach przemysłowych. Znaki towarowe, podobnie jak w przypadku zgłoszeń, obejmują towary spożywcze – w tym w przeważającej mierze słodczyce, alkohol, jak również przyrządy i urządzenia naukowe, pianina. Zaskakujące jest również, że część zgłoszonych, a nawet zarejestrowanych znaków towarowych została zgłoszona przez podmioty zagraniczne<sup>40</sup>. Rodzi to pytanie, czy zgłaszający te znaki towarowe otrzymali pozwolenie na wykorzystywanie nazwiska Chopina w swoich znakach towarowych.

Wobec tego, zasadnym wydaje się sięgnięcie do przepisów kodeksu cywilnego. Jednakże one również nie dają odpowiedzi w odniesieniu do możliwości wykorzystywania nazwiska osoby zmarłej w znaku towarowym. W rozważaniach nad możliwością wykorzystywania nazwiska, warto wskazać również przepisy ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>41</sup>. Bezprawne naruszenie prawa do nazwiska często następuje podczas prowadzenia działalności gospodarczej i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji<sup>42</sup>. Przepisy te nabierają szczególnego znaczenia wobec wzajemnego przenikania się trzech ustaw – kodeksu cywilnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz prawa własności przemysłowej<sup>43</sup>. Zgodnie z art. 5 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie przedsiębiorstwa, które może wprowadzić klientów w błąd co do jego tożsamości, przez używanie firmy, nazwy, godła, skrótu literowego lub innego charakterystycznego symbolu wcześniej używanego, zgodnie z prawem, do oznaczenia innego przedsiębiorstwa. Natomiast, art. 6 ust. 1 ustawy określa, że jeżeli oznaczenie przedsiębiorstwa nazwiskiem przedsiębiorcy może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości z innym przedsiębiorstwem, które wcześniej używało podobnego oznaczenia, przedsiębiorca ten powinien podjąć środki mające na celu usunięcie niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd osób trzecich. Na żądanie zainteresowanego sąd wyda orzeczenie nakazujące przedsiębiorcy, który później zaczął używać tego oznaczenia, podjęcie stosownych środków zapobiegających, polegających w szczególności na wprowadzeniu zmian w oznaczeniu

<sup>40</sup> Por. <https://oami.europa.eu/eSearch/#basic/1+1+1+1/chopin>

<sup>41</sup> Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

<sup>42</sup> J. Wisłocki, *Prawo osobowe*, Warszawa 1946, s. 56.

<sup>43</sup> M. Kępiński, I. B. Nestoruk, *Niezarejestrowany znak towarowy*, w: *System Prawa Prywatnego*. t. 15: *Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, Warszawa 2014, s. 213.

przedsiębiorstwa, ograniczeniu zakresu terytorialnego używania oznaczenia lub jego stosowaniu w określony sposób. Podkreślić należy, że przepisy te oceniane w kontekście używania nazwiska w firmie przedsiębiorstwa mają odmienne znaczenie. W pierwszym – chodzi bowiem o „zawłaszczenie prawa wcześniej nabytego”<sup>44</sup>. Artykuł 6 u.z.n.k. określa zaś przypadki odnoszące się do kolizji wynikającej z legalnego używania nazwiska – „niewypowiedzianym założeniem tego przepisu jest prawo każdego człowieka do wyróżnienia swoim nazwiskiem prowadzonego przedsiębiorstwa”<sup>45</sup>. Z drugiej jednak strony należy pamiętać o ochronie jakie przysługuje osobie posiadającej konkretne nazwisko<sup>46</sup>, jak również krewnym osoby zmarłej.

Problematyka ta pozostaje szczególnie istotna w dobie komercjalizacji dóbr osobistych – „można zauważyć, że współcześnie coraz bardziej nasila się zjawisko komercjalizacji niektórych dóbr osobistych. Proces ten obejmuje również nazwisko”<sup>47</sup>. „Współcześnie ma miejsce masowa komercjalizacja wizerunku i nazwiska”<sup>48</sup>. Nazwisko osoby zmarłej stając się częścią znaku towarowego może również być elementem, który jest decydujący wobec wyceny takiego znaku towarowego.

## Streszczenie

Nazwisko osoby zmarłej często staje się elementem przyciągającym klientów, świadczącym o renomie lub konkretnej jakości produktu. Jest to szczególnie istotne, gdy nazwisko staje się elementem firmy, nazwy lub znaku towarowego. Artykuł przedstawia sposób ochrony nazwiska osób zmarłych jako znaku towarowego na gruncie judykatury polskiej i unijnej. Szczególna uwaga została skupiona na ochronie nazwiska powszechnego oraz nazwisk historycznych. Przedstawiono również

<sup>44</sup> Por. R. Stefanicki, *Prawo do nazwy...*, s. 121.

<sup>45</sup> J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 70.

<sup>46</sup> M. Kępiński, J. Kępiński, *Oznaczenie przedsiębiorstwa*, w: *System Prawa Prywatnego*. t. 15: *Prawo konkurencji*, red. M. Kępiński, Warszawa 2014, s. 172

<sup>47</sup> M. Pazdan, *Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, Warszawa 2010, s. 445.

<sup>48</sup> A. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowe*, Warszawa 2007, s. 171.

wnioski w odniesieniu od odmiennego sposobu ochrony nazwiska osób zmarłych w prawie cywilnym oraz w ustawie Prawo własności przemysłowej. Artykuł zawiera również wnioski *de lege ferenda*, postulujące zmianę obecnych unormowań.

Słowa kluczowe: Znak towarowy, nazwisko, nazwisko osoby zmarłej.

### **Abstract**

A dead persons' surname is frequently such an element which attracts clients and which represents the reputation and quality of a product. This can be very important when a surname becomes part of a brand or company name and trademark. This article presents the method of protecting the surname of a dead person as a trademark on the basis of Polish and European jurisprudence. The main attention was put on the protection of historical and common surnames. This allows the presentation of different ways of protecting a surname in civil law and intellectual property law. This article also presents a *de lege ferenda* conclusion which postulates changes in the legal protection of surnames as trademarks.

Keywords: Trademark, surname, a dead persons' surname.

Ryszard Czerniawski<sup>1</sup>

## **Problematyka prawa funeralnego w działalności Rzecznika Praw Obywatelskich**

Zagadnienia związane z prawem funeralnym zawarte w skargach do Rzecznika Praw Obywatelskich wprawdzie dotyczą niejednokrotnie wolności i praw człowieka oraz obywatela, jednakże zazwyczaj mają charakter cywilnoprawny. Nie są bowiem one związane z działaniami lub zaniechaniami organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do przestrzegania i realizacji tych wolności i praw, które doprowadziły do naruszenia prawa czy zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej. Tym niemniej sprawy te są przedmiotem wystąpień Rzecznika Praw Obywatelskich przede wszystkim do organów administracji rządowej, zwracających ich uwagę na nieadekwatność regulacji prawnych do zmian obyczajowych lub brak uregulowania niektórych zagadnień w powszechnie obowiązujących przepisach prawa.

### **1. Brak ustawowej definicji prawa do grobu**

Pod pojęciem „prawo do grobu” w orzecznictwie sądów i w doktrynie rozumie się różne uprawnienia umożliwiające osobom bliskim sprawowanie kultu pamięci zmarłych. Uprawnienia te mogą mieć charakter niemajątkowy i ściśle osobisty, ale mogą też wymagać zachowań praktycznych, w tym związanych z wydatkami. Stąd treść prawa do grobu określają zarówno elementy osobiste, jak i majątkowe. Prawo do grobu przed pochowaniem w nim zwłok ma charakter majątkowy, a z chwilą pochowania zwłok staje się uprawnieniem o charakterze dobra osobistego, zawierającym także elementy majątkowe.

Prawo do grobu nie wchodzi w skład masy spadkowej i nie podlega dziedziczeniu. Na tym tle zdarzają się problemy dotyczące próby zbycia

---

<sup>1</sup> Dr, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie.



prawa do grobu. Prawo to ma charakter osobisty i nie można zbyć go innej osobie. Kwestia ta może mieć znaczenie w przypadku, gdy osoby trzecie wyrażą chęć opieki nad grobem, ponoszenia kosztów jego utrzymania, za osobę faktycznie władającą grobem, ale niemającą możliwości sprawowania tej opieki (np. starszą, czy daleko zamieszkującą).

Problemy powstają również w relacjach pomiędzy uprawnionym do grobu, a zarządcą cmentarza oraz między samymi uprawnionymi, np. co do zakresu tego prawa i uprawnień przysługujących stronom. Kwestie te mają charakter cywilno-prawny, chodzi to bowiem np. o czas i warunki dzierżawy określonych działek na cmentarzu.

## **2. Opłaty za korzystanie z infrastruktury cmentarnej i inne opłaty pobierane przez zarządców**

Problem dotyczy pobierania opłat m.in. za tzw. „czynności formalno-prawne i terenowe” związane między innymi z wydaniem zgody na wymianę nawierzchni grobu, pogłębienie lub remont grobu murowanego oraz jego uporządkowanie, a także na postawienie, wymianę lub remont nagrobka na grobie ziemnym, za sporządzenie aneksu wprowadzającego zmiany do umowy na wniosek strony, za udostępnienie terenu cmentarza na wjazd karawanem do pogrzebu, instytucję tzw. grobu zastępczego, postawienie ławki w obrębie pola grzebalnego, a także zgodę na wycięcie drzew, np. bezpośrednio zagrażających nagrobkowi lub go niszczących.

Działania zarządców cmentarzy w powyższym zakresie mogą naruszać zbiorowe prawa konsumentów i w tego typu sprawach Rzecznik kierował wnioski do właściwych delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o zbadanie spraw pod kątem możliwości zbiorowego naruszania praw konsumentów. W obu ww. sprawach zapadły decyzje Prezesa UOKiK stwierdzające stosowanie praktyki polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku usług cmentarnych i nakazujące zaniechanie tej praktyki. Ponadto należy dodać, że nieuregulowana jest również kwestia możliwości rozłożenia na raty opłat za prawo do grobu.

## **3. Prawo do pochowania zmarłego przez pozostałe osoby najbliższe**

Istniejąca regulacja w tym zakresie przewiduje<sup>2</sup>, że prawo do pochowania zwłok ludzkich ma najbliższa pozostała rodzina osoby zmarłej,

---

<sup>2</sup> Artykuł 10 ust. 1 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.).



a mianowicie: 1) pozostały małżonek(ka), 2) krewni zstępni, 3) krewni wstępni, 4) krewni boczni do 4 stopnia pokrewieństwa, 5) powinowaci w linii prostej do 1 stopnia. Wskazana regulacja nie przesądza wprost, czy wyliczenie to jest równoznaczne ze wskazaniem kolejności do decydowania o miejscu i sposobie pochówku. W wymienionym kręgu podmiotów nie znalazły się również osoby żyjące w nieformalnych związkach, w tym tej samej płci.

#### 4. Stwierdzanie zgonu

Osobnym zagadnieniem wymagającym zmiany istniejącej regulacji prawnej jest kwestia osoby właściwej do stwierdzenia zgonu. Obecnie z art. 11 ust. 1 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych wynika, że zgon i jego przyczyna powinny być ustalone przez lekarza leczącego chorego w ostatniej chorobie. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że w razie niemożności dopełnienia przepisu ust. 1, stwierdzenie zgonu i jego przyczyny powinno nastąpić w drodze oględzin, dokonywanych przez lekarza lub w razie jego braku przez inną osobę, powołaną do tej czynności przez właściwego starostę przy czym koszty tych oględzin i wystawionego świadectwa nie mogą obciążać rodziny zmarłego. Ponadto podstawowym dokumentem potwierdzającym zgon jest karta zgonu<sup>3</sup>. Z § 2 ww. rozporządzenia wynika, że wystawienie karty zgonu jest obowiązkiem lekarza, który ostatni w okresie 30 dni przed dniem zgonu udzielał choremu świadczeń lekarskich.

W chwili obecnej w systemie opieki zdrowotnej nie obowiązuje zasada „rejonizacji” (można korzystać z usług dobrowolnie wybranego lekarza), a więc przepisy *de facto* oparte na tej zasadzie tracą rację bytu.

Ponadto stwierdzenia zgonu nie można uznać za świadczenie zdrowotne, gdyż nie jest działaniem służącym profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz innym działaniem medycznym wynikającym z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania<sup>4</sup>. Oznacza to, że istnieją problemy z jego finansowaniem ze środków publicznych.

---

<sup>3</sup> Por. § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki społecznej z 3 sierpnia 1961 r. w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny (Dz. U. z 1961 r. Nr 39, poz. 202).

<sup>4</sup> Zob. definicja świadczenia zdrowotnego zawarta w art. 5 pkt 40 ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.)

Rzecznik zwracał uwagę na problematykę stwierdzenia zgonu w pismach do Ministra Zdrowia<sup>5</sup>. Kwestia ta pozostaje jednak nierozwiązana, choć Minister Zdrowia dostrzega nieprawidłowości w tym zakresie. Projekt ustawy zmieniającej ustawę o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>6</sup>, w którym odchodzi się od zasady rejonizacji znajduje się w Sejmie. Dnia 12 września 2013 r. odbyło się I czytanie projektu w komisjach.

Obecnie obowiązujące przepisy wpływają również na prawidłowość pracy służb ratowniczych. W momencie, gdy do zdarzenia wysyłany jest zespół ratownictwa medycznego typu „P” (podstawowy, z ratownikiem medycznym, a bez lekarza), brakuje osoby uprawnionej do stwierdzenia zgonu i pojawia się również problem podmiotu zobowiązanego do transportu zwłok<sup>7</sup>.

## **5. Rozsypywanie spopielonych prochów ludzkich**

W jednej ze skarg pojawił się problem dotyczący braku prawnej możliwości rozsypywania szczątków pochodzących ze spopielania zwłok w ogrodach pamięci, urządanych na terenach cmentarzy. Możliwość takiego postępowania ze zwłokami budzi jednak duże zainteresowanie społeczne, w szczególności, gdy ten sposób pochówku stanowił ostatnią wolę zmarłego. Zwolennicy tego sposobu pochówku podnoszą, iż decydująca powinna tu być ostatnia wola zmarłego. Człowiek umierając i tracąc tym samym podmiotowość prawną, nadal powinien być traktowany w sposób godny, z poszanowaniem jego wolności sumienia i przekonań. Wszak wprowadzenie takiej możliwości pozwoliłoby takim osobom jedynie na dokonanie świadomego wyboru, nie naruszając praw osób niegodzących się na taką formę pochówku.

Brak takiej możliwości postępowania ze szczątkami ludzkimi, w opinii skarżących, może naruszać art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w tym prawo do prywatności i stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w sferę wolności człowieka, ograniczanej bez związku z jakimikolwiek innymi wartościami konstytucyjnymi.

Rzecznik zasygnalizował ten problem Ministrowi Zdrowia oraz Ministrowi Infrastruktury<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Wystąpienia: nr RPO-665691-XVIII/10/MP z 26 października 2011 r.; RPO-713982-XVIII/12/MP z 27 grudnia 2012 r.; nr BPK.519.89.2014 z dnia 15 maja 2014 r.

<sup>6</sup> Nr druku 1661.

<sup>7</sup> Kwestia ta była poruszana w wystąpieniu nr BPK.519.89.2014 z 15 maja 2014 r. i jest przedmiotem postępowania wyjaśniającego, prowadzonego przez RPO.

<sup>8</sup> Wystąpienia: z 28 grudnia 2007 r., z 14 kwietnia 2008 r. i z 14 września 2010 r.

Jednakże obecnie nie widać po stronie Ministra Zdrowia woli zmian legislacyjnych dotyczących problematyki rozsypywania spopielonych prochów ludzkich.

### **Streszczenie**

Zagadnienia związane z prawem funeralnym zawarte w skargach do Rzecznika Praw Obywatelskich wprawdzie dotyczą niejednokrotnie wolności i praw człowieka oraz obywatela, jednakże zazwyczaj mają one charakter cywilnoprawny. Nie są bowiem one związane z działaniami lub zaniechaniami organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do przestrzegania i realizacji tych wolności i praw które doprowadziło do naruszenia prawa czy zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej. Tym niemniej sprawy te są przedmiotem wystąpień Rzecznika Praw Obywatelskich przede wszystkim do organów administracji rządowej, zwracających ich uwagę, na nieadekwatność do zmian obyczajowych regulacji prawnych lub brak uregulowania. W szczególności chodzi o takie zagadnienia jak: brak ustawowej definicji prawa do grobu, opłaty za korzystanie z infrastruktury cmentarnej i innych opłaty pobieranych przez zarządców, prawo do pochowania zmarłego przez osoby które żyły z nim w nieformalnym związku, czy braku możliwości rozsypywania szczątków pochodzących ze spopielania zwłok w ogrodach pamięci, urządzanych na terenach cmentarzy.

Słowa kluczowe: Rzecznik Praw obywatelskich, grób, zgon, prochy zmarłego.

### **Abstract**

Most of the complaints in the area of the funeral law received by the Ombudsman, although often the complaints refer to human rights and freedoms, have the civil nature. Usually they are not related to violations caused by acts or omissions of bodies, organisations and institutions obliged to respect and implement human rights and freedoms. Nevertheless, these cases are subject to the Ombudsman addresses, primarily to government authorities, aimed at bringing their attention to the inadequacy between funeral law and current practices. In particular,

the following issues are being raised in the addresses: the lack of a statutory definition of the right to the grave, fees for the use of infrastructure and other cemetery charges, the right to bury the dead by those who lived with him in an informal relationship, lack of possibility to scatter remains coming from the incineration of corpses in, organised on cemeteries, so called “gardens of memory”.

Keywords: Ombudsman, grave, death, ashes of the dead.

Krzysztof Czub<sup>1</sup>

## **Dobra i prawa osobiste po śmierci twórcy (na podstawie kodeksu cywilnego, prawa autorskiego i prawa własności przemysłowej)**

Więź uczuciowa łącząca twórcę ze stworzonym przez niego dobrem niematerialnym, niezależnie od dziedziny twórczości, jest emanacją osobowości, indywiduum podmiotu tworzącego. Widać to szczególnie wyraźnie w przypadku utworów i artystycznych wykonań, które odzwierciedlają specyficzny, niepowtarzalny stosunek autora i wykonawcy do otaczającej go rzeczywistości, system preferowanych przez niego wartości, twórcze zdolności, uprzedzenia, nadzieje i pragnienia, temperament oraz stan ducha – słowem: wszystko to, co składa się na wyjątkową osobowość danego człowieka. Osobiste piętno twórcy jest także dostrzegalne w odniesieniu do przedmiotów własności przemysłowej, w szczególności tych, przy których tworzeniu autor ma stosunkowo duży zakres swobody twórczej (nieuwarunkowanej cechami o charakterze technicznym), np. znaków towarowych i wzorów przemysłowych. Wspomniana więź nie jest jednolita dla wszystkich typów dóbr niematerialnych, lecz ma różną intensywność i „głębnię”, zależnie od charakteru konkretnego wytworu intelektu (dziedziny twórczości) oraz osobowości określonego podmiotu tworzącego. Należy jednocześnie zauważyć, że emocjonalna relacja między twórcą a twórczością jest kategorią wieloaspektową. Możemy wyróżniać wiele dóbr osobistych, z których każde stanowi wycinek, inny przejaw tej samej więzi twórcy z wytworem jego intelektu. Więź jest jedna, lecz może być widziana i ujmowana z różnych perspektyw. Każde prawo osobiste przysługujące twórcy w związku z jego twórczością chroni odrębny fragment lub aspekt więzi podmiotu tworzącego ze stworzonym przez niego dobrem o charakterze intelektualnym. W przedstawionym ujęciu dobra osobiste

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Gdański.

twórców stanowią szczególny przejaw dóbr osobistych powszechnego prawa cywilnego, chronionych odpowiednimi prawami podmiotowymi<sup>2</sup>.

Twórczość artystyczną (autorską), podobnie jak twórczość wynalazczą, racjonalizatorską i naukową (por. art. 23 k.c.), zalicza się do szerszej kategorii twórczości intelektualnej. Wartość określona ogólną formułą kodeksową „twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska” integruje w istocie, zależnie od ujęcia, co najmniej trzy typy dóbr osobistych. Po pierwsze – twórczość rozumianą jako więź danego twórcy z konkretnym wytworem jego intelektu, „uprzedmiotowionym” wynikiem procesu twórczego. Po drugie – twórczość w znaczeniu swobody procesu tworzenia, swoistego rodzaju pracy ludzkiej, na który składa się zespół konkretnych czynności psychofizycznych wykonywanych w określony sposób (np. w pewnym stylu). Po trzecie – twórczość rozpatrywaną jako cały dorobek twórczy danego podmiotu tworzącego, tj. sumę stworzonych przez niego dóbr niematerialnych, oraz wartości przejawiające się przez ten dorobek, które łączą się z funkcjonalnym rozumieniem twórczości. Pierwszy aspekt twórczości podlega ochronie wyłącznie w reżimach specjalnych (np. autorskoprawnym) w postaci szczególnych dóbr osobistych twórców (np. autorskich dóbr osobistych, wynalazczych dóbr osobistych), które odnoszą się do więzi uczuciowej łączącej dany podmiot tworzący jedynie z konkretnym jednostkowym wynikiem jego działalności twórczej (np. utworem, wynalazkiem). Pozostałe wyróżnione przejawy twórczości mogą natomiast być chronione na podstawie przepisów kodeksu cywilnego jako powszechne dobra osobiste<sup>3</sup>.

Zagadnienie trwania oraz pośmiertnej ochrony dóbr i praw osobistych związanych z twórczością stanowi przedmiot kontrowersji doktrynalnych.

Kodeks cywilny nie zawiera jakiegokolwiek bezpośredniej wskazówki normatywnej co do czasu trwania dóbr i praw osobistych. O legislacyjnej intencji powiązania czasu trwania dóbr i praw osobistych z istnieniem ich podmiotu mogą świadczyć niektóre zwroty ustawowe. Do takich sformułowań należy zaliczyć wskazanie w art. 23 k.c. *in initio*, że ochronie podlegają „dobra osobiste człowieka”. Człowiekiem w

---

<sup>2</sup> Bliżej na ten temat por. K. Czub, *Prawa osobiste twórców dóbr niematerialnych. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2011, s. 55 i n. i powołaną tam literaturę oraz orzecznictwo.

<sup>3</sup> Por. K. Czub, *Prawa osobiste...*, s. 61, 264.

sensie trwającego (aktualnego) bytu prawnego jest tylko podmiot żyjący, a nie zmarły. Do podobnego wniosku prowadzi analiza konstrukcji art. 24 k.c., zgodnie z którym roszczeń może dochodzić „ten, czyje dobro osobiste” zostaje zagrożone lub naruszone cudzym działaniem. Z pewnością takim uprawnionym nie jest zmarły, który utracił już swoją podmiotowość (zdolność) prawną. Nie może on żądać ani zaniechania działania naruszydela, ani dopełnienia przez niego czynności potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia, ani zadośćuczynienia pieniężnego bądź zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny<sup>4</sup>.

W nauce prawa i orzecznictwie przyjmuje się powszechnie, że omawiane wartości i prawa wygasają z chwilą śmierci podmiotu uprawnionego, co jest następstwem ich natury jako ściśle związanych z osobą, której przysługują<sup>5</sup>. Dotyczy to zarówno dóbr nieodnoszących się bezpośrednio do twórczości (np. zdrowie, nietykalność mieszkania, prywatność), jak i tych niemajątkowych wartości dotyczących twórczości, które korzystają z ochrony kodeksowej (np. proces tworzenia dóbr niematerialnych, dorobek twórczy, odkrycia i elementy twórczości naukowej niepełniające cech utworu).

Ustawa – Prawo własności przemysłowej<sup>6</sup> normuje kwestię praw osobistych w sposób bardzo ograniczony i zdawkowy<sup>7</sup>. Regulacja cywilnoprawna sprowadza się w zasadzie do wskazania w art. 8 ust. 1 pkt 3 p.w.p., że na warunkach określonych w cytowanej ustawie (przede wszystkim zgodnie z art. 32 p.w.p.) twórcy wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego oraz topografii układu scalonego przysługuje prawo do wymieniania w opisach, rejestrach oraz w innych dokumentach

---

<sup>4</sup> Inaczej J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 26 i n.

<sup>5</sup> Por. m.in.: M. Pazdan w: M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1269; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 170. Por. także źródła skrupulatnie powołane przez J. Mazurkiewicza – J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 21, przyp. 12 i 13.

<sup>6</sup> Ustawa z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410), dalej: p.w.p.

<sup>7</sup> Szerzej na temat praw osobistych twórców projektów wynalazczych w kontekście obowiązującej obecnie ustawy – Prawo własności przemysłowej zob. m.in.: J. Szwaja, *Prawa osobiste wynalazców w nowej ustawie – Prawo własności przemysłowej*, ZNUJ PWiOWI 2002, nr 80, s. 225–237; A. Szewc, G. Jyż, *Prawo własności przemysłowej*, Warszawa 2003, s. 307–309; M. du Vall w: E. Nowińska, U. Promińska, M. du Vall, *Prawo własności przemysłowej. Przepisy i omówienie*, Warszawa 2003, s. 170–172; J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 524–565; K. Czub, *Prawa osobiste...*, s. 204–237.



i publikacjach. Powołany akt prawny zawiera również wzmiankę o autorstwie projektu wynalazczego zamieszczoną w art. 284 pkt 1 p.w.p. W omawianej ustawie nie ma przepisów odnoszących się do czasu trwania praw osobistych wynalazców i twórców innych przedmiotów własności przemysłowej. W związku z powyższym należy w tym względzie stosować ogólną zasadę obowiązującą na gruncie prawa cywilnego, zgodnie z którą dobra i prawa osobiste twórcy wygasają z chwilą jego śmierci. Nie oznacza to, że w tym samym momencie ustaje faktyczny związek autora ze stworzonym przez niego przedmiotem własności przemysłowej. Nie jest to jednak kategoria prawna, która mogłaby podlegać ochronie jako dobro osobiste zmarłego twórcy<sup>8</sup>.

Zagadnienie struktury prawnej autorskich dóbr i praw osobistych *post mortem auctoris* pozostaje natomiast sporne, na co ma wpływ przede wszystkim kształt odnośnych unormowań prawnych.

Zgodnie z art. 6<sup>bis</sup> ust. 2 zd. 1 Konwencji berneńskiej<sup>9</sup> prawo do autorstwa oraz prawo do integralności dzieła pozostają w mocy także po śmierci twórcy, co najmniej do czasu wygaśnięcia autorskich praw majątkowych, i są wykonywane przez osoby lub instytucje upoważnione do tego przez ustawodawstwo wewnętrzne państwa, w którym dochodzi się ochrony<sup>10</sup>. W myśl art. 78 ust. 2–4 polskiej ustawy autorskiej<sup>11</sup> po śmierci twórcy z powództwem o ochronę autorskich praw osobistych zmarłego może wystąpić małżonek, a jeśli by go nie było kolejno: zstępni, rodzice, rodzeństwo, zstępni rodzeństwa autora. Z takim powództwem może również wystąpić stowarzyszenie twórców właściwe ze względu

---

<sup>8</sup> To właśnie wydaje się istotą nieporozumienia, gdy J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 531 i n., powołuje się na wybrane stwierdzenia (które często powinny być uważane jedynie za pewne skróty myślowe) przedstawicieli nauki prawa mające jakoby świadczyć o wieczystej ochronie dóbr i praw osobistych twórców w dziedzinie własności przemysłowej.

<sup>9</sup> Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 9 września 1886 r. – tekst w wersji ustalonej przez Akt paryski z 24 lipca 1971 (Dz. U. z 1990 r. Nr 82, poz. 474 – załącznik).

<sup>10</sup> Jednocześnie dopuszczono, by państwa, których ustawodawstwo obowiązujące w chwili ratyfikacji aktu lub przystąpienia do niego nie zawiera przepisów zapewniających ochronę praw osobistych przyznanych na podstawie art. 6<sup>bis</sup> ust. 1 Konwencji po śmierci autora (w praktyce postanowienie to odnosiło się przede wszystkim do USA i Wielkiej Brytanii), mogły przewidzieć, iż niektóre z takich praw nie zachowują mocy po śmierci twórcy (art. 6<sup>bis</sup> ust. 2 zd. 2 Konwencji berneńskiej).

<sup>11</sup> Ustawa z 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), dalej: pr. aut.



na dziedzinę twórczości lub organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, która zarządzała prawami nieżyjącego już twórcy. Małżonek, a w jego braku kolejno: zstępni, rodzice, rodzeństwo lub zstępni rodzeństwa autora, są także uprawnieni do wykonywania autorskich praw osobistych zmarłego twórcy. Powyższe unormowania mają charakter dyspozytywny, znajdując zastosowanie, gdy autor nie wyraził innej woli<sup>12</sup>. Obowiązujące poprzednio ustawy o prawie autorskim z 1926 r.<sup>13</sup> oraz 1952 r.<sup>14</sup> przewidywały w omawianej kwestii zbliżoną konstrukcję prawną, mimo pewnych różnic natury terminologicznej, a poniekąd także merytorycznej. Z tego względu w dużej mierze aktualne pozostają również opinie doktryny wyrażone pod rządami obydwu wskazanych ustaw.

Wśród poglądów przedstawicieli polskiej nauki prawa dotyczących problematyki autorskich praw osobistych po śmierci twórcy można zasadniczo wyróżnić dwa przeciwstawne nurty<sup>15</sup>. Pierwsza tendencja, która nawiązuje do zapatrywań doktryny francuskiej, sprowadza się do ujmowania dóbr i praw osobistych autora jako trwających bezterminowo, a zarazem nieprzenoszalnych. Dobra takie, chroniąc nierozzerwalną więź twórcy z dziełem, istnieją nawet mimo śmierci autora<sup>16</sup>. Omawiana

---

<sup>12</sup> Wola autora może dotyczyć kwestii tylko podmiotowych, tylko przedmiotowych bądź obydwu kategorii jednocześnie.

<sup>13</sup> Ustawa z 29 marca 1926 o prawie autorskim (tekst jedn.: Dz. U. z 1935 r. Nr 36, poz. 260). Zgodnie z art. 63 zd. 1 i 4 powołanej ustawy po śmierci twórcy, o ile nie wyraził on innej woli, uprawnieni do wniesienia powództwa z tytułu naruszenia autorskich praw osobistych byli małżonek, rodzice, zstępni oraz rodzeństwo zmarłego autora. Niezależnie od wskazanych osób po śmierci twórcy powództwo takie mogła samodzielnie wnieść Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej, działająca na polecenie Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego, w interesie publicznym.

<sup>14</sup> Ustawa z 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim (Dz. U. Nr 34, poz. 234 ze zm.). W myśl art. 53 § 2 powołanej ustawy po śmierci twórcy, jeśli nie wyraził on innej woli, z powództwem o ochronę autorskich dóbr osobistych mogli wystąpić: małżonek, rodzice, dzieci lub rodzeństwo autora. Z kolei art. 54 przyznawał legitymację procesową stowarzyszeniu twórców właściwemu ze względu na rodzaj twórczości.

<sup>15</sup> Przegląd stanowisk doktryny pochodzi z artykułu K. Czuba, *Konstrukcja autorskich dóbr i praw osobistych po śmierci twórcy*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 11, s. 2-6.

<sup>16</sup> Por.: S. Ritterman, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Kraków 1937, s. 342 i n. oraz s. 89-90; pośrednio – F. Zoll, *Prawo autorskie w projekcie Prof. Fryderyka Zolla*, Warszawa 1920, s. 48; R. Golat, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2006, s. 136; P. Ślęzak, *Dziedziczenie praw majątkowych w świetle polskiego prawa*

interpretacja odwołuje się również do literalnego rozumienia treści art. 6<sup>bis</sup> ust. 2 zd. 1 Konwencji berneńskiej. Osoby bliskie lub instytucje publiczne po śmierci twórcy reprezentują w istocie interesy samego autora, a podstawy prawnej ich działań upatruje się zazwyczaj w konstrukcji szeroko rozumianego *droit moral*<sup>17</sup> bądź w instytucji *sui generis* zastępstwa pośredniego<sup>18</sup>.

J. Barta i R. Markiewicz – przede wszystkim na podstawie wykładni językowej – podają w wątpliwość konstrukcję wygaśnięcia praw osobistych twórcy z chwilą jego śmierci, stwierdzając, że ujęcie takie razi „dopasowywaniem prawnych rozwiązań do sztywnych teoretycznych założeń”<sup>19</sup>. Wspomniani autorzy zarzucają jednocześnie krytykowanej przez siebie teorii pośmiertnego wygaśnięcia praw osobistych związanych z twórczością niekonsekwencję polegającą na dopuszczaniu możliwości

---

*autorskiego*, „Rejent” 2007, nr 1, s. 106, 108; A. Drzewiecki, *Ochrona autorskich praw osobistych*, w: E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 460; J. Barta, R. Markiewicz, *Ochrona dóbr osobistych w zakresie twórczości naukowej i artystycznej*, w: J.S. Piątoski (red.), *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 1986, s. 164 i n., oraz w innych pracach (m.in. J. Barta, R. Markiewicz, *Ochrona autorskich praw osobistych*, w: J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005, s. 589 i n.; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2008, s. 55–56; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 239), lecz – wydaje się – odmiennie w publikacji *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2007, s. 39. Por. też uzasadnienie wyroku SN z 28 listopada 1980 r. (IV CR 475/80), OSNCP 1981, nr 9, poz. 170, w którym stwierdzono, odwołując się co prawda do sformułowań ustawy autorskiej z 1952 r., lecz niejako z konieczności i bez dodatkowej argumentacji, że roszczenia związane z ochroną dóbr osobistych określonej osoby nie mogą być po śmierci zainteresowanego podmiotu „dochodzone przez osoby bliskie zmarłemu, tak jak to przewiduje, gdy chodzi o ochronę autorskich dóbr osobistych, art. 53 pr. aut. Takiego bowiem generalnego przepisu, odnoszącego się do ochrony wszelkich dóbr osobistych, nasze ustawodawstwo nie zna”.

<sup>17</sup> Koncepcja ta pochodzi od F. Zolla, który uważał, że na *droit moral* składają się następujące elementy: 1) autorskie prawa osobiste, 2) prawa osób powołanych z woli twórcy albo z mocy ustawy do reprezentowania interesów autora oraz 3) prawo publiczne przysługujące społeczeństwu do przeciwdziałania czynom zniekształcającym dzieło bądź wprowadzającym w błąd co do autorstwa – bliżej na ten temat zob.: W. Serda, *Droit moral po śmierci twórcy*, ZNUJ PWiOWI 1978, nr 17, s. 72–73; E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste*, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2007, s. 304.

<sup>18</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 165.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 164.

wysuwania roszczeń swoistych dla ochrony autorskich dóbr osobistych w sytuacji naruszenia dóbr osobistych bliskich zmarłego twórcy, które winny korzystać z ochrony jako powszechne dobra osobiste prawa cywilnego<sup>20</sup>. Utrzymują ponadto, że jeżeli wolą autora byłoby wskazanie jako reprezentanta jego pośmiertnych interesów osoby spoza ustawowego kręgu podmiotów bliskich, to mogłoby się okazać, że zachowania sprecyzowane w ustawie jako przejawy naruszenia autorskich dóbr osobistych nie stanowią „ingerencji w sferę własnych dóbr osobistych tej osoby”<sup>21</sup>. J. Barta i R. Markiewicz uważają, że osobom reprezentującym interesy zmarłego twórcy mogą jednocześnie przysługiwać własne dobra osobiste, podmioty te mogą również reprezentować określone interesy społeczne. Wspomniani autorzy odcinają się zarazem wyraźnie od przypisywania autorskim prawom osobistym cechy dziedziczności<sup>22</sup>. Propagują pogląd, zgodnie z którym stworzenie dzieła skutkuje nie tylko powstaniem interesów indywidualnych, lecz także interesów publicznych (społecznych) chroniących wartości zazwyczaj zbieżne z treścią autorskich dóbr osobistych. Wraz ze śmiercią twórcy zachodzi swego rodzaju ewolucja polegająca na tym, że interesy jednostkowe są stopniowo wypierane przez interesy publiczne, „osobista więź łącząca niemajątkowe wartości w zakresie twórczości naukowej czy artystycznej z określoną osobą zastępowana jest przez więź splatającą te wartości z ogólnym (społecznym) dorobkiem kulturalnym”<sup>23</sup>.

Koncepcję bezterminowego trwania autorskich dóbr osobistych aprobuje również ostatnio<sup>24</sup> J. Błęszyński. Jest to, zdaniem wspomnianego komentatora, dodatkowy argument przemawiający na rzecz tezy o odrębności autorskich dóbr osobistych<sup>25</sup>. Podobnie uważa

---

<sup>20</sup> Por. *ibidem*, s. 164–165.

<sup>21</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 165.

<sup>22</sup> Por. *ibidem*, s. 165.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 169.

<sup>24</sup> Powołany autor opowiadał się wcześniej, mimo treści art. 53–54 ustawy autorskiej z 1952 r., za konstrukcją własnych osobistych praw podmiotowych przysługujących bliskim twórcy po jego śmierci. Podstawą przyznania takich praw miałyby być prawo powszechne, a możliwość wnoszenia powództw w związku z naruszeniami praw nie byłaby uzależniona od wykazywania przez osoby bliskie osobistego (własnego) interesu – por. J. Błęszyński, *Prawo autorskie*, Warszawa 1988, s. 159; podobnie – J. Błęszyński, *Konwencja berneńska a polskie prawo autorskie*, Warszawa 1979, s. 328–329; J. Błęszyński, *Thumaczenie i jego twórca w polskim prawie autorskim*, Warszawa 1973, s. 139 i n.

<sup>25</sup> Por. J. Błęszyński, *Ochrona autorskich dóbr osobistych*, w: T. Szymanek (red.), *Naruszenia praw na dobrach niematerialnych*, Warszawa 2001, s. 53.

A. Wojciechowska<sup>26</sup>. Ciekawą propozycję wpisującą się, mimo pewnych aspiracji separatystycznych samego autora, w omawiany nurt zaprezentował J. Mazurkiewicz. Zgodnie z poglądem powołanego komentatora nie istnieje co prawda nieograniczona w czasie więź twórcy z utworem, lecz po śmierci autora jego dobra i prawa osobiste związane z twórczością trwają nadal<sup>27</sup>. W postaci absolutnej dotyczy to autorstwa oraz chroniącego je prawa osobistego, podczas gdy istnienie pozostałych autorskich dóbr i praw osobistych (tak zresztą za życia, jak i po śmierci twórcy) zależy od egzystencji samego utworu (jego nośników)<sup>28</sup>. Potrzeba pośmiertnej ochrony niektórych dóbr, np. autorskiego dobra osobistego dotyczącego nienaruszalności treści i formy dzieła, jego rzetelnego wykorzystania oraz nadzoru nad sposobem korzystania z utworu, wydaje się, zdaniem J. Mazurkiewicza, nawet bardziej znacząca niż ma to miejsce za życia twórcy<sup>29</sup>. Jednocześnie wspomniany autor podkreśla, że w przeciwieństwie do autorskich dóbr osobistych cecha nieograniczoności w czasie autorskich praw osobistych „jest czymś konwencjonalnym, stanowi bowiem konsekwencję wyboru ustawodawcy, nie jest więc cechą naturalną tych praw”<sup>30</sup>, przy czym „autorskie prawa osobiste mogą chronić autorskie dobra osobiste zarówno za życia, jak i po śmierci twórcy, w każdym z tych okresów ochrona ta może ustać, jak również możliwe jest, tak *ante*, jak i *post mortem*, że autorskie dobro osobiste nie

---

<sup>26</sup> Por. A. Wojciechowska, *Czy autorskie dobra osobiste są dobrami osobistymi prawa cywilnego?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, nr 3, s. 386–387 i s. 389.

<sup>27</sup> Por. J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 81 i n., zwłaszcza s. 85–86, s. 100, s. 780. W cytowanej monografii autor wysuwa również – wzorując się na konstrukcji przyjętej w prawie autorskim – bardziej ogólną tezę, w myśl której cechą naturalną większości praw osobistych, nazywanych przez niego „prawami odpodmiotowionymi”, jest ich trwanie po śmierci podmiotu uprawnionego (por. s. 778–779). Koniec bytu uprawnionego pociąga za sobą swoistą metamorfozę, jakiej ulegają prawa osobiste chroniące większość dóbr osobistych. Prawa takie przekształcają się w odpodmiotowione prawa osobiste, służące ochronie dóbr osobistych pozostałych po zmarłym (por. s. 785). Dobra osobiste, jako charakteryzujące się osobową naturą, są *post mortem* – zwłaszcza wobec wygaśnięcia części oraz sukcesji większości praw majątkowych zmarłego – „tym, co przez nikogo niezawłaszczone, po nim pozostaje, czego pośmiertna ochrona jest społecznie, moralnie, religijnie i kulturowo doniosła, tym też, co w niewątpliwie szczególny sposób stanowi kontynuację osobowości zmarłego (*continuum*) i osobowość jego wyrażając, w ten jedynie możliwy i (...) w zupełności racjonalny sposób *post mortem* zastępuje go (*residuum*)” – J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 31.

<sup>28</sup> Por. J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 86–93, s. 784.

<sup>29</sup> Por. *ibidem*, s. 95.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 96–97.

będzie chronione autorskim prawem osobistym<sup>31</sup>. Podmioty legitymowane czynnie na podstawie art. 78 ust. 2–4 pr. aut. są uprawnione tylko do zabiegania o strzeżenie cudzych dóbr oraz wykonywania cudzych praw, z wyłączeniem – przynajmniej w założeniu – możliwości „realizacji ich własnych pragnień i oczekiwań, które byłyby sprzeczne lub nie znajdowały uzasadnienia w wyraźnych lub dorozumianych przejawach woli zmarłego”<sup>32</sup>.

Z drugiej strony występują zwolennicy teorii wygaśnięcia praw osobistych twórcy wraz z jego śmiercią. Prekursorem tego nurtu był S. Grzybowski, który uważał, że twórca po śmierci nie może być podmiotem żadnych praw, zarówno majątkowych, jak i niemajątkowych, dlatego też nie sposób konstruować pojęcie autorskich dóbr osobistych zmarłego<sup>33</sup>. Motywem ochrony przewidzianej w przepisach odnoszących się do sfery dóbr osobistych po śmierci autora jest natomiast „interes powszechny w utrzymywaniu w stanie nienaruszonym tych wartości, które są chronione za życia twórcy jego prawami osobistymi”<sup>34</sup>. Ustawodawca zdecydował się powierzyć pieczę nad wskazanymi wartościami przede wszystkim osobom bliskim w stosunku do zmarłego autora, ponieważ one właśnie powinny być w typowych przypadkach zarówno osobiście zainteresowane, jak i należycie wyczulone – zwłaszcza z uwagi na kult pamięci po nieżyjącym twórcy – na przejawy ewentualnych naruszeń. Dobrem chronionym po śmierci autora będzie „osobiste zainteresowanie powoda, a także jego uczucie przywiązania do zmarłego twórcy”<sup>35</sup>. Jak podkreśla S. Grzybowski, mimo że roszczenia przysługują bliskim, którzy przeżyli twórcę, chodzi o zapewnienie w miarę możliwości takiego poziomu ochrony interesów osobistych, jaka mogłaby być realizowana *ante mortem auctoris*<sup>36</sup>. Bardzo zbliżony pogląd reprezentuje W. Serda. Wspomniany komentator podkreśla, iż w obliczu śmierci twórcy gaśnie zarówno podmiot, jak i przedmiot ochrony, a próba konstruowania dóbr i praw osobistych nieżyjącego twórcy oznaczałaby ich oderwanie od podmiotu, co byłoby z kolei zaprzeczeniem jednej

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 100.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 780.

<sup>33</sup> Por. S. Grzybowski, *Autorskie dobra osobiste*, w: S. Grzybowski, A. Kopff, J. Serda, *Zagadnienia prawa autorskiego*, Warszawa 1973, s. 257 i n.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 257.

<sup>35</sup> S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 104. Por. też J. Błeszyński, *Prawo autorskie...*, s. 159.

<sup>36</sup> Por. S. Grzybowski, *Autorskie dobra...*, s. 257.

z podstawowych cech autorskich praw osobistych, tj. ich ścisłego powiązania z uprawnionym<sup>37</sup>. Po śmierci twórcy podmiotami własnych dóbr osobistych, które mogą nawiązywać do wartości chronionych za życia autora ze względu na jego twórczość, stają się bliscy zmarłego. Przysługują im własne prawa podmiotowe chroniące ich osobiste interesy, a były interesy zmarłego oraz interes społeczny podlegają ochronie w zakresie, w jakim mieszczą się w sferze zainteresowania osób bliskich<sup>38</sup>. Źródło regulacji ochrony autorskich dóbr osobistych po śmierci twórcy upatruje się w szczególnej sytuacji, jaką rodzi wskazane zdarzenie. Sytuację taką z jednej strony charakteryzuje swego rodzaju „rozprężliwość” zarówno interesu publicznego, jak i osobistych interesów bliskich nieżyjącego autora, z drugiej strony natomiast – pojawiające się po śmierci twórcy nowe interesy związane z kultem pamięci zmarłego, pietyzmem w stosunku do jego poszczególnych dzieł i całego dorobku twórczego<sup>39</sup>. W. Serda w konstrukcji ochrony *droit moral post mortem auctoris* przedkłada wyraźnie względy publiczne ponad osobiste interesy poszczególnych bliskich nieżyjącego twórcy, stwierdzając, iż interes społeczny stanowi nie tylko zasadniczy motyw tej ochrony, lecz również wyznacza jej granice w ramach art. 5 k.c.<sup>40</sup> W konkluzji wspomniany autor podkreśla, że daje się dostrzec istotna różnica w treści *droit moral* za życia i po śmierci twórcy, skoro prawo to służy realizacji innych interesów (celów). Żyjącemu autorowi przysługują bowiem prawa osobiste, które jako prerogatywy absolutne zasadniczo nie muszą być poddawane kontroli z punktu widzenia ich nadużycia, z kolei w istotę osobistych praw podmiotowych osób bliskich zmarłemu twórcy jest immanentnie wpisany i winien być bezwzględnie stosowany mechanizm kontroli wykonywania takich praw<sup>41</sup>.

Do nurtu propagującego wygaśnięcie autorskich praw osobistych twórcy wskutek jego śmierci można również zaliczyć stanowisko E. Wojnickiej. Autorka zasadniczo podziela przytoczone wyżej poglądy i zauważa, że śmierć nie prowadzi do osłabienia związku twórcy z dziełem, lecz ostatecznie petryfikuje jego postać. Zdarzenie to utrwala treść i formę samego utworu, poglądy autora oraz wszelkie wartości

---

<sup>37</sup> Por. W. Serda, *Droit moral...*, s. 100.

<sup>38</sup> Por. *ibidem*, s. 101.

<sup>39</sup> Por. *ibidem*, s. 102–103, i powołaną tam literaturę.

<sup>40</sup> Por. *ibidem*, s. 104.

<sup>41</sup> Por. *ibidem*, s. 104–105.



składające się na jego więź z rezultatem własnej twórczości<sup>42</sup>. Zdaniem E. Wojnickiej należy zdecydowanie odrzucić interpretację art. 78 ust. 2–4 pr. aut. idącą w kierunku tezy o wieczystym charakterze *droit moral* przy jednoczesnym braku jego dziedziczności, uznając, iż byłaby to fikcja istnienia chronionych wartości pozbawionych podmiotu uprawnionego<sup>43</sup>.

Zapatrywanie, w myśl którego autorskie dobra i prawa osobiste wygasają z chwilą śmierci twórcy, należy uznać za całkowicie słuszne. Jest to pogląd zgodny z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, a zarazem poprawny teoretycznie. Aprobowana koncepcja stanowi naturalną konsekwencję ujmowania autorskich dóbr i praw osobistych jako szczególnej kategorii dóbr i praw osobistych powszechnego prawa cywilnego.

Śmierć autora ustala oraz wieńczy ostatecznie dzieło i relacje twórcy do przedmiotu (rezultatu) jego twórczości. Specyfika dóbr niematerialnych polega jednak na tym, że zazwyczaj „przeżywają” one swych twórców. Dobra takie mogą funkcjonować w świadomości odbiorców mimo śmierci podmiotu tworzącego, niezależnie od tego, czy podlegają one ochronie na podstawie majątkowych wyłącznych praw własności intelektualnej, czy też przeszły do tzw. domeny publicznej. W tym sensie dobra o charakterze intelektualnym mogą trwać *post mortem auctoris* znacznie dłużej niż pamięć o samym twórcy, w teorii nawet wiecznie. Tak należałoby rozumieć treść art. 16 pr. aut. stanowiącego o nieograniczonej w czasie i niepodlegającej zrzeczeniu się lub zbyciu więzi twórcy z utworem.

Są to już jednak od strony podmiotowej inne dobra, nawet gdyby były w znacznej mierze zbliżone treściowo czy konstrukcyjnie do swych protoplastów i choćby ich ochrona wymagała nieustannego odwoływania się do ocen mających za punkt odniesienia zdolności, światopogląd, wrażliwość i inne atrybuty składające się na osobowość nieżyjącego twórcy.

Mimo że żadne dobro osobiste nie może przetrwać twórcy w znaczeniu prawnym, autor pozostaje twórcą dobra niematerialnego mimo swej śmierci. Autorstwo, będące źródłem wszelkich dóbr osobistych, jest kwestią faktu, którego nie mogą zmienić ani czynności prawne, ani zdarzenia prowadzące do końca zdolności prawnej człowieka (śmierć, uznanie za zmarłego). Nie oznacza to jednak, iż podobnie w niezmienionej

---

<sup>42</sup> Por. E. Wojnicka, *Autorskie prawa...*, s. 307 i n., zwłaszcza s. 309–310 oraz s. 227.

<sup>43</sup> Por. *ibidem*, s. 308–309.



postaci trwają mimo śmierci twórcy dobra i prawa osobiste związane z twórczością. W tym względzie nie ma wątpliwości, niezależnie od dziedziny twórczości, odnośnie do takich wartości twórczych, które są chronione na podstawie kodeksu cywilnego (twórczość w aspekcie funkcjonalnym, twórczość jako dorobek twórczy). Dobra i prawa osobiste nie mogą bowiem istnieć bez podmiotu uprawnionego. Podobna konkluzja dotyczy dóbr i praw o charakterze niemajątkowym w zakresie twórczości w znaczeniu przedmiotowym – związanych z „uprzedmiotowionymi” rezultatami działalności twórczej niechronionymi w reżimie prawa autorskiego *sensu stricto* (np. artystycznymi wykonaniami, pozaautorskimi aspektami twórczości naukowej, przedmiotami własności przemysłowej). W tym kontekście literalna wykładnia treści przepisów art. 6<sup>bis</sup> ust. 2 zd. 1 Konwencji berneńskiej, a także art. 16 i art. 78 ust. 2–4 pr. aut., które dotyczą wyłącznie dzieł, prowadziłaby do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej twórców tej kategorii dóbr niematerialnych w kontekście statusu prawnego innych twórców. Trudno znaleźć – wobec braku odnośnej regulacji dotyczącej artystycznych wykonań, wynalazków, wzorów użytkowych, znaków towarowych czy wzorów przemysłowych niechronionych jednocześnie w reżimie prawa autorskiego – racjonalną podstawę odmiennej konstrukcji prawnosobistej jedynie w stosunku do utworów. Przy ewidentnym podobieństwie strukturalnym chronionych dóbr i ich wspólnym „twórczym” rodowodzie, opisanej dyferencjacji nie mogłyby uzasadnić same różnice w zakresie przedmiotu i przesłanek ochrony poszczególnych wytworów o charakterze intelektualnym.

Ponadto warto zauważyć, że wśród dóbr osobistych powszechnego prawa cywilnego niezwiązanych z twórczością znajdują się również takie wartości, które mogą mieć istotne znaczenie po śmierci uprawnionych. Dotyczy to zwłaszcza czci, wizerunku, nazwiska lub pseudonimu<sup>44</sup>. Trudno uznać, że wskazane dobra osobiste człowieka nie zasługują na dłuższą ochronę, skoro miałyby ona przysługiwać autorskim dobrom osobistym. Jest to kolejny argument na rzecz tezy, zgodnie z którą przyjęcie koncepcji wiecznego trwania autorskich dóbr oraz praw osobistych byłoby nieuzasadnionym i niebezpiecznym wyłomem podważającym

---

<sup>44</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 27–29, s. 93, uważa m.in. takie dobra, eksponując ich specyficzne znaczenie, za trwające także po śmierci uprawnionego. Odnośnie do czci por. też Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna...*, s. 170.

utrwalone w porządku prawnym konstrukcje jurydyczne w ramach jednorodnej strukturalnie grupy dóbr osobistych.

Rozwiązaniem opisanego zagadnienia nie powinna być jednak w pierwszej kolejności negacja samego istnienia czy próba zmiany regulacji prawnej, zwłaszcza konwencyjnej. Należy raczej poszukiwać racjonalnej interpretacji unormowań, która pozostawałaby w zgodzie z ogólnymi zasadami polskiego systemu prawnego.

Między formułą art. 16 pr. aut., który przewiduje, że więź twórcy z dziełem jest nieograniczona w czasie, a koncepcją pośmiertnego wygaśnięcia praw osobistych autora nie ma jakiegokolwiek sprzeczności. Za życia twórcy jego więź z utworem jest nierozzerwalna. Z kolei po śmierci autora więź ta istnieje nadal w sensie faktyczno-historycznym, a w znaczeniu prawnym „przekształca się” w inne, nowe dobra osobiste, których podmiotami stają się inne osoby. Tak „przekształcona” trwa dopóki dzieło jest przedmiotem obrotu prawnego i funkcjonuje w świadomości odbiorców<sup>45</sup>. Zwrot zamieszczony w powołanym przepisie można również rozumieć jako swego rodzaju kontrapunkt dla z góry ograniczonego czasowo trwania autorskich praw majątkowych. W tym kontekście należy zauważyć, iż art. 6<sup>bis</sup> ust. 2 Konwencji berneńskiej dopuszcza, oprócz odstępstwa przewidzianego w drugim zdaniu, nie do końca zrozumiałą koncepcję powiązania ram czasowych autorskich praw osobistych z okresem trwania autorskich praw majątkowych. Jest to bez wątpienia istotny wyłom w koncepcji wieczystej natury *droit moral*, podważający główne założenia leżące u jej podstaw. Opisana konstrukcja zależności temporalnej praw autorskich mogłaby znaleźć zastosowanie co najwyżej w systemach, w których przyjmuje się teorię monistycznej struktury prawa autorskiego<sup>46</sup>, ale z pewnością nie w rodzimym reżimie prawa autorskiego opartym wyraźnie na koncepcji dualistycznej.

Redakcja przepisów art. 78 ust. 2 i 4 pr. aut., których treść stanowi w głównej mierze podstawę wysuwania twierdzeń o nieograniczonym

---

<sup>45</sup> Różne mogą być losy dzieła, jego nośników oraz pamięci o nim, jak również pamięci o samym twórcy. Może ona podlegać fluktuacjom. Niekiedy utwór popada w zapomnienie, by następnie, nierzadko po długim czasie, znów „ożyć” w świadomości odbiorców. J. Mazurkiewicz wspomina w tym kontekście, choć w ramach konstrukcji wieczystego trwania autorskich dóbr i praw osobistych, o możliwości czasowego „ukrycia” czy „zakrycia” dobra osobistego w postaci autorstwa – por. J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 784.

<sup>46</sup> Por. art. 64 niemieckiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (*Urheberrechtsgesetz*) z 9 września 1965 r. ze zm.

w czasie trwania autorskich praw osobistych<sup>47</sup>, jest błędna, a co najmniej mało precyzyjna. Sformułowanie ustawy sugerujące, iż mamy do czynienia z ochroną autorskich praw osobistych zmarłego nie może być odczytywane tylko literalnie. Należy je interpretować raczej jako wskazówkę dla organów stosujących prawo, w myśl której sprawa powinna być rozpoznawana tak, jak gdyby autor jeszcze żył i wniósł sam powództwo<sup>48</sup>. Chodzi zatem o stworzenie mechanizmu i zapewnienie poziomu ochrony, jaki mógłby funkcjonować w sytuacji, w której sam twórca decydowałby, czy doszło i w jakim zakresie do naruszenia chronionych na jego rzecz autorskich dóbr osobistych. W podobnym duchu należałoby również interpretować treść art. 6<sup>bis</sup> ust. 2 zd. 1 Konwencji berneńskiej.

W typowych okolicznościach jedynymi podmiotami, które mogą zapewnić taką ochronę wartości stanowiących spuściznę duchową po autorze, będą bliscy nieżyjącego twórcy. Ich wrażliwość, wykształcona i złączona więzami uczuciowymi z autorem, a także jego dorobkiem twórczym, będzie zazwyczaj pozwalała na właściwą ocenę sytuacji w kwestii naruszenia i podjęcie stosownej reakcji. Unormowanie kolejności, w jakiej mogą występować z roszczeniami bliscy nieżyjącego twórcy, przewidziane przez ustawę, nie jest przypadkowe. Sekwencja ta, przez odniesienie do układu stosunków i więzi rodzinnych, który występuje w typowych przypadkach, sprzyja możliwie pełnemu urzeczywistnieniu (odzwierciedleniu) woli zmarłego autora. Osoby bliskie twórcy występują w swoim imieniu z roszczeniami zorientowanymi na ochronę ich własnych dóbr osobistych. Uwzględnienie powództwa ma jednak na celu oprócz zaspokojenia interesów bliskich (w tym uwarunkowanych pamięcią po zmarłym), pośrednio także ochronę niematerialnych wartości dotyczących twórczości nieżyjącego autora, które do chwili jego śmierci stanowiły przedmiot przysługujących mu praw osobistych i które trwają nadal mimo końca zdolności prawnej twórcy, lecz nie w znaczeniu prawnym, a jedynie w aspekcie faktyczno-historycznym (np. wskazanie autorstwa danego dzieła).

Po śmierci twórcy z powództwem o ochronę autorskich dóbr osobistych przysługujących mu za życia może także wystąpić stowarzyszenie

---

<sup>47</sup> Dotyczy to także, choć nie aż tak dobitnie, odpowiedników powołanych przepisów w obowiązującej poprzednio ustawie autorskiej.

<sup>48</sup> Por.: W. Serda, *Droit moral...*, s. 101–102; S. Grzybowski, *Autorskie dobra...*, s. 257.

twórców właściwe ze względu na rodzaj twórczości lub organizacja zbiorowego zarządzania, która zarządzała prawami autorskimi zmarłego twórcy. Podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do bliskich, wskazane podmioty korporacyjne nie występują o ochronę dóbr osobistych zmarłego, lecz działają we własnym imieniu. Realizują w tym przypadku interes społeczny polegający na sprawowaniu pieczy nad dziedzictwem kulturowym, na które składają się dzieła funkcjonujące w przestrzeni publicznej. Czynnici legitymowani do wniesienia powództwa o ochronę praw osobistych po zmarłym twórcy jest także, na podstawie art. 7 k.p.c., prokurator. W odniesieniu do dóbr osobistych związanych z utworami Fryderyka Chopina, które stanowią dobro ogólnonarodowe podlegające szczególnej ochronie, sprawuje pieczę oraz może dochodzić roszczeń przewidzianych w ustawie autorskiej dla bliskich twórcy minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego<sup>49</sup>.

Na tym działaniu niejako zamiast twórcy polega specyfika ochrony autorskich dóbr osobistych *post mortem auctoris*. Proponowana koncepcja wymaga w każdym przypadku aktywności osób, które przeżyły autora. Wniosek taki stanowi także swego rodzaju kontrargument w stosunku do teorii wiecznego trwania autorskich dóbr i praw osobistych czy nawet niektórych dóbr i praw osobistych powszechnego prawa cywilnego. Niekonsekwentnym wydaje się twierdzenie, że nie można, bo to rzekomo zawodne i niewłaściwe<sup>50</sup>, uzależniać ochrony dóbr osobistych po śmierci podmiotu (dóbr po zmarłym) od woli osób bliskich, skoro – niezależnie od przyjętej koncepcji w zakresie trwania dóbr i praw osobistych – ich realizacja po śmierci pierwotnie uprawnionego wymaga w każdym przypadku inicjatywy osób żyjących.

Po śmierci twórcy trudno mówić o jego dobrach i prawach osobistych jako takich. Z chwilą śmierci autora ustaje byt prawny tego rodzaju wartości, a chroniące je prawa podmiotowe wygasają. Jest to naturalna konsekwencja ścisłego powiązania wskazanych kategorii prawnych z osobą twórcy.

Opowiadam się za utrzymaniem tradycyjnej koncepcji upodmiotowienia wszystkich dóbr i związanych z nimi praw osobistych. Powołana zasada powinna znajdować zastosowanie także do dóbr i praw osobistych przysługujących twórcom z uwagi na rezultat ich działalności twórczej.

---

<sup>49</sup> Zob. art. 1 i art. 7 ust. 2 ustawy z 3 lutego 2001 o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina (Dz. U. Nr 16, poz. 168).

<sup>50</sup> Por. J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 23–24.

Prezentowane stanowisko nie oznacza ignorowania postanowień konwencyjnych czy zapisów ustawowych odnoszących się do pośmiertnej ochrony twórczości ani lekceważenia skutków postępującego niewątpliwie procesu komercjalizacji niektórych dóbr osobistych związanych z własnością intelektualną. Ujęcie przedmiotowego zagadnienia przedstawione w niniejszej publikacji stanowi oczywistą konsekwencję traktowania dóbr i praw osobistych twórców jako szczególnej kategorii dóbr i praw osobistych powszechnego prawa cywilnego, co znajduje uzasadnienie w licznych wypowiedziach doktryny oraz judykatury. Teoria ograniczonego (do chwili śmierci twórcy) czasu trwania autorskich dóbr i chroniących je praw podmiotowych nie zaprzecza jednocześnie możliwości czy wręcz konieczności ochrony *post mortem* wartości, które przysługiwały za życia samemu autorowi. Formułę art. 78 ust. 2 pr. aut. traktującego o autorskich prawach osobistych zmarłego powinniśmy jednak uznać za pewien skrót myślowy. Przepis ten obejmuje swym zakresem, zgodnie z wykładnią celowościową, cały konglomerat niematerialnych wartości, które aktualizują się wraz ze śmiercią twórcy<sup>51</sup>. W tym kontekście ochronie będą podlegać interesy osób bliskich w stosunku do nieżyjącego twórcy, zarówno te powstające w nawiązaniu do twórczości zmarłego, jak i postrzeganej przez jej pryzmat osobowości autora, a także interes społeczny, zwłaszcza gdy dobro niematerialne jest bądź z biegiem czasu zacznie być traktowane jako szczególnie wartościowe z punktu widzenia dziedzictwa kulturowego. Są to już jednak, z punktu widzenia formalnego, inne, nowe dobra osobiste – choćby nawet, jak w przypadku reżimu prawa autorskiego, były treściowo czy konstrukcyjnie uformowane na podobieństwo swych pierwowzorów – stanowiące przedmiot własnych praw przysługujących innym podmiotom i trwające tak długo, jak długo dany wytwór intelektu stanowi przedmiot obrotu prawnego. W takim właśnie znaczeniu można mówić o pośmiertnej ochronie więzi twórcy ze stworzonym przez niego dobrem niematerialnym. Wspomniana więź trwa mimo śmierci twórcy, ale od chwili tego zdarzenia w relacji do zmarłego powinna być traktowana tylko jako pewien fakt historyczny. Ochrona wartości, które składały się na tę więź za życia autora, przechodzi natomiast *post mortem auctoris* do sfery prywatnej własnych interesów bliskich zmarłego lub jest realizowana z uwagi na interes społeczny. Po śmierci twórcy mogą się także aktualizować, w obszarze interesów prywatnych bliskich lub

---

<sup>51</sup> Por. E. Wojnicka, *Autorskie prawa...*, s. 310.

na niwie publicznej, inne wartości związane z pamięcią o autorze oraz o jego twórczości.

*De lege ferenda* w kontekście obecnego unormowania pośmiertnej ochrony wartości chronionych za życia twórcy jako autorskie dobra osobiste warto byłoby rozważyć powrót do formuły znanej z poprzednich polskich ustaw autorskich, która nie odwoływała się wyraźnie do „praw zmarłego”. Z pewnością ułatwiłoby to interpretację odnośnych norm prawnych dotyczących dóbr i praw osobistych po śmierci autora zgodną z ogólną teorią prawa cywilnego, a jednocześnie niesprzeczną z postanowieniami Konwencji berneńskiej.

## Streszczenie

Artykuł porusza problematykę dóbr i praw osobistych po śmierci twórcy, przedstawioną na gruncie szeroko rozumianego prawa cywilnego. Śmierć twórcy wieńczy (ustala) ostatecznie dobro niematerialne (utwór, wynalazek, wzór przemysłowy, znak towarowy itd.) oraz wszelkie relacje autora względem rezultatu jego twórczości. Żadne dobro osobiste nie może przetrwać twórcy, co nie wyklucza ochrony wartości związanych z samym autorem czy jego twórczością *post mortem auctoris*. Są to już jednak, z punktu widzenia formalnego, inne „przekształcone” dobra – choćby nawet, jak w przypadku reżimu prawa autorskiego, były treściowo czy konstrukcyjnie uformowane na podobieństwo swych pierwowzorów. Dobra takie stanowią przedmiot własnych praw przysługujących innym podmiotom (osobom bliskim twórcy, organizacjom społecznym) i trwają tak długo, jak długo dany wytwór intelektu stanowi przedmiot obrotu prawnego.

Słowa kluczowe: prawa osobiste, dobra osobiste, autorstwo, własność intelektualna, prawa własności intelektualnej, prawa po śmierci.

## Abstract

This article raises the question of personal interests and moral rights after the death of the author, presented on the basis of widely grasped civil law. The death of the author crowned (sets) finally the intangible asset (work, invention, industrial design, trademark etc.) and any

relationship between the author and the outcome of his/her creativity. No personal interest can survive the creator, which does not exclude the protection of the values associated with the author or his/her work *post mortem auctoris*. There are, however, formally considering, the other ‘transformed’ assets – even if, as in the copyright regime, they were in the content or structure formed in the likeness of their prototypes. These assets are subject of the own rights of other entities (persons close to the creator, social organizations), and last as long as the creation of human intellect is the subject of legal transactions.

Keywords: moral rights, personal interests, authorship, intellectual property, IP rights, post-mortem rights.



Katarzyna Dadańska<sup>1</sup>  
Adriana Tomczyk<sup>2</sup>

## Kontrowersje wokół prawa do grobu

### 1. Uwagi wprowadzające

Istnienie prawa do grobu, jako prawa podmiotowego przyznającego pewną sferę możliwości postępowania, w szczególności zakresu uprawnień nim objętych, należy do zagadnień spornych. W literaturze i w orzecznictwie można spotkać wypowiedzi aprobujące istnienie podmiotowego prawa do grobu, jak również negujące możliwość przyjęcia konstrukcji jednolitego prawa podmiotowego. Zwolennicy tego ostatniego stanowiska wskazują, że w obowiązującym obecnie stanie prawnym nie występuje „prawo do grobu”, które mogłoby być rozumiane jako uregulowane przez przepisy prawa cywilnego prawo podmiotowe, obejmujące określoną sferę uprawnień, gdyż treścią tego prawa nie jest jakieś jedno prawo podmiotowe o jednolitym charakterze, lecz raczej zespół różnorodnych uprawnień o charakterze majątkowym i niemajątkowym<sup>3</sup>.

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi: Czy polski system prawny konstruuje prawo do grobu, jako postać prawa podmiotowego? Jakie zdarzenia prawne prowadzą do skonstruowania takiego prawa? Kto jest podmiotem tak skonstruowanego prawa podmiotowego oraz jaka jest sfera możliwości postępowania przyznana i zagwarantowana przez normy prawne systemu prawnego, w szczególności w aspekcie możliwości korzystania z tego prawa (co może być treścią owego korzystania) oraz dopuszczalności i zakresu możliwych rozporządzeń tym prawem? Wreszcie, czy tak skonstruowane prawo korzysta z ochrony prawnej? Dokonanie takiej analizy pozwoli na kwalifikację prawną tak skonstruowanych uprawnień oraz wskazanie, jak daleko sięgają ograniczenia

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Szczeciński.

<sup>2</sup> Dr, Uniwersytet Szczeciński.

<sup>3</sup> Wyrok SN z 14 października 2011 r. (III CSK 340/10), LEX nr 1095832.

w zakresie wykonywania tego prawa, wynikające z jego natury, ustalonych zwyczajów i obowiązujących ustaw.

W literaturze problematyka prawa do grobu została opracowana szczegółowo w monografii Stanisława Rudnickiego z 1999 r.<sup>4</sup>, oraz uzupełniona w dziele Jacka Mazurkiewicza z 2011 r.<sup>5</sup>. Także judykatura w wielu orzeczeniach podejmowała się rozstrzygnięcia ważnych zagadnień związanych z pogrzebem, pochowaniem zwłok oraz grobem. Na tle tych orzeczeń pojawiały się zarówno stwierdzenia o istnieniu podmiotowego prawa do grobu, jak również negujące jego istnienie.

W artykule zastosowano trzy metody badawcze: formalno-dogmatyczną, prawno-porównawczą oraz empiryczną. W zakresie badań metodą formalno-dogmatyczną praca zawiera omówienie głównych regulacji prawnych, które wiążą się z analizowanym zagadnieniem. Metoda prawno-porównawcza miała na celu porównanie charakteru badanego prawa na gruncie polskiego i niemieckiego systemu prawnego. W artykule przedstawiono także wiodące poglądy przedstawicieli doktryny polskiej oraz poddano analizie najważniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych dotyczące badanej problematyki.

## **2. Zdarzenie prawne kreujące prawa do grobu**

Wśród zdarzeń prawnych kreujących prawo do grobu na plan pierwszy wysuwa się umowa o nabycie miejsca na cmentarzu (miejsca na grób). Zawarcie takiej umowy jest podstawowym i pierwotnym źródłem prawa do grobu. Umowa tego rodzaju jest umową nienazwaną, choć w pewnym zakresie jej elementy konieczne konstruujemy przy pomocy art. 7 ust. 4 w zw. z art. 10 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>6</sup>. Umowa tego rodzaju kreuje stosunek prawny pomiędzy zarządem cmentarza a osobą, która nabyła miejsce na cmentarzu<sup>7</sup>, a w dalszej kolejności pomiędzy zarządcą cmentarza a osobami uprawnionymi do pochowania zwłok. Tak wykreowany stosunek prawny ma charakter cywilnoprawny<sup>8</sup>, charakteryzujący się równorzędnością

<sup>4</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999.

<sup>5</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2011.

<sup>6</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.), dalej: ustawa o cmentarzach.

<sup>7</sup> Osoba taka z reguły zleca jednocześnie pochówek.

<sup>8</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 76–77; W. Kisiel, *Glosa do wyroków Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1982 r., IV CR 171/82 oraz do wyroku z dnia 4 czerwca*

stron, mimo publicznoprawnego obowiązku ciążącego na podmiocie zarządzającym cmentarzem do przyjęcia zwłok do pochowania. Przyjęcie zwłok do pochowania oraz wybór miejsca przeznaczonego na grób opierają się na cywilnoprawnej umowie, która kreuje powstanie oznaczonego stosunku cywilnoprawnego<sup>9</sup>. Ten stosunek cywilnoprawny przyznaje uprawnionemu roszczenie o przyjęcie zwłok do pochowania, które może być dochodzone w drodze procesu cywilnego<sup>10</sup>.

Umowa o nabycie miejsca na cmentarzu może być zawarta w dowolnej formie, a zatem też *per facta concludentia* (art. 60 k.c.) – przez przyjęcie zwłok do pochowania i uiszczenie opłaty<sup>11</sup>. Do istotnych postanowień takiej umowy należy określenie miejsca pochowania (tzw. pola grzebalnego, miejsca w katakumbach lub kolumbariach), rodzaju grobu (ziemny, murowany, jednoosobowy, wieloosobowy – rodzinny, katakumby) i jego przeznaczenia (czyje zwłoki mają być w nim pochowane) oraz opłaty przewidzianej za pochowanie zwłok. Umowa może także zawierać postanowienia dotyczące np. losu naziemnej części grobu w razie wygaśnięcia prawa do grobu lub likwidacji cmentarza oraz określenie innych praw i obowiązków stron, też przez odwołanie się do obowiązującego regulaminu cmentarnego<sup>12</sup>. Umowa taka z uwagi na status nabywcy, którym jest z reguły osoba fizyczna – konsument, oraz fakt, że druga strona takiej umowy zawodowo trudni się zawieraniem i wykonywaniem usług funeralnych, obwarowana będzie także przepisami dotyczącymi ochrony konsumenta, m.in. z punktu widzenia niedozwolonych klauzul umownych (art. 384–385<sup>3</sup> k.c.).

---

1982 r., I CR 141/82, „Nowe Prawo” 1984, nr 7–8, s. 188 i n.; P. Ochalek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 1982 r.*, I CR 141/82, „Nowe Prawo” 1984, nr 7–8, s. 194 i n. Zob. wyroki SN: z 30 lipca 1965 r. (II CR 53/65), niepubl.; z 13 lutego 1979 r. (I CR 25/79), OSNCP 1979, nr 10, poz. 195; z 4 czerwca 1982 r. (I CR 141/82), OSNCP 1983, nr 2–3, poz. 41.

<sup>9</sup> Jak wskazał SN w uchwale z 29 września 1978 r. (III CZP 56/78), OSNCP 1979, nr 4, poz. 68: „W tej sytuacji prawnej nie można mówić o prawie własności grobu, a uprawnienia wynikające z uzyskania miejsca na cmentarzu, uiszczenia opłaty za korzystanie z takiego miejsca i wybudowania grobu należy traktować jako swoisty stosunek cywilnoprawny”.

<sup>10</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 72. Odmienne rozwiązanie przyjęto w prawie niemieckim, gdzie roszczenie o pochowanie (Bestattungsanspruch) ma charakter podmiotowego prawa publicznego, którego uprawniony może dochodzić w trybie postępowania administracyjnego przed sądami administracyjnymi.

<sup>11</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 99.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Omawiana umowa może mieć charakter samoistny, ale z reguły wchodzi w zakres szerszej umowy o świadczenie usług pogrzebowych (tzw. umowy o pogrzeb, o pochówek). Umowy o świadczenie usług pogrzebowych zawierane są przez przedsiębiorstwa usług pogrzebowych z osobami uprawnionymi do pochowania osób zmarłych. W polskim systemie prawnym umowy te nie zostały uregulowane w sposób kompleksowy. Są to umowy nienazwane, których przedmiotem jest realizacja usług pogrzebowych, obejmujących zarówno czynności faktyczne, jak i czynności prawne<sup>13</sup>. Umowy tego rodzaju mogą dotyczyć pojedynczych czynności prawnych, np. przewozu zwłok, nabycia miejsca na cmentarzu albo w sposób kompleksowy mogą obejmować ogół czynności faktycznych i prawnych związanych z pogrzebem i pochowaniem<sup>14</sup>. Do umów tych znajdują zastosowanie z mocy art. 750 k.c. odpowiednio przepisy o zleceniu, choć mogą zawierać w sobie elementy wielu różnych umów, m.in. umowy o dzieło.

Umowa o nabycie miejsca na cmentarzu jest umową szczególnego rodzaju, gdyż wynikają z niej różnorodne skutki prawne. W tym ujęciu szczególnego znaczenia nabiera norma art. 56 k.c., która skutki czynności prawnej uzależnia nie tylko od woli stron, od ustawy, ale również od zwyczajów i zasad współżycia społecznego. Umowa tego rodzaju jest swoistym konglomeratem powiązań rodzinnych, osobistych, majątkowych, dotyczy zarówno sfery psychiki, ale także sfery moralnej, obyczajowej i majątkowej. Dlatego tak trudno poddać ją ocenie z punktu widzenia typowych instrumentów jurydycznych<sup>15</sup>.

Z punktu widzenia umowy o nabycie miejsca na cmentarzu istotne jest określenie jej przedmiotu<sup>16</sup>, a zatem wybór rodzaju grobu. Wybór ten ma istotne znaczenie z punktu widzenia uprawnień do grobu. Tylko bowiem w przypadku grobu murowanego (też katakumb) zapewnione jest trwale korzystanie z niego i możliwość chowania w nim dalszych zwłok bez ograniczeń czasowych i dalszych opłat, z wyjątkiem każdej kolejnej opłaty za pochowanie<sup>17</sup>. W przypadku grobu ziemnego, nie może być on użyty do ponownego chowania przed upływem lat 20.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 36.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 101.

<sup>16</sup> Przedmiotem stosunku cywilnoprawnego jest zachowanie się stron tego stosunku, a jeżeli zachowanie to dotyczy oznaczonego dobra – również to dobro. Por. B. Ziemiński, Z. Kuniewicz, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Poznań 2007, s. 133–134.

<sup>17</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 100. Zob. art. 7 ust. 3 ustawy o cmentarzach.

Po upływie tego okresu ponowne użycie grobu do chowania nie może nastąpić, jeżeli jakkolwiek osoba zgłosi zastrzeżenie przeciw temu i uiści opłatę, przewidzianą za pochowanie zwłok. Zastrzeżenie to ma skutek na dalszych lat 20 i może być odnowione (art. 7 ust. 1 i 2). Zastrzeżenie, o którym mowa w art. 7 ustawy o cmentarzach, ma charakter swoisty<sup>18</sup>. Może być dokonane w dowolnej formie (z reguły *per facta concludentia* przez uiszczenie opłaty), jednak nie przesądza automatycznie o prawie do grobu. Osoba, która zgłasza zastrzeżenie i uiszcza opłatę, nie nabywa przez to dla siebie żadnego prawa<sup>19</sup>, a ten, komu przysługuje prawo do grobu, nie traci go, nie ulega ono też żadnemu ograniczeniu<sup>20</sup>.

Kolejnym zdarzeniem kreującym prawo do grobu może być umowa pomiędzy osobami uprawnionymi do pochowania zwłok w danym grobie i osobą niemającą takich uprawnień, a także umowa na rzecz osoby trzeciej. Tego rodzaju umowy, określane w judykaturze mianem porozumień, mają wiążący charakter<sup>21</sup>. Jeżeli grób rodzinny budowany jest w wyniku porozumienia dwóch lub więcej osób, chociażby kosztem tylko jednej z nich, to takie porozumienie co do przeznaczenia grobu powinno mieć decydujące znaczenie i być wiążące dla kontrahentów. W takim wypadku, jeżeli z góry nie ustalono, zwłoki jakich osób mają być złożone w grobie, kontrahenci powinni wspólnie podejmować decyzję w tym przedmiocie. Sytuacja jest nieco inna, gdy grób rodzinny buduje jedna osoba bez porozumienia z innymi. I w tym jednak wypadku osoba, która poniosła koszty budowy grobu rodzinnego i uiściła opłatę za korzystanie z miejsca na cmentarzu, nie może być uważana za jedyne uprawnione<sup>22</sup>. Zgodnie z powszechnym zwyczajem inni członkowie najbliższej rodziny zmarłego mają również szereg uprawnień do grobu, w którym spoczywają zwłoki zmarłego, jak prawo do stałego

---

<sup>18</sup> Zarząd cmentarza nie może odmówić przyjęcia zastrzeżenia i związanej z tym opłaty. W razie sporu o to uprawnienie pierwszeństwo należy przyznać osobom wymienionym w art. 10 ustawy o cmentarzach. Por. wyrok SN z 17 września 1986 r. (IV CR 236/86), OSNCP 1987, nr 12, poz. 206.

<sup>19</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 5 maja 1992 r. (I ACr 140/92), OSA 1993, nr 4, poz. 30. Chyba że prawo to jej już wcześniej przysługiwało, albo należy do kręgu osób uprawnionych, którym przysługuje osobiste prawo kultu po osobie zmarłej.

<sup>20</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 96; wyroki SN: z 3 grudnia 2010 r. (I CSK 66/10), Legalis nr 414109; z 9 grudnia 2011 r. (III CSK 106/11), OSNC 2012, nr 6, poz. 76.

<sup>21</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 100.

<sup>22</sup> Wyrok SN z 8 listopada 2007 r. (III CSK 151/07) wraz z głosem S. Rudnickiego, OSNC 2009 nr 1, poz. 15.

odwiedzania grobu, stałego utrzymywania go w należyтым stanie, prawo dokonywania zmian o charakterze dekoracyjnym itp., w czym przejawia się ich swoiste władztwo faktyczne nad grobem, i to niezależnie od częstotliwości i zakresu korzystania z tych uprawnień. Należy więc przyjąć, że i w takim wypadku członkowie rodziny są współuprawnionymi.

Okazuje się jednak, iż nie tylko czynności prawne kreują powstanie prawa do grobu, ale także zdarzenia w ścisłym tego słowa znaczeniu, a w szczególności śmierć człowieka oraz związana z tym zdarzeniem czynność faktyczna w postaci pochowania w oznaczonym grobie zmarłego. Otóż czynność pochowania osoby zmarłej powoduje, iż obok osoby, która zawarła umowę o wykupienie miejsca na cmentarzu, pojawiają się osoby współuprawnione. Czynność faktyczna, jaką jest pochowanie zwłok, stwarza bowiem nową sytuację prawną, mianowicie w wykreowanym na mocy zawartej umowy stosunku prawnym pojawiają się, obok dotychczasowych stron tego stosunku prawnego, inne osoby uprawnione, z reguły członkowie rodziny zmarłego, po których stronie powstaje osobiste prawo kultywowania pamięci po zmarłym. Krąg tych osób wyznacza zasadniczo przepis art. 10 ustawy o cmentarzach. Chociaż osobom tym mogą nie przysługiwać żadne prawa majątkowe do grobu, to jednak pozostają one podmiotami współuprawnionymi, kultywującymi pamięć po osobie zmarłej. Przysługuje im szeroki zakres uprawnień w zakresie dysponowania prawem do grobu, m.in. przez możliwość decydowania o tym, kto może być pochowany obok zmarłego, wystroju nagrobka, zamieszczania na nim oznak kultu religijnego etc.<sup>23</sup> W związku z tym nie można uznać, iż osoba, która wybudowała grób rodzinny, może sama decydować o prawie pochowania w nim zwłok innych osób, poza zwłokami tej osoby, dla której grób został wybudowany. Taka decyzja mogłaby godzić w uczucia członków najbliższej rodziny osoby już pochowanej, a ponadto mogłaby im utrudniać korzystanie z przykładowo wskazanych wyżej uprawnień. Trzeba więc przyjąć, że o pochowaniu zwłok w grobie mającym charakter grobu rodzinnego decydują wspólnie: osoba, która poniosła koszty jego budowy i uiściła opłaty za korzystanie z miejsca na cmentarzu oraz członkowie najbliższej rodziny osoby, dla której grób został przeznaczony (chodzi tu z reguły o osoby wymienione w art. 10 ustawy o cmentarzach)<sup>24</sup>. Okoliczność, kto uiścił opłaty za korzystanie

---

<sup>23</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11 stycznia 2013 r. (I ACa 728/12), Legalis nr 735087.

<sup>24</sup> Wyrok SN z 26 maja 1978 r. (I CR 57/78), OSPiKA 1979, nr 9, poz. 163.



z miejsca na cmentarzu i poniósł koszty wybudowania grobu rodzinnego, może mieć znaczenie i powinna być uwzględniona przy rozliczeniach pieniężnych związanych z odstępowaniem miejsc w grobie. Trudno bowiem przyznać prawo do żądania wynagrodzenia za zezwolenie na złożenie zwłok w grobie, czy też zwrotu części kosztów budowy, takiej osobie, która nie przyczyniła się finansowo do wybudowania grobu<sup>25</sup>.

### **3. Treść prawa do grobu (prawa i obowiązki stron)**

Treść prawa do grobu może być ukształtowana w różny sposób, w zależności od przyjętego modelu w danym systemie prawnym. Może być prawem podmiotowym publicznym, albo prawem podmiotowym prywatnym<sup>26</sup>. W systemie prawa niemieckiego prawo to ewoluowało ze stosunku o charakterze cywilnoprawnym w stosunek, w którym dominują elementy publicznoprawne. Początkowo było traktowane jako pochodny od prawa własności nieruchomości cmentarnej rodzaj prawa rzeczowego, aby następnie nabrać cech prawa obligacyjnego, przez uznanie umowy o nabycie prawa do grobu za *sui generis* umowę najmu, a wreszcie za stosunek o charakterze publicznoprawnym, w którym dominują elementy władcze podmiotów zarządzających cmentarzami, przyznane im w ramach imperium<sup>27</sup>. Co istotne, w prawie niemieckim kwestie związane z problematyką funeralną i prawem do grobu nie reguluje jedna ustawa, lecz liczne, właściwe dla danego landu, ustawy związkowe<sup>28</sup>.

W polskim systemie prawnym prawo do grobu wynika ze stosunku cywilnoprawnego, jakim jest stosunek wykreowany przez zawarcie

---

<sup>25</sup> Uchwała SN z 29 września 1978 r. (III CZP 56/78), OSNCP 1979, nr 4, poz. 68.

<sup>26</sup> S. Rudnicki, *Prawo...*, s. 102–103.

<sup>27</sup> Prowadzenie cmentarzy w Niemczech należy do związków kościelnych/religijnych lub jednostek komunalnych. Zob. S. Rudnicki, *Prawo...*, s. 78–79, 103; zob. też J. Gaedke, *Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrecht*, C. Heymansverlag 2004, s. 166 i n. Co jednak istotne, mimo dominujących elementów publicznoprawnych, do rozstrzygania sporów w sprawach związanych z pochówkiem (np. co do miejsca czy rodzaju pochówku) prawo niemieckie przewiduje drogę procesu cywilnego. Por. J. Vahle, *Bestattungs- und Friedhofsrecht – ein überblick über Rechtsgrundlagen, Bestattungsformen und Kostenfragen*, DVP 2009, nr 2, s. 52, 54.

<sup>28</sup> J. Gaedke, *Handbuch...*, s. 292 i n. Por. J. Vahle, *Bestattungs- und...*, s. 52. W Niemczech jedyną ustawą dotyczącą problematyki funeralnej na szczeblu ogólnokrajowym jest Gesetz über die Erhaltung der Gräber der Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft (Gräbergesetz), BGB1. I v. 19 sierpnia 2005 r., s. 2427, [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gr\\_bg/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gr_bg/gesamt.pdf)



umowy o wykupienie miejsca na cmentarzu, ewentualnie przez inne jeszcze zdarzenia prawne (m.in. pochowanie zwłok w oznaczonym grobie). Oczywiście nie można pominąć funkcji publicznej podmiotu zarządzającego cmentarzem, co w oczywisty sposób wpływa na zakres uprawnień podmiotu (podmiotów), któremu przysługuje prawo do grobu.

Jednak nie jest żadną nowością w polskim systemie prawnym, że prawo podmiotowe może być i jest często ograniczane przez różne czynniki. Przykładowo, uprawnienia wypływające z prawa własności muszą respektować ograniczenia wynikające z ustaw (w szczególności administracyjnoprawnych), zasad współżycia społecznego i społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa. Tak więc treść prawa do grobu, a zatem zakres uprawnień przysługujących podmiotowi (podmiotom) tego prawa komponuje się przy uwzględnieniu norm prawnych o charakterze administracyjnym, ale przede wszystkim norm prawa cywilnego, w szczególności o ochronie dóbr osobistych.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 7 grudnia 1970 r.<sup>29</sup>, w następstwie umowy, mocą której zarząd cmentarza oddaje osobie zainteresowanej miejsce na grób, powstaje swoisty stosunek cywilnoprawny, określany mianem prawa do grobu. Jest to stosunek swoisty, który w relacji zarząd cmentarza – uprawniony, jest złożonym stosunkiem obligacyjnym<sup>30</sup>. W stosunku tym przenikają się elementy osobiste i majątkowe, co powoduje, iż wykreowane w następstwie takiej umowy prawo do grobu jest prawem bezwzględnym wobec osób pozostających poza stosunkiem prawnym z zarządem cmentarza, nawiązanym na podstawie umowy o miejsce na cmentarzu. Jest to prawo skuteczne *erga omnes* w tym znaczeniu, że na wszystkich ciąży obowiązek powstrzymywania się od ingerencji w sferę tego prawa<sup>31</sup>. Ustalając treść prawa do grobu, nie można pominąć, że prawo to jest przykładem prawa podmiotowego, którego istnienie nie jest, co do zasady, uzależnione od pozostawiania w oznaczonym stosunku prawnym<sup>32</sup>.

Tworzywem, przy pomocy którego ustawodawca kształtuje wszystkie prawa podmiotowe, są uprawnienia<sup>33</sup>. Uprawnienia, to wskazane

<sup>29</sup> Uchwała SN z 7 grudnia 1970 r. (III CZP 75/70), OSNCP 1971, nr 7–8, poz. 127.

<sup>30</sup> S. Rudnicki, *Prawo...*, s. 106.

<sup>31</sup> Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1997, s. 84; S. Rudnicki, *Prawo...*, s. 106–107.

<sup>32</sup> M. Pyziak-Szafnicka w: *System Prawa Prywatnego*. t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 702.

<sup>33</sup> M. Pyziak-Szafnicka w: *System...*, s. 705. Tak S. Wronkowska, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*, Poznań 1973, s. 59, 60.

przez ustawodawcę konkretne zachowania, które podmiot może podejmować<sup>34</sup>. Przyjęte z teorii woli pojęcie „możności postępowania” oddaje istotę owego uprawnienia<sup>35</sup>. W ramach prawa do grobu uprawniony uzyskuje uprawnienie do użycia grobu w celu pochowania w nim zmarłego, a także, zgodnie z powszechnym zwyczajem, szereg innych uprawnień o charakterze trwałym, takich jak prawo wybudowania i urządzenia grobu, wzniesienia nagrobka, jego przekształcenia, odbywania ceremonii religijnych, kontemplacji, prawo do stałego odwiedzania grobu i utrzymywania go w należyтым stanie, wykonywanie zmian o charakterze dekoracyjnym etc.<sup>36</sup> Uprawnienia te polegają na wyłączności korzystania z nabytego od zarządu cmentarza miejsca, na którym znajduje się grób<sup>37</sup>. Wyłączność ta nie oznacza wszakże zakazu wybudowania identycznego grobu dla innego zmarłego, gdyż tego rodzaju zachowanie nie uwłacza pamięci zmarłego<sup>38</sup>.

W zakres uprawnień kreujących prawo do grobu wchodzi uprawnienie do korzystania z tego prawa obejmujące różnego rodzaju zachowania faktyczne (opisane wyżej), oraz wchodzące w zakres owego korzystania, posiadanie prawa do grobu. Zagadnienie to było przedmiotem analizy Sądu Najwyższego m.in. w uzasadnieniu uchwały z 7 grudnia 1970 r., który wskazał, że „w następstwie umowy, mocą której zarząd cmentarza oddaje zainteresowanej osobie miejsce na grób, powstaje swoisty stosunek cywilnoprawny”, dający tej osobie cały szereg uprawnień, których zespół polegający „na wykonywaniu swego władztwa faktycznego nad grobem” odpowiada posiadaniu zależnemu w rozumieniu art. 336 k.c.<sup>39</sup> Władztwu temu nie przeczy okoliczność, że odwiedzanie grobu odbywa się sporadycznie, gdyż dla istnienia posiadania nie jest konieczne faktyczne wykonywanie władztwa nad rzeczą, wystarcza sama możliwość takiego wykonywania.

Wśród uprawnień związanych z kultem pamięci osoby zmarłej wskazać należy w szczególności na uprawnienia związane z prawem do grobu, na które składa się między innymi prawo do decydowania o wyglądzie (wystroju) nagrobka, a także prawo do decydowania

<sup>34</sup> M. Pyziak-Szafnicka w: *System...*, s. 705; S. Wronkowska, *Analiza...*, s. 54.

<sup>35</sup> M. Pyziak-Szafnicka w: *System...*, s. 705.

<sup>36</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 107.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Tak SN w wyroku z 5 marca 1971 r. (II CR 686/70), OSNCP 1971, nr 12, poz. 213.

<sup>39</sup> Uchwała SN z 7 grudnia 1970 r. (III CZP 75/70), OSNCP 1971, nr 7–8, poz. 127.

lub współdecydowania o przeznaczeniu wolnych miejsc w grobie dla pochowania dalszych zmarłych<sup>40</sup>. Prawo do grobu ma podwójną naturę – osobistą i majątkową, przy czym, jak podkreślił Sąd Najwyższy w przywołanych powyżej orzeczeniach, elementem osobistym przypada w tym zakresie rola wiodąca, bez względu na to, jaka jest wartość elementów majątkowych tego prawa i na czym one polegają.

W szczególności, jeżeli w grobie spoczywają już zwłoki określonej osoby, element osobisty prawa do grobu zyskuje przewagę nad elementem majątkowym. Z chwilą dokonania pierwszego pochówku w grobie, nie jest możliwe rozdzielenie uprawnień majątkowych od osobistych. Prawa majątkowe tracą wówczas swoją odrębność, nie mogą być przedmiotem wyłącznego korzystania i rozporządzania ze strony dotychczasowego ich podmiotu, a to ze względu na prawo do grobu przysługujące pozostałym uprawnionym, którego źródłem jest fakt powiązań rodzinnych z osobą pochowaną w grobie. Prawo do grobu w takiej sytuacji przysługuje łącznie wszystkim osobom najbliższym zmarłego – każda z tych osób jest współuprawniona i wszystkie mają równe prawa. W efekcie, na zmianę przeznaczenia lub sposobu korzystania z tego prawa musi wyrazić zgodę każdy z uprawnionych, bowiem taka czynność może naruszać prawo do kultu zmarłych przysługujące każdemu z nich oraz prawo majątkowe do współposiadania i współdecydowania o prawie do grobu<sup>41</sup>. Od momentu pierwszego pochowania podmiot, który zawarł umowę o pochowanie, nie może już swoim prawem swobodnie rozporządzać, czyli przenieść przysługujących mu praw i obowiązków na inny podmiot (w drodze czynności *mortis causa* czy *inter vivos*).

#### **4. Ochrona prawa do grobu**

Prawo do grobu, którego treść tworzą przenikające się uprawnienia majątkowe (obejmujące starania i nakłady praktyczne, w tym związane z wydatkami) i niemajątkowe (związane ze sferą uczuć)<sup>42</sup>, umożliwia osobom bliskim z jednej strony – sprawowanie kultu

---

<sup>40</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11 stycznia 2013 r. (I ACa 728/12), Legalis nr 735087.

<sup>41</sup> Zob. w szczególności wyrok SN z 7 maja 2009 r. (IV CSK 513/08), Legalis nr 264468.

<sup>42</sup> Por. wyrok SN z 7 listopada 2002 r. (II CKN 980/00), OSNC 2004 nr 3, poz. 42; postanowienie SN z 25 stycznia 2006 r. (I CZ 141/05), Legalis nr 212368; wyrok SN z 13 lutego 1979 r. (I CR 25/79); uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 11 grudnia 1990 r. (III CRN 455/90), niepubl.

pamięci zmarłych, z drugiej – posiadanie grobu i dysponowanie nim. Dwoista natura prawa do grobu skutkuje istnieniem dwóch sfer ochrony prawnej – odpowiednio według zasad przewidzianych w przepisach o ochronie dóbr osobistych lub dotyczących praw majątkowych. Jeśli uprawniony domaga się ochrony indywidualnych odczuć związanych z kultywowaniem pamięci po osobie zmarłej, wówczas przysługują mu roszczenia o ochronę dobra osobistego, z kolei jeżeli domaga się ochrony prawa majątkowego, to przysługują mu roszczenia przewidziane przez przepisy regulujące określone stosunki majątkowe<sup>43</sup>. Nie w każdym jednak przypadku możliwe jest dokonanie wyraźnej linii demarkacyjnej między charakterem dochodzonego roszczenia, w szczególności na etapie wszczęcia postępowania sądowego<sup>44</sup>. Jednocześnie z chwilą pochowania pierwszego zmarłego w grobie, który dotychczas był pusty, elementy majątkowe prawa do grobu zostają zdominowane przez elementy niemajątkowe i to bez względu na wartość tych pierwszych. W konsekwencji sprawa o ustalenie uprawnienia do dysponowania grobem jest sprawą o prawa niemajątkowe i sądem właściwym do rozpoznania sprawy jest sąd okręgowy<sup>45</sup>.

Prawo do grobu najczęściej przysługuje więcej niż jednej osobie<sup>46</sup>. Każdy współuprawniony posiada równe prawa i może samodzielnie, niezależnie od pozostałych wykonywać swoje uprawnienia wynikające z prawa podmiotowego, jednakże w granicach uprawnień pozostałych współuprawnionych<sup>47</sup>. W takim przypadku do zmiany przeznaczenia lub sposobu korzystania z tego prawa musi wyrazić zgodę każdy z uprawnionych, z uwagi na możliwość naruszenia ich praw do kultu zmarłych oraz praw majątkowych do współposiadania i współdecydowania o prawie do grobu<sup>48</sup>. W zakresie realizacji praw majątkowych wynikających ze wspólnego prawa do grobu znajdują zastosowanie *per analogiam legis* przepisy dotyczące współwłasności rzeczy w częściach ułamkowych oraz zarządu rzeczą wspólną w granicach czynności zwykłego zarządu (np. powierzenie zakładowi pogrzebowemu stałej pielęgnacji

---

<sup>43</sup> Por. wyroki SN: z 7 listopada 2002 r. (II CKN 980/00); z 7 maja 2009 r. (IV CSK 513/08).

<sup>44</sup> Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 125–126.).

<sup>45</sup> Uchwała SN z 28 października 2004 r. (III CZP 59/04), OSNC 2005, nr 10, poz. 172.

<sup>46</sup> Por. wyrok SN z 3 grudnia 2010 r. (I CSK 66/10), Legalis nr 414109.

<sup>47</sup> Wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSNC 1970, nr 1, poz. 18.

<sup>48</sup> Wyrok SN z 7 maja 2009 r. (IV CSK 513/08).

grobu za odpłatnością) i przekraczających te granice (np. dysponowanie wolnymi miejscami w grobie)<sup>49</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że wspólność prawa do grobu jest wspólnością bezudziałową, co oznacza, że większość współuprawnionych oblicza się według ich liczby, a nie wielkości ich udziałów (art. 204 k.c. nie ma w tym zakresie zastosowania). Jeśli dojdzie do naruszenia prawa do grobu przez osobę trzecią, każdy ze współuprawnionych może samodzielnie dochodzić roszczeń z tym związanych. Jeśli roszczenie wynika z prawa niemajątkowego, uprawniony realizuje przysługujące mu własne prawo kultu pamięci zmarłego, a gdy dochodzi do roszczenia majątkowego, realizuje przysługujące mu roszczenie zachowawcze przeciwko osobie nieuprawnionej, która naruszyła jego prawo (art. 209 k.c.)<sup>50</sup>. Uprawniony może również wystąpić z roszczeniem posesoryjnym, obejmującym roszczenie o przywrócenie stanu poprzedniego i roszczenie o zaniechanie naruszeń (art. 344 k.c.). Niebagatelne praktyczne znaczenie ma ponadto powództwo o ustalenie istnienia prawa do dysponowania grobem, jak również powództwo o ustalenie istnienia prawa do przekształcenia grobu ziemnego w grób murowany (art. 189 k.p.c.).

Kult pamięci po osobie zmarłej, jako zespół uprawnień składających się na treść prawa do grobu, od dawna jest kwalifikowany jako jurydycznie samoistne dobro osobiste bliskich zmarłego<sup>51</sup>, mimo że nie został wyraźnie wskazany w art. 23 k.c.<sup>52</sup>. Sąd Najwyższy już w wyroku z 12

---

<sup>49</sup> Tak SN m.in.: w wyroku z 3 grudnia 2010 r. (I CSK 66/10), Legalis nr 414109; wyroku z 16 maja 1978 r. (I CR 57/78), OSPiKA 1979, nr 9, poz. 163; uchwale z 29 września 1978 r. (III CZP 56/78), OSNCP 1979, nr 4, poz. 68. W przypadku braku pomiędzy uprawnionymi porozumienia co do rozporządzenia miejscami w grobie mogą oni wystąpić o rozstrzygnięcie do sądu w trybie postępowania nieprocesowego. Wspólne wybudowanie nagrobka podlega wewnętrznemu rozliczeniu na takich samych zasadach jak każde inne wspólne przedsięwzięcie majątkowe. W przypadku braku odmiennej umowy, należy analogicznie stosować do rozliczeń zasady dotyczące współwłasności. B. Kordasiewicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1988 r., III CZP 86/88*, „Nowe Prawo” 1990, nr 7–8, s. 202; wyrok SN z 26 maja 1978 r. (I CR 57/78), OSPiKA 1979, nr 9, poz. 163.

<sup>50</sup> Wyrok SN z 7 maja 2009 r. (IV CSK 513/08), Legalis nr 264468.

<sup>51</sup> Por. m.in. wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68); wyrok SN z 13 lutego 1979 r. (I CR 25/79); uchwała SN z 2 grudnia 1994 r. (III CZP 155/94), OSNC 1995, nr 3, poz. 52; A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978, nr 8, s. 29 i n.; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 18.

<sup>52</sup> Zgodnie z projektem księgi pierwszej kodeksu cywilnego art. 21 wymienia kult pamięci osoby zmarłej jako dobro osobiste. Szerzej na temat problematyki wyróżnienia pamięci i kultu osoby zmarłej jako odrębnego dobra osobistego K. Matuszewski,

lipca 1968 r.<sup>53</sup> uznał, że sfera uczuciowa związana z kultem pamięci osoby najbliższej stanowi przedmiot ochrony prawnej na podstawie art. 23 i art. 24 k.c. Ponadto, niemajątkowe uprawnienia prawa do grobu istnieją niezależnie od majątkowych uprawnień do danego grobu, w którym pochowane są osoby bliskie wobec osoby żądającej ochrony takiego dobra osobistego<sup>54</sup>. Ochrona prawa do grobu obejmuje więc roszczenia wskazane w art. 24 k.c. oraz art. 448 k.c. (tj. roszczenie o zaniechanie działania powodującego zagrożenie naruszenia dobra osobistego, roszczenie o dopełnienie czynności potrzebnych do usunięcia skutków naruszenia dobra osobistego, roszczenie o zapłatę zadośćuczynienia pieniężnego lub odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, roszczenie o naprawienie szkody majątkowej, powstałej na skutek naruszenia dobra osobistego).

Z pojęciem prawa do grobu nierozzerwalnie łączy się pojęcie prawa do pochowania zwłok, które funkcjonuje zarówno na gruncie prawa cywilnego, jako jedno z dóbr osobistych, oraz w obszarze prawa administracyjnego, gdzie podstawowym jego źródłem jest ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Prawo do pochowania zwłok, w postaci dobra osobistego, obejmuje w pierwszej kolejności decyzję podejmowaną za życia przez osobę zmarłą, a następnie przez pozostałe osoby uprawnione w przedmiocie miejsca i sposobu pochowania zwłok oraz rodzaju ceremonii pogrzebowej. Prawo pochowania zwłok obejmuje także ekshumację<sup>55</sup>, która ze względu na swój szczególny charakter, stanowi środek ostateczny<sup>56</sup>.

W tym miejscu należy odnieść się do relacji jaka zachodzi między art. 23 i art. 24 k.c. a art. 10 ustawy o cmentarzach<sup>57</sup>, który wskazuje katalog osób, którym przysługuje uprawnienie do pochowania

---

*Pamięć i kult osób zmarłych jako autonomiczne dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 20, s. 1085–1090.

<sup>53</sup> Wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68).

<sup>54</sup> Wyrok SN z 14 października 2011 r. (III CSK 340/10).

<sup>55</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, 28-34.

<sup>56</sup> Por. wyroki SN: z 6 lutego 2008 r. (II CSK 474/07), Legalis nr 156374; z 16 czerwca 1998 r. (I CKN 729/00); z 29 stycznia 2003 r. (I CKN 1453/00). Żądanie ekshumacji może być uwzględnione jedynie wyjątkowo, gdy przemawiają za tym poważne względy ochrony dóbr osobistych osób uprawnionych.

<sup>57</sup> W pierwszej kolejności są to osoby najbliższe zmarłego, tj. współmałżonek, zstępni, wstępni, krewni boczni do 4 stopnia pokrewieństwa, powinowaci w linii prostej do 1 stopnia. Zgodnie z treścią normatywną art. 10 ustawy, prawo pochowania zwłok przysługuje również osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiązują.



zmarłej osoby, nie regulując jakichkolwiek – majątkowych lub niemajątkowych – uprawnień do grobu<sup>58</sup>. W literaturze i orzecnictwie słusznie wskazano, że osoby bliskie zmarłego są uprawnione do jego pochowania według reguły kolejności w kręgu poszczególnych kategorii wskazanych w art. 10 ustawy, choć nie wynika to *expressis verbis* z jego treści<sup>59</sup>. Powyższe oznacza między innymi, że wdowiec jest uprawniony do pochowania zmarłego, przed jego dziećmi, a dzieci przed rodzicami zmarłego. Sąd Najwyższy w wyroku z 25 września 1972 r.<sup>60</sup> jednoznacznie wskazał, że art. 10 ustawy ustala kolejność osób uprawnionych do pochowania zwłok i prawo pochowania zwłok danej osoby przysługuje osobie wymienionej w dalszej kolejności (np. krewnym w linii bocznej) dopiero wtedy, gdy brak jest osoby wymienionej w bliższej kolejności, albo gdy osoba ta prawa tego nie chce lub nie może wykonać. Niejednokrotnie wskazuje się, że art. 10 ustawy zawiera przepisy o charakterze administracyjnym, normując chowanie i ekshumację zwłok oraz kolejność wykonywania uprawnień, w aspekcie porządku publicznego, a nie w aspekcie ochrony dóbr osobistych<sup>61</sup>. W konsekwencji art. 10 ustawy nie stanowi materialnoprawnego źródła powstania prawo do grobu<sup>62</sup>. Katalog podmiotów, którym przysługuje prawo do grobu, nie ogranicza się do osób wskazanych w tym artykule<sup>63</sup>. Jeśli spór o pochowanie zwłok ma swoje źródło w naruszeniu dóbr osobistych, to podstawą

---

<sup>58</sup> Wyroki SN: z 14 października 2011 r. (III CSK 340/10); z 9 grudnia 2011 r. (III CSK 106/11).

<sup>59</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 604 i 605; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1972 r., II CR 353/72, OSNCP 1973 nr 6, poz. 109. W prawie niemieckim decydujące znaczenie nadaje się ostatniej woli zmarłego wskazanej np. w testamencie, a dopiero, gdy woli tej nie można odtworzyć, prawo pochowania, w tym wyboru miejsca, rodzaju pochówku, przyznaje się członkom rodziny zmarłego (według kolejności określonej w danej ustawie związkowej), a nawet osobom nienależącym do kręgu rodziny zmarłego, np. wieloletniemu partnerowi życiowemu. Por. J. Vahle, *Bestattungs-und...*, s. 52.

<sup>60</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 1972 r., II CR 353/72.

<sup>61</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 603. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n.

<sup>62</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2013 r., I ACa 1295/13, Legalis nr 1092675; wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 3 grudnia 2010 r., I CSK 66/10; 9 grudnia 2011 r., III CSK 106/11; 14 października 2011 r., III CSK 340/10.

<sup>63</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 września 2009 r., I ACa 573/09, Legalis nr 316513; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 1975 r., II CR 193/75, OSP 1977, nr 1, poz. 5; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1980 r., II CR 88/80, Legalis nr 21960; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 41.



rozstrzygnięcia powinien być art. 23 i art. 24 k.c., co oznacza, że kolejność uprawnionych wskazanych w art. 10 ustawy nie jest dla sądu wiążąca. Artykuł 23 i art. 24 k.c. nie uzależniają ochrony dóbr osobistych ani od istnienia więzów pokrewieństwa lub powinowactwa, ani od kryteriów formalnych<sup>64</sup>. Innymi słowy, o istnieniu dobra osobistego decyduje stosunek bliskości, wpływający ze sfery uczuć i odczuć odnoszących się do osoby zmarłej, okazywania szacunku dla wspomnień i pamięci o niej. Tym samym konkubentowi albo osobie, która tworzyła ze zmarłym związek partnerski, może przysługiwać omawiane dobro osobiste, pomimo nieistnienia jakiegokolwiek stosunku prawnorodzinne.

Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego skłania do refleksji, że w przypadku kolizji dóbr osobistych osób uprawnionych do pochowania zwłok, podstawę rozstrzygnięcia powinna stanowić ocena „siły uczuć miłości i bólu” współuprawnionych, po stracie osoby bliskiej<sup>65</sup>. Jednakże na gruncie art. 24 k.c. dokonanie powyższej oceny jest zbędne, ponieważ rozstrzygające jest ustalenie, czy naruszenie jednego z konkurujących ze sobą dóbr było bezprawne. Ustalenie bezprawności naruszenia jest bowiem konieczną przesłanką udzielenia ochrony prawnej przewidzianej w art. 24 k.c. Bezprawność naruszenia oznacza jego sprzeczność z przepisami prawa lub zasadami współżycia społecznego<sup>66</sup>. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o cmentarzach, po upływie 20 lat pochowanie innego zmarłego w tym samym grobie ziemnym może nastąpić, jeżeli jakakolwiek osoba nie zgłosi zastrzeżenia przeciw temu i nie uiści tzw. opłaty prolongacyjnej (za korzystanie z miejsca na grób ziemny)<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1980 r., II CR 88/80.

<sup>65</sup> Por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 1975 r., II CR 193/75, z glosą S. Grzybowskiiego, OSP 1977, nr 1, poz. 5; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 1968 r., I CR 252/68, Legalis nr 21960.

<sup>66</sup> Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 256/10 (OSNC – Zbiór dodatkowy 2011, nr C, poz. 57) uznał, że nie stanowi naruszenia dobra osobistego (w postaci kultu pamięci osoby zmarłej) pobranie podczas sekcji zwłok fragmentów tkanek i narządów ludzkich oraz odmowa ich wydania bliskim. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Sąd Najwyższy odwołał się do dominującego poglądu, zgodnie z którym relewantne w ocenie, czy doszło do naruszenia dobra osobistego, jest kryterium obiektywne, odwołujące się do przeciętnych w społeczeństwie ocen moralnych i obyczajowych, a zatem przeciętna reakcja człowieka, a nie sam fakt naruszenia stanu uczuciowego.

<sup>67</sup> Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy, do grobów murowanych przeznaczonych do pochowania więcej niż jednych zwłok nie mają zastosowania ograniczenia dotyczące ponownego użycia grobu, a zatem uprawnieni członkowie rodziny nie tylko nie muszą

Po bezskutecznym upływie powyższego terminu zarządowi cmentarza przysługuje uprawnienie do rozporządzenia wolnym miejscem w grobie przez zawarcie umowy o jego wykup. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 listopada 2002 r.<sup>68</sup> wskazał, że art. 7 ustawy nie reguluje ochrony dóbr osobistych, a zawarcie kolejnej umowy (której przedmiotem jest miejsce w grobie, w którym została już pochowana jakaś zmarła osoba), wywiera skutek jedynie między umawiającymi się stronami. Należy w pełni zgodzić się z powyższym stwierdzeniem uznając, że uprawnienia takiej osoby, jako wynikające ze stosunku obligacyjnego, są skuteczne jedynie *inter partes*, a zatem nie unicestwiają tym samym osobistych praw w postaci indywidualnych odczuć związanych z kultywowaniem pamięci zmarłego, który został wcześniej pochowany w tym samym miejscu grzebalnym. W takim przypadku nie można uznać za bezprawne działanie zarządu cmentarza, który zawarł kolejną umowę o wykup zajętego dotychczas miejsca w grobie ziemnym, ponieważ ma to swoją podstawę w przepisie ustawy. W konsekwencji, prawo do grobu ziemnego w tym zakresie wygasa po upływie 20-letniego terminu, pod warunkiem, że zarząd cmentarza użył go do ponownego pochowania, to znaczy oddał dane miejsce komu innemu, nieposiadającemu wcześniej prawa do grobu w tym miejscu, celem pochowania tam zwłok innego „obcego” zmarłego<sup>69</sup>. Natomiast roszczenia wynikające z naruszenia dóbr osobistych będą skuteczne wobec osoby, która zawarła z zarządem cmentarza taką umowę, z uwagi na fakt, iż w tym zakresie niemajątkowe prawo do grobu nie wygasa na skutek nieuiszczenia opłaty za miejsce na cmentarzu. Z uwagi na charakter tego prawa, wygasa ono dopiero z chwilą śmierci uprawnionego.

Warto również nadmienić, iż art. 10 ustawy pomija w katalogu osób uprawnionych do pochowania zwłok, osobę, którą wskazał sam zmarły<sup>70</sup>. Na powyższy mankament zwrócili uwagę S. Rudnicki oraz

---

po upływie 20 lat przedłużać tego prawa, ale także uiszczać ponownej opłaty. Zarządowi cmentarza nie przysługuje wówczas prawo dysponowania wolnymi miejscami w grobie murowanym ani przed, ani po upływie dwudziestu od pochowania, ani do pobrania kolejnej opłaty.

<sup>68</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2002 r., II CKN 980/00.

<sup>69</sup> Wyrok SN z 3 grudnia 2010 r. (I CSK 66/10), Legalis nr 414109.

<sup>70</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Sejm VII kadencji, druk nr 2144) zakładał, że wola osoby o sposobie pochowania wyrażona w zapisie poświadczonym notarialnie ma pierwszeństwo przed prawem do pochowania osób najbliższych zmarłego (art. 10 ust. 1b).

J. Mazurkiewicz<sup>71</sup>. W obecnym stanie prawnym wola wyrażona przez daną osobę za jej życia w przedmiocie przyszłego pochowania jej zwłok stanowi jedynie swego rodzaju życzenie, którego poszanowanie przez osoby bliskie jest traktowane jako jedynie obowiązek moralny, a nie prawny<sup>72</sup>. Niemniej Sąd Najwyższy wielokrotnie w zapadłych orzeczeniach podkreślał znaczenie woli wyrażonej za życia zmarłego, nadając jej znaczenie prawne, między innymi dokonując oceny, czy naruszenie dobra osobistego było bezprawne, gdyż było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego<sup>73</sup>. Prawnej mocy wiążącej nabiera natomiast dyspozycja spadkodawcy w sprawie jego pogrzebu, jeśli przybierze formę polecenia zawartego w testamencie, pod warunkiem, że będzie on ważny<sup>74</sup>. *De lege ferenda* należy zagwarantować prawne instrumenty pozwalające na respektowanie ostatniej woli zmarłego, a dopiero w dalszej kolejności, gdy woli tej nie można będzie zrekonstruować, krąg osób i kolejność wskazaną przez ustawodawcę<sup>75</sup>.

## 5. Charakter prawny prawa do grobu

Określenie charakteru prawnego prawa do grobu nie jest sprawą łatwą. W relacji zarząd cmentarza – uprawniony prawo do grobu jako prawo podmiotowe ma charakter obligacyjny<sup>76</sup>. Wykreowane w następstwie zawartej umowy prawo do grobu jest natomiast prawem bezwzględnym wobec osób pozostających poza stosunkiem prawnym z zarządem cmentarza, nawiązanym na podstawie umowy o miejsce na cmentarzu.

---

<sup>71</sup> J. Mazurkiewicz, wskazał na istnienie uzasadnionej potrzeby zmiany treści normatywnej omawianego przepisu, zgodnie z którym osobą uprawnioną do pochówku jest osoba wskazana przez zmarłego, gdy zaś zmarły nie wyraził odmiennej woli, osobami uprawnionymi do pochówku są wskazane przez ustawodawcę osoby bliskie. J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 607.

<sup>72</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 51.

<sup>73</sup> Zob. m.in. wyrok SN z 6 listopada 1978 r. (IV CR 359/78), LEX nr 8145; wyrok SN z 14 maja 1982 r. (IV CR 171/82), OSNCP 1983, nr 1, poz. 12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27 stycznia 2014 r. (I ACa 341/13), Legalis nr 775947; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 sierpnia 2012 r. (I ACa 79/12), Legalis nr 730758.

<sup>74</sup> Zob. wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z 23 lutego 2006 r. (I ACa 890/05), OSA 2008, nr 2, poz. 14, s. 73 wraz z glosą M. Niedośpiąła, OSA 2010, nr 1, s. 65–95.

<sup>75</sup> J. Vahle, *Bestattungs-und...*, s. 52. Ustawowy krąg osób uprawnionych należałoby poszerzyć o osoby szczególnie bliskie zmarłemu, np. długoletniego partnera życiowego.

<sup>76</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 106.

Jest to prawo skuteczne *erga omnes* w tym znaczeniu, że na wszystkich ciąży obowiązek powstrzymywania się od ingerencji w sferę tego prawa<sup>77</sup>. Prawo do grobu ma podwójną naturę – osobistą i majątkową, przy czym, jak podkreślił Sąd Najwyższy w przywołanych powyżej orzeczeniach, elementem osobistym przypada w tym zakresie rola wiodąca, bez względu na to, jaka jest wartość elementów majątkowych tego prawa i na czym one polegają. W szczególności, jeżeli w grobie spoczywają już zwłoki określonej osoby uprawnionej do pochowania, element osobisty prawa do grobu zyskuje przewagę nad elementem majątkowym. W efekcie z chwilą dokonania pierwszego pochówku w grobie nie jest możliwe rozdzielenie uprawnień majątkowych od osobistych. Bez względu na to, czy przedmiotem prawa do grobu jest grób ziemny czy murowany, omawiane prawo podmiotowe ma niepodzielny charakter<sup>78</sup>. Na powyższą kwestię zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że wykonywanie jedynie niektórych uprawnień wynikających z tego prawa jest w istocie wykonywaniem prawa do grobu w całości<sup>79</sup>.

Prawo do grobu traktowane jako dobro osobiste jest prawem niezbywalnym, co jednak nie oznacza, że nie można zrzec się ochrony tego dobra<sup>80</sup>. Kwalifikacja prawa do grobu jako dobra osobistego oznacza również, że jest ono niedziedziczne<sup>81</sup>, wygasa bowiem wraz ze śmiercią uprawnionego. Od powyższej zasady istnieje jeden wyjątek. Mianowicie, zakaz zbywalności i dziedziczenia nie dotyczy prawa do grobu, które ma wyłącznie charakter majątkowy. Prawo do grobu ma charakter wyłącznie majątkowy w sytuacji, gdy w grobie nie została złożona żadna osoba zmarła lub niemajątkowe uprawnienie osoby, której przysługuje prawo

---

<sup>77</sup> Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 84; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 106-107.

<sup>78</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 maja 2013 r. (I ACa 195/13), Legalis nr 831376.

<sup>79</sup> Uchwała SN z 28 października 2004 r. (III CZP 59/04); uchwała SN z 2 grudnia 1994 r. (III CZP 155/94).

<sup>80</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 25–26, wskazuje na rezygnację z ochrony prawa do grobu w przypadku braku zainteresowania pochówkiem osoby zmarłej, co jednocześnie uchyla bezprawność działania obcej osoby, która zajęła się urządzeniem pogrzebu i nagrobka zmarłego.

<sup>81</sup> Sąd Najwyższy w uchwale z 2 grudnia 1994 r. (III CZP 155/94) wskazał, że prawo do grobu nie może być uznane za przedmiot majątkowy, stanowiący dorobek małżonków (art. 32 § 1 k.r.o.). W konsekwencji prawo to nie może być przedmiotem ani podziału spadku, ani podziału majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami.

do grobu do decydowania o przeznaczeniu grobu wygasło i nie ma innej osoby uprawnionej<sup>82</sup>. Wówczas prawo do grobu pozostaje jedynie prawem majątkowym, którego treść odpowiada posiadaniu zależnemu<sup>83</sup>, a zakres wpływających z niego uprawnień wynika z zawartej z zarządem cmentarza umowy<sup>84</sup>. Z chwilą pochówku pierwszego zmarłego, uprawnienia majątkowe (bez względu na ich wartość) zostają zdominowane przez uprawnienia niemajątkowe, co wyklucza możliwość swobodnego rozporządzania prawem do grobu.

Konstrukcja prawa do grobu, zarówno grobu ziemnego, jak i grobu murowanego, opiera się na możliwości długotrwałego korzystania z tzw. miejsca grzebalnego, w którym spoczywa osoba zmarła. Prawo do grobu nie jest jednak ani prawem własności, ani prawem wieczystego użytkowania grobu<sup>85</sup>. Grób, jako miejsce pochowania zwłok, niezależnie od jego rodzaju, stanowi zawsze część składową nieruchomości, na której jest posadowiony, co w konsekwencji oznacza, że nie może być odrębnym przedmiotem własności i innych praw rzeczowych<sup>86</sup>.

W doktrynie wskazano, że „prawo do grobu murowanego przypomina prawo użytkowania wieczystego, ponadto analogicznie do tego prawa, jest ustalane na 99 lat. Okres ten przedłuża się o kolejne 99 lat przy każdym pochówku w tym grobie. Grobowiec ze względu na swoją konstrukcję jest trwale z gruntem połączony, a zatem jest częścią składową gruntu. W przypadku grobów ziemnych prawo to zbliżone jest do dzierżawy i wymaga odnowienia co 20 lat poprzez wniesienie opłaty”<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Tak też: M. Pazdan w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2013, komentarz do art. 922 k.c., nb. 5; A. Kawalko, J.S. Piątkowski, H. Witczak w: *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 68; W. Borysiak w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Osajda (red.), Warszawa 2014, komentarz do art. 922 k.c., nb. 111 i 112; wyrok SN z 3 grudnia 2010 r. (I CSK 66/10), Legalis nr 414109; uchwała SN z 2 grudnia 1994 r. (III CZP 155/94).

<sup>83</sup> Dla istnienia bowiem posiadania nie jest konieczne faktyczne wykonywanie władztwa nad rzeczą, wystarcza sama możność takiego wykonywania, obojętny jest stopień intensywności z jaką dana osoba kult wyraża; tak SN w uchwale z 7 grudnia 1970 r. (III CZP 75/70); A. Piątkowska, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2007 r.*, III CSK 151/07, „Palestra” 2009, nr 7–8, s. 286.

<sup>84</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 111.

<sup>85</sup> Wyrok SN z 7 czerwca 2001 r. (III CKN 406/00), OSNC 2002, nr 3, poz. 30; uchwała SN z 29 września 1978 r. (III CZP 56/78).

<sup>86</sup> Uchwała SN z 29 września 1978 r. (III CZP 56/78).

<sup>87</sup> E. Dołęgowska, K. Klibisz, A. Tworkowska, *Cywilnoprawna regulacja prawa do grobu*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, nr 13, s. 122.

## 6. Wnioski końcowe

W Sejmie VII kadencji zostały złożone dwa poselskie projekty ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>88</sup>. Choć nie przeszły one wszystkich wymaganych stadiów legislacyjnych, a obecnie nie mogą już być procedowane, warto jednak zwrócić uwagę na niektóre przyjęte w nich rozwiązania w kontekście postawionej tezy badawczej. W projekcie ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych (druk nr 1661 z 7 marca 2013 r.)<sup>89</sup> wprowadzono po raz pierwszy definicję „prawa do grobu” przewidując, że jest to „prawo do dysponowania grobem, poprzez pochowanie, dochowanie, ekshumację lub zastrzeżenie ponownego użycia grobu” (art. 1a pkt 27). Projekt ten zakładał „ujednolicenie prawa do grobu, bez względu na jego rodzaj przez zrównanie praw i obowiązków właścicieli praw do grobów ziemnych oraz grobów murowanych przeznaczonych do pomieszczenia zwłok więcej niż jednej osoby, a także nisz w kolumbariach i katakumbach<sup>90</sup>. W uzasadnieniu projektu wskazano, że w obecnym stanie prawnym wybór rodzaju grobu ma istotne znaczenie dla późniejszego uprawnienia do grobu. W przypadku grobu ziemnego aktualny art. 7 ust. 2 ustawy o cmentarzach gwarantuje, że grób ten nie zostanie użyty do ponownego pochowania przed upływem 20 lat. Okres ten można przedłużyć przez złożenie tzw. zastrzeżenia, to jest dokonanie stosowanej opłaty na rzecz cmentarza. Jeśli zastrzeżenie nie zostanie wniesione, zarząd cmentarza ma prawo rozporządzić grobem i dokonać jego ponownego użycia (pochowania w nim innej osoby). W przypadku grobów murowanych przeznaczonych do pomieszczenia więcej niż jednej osoby dysponentowi grobu nie potrzebują składać zastrzeżenia i wносить opłat celem przedłużenia prawa (art. 7 ust. 3). Zarząd cmentarza nie jest uprawniony do dysponowania grobem na zasadach analogicznych do grobu ziemnego. Powoduje to nierówność dysponentów grobów wobec prawa. Dodatkowo, w przypadku braku dalszych osób uprawnionych do grobu (np. braku posiadania dzieci i innych krewnych przez ostatniego dysponenta grobu), zarządca cmentarza nie jest uprawniony do jakichkolwiek czynności wobec grobu.

---

<sup>88</sup> Projekty ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Sejm VII kadencji, druk nr 1661, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1661> oraz druk nr 2144, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=81C814A95A00D190C1257C83003A6FDD>

<sup>89</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, druk nr 1661.

<sup>90</sup> Projekt ..., druk nr 1661, s. 10.



Groby te podlegają więc degradacji. Aktualnie groby ziemne stanowią na cmentarzach mniejszość. Niezbędne jest więc zastosowanie w stosunku do grobów murowanych oraz nisz rozwiązań prawnych analogicznych do grobów ziemnych<sup>91</sup>.

Omawiany projekt przewidywał także, że prawo do grobu ma wygasnąć po upływie 20 lat od ostatniego pochowania, jeżeli właściciel lub współwłaściciel, a w przypadku ich braku – inna osoba, nie uiszczy opłaty przewidzianej za pochowanie lub dochowanie (art. 7 ust. 4). Konstrukcja normatywna prawa do grobu przyjęta w omawianym projekcie budzi wątpliwości. Wydaje się, że próba zdefiniowania prawa do grobu, od strony tylko uprawnień do dysponowania grobem przez wyrażenie zgody na określone czynności faktyczne, jak pochowanie, dochowanie, ekshumację (co istotne, w tym przypadku podmiot uprawniony nie może samodzielnie podjąć decyzji o ekshumacji – zob. art. 15 ustawy cmentarzach) lub zastrzeżenie ponownego użycia grobu (kwalifikowane jako czynność prawna<sup>92</sup>), skazana jest na niepowodzenie. Jak już zostało wskazane, na prawo do grobu składa się wiele różnego rodzaju uprawnień, które, z chwilą złożenia w grobie ciała osoby zmarłej, przysługiwać mogą szerokiemu kręgowi podmiotów. Te uprawnienia mają nie tylko charakter majątkowy, ale przede wszystkim osobisty. W ramach prawa do grobu uprawniony uzyskuje uprawnienie do użycia grobu w celu pochowania w nim zmarłego, a także, zgodnie z powszechnym zwyczajem, szereg innych uprawnień o charakterze trwałym, takich jak prawo wybudowania i urządzenia grobu, wzniesienia nagrobka, przekształcenia, odbywania ceremonii religijnych, kontemplacji, prawo do stałego odwiedzania grobu i utrzymywania go w należytym stanie, wykonywanie zmian o charakterze dekoracyjnym, prawo do decydowania lub współdecydowania o przeznaczeniu wolnych miejsc w grobie dla pochowania dalszych zmarłych etc.<sup>93</sup> Uprawniony może swoim prawem rozporządzać, w sensie przeniesienia uprawnień wynikających ze stosunku obligacyjnego łączącego go z zarządcą cmentarza na inny podmiot, ale tylko do czasu pochowania w nim osoby zmarłej. Od momentu

---

<sup>91</sup> Projekt ..., druk nr 1661, s. 11.

<sup>92</sup> Charakter prawny zastrzeżenia nie został dotąd poddany analizie przez doktrynę. Wydaje się, że można przyjąć koncepcję uprawnienia kształtującego, które dla swojej skuteczności wymaga dokonania też określonej czynności faktycznej – uiszczenia opłaty. Jest to czynność prawna jednostronna, realna. Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 98.

<sup>93</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 107.



pochowania, tego rodzaju rozporządzenie, wobec przewagi elementów niemajątkowych i konieczności respektowania praw innych osób uprawnionych, nie będzie już dopuszczalne.

Ponadto za wadliwą należy uznać w kontekście art. 47 k.c. dokonaną w projekcie (druk nr 1661) kwalifikację osób uprawnionych jako „właścicieli” lub „współwłaścicieli”, przy pozostawieniu konstrukcji jurydycznej grobu jako części składowej nieruchomości cmentarnej oraz zawężenie możliwości uiszczenia opłaty przez inne osoby, tylko w przypadku braku owych „właścicieli”. Projektowany przepis art. 7 ust. 4 byłby nie tylko wadliwy jurydycznie, ale również niespójny z ust. 6 omawianej regulacji. W ust. 6 tego artykułu posłużono się także określeniem „właściciel” lub zarządca cmentarza wskazując, że „wygaśnięcie prawa do grobu upoważnia właściciela lub zarządcę do likwidacji grobu”. Przy interpretacji art. 7 ust. 6 w kontekście jego ust. 4 nie wiadomo, czy owym „właścicielem” będzie właściciel gruntu (czyli z reguły gmina), czy też podmiot wskazany w ust. 4 nie będący *de facto* właścicielem. Ponadto, choć projekt przewiduje w definicji prawa do grobu uprawnienie w postaci zastrzeżenia ponownego użycia grobu, to nie znalazło to odbicia w przepisach omawianego projektu, które nie przewidują takiej instytucji (art. 7).

Rozpoczęcie prac przez Sejm VIII kadencji jest dobrym momentem, aby podjąć na nowo próbę opracowania projektu ustawy nowelizującej ustawę o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Warto wykorzystać przy opracowywaniu nowego projektu ustawy dotychczasowe projekty nowelizacji ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w tym także sformułowane stanowiska eksperckie. Pożądanym by było, aby w przyszłym projekcie ustawy podjąć próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie:

- Czy można konstruować pojęcie prawa do grobu i co jest jego desygnatem? W razie odpowiedzi twierdzącej:
- Czy potrzebna jest definicja ustawowa tego prawa?

Przeprowadzona analiza skłania do przyjęcia tezy zakładającej istnienie prawa do grobu, jako pewnej sfery możliwości postępowania, przyznanej przez normy prawne, przez nie zagwarantowanej i wynikającej z oznaczonego stosunku prawnego. Jak już wskazano, zdarzenia prawne prowadzące do powstania tego prawa mogą być różne. Z reguły pierwszym zdarzeniem kreującym prawo do grobu jest umowa o pochowanie (o pogrzeb), jednak na powstanie tego prawa mogą wpływać też inne zdarzenia prawne, przede wszystkim pochowanie zwłok osoby zmarłej

w oznaczonym grobie. Zdarzenie to ma istotne znaczenie na kształt prawa do grobu, zarówno w jego aspekcie podmiotowym jak i przedmiotowym. W ujęciu podmiotowym, pojawiają się obok dotychczasowego uprawnionego, inne podmioty (z reguły członkowie najbliższej rodziny, osoby pozostające w szczególnie bliskich stosunkach ze zmarłym, czy wskazane przez zmarłego za życia). Uprawnienia tych osób mogą mieć charakter majątkowy lub niemajątkowy. Właściwa kwalifikacja tych uprawnień ma istotne znaczenie w razie ewentualnego sporu między osobami uprawnionymi, która wpływa zarówno na kognicję sądu jak i tryb rozpoznania sprawy. Przy rozstrzyganiu kwestii spornych dotyczących prawa do grobu judykatura często odwoływała się do przepisów o ochronie dóbr osobistych, natomiast tam gdzie przeważają elementy majątkowe – stosowała *per analogiam* przepisy Kodeksu cywilnego o zarządzie rzeczą wspólną (art. 199, art. 201, art. 209 k.c.). I choć dotychczasowa praktyka zasługuje na aprobatę, *de lege ferenda* warto rozważyć, czy nie należałoby precyzyjnie uregulować tych kwestii przez okazji przyszłej nowelizacji ustawy, przez zamieszczenie przepisu odwołującego się do odpowiedniego stosowania wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego. Natomiast próba ustawowego zdefiniowania prawa do grobu, wobec złożoności tego prawa, w szczególności ze względu na szeroki i często nieostry zakres uprawnień nim objętych, nie wydaje się właściwa.

## **Streszczenie**

Istnienie prawa do grobu, jako prawa podmiotowego przyznającego pewną sferę możliwości postępowania, jak również zakresu uprawnień nim objętych, należy do zagadnień spornych. Przyjęcie tezy o istnieniu podmiotowego prawa do grobu implikuje podjęcie rozważań obejmujących przyznaną przez normy prawne sferę możliwości postępowania przez podmiot uprawniony, w szczególności w aspekcie możliwości i granic korzystania z przysługującego mu prawa, dopuszczalności i zakresu możliwych rozporządzeń tym prawem oraz przysługujących środków ochrony tego prawa.

Słowa kluczowe: prawo podmiotowe, prawo do grobu, umowa o świadczenie usług pogrzebowych, kult pamięci po osobie zmarłej.

**Abstract**

Existence of the right to the grave belong to arguable issues, as the liberty of the subject granting a certain sphere of possibility of proceedings, including it's scope of power. Adopting the thesis about the existence of the subjective right to the grave entails considerations about the sphere granted by legal norms to act by the authorised entity. In particular in the aspect of the scope and limits of it's inhered laws, the admissibility and the scope of the possible dispositions of this law and protective measures entitled to the protection of this law.

Keywords: legal rights, right to the graves, funeral undertaking services, memory cult of a deceased person.

Wojciech Dubis<sup>1</sup>  
Marta Daćków<sup>2</sup>

## **Prawo do bycia zapomnianym w internecie – za życia i po śmierci?**

### **1. Wprowadzenie**

Wiek XXI bezsprzecznie zapoczątkował etap nowych zagrożeń etyczno-prawnych, związanych z gwałtownym rozwojem i zwiększeniem znaczenia Internetu, zarówno w obrocie gospodarczym, jak i w zakresie świadczenia usług dla konsumentów. Internet zrewolucjonizował większość aspektów życia poprzez usunięcie barier technicznych i instytucjonalnych w rozpowszechnianiu oraz odbiorze informacji, jak również stworzył platformę dla usług społeczeństwa informacyjnego. Jak podała wiceprzewodnicząca Komisji Europejskiej – Viviane Reding, komisarz UE ds. sprawiedliwości, 17 lat temu z internetu korzystało mniej niż 1% Europejczyków<sup>3</sup>. Z uwagi na niekontrolowane czasowo i terytorialnie przetwarzanie danych osobowych umieszczanych w internecie oraz pojawiające się wątpliwości związane z wpływem wyszukiwarek internetowych na kształtowanie dostępu do informacji, koniecznym stała się analiza dotychczasowych standardów ochrony danych osobowych. Dnia 25 stycznia 2012 r. Komisja Europejska przedstawiła pakiet zmian prawa Unii Europejskiej z 1995 r. w zakresie ochrony danych, w celu wzmocnienia prawa do prywatności w internecie i nadania impulsu gospodarce cyfrowej w Europie. Nowe regulacje służą aktualizacji i modernizacji obecnie obowiązujących zasad. Obejmują one komunikat polityczny określający cele Komisji oraz dwa wnioski ustawodawcze: rozporządzenie określające ogólne unijne ramy ochrony danych oraz

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Wrocławski, radca prawny, partner w Kancelarii Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp.k.

<sup>2</sup> Mgr, radca prawny w Kancelarii Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp.k.

<sup>3</sup> Zob. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-46\\_pl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_pl.htm)

dyrektywę w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych na potrzeby zapobiegania przestępstwom, wykrywania ich, prowadzenia dochodzeń w ich sprawie i ich ścigania oraz powiązanych działań wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych<sup>4</sup>. Nowe regulacje mają zastąpić obowiązującą już prawie 20 lat dyrektywę 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych<sup>5</sup>. W literaturze zwraca się uwagę, że przepisy chroniące dane osobowe z jednej strony pełnią funkcję instrumentu stojącego na straży uznanych powszechnie praw i wolności, a z drugiej strony ich zadaniem jest ochrona użytkowników najnowszych technologii informatycznych i ich interesów, oraz zapewnienie niezbędnego do ich działań poczucia zaufania i bezpieczeństwa<sup>6</sup>.

## 2. Ochrona prywatności i ochrona danych osobowych

Prawo do prywatności, w postaci w jakiej dziś funkcjonuje, należy do stosunkowo niedawno zdefiniowanych praw człowieka, jednak pojęcie to zostało opisane przez amerykańskich profesorów prawa V. Brandeisa i E. Warrena już w ubiegłym wieku<sup>7</sup>. Poza ogólnymi regułami interpretacyjnymi prawa cywilnego, treść prawa do prywatności można wywieść z art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>8</sup> oraz art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka<sup>9</sup>. Idea ochrony prawa do prywatności znalazła odbicie również w treści art. 8 Konwencji

---

<sup>4</sup> Dnia 12 marca 2014 r. Parlament Europejski, obradując na sesji plenarnej, przegłosował przyjęcie projektu rozporządzenia w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych osobowych, dalej jako: rozporządzenie o ochronie danych osobowych, COM(2012) 11 *final*,. [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com\\_2012\\_11\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf)

<sup>5</sup> Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281 z 1995 r., s. 31), dalej: dyrektywa 95/46/WE.

<sup>6</sup> J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2004, s. 52.

<sup>7</sup> S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1890, nr. 4, s. 193 i n.

<sup>8</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku z 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

<sup>9</sup> Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, rezolucja nr 217/III A Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 10 grudnia 1948 r.

o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.<sup>10</sup> Na gruncie prawa Unii Europejskiej kierunki ochronnych prywatności wyznacza art. 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>11</sup>, który stanowi, iż każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Potrzeba ochrony danych osobowych pojawia się natomiast w prawie międzynarodowym dopiero w latach siedemdziesiątych XX w. Pierwszym aktem prawnym regulującym ochronę danych osobowych była szwedzka ustawa z 1973 r.<sup>12</sup>. Obecnie na terenie Unii Europejskiej kształt ochrony danych osobowych wyznacza art. 8 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, który stanowi, iż każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą, a dane te muszą być przetwarzane rzetelnie w określonych celach i za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą. U źródeł potrzeby ochrony danych osobowych leżał – jak się wydaje – rozwój gospodarczy i związany z tym przepływ danych między państwami oraz jednostkami gospodarczymi. Zbieranie tego typu danych uzasadniano w aspekcie politycznym potrzebami bezpieczeństwa - początkowo tylko wewnętrznego, a stopniowo także i zewnętrznego, wraz pojawieniem się zjawiska terroryzmu międzynarodowego, nasileniem szpiegostwa przemysłowego oraz bezpieczeństwa międzynarodowego<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

<sup>11</sup> Karta praw podstawowych Unii Europejskiej uchwalona i podpisana 7 grudnia 2000 r. Rzeczpospolita Polska wprawdzie podpisała protokół Nr 30, który ograniczał zakres zastosowania Karty Praw Podstawowych w stosunku do Polski, jednakże znaczenie konstytucyjno-prawne tego ograniczenia zostało poddane w wątpliwość w rezultacie wyroku TS z 21 grudnia 2011 r., C-411/10 i C-493/10, *N.S. przeciwko Secretary of State for the Home Department et M.E. i inni przeciwko Refugee Applications Commissioner i Minister for Justice, Equality and Law Reform* (Zb. Orz. 2011), w którym jednoznacznie stwierdzono, że po pierwsze, protokół: „nie podważa zastosowania karty wobec Zjednoczonego Królestwa czy wobec Polski”, po drugie, „art. 1 ust. 1 protokołu (Nr 30) potwierdza treść art. 51 karty dotyczącego jej zakresu stosowania, a nie ma na celu zwolnienia Rzeczypospolitej Polskiej i Zjednoczonego Królestwa z obowiązku przestrzegania postanowień karty ani uniemożliwienia sądom i trybunałom w tych państwach członkowskich czuwania nad przestrzeganiem tych postanowień”.

<sup>12</sup> W. Kilian, *Ochrona danych w przedsiębiorstwach*, w: M. Wyrzykowski (red.), *Ochrona danych osobowych (zbiór referatów wygłoszonych na poświęconej problematyce ochrony danych osobowych konferencji naukowej w dniach 27-28 lutego 1998 r.)*, Warszawa 1999, s. 99 i n.

<sup>13</sup> A. Wróbel w: *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 8.

Istotnym elementem dyskusji na temat zmian ram prawnych ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej, musi być również spojrzenie na prawo polskie, w tym w pierwszej kolejności na dyspozycje art. 47 i 51 Konstytucji RP, regulujących zagadnienia związane z ochroną prywatności. Wskazane normy konstytucyjne pozwalają przyjąć, iż ustawodawca, zakreślając ramy ochrony danych osobowych w związku z ich pozyskiwaniem, gromadzeniem i udostępnianiem, posługuje się niesprecyzowanym kryterium „niezbędności”. Zgodnie z art. 51 ust. 1 Konstytucji RP nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania informacji dotyczących jego osoby, a władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach, niż niezbędne w demokratycznym państwie prawa. Z uwagi na powyższe, w praktyce mamy do czynienia ze stałym rozszerzaniem dozwolonego zakresu danych zbieranych przez państwo, któremu nie jest w stanie zapobiec rozwijające się orzecznictwo sądów, zwłaszcza administracyjnych, również z tej przyczyny, iż przetwarzanie danych osobowych odbywa się transgranicznie, w tym w części poza przestrzenią poddaną regulacji prawa unijnego<sup>14</sup>.

### **3. Prawo do bycia zapomnianym**

Konstytucja RP przewiduje konieczność wprowadzenia mechanizmu ograniczającego przetwarzanie danych osobowych, zgodnie bowiem z jej art. 51 ust. 4 każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Prawo to uszczegóławia ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych<sup>15</sup>. Zgodnie zaś z art. 35 ust. 1 u.o.d.o. w razie wykazania przez osobę, której dane osobowe dotyczą, że są one niekompletne, nieaktualne, nieprawdziwe lub zostały zebrane z naruszeniem ustawy albo są zbędne do realizacji celu, dla którego zostały zebrane, administrator danych jest obowiązany, bez zbędnej zwłoki, do uzupełnienia, uaktualnienia, sprostowania danych, czasowego lub stałego wstrzymania przetwarzania kwestionowanych danych lub ich usunięcia ze zbioru, chyba że dotyczy to danych osobowych, w odniesieniu

---

<sup>14</sup> R. Balicki, M. Bartoszewicz, K. Complak, M. Haczkowska, A. Ławniczak, M. Masternak-Kubiak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2014.

<sup>15</sup> Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1182), dalej: u.o.d.o.



do których tryb ich uzupełnienia, uaktualnienia lub sprostowania określają odrębne ustawy. Zgodnie zatem z powyższą regulacją, sankcjonowane na gruncie prawa polskiego jest jedynie przetwarzanie takich danych, które są niekompletne, nieaktualne, nieprawdziwe lub zostały zebrane z naruszeniem ustawy albo są zbędne do realizacji celu, dla którego zostały zebrane. Na gruncie prawa polskiego brak jest jednak uprawnienia do żądania usunięcia danych prawdziwych, których przetwarzanie w dacie ich umieszczenia w internecie było zgodne z ustawą, czy to z uwagi na przepis prawa, czy też zgodę osoby fizycznej, jednak na skutek wpływu czasu opublikowane i przetwarzane dane uległy dezaktualizacji.

Przedstawiony 25 stycznia 2012 r. przez Komisję Europejską projekt kompleksowej reformy unijnych przepisów w zakresie ochrony prywatności i danych osobowych zwiiera zatem nowe rozwiązanie, które do chwili obecnej nie było znane polskiemu porządkowi prawnemu, tj. prawo do bycia zapomnianym (ang. *right to be forgotten*). Jego istotnym elementem jest prawo żądania usunięcia z obiegu w internecie danych osobowych umieszczonych w sieci przez osobę, której dotyczą lub przez osoby trzecie. Komisja Europejska zaproponowała, aby dane osobowe były usuwane z systemów teleinformatycznych, bądź z innych systemów przetwarzających dane wtedy, kiedy znika konieczność, a przede wszystkim adekwatność tego przetwarzania, w szczególności, gdy odpada cel przetwarzania danych. Inspiracją dla podjęcia prac nad wprowadzeniem prawa do bycia zapomnianym stała się konkluzja, zgodnie z którą przywilej przysługujący w demokratycznych systemach prawnych nawet sprawcom poważnych przestępstw, poprzez instytucję zatarcia skazania po upływie określonego czasu, nie ma swojego odpowiednika w internecie. Wypowiedź, fotografia lub informacja o czynach określonej osoby, staje się w internecie nieusuwalna, wpływając jednocześnie przez lata, bez ograniczenia czasowego, np. na karierę zawodową lub polityczną osoby, której dotyczy<sup>16</sup>. Ta luka regulacyjna ma zostać wypełniona przez sformułowanie omawianego prawa

---

<sup>16</sup> Tak też I. Lipowicz w: *Uwagi do strategii poprawy skuteczności unijnych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych*, przedstawionej przez Komisję Europejską, przygotowane przez Stowarzyszenie „Naukowe Centrum Prawno-Informatyczne”, Warszawa 2011, s. 7, por. [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0006/contributions/not\\_registered/ncpi\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/not_registered/ncpi_pl.pdf); V. Mayer-Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton 2009, s. 5 i 16; G. Bell, J. Gemmell, *Total Recall: How the E-Memory Revolution Will Change Everything*, Nowy Jork 2009, s. 14 i 159.

w art. 17 rozporządzenia o ochronie danych obejmującego: „prawo do bycia zapomnianym i do usunięcia danych”<sup>17</sup>. Obowiązek usunięcia danych i zabezpieczenia ich przed rozprzestrzenianiem się w sieci, spoczywać ma na administratorze danych.

Na gruncie powyższego zagadnienia oraz wobec niepewności co do wykładni nowych przepisów, 13 maja 2014 r. zostało wydane orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Google Spain SL i Google Inc. przeciwko Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) i Mario Costeja González* (C-131/12).

Rozstrzygnięcie oparto o następujący stan faktyczny. W 1998 r. zostały opublikowane dwa komunikaty dotyczące licytacji nieruchomości skarżącego z uwagi na niespłacone należności na rzecz hiszpańskiego zakładu ubezpieczeń społecznych. Gazeta została udostępniona również w wersji elektronicznej. Pomimo upływu wielu lat oraz zakończenia postępowania przez zakład ubezpieczeń społecznych, po wpisaniu imienia i nazwiska skarżącego na liście wyników przeglądarki wciąż pojawiała się informacja o licytacji. Skarżący zwrócił się z prośbą do gazety o usunięcie danych, jednak ta odmówiła powołując się na uprawnienie do przetwarzania danych. Następnie skarżący zwrócił się do organów państwowych o nakazanie Google usunięcia wyników, tak, aby nie pojawiały się jego dane osobowe.

Wielka Izba Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznała, iż działalność, która polega na zlokalizowaniu informacji opublikowanych lub zamieszczonych w internecie przez osoby trzecie, indeksowaniu ich w sposób automatyczny, czasowym przechowywaniu takich informacji i wreszcie ich udostępnianiu internautom w sposób uporządkowany zgodnie z określonymi preferencjami, w sytuacji, gdy takie informacje zawierają dane osobowe, należy uznać za „przetwarzanie danych osobowych” w rozumieniu art. 2 lit. b dyrektywy 95/46/WE. Operator tej wyszukiwarki internetowej będzie zatem „administratorem” odpowiedzialnym za przetwarzanie danych w rozumieniu art. 2 lit. d dyrektywy 95/46/WE. Operator wyszukiwarki internetowej jest zobowiązany zatem do usunięcia z wyświetlanej listy wyników wyszukiwania mającego za punkt wyjścia imię i nazwisko danej osoby, linków do publikowanych przez osoby trzecie stron internetowych zawierających

---

<sup>17</sup> Artykuł 17 pkt 2 projektu rozporządzenia o ochronie danych osobowych, <https://mac.gov.pl/files/wp-content/uploads/2013/11/TABELA-zbiorcza-GDPR-stan-31-10-2013.pdf>

dotyczące tej osoby informacje, również w przypadku, gdy to imię czy nazwisko, czy też te informacje nie zostały uprzednio, albo jednocześnie usunięte z tych stron internetowych i, w odpowiednim przypadku, nawet jeśli ich publikacja na tych stronach jest zgodna z prawem.

Kluczową kwestią poruszoną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej było, czy osoba, której dotyczą dane, ma prawo do tego, aby dotycząca jej informacja nie była już, w aktualnym stanie rzeczy, powiązana z jej imieniem i nazwiskiem poprzez listę wyświetlającą wyniki wyszukiwania mającego za punkt wyjścia to imię i nazwisko, przy czym stwierdzenie, iż takie prawo przysługuje, pozostaje bez związku z tym, czy zawarcie na tej liście wyników wyszukiwania danej informacji wyrządza szkodę tej osobie.

Zgodnie z wydanym rozstrzygnięciem, w takim stanie faktycznym osoba fizyczna może zażądać, aby ze względu na przysługujące jej uprawnienia przewidziane w art. 7 i art. 8 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, dana informacja nie była już podawana do wiadomości szerokiego kręgu odbiorców poprzez zawarcie jej na takiej liście wyników wyszukiwania. Prawa te są bowiem, co do zasady, nadrzędne nie tylko wobec interesu gospodarczego operatora wyszukiwarki internetowej, lecz również wobec interesu, jaki może mieć ten krąg odbiorców w znalezieniu tej informacji w ramach wyszukiwania prowadzonego w przedmiocie imienia i nazwiska tej osoby.

Rozważyć należy jednak każdorazowo, jak istotne dla prywatności są podane informacje oraz jaki interes publiczny uzasadnia utrzymanie danych? Z tej przyczyny stosowanie prawa do bycia zapomnianym może zostać ograniczone z uwagi na przymioty osoby fizycznej, której dane dotyczą. Są to przede wszystkim takie sytuacje, w których ze szczególnych powodów, takich jak rola odgrywana przez tę osobę w życiu publicznym, należałoby uznać, że ingerencja w jej prawa podstawowe jest uzasadniona nadrzędnym interesem tego kręgu odbiorców polegającym na posiadaniu, dzięki temu zawarcia na liście, dostępu do danej informacji. Uzasadniano to również względem na dużą łatwość w kopiowaniu informacji opublikowanych na stronach internetowych i tym, iż podmioty odpowiedzialne za publikację nie zawsze podlegają przepisom unijnym. Dlatego też, bez zapewnienia postulowanego prawa do bycia zapomnianym, cel polegający na skutecznej i pełnej ochronie osób, których dane są przetwarzane, nie mógłby być zrealizowany.

Przyjmuje się, że niniejsze rozstrzygnięcie, wyznacza kierunek przyszłej interpretacji „prawa do bycia zapomnianym”, przewidzianego w projektowanym rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Rozstrzygnięcie wydano wbrew odmiennej opinii Rzecznika Generalnego<sup>18</sup>.

#### **4. Ochrona danych osobowych po śmierci**

Ustawa o ochronie danych osobowych określa zasady postępowania przy przetwarzaniu danych osobowych oraz prawa osób fizycznych, których dane osobowe są lub mogą być przetwarzane w zbiorach danych (art. 2 ust. 1 u.o.d.o.). Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.o.d.o., w rozumieniu ustawy za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Zdolność prawna oznaczająca możliwość bycia podmiotem praw i obowiązków dotyczy osób żywych, a z chwilą śmierci osoby fizycznej w procesie spadkobrania następuje sukcesja uniwersalna, odnosząca się jednak wyłącznie do sfery majątkowej. Prawa i obowiązki o charakterze niemajątkowym zasadniczo wygasają.

Ustawę o ochronie danych osobowych stosuje się zatem tylko do danych osobowych, którymi są informacje dotyczące osób fizycznych. Zdolność prawna człowieka, a tym samym zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków, ustaje z chwilą śmierci, a zatem przetwarzanie dotyczących jej informacji nie jest regulowane przepisami ustawy<sup>19</sup>. Sama ustawa o ochronie danych osobowych, wśród przesłanek dopuszczalności przetwarzania danych, wymienia zgodę osoby, której dane dotyczą, a także mówi m.in. o sprostowaniu, dostępie do danych, czy możliwości sprzeciwu wobec przetwarzania przez osoby trzecie. Skorzystać z tego rodzaju uprawnień może jedynie osoba żyjąca, której dane dotyczą. Wskazać należy, iż wraz ze śmiercią wygasa jednak jedynie prywatnoprawny substrat omawianego prawa, ale przetwarzanie danych osobowych zmarłego nie jest bynajmniej całkowicie wolne i podlega ono reżimom wyznaczonym przez ustawę o ochronie danych osobowych

---

<sup>18</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Niila Jääskinena przedstawiona 25 czerwca 2013 r., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=138782&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir&occ=first&part=1&cid=274329#Footnote1>

<sup>19</sup> Decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z 11 czerwca 2012 r.

z wyjątkiem tych przepisów, które odnoszą się bezpośrednio do indywidualnych kompetencji zainteresowanego.

W związku ze śmiercią osoby fizycznej powstaje po stronie jej bliskich, pozostałych przy życiu, dobro osobiste związane z ich sferą uczuciową, a dotyczące kultu pamięci zmarłego, które podlega ochronie prawnej na podstawie art. 24 k.c.<sup>20</sup>. Z chwilą śmierci osoby fizycznej, aczkolwiek nie następuje sukcesja prawa zmarłego do ochrony danych osobowych, to jednak prawa zmarłego odżywają jako prawa osób za życia mu bliskich. Przy określaniu, kto jest dysponentem danych osobowych osób zmarłych, należy rozważyć problem dotyczący ochrony dóbr osobistych człowieka, które pozostają pod ochroną prawa cywilnego. Chodzi tutaj przede wszystkim o prawo do poszanowania niezakłóconego spokoju psychicznego, w którym to pojęciu mieści się kultywowanie pamięci zmarłego. W tym aspekcie wkroczeniem w sferę objętą ochroną nie będzie każde posłużenie się danymi, ale tylko takie, które – według typowych, przeciętnych reakcji – powoduje tego rodzaju zakłócenie. Konsekwencją bezprawności działania będzie możliwość skorzystania przez pokrzywdzonego z ochrony przewidzianej w art. 24 k.c. oraz art. 448 k.c.<sup>21</sup>.

## **5. Prawo do bycia zapomnianym realizowane przez prawo kultu osoby zmarłej**

Problemy związane z zagadnieniami „śmierci cyfrowej” są rozmaicie rozwiązywane w praktyce i jako przykład przywołuje się tu m.in. sprawę Julianny Ribeiro Campos, której konto na portalu społecznościowym Facebook aktywne pozostało także po jej śmierci. Julianna Ribeiro Campos była dziennikarką, która do kontaktu z czytelnikami wykorzystywała intensywnie utworzony przez siebie profil na tym portalu i po jej śmierci, w związku ze wspomnianym aktywnym statusem tego konta, matka dziennikarki zabiegała u administratora tego portalu o jego usunięcie, początkowo bezskutecznie. W pierwszym okresie uzyskała ona jedynie tyle, iż osoby nieznające jej córki, nie mogły uzyskać dostępu do tego konta. Matka Julianny Ribeiro Campos postanowiła jednak kontynuować starania o całkowite jego usunięcie, występując na drogę sądową

<sup>20</sup> Por. wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSNC 1970, nr 1, poz. 18.

<sup>21</sup> Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 8701 w sprawie ochrony danych osobowych osób zmarłych; podsekretarz stanu Andrzej Duda, Warszawa 2007 r.

i uzyskała przed sądem brazylijskim wyrok przeciwko Facebook, który nakazywał usunięcie konta zmarłej<sup>22</sup>. To precedensowe orzeczenie skłoniło Facebook do wprowadzenia procedury postępowania na wypadek śmierci użytkownika, która obecnie przewiduje bądź to usunięcie konta osoby zmarłej, bądź jego zachowanie w postaci księgi pamiątkowej, ze statusem *in memoriam*.

Następstwa „śmierci cyfrowej” są także przedmiotem regulacji w prawie amerykańskim. I tak w stanach Idaho, Nebraska i Indianina rodzina osoby zmarłej może domagać się udostępnienia i usunięcia jej danych osobowych. Jeszcze dalej poszedł stan Delaware, gdzie przyjęto ustawę – „Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act” – przewidującą dziedziczenie prawa dostępu do zasobów cyfrowych osoby zmarłej. Przepisy tej ustawy dają spadkobiercom osoby zmarłej prawo wystąpienia do administratora konta internetowego spadkodawcy i dostęp taki ma zostać zapewniony w terminie 30 dni od dnia pisemnego wezwania, a w przeciwnym razie można tego dochodzić na drodze stosownej skargi sądowej<sup>23</sup>.

Podobne rozwiązania nie istnieją w prawie polskim i, jak już wcześniej wskazywano, następstwo prawne w związku ze śmiercią osoby fizycznej dotyczy jedynie jej praw i obowiązków cywilnoprawnych o charakterze majątkowym. Podnosi się przy tym, iż prawo do bycia zapomnianym w internecie, podobnie zresztą jak związana z tym swoboda poruszania się i korzystania z sieci, nie da się kwalifikować jako prawa o charakterze majątkowym, a nadto, wykazują one ścisły związek z osobą, która z nich korzysta, przez co nie powinny one być przedmiotem dziedziczenia<sup>24</sup>, a naszym zdaniem także innej formy następstwa, które prowadziłyby do możliwości dysponowania nimi przez osoby trzecie, w tym także spadkobierców zmarłego. Inną kwestią jest poszukiwanie możliwych do zastosowania instrumentów prawnych, które stwarzałyby podstawę podjęcia konkretnych kroków w sferze ochrony już nie samych dóbr osoby zmarłej związanych ze swobodą poruszania się (występowania) w internecie, ale które pozwalałyby na realizację podobnych celów,

---

<sup>22</sup> Por. <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-22286569>

<sup>23</sup> Por. [http://www.legis.delaware.gov/LIS/lis147.nsf/vwLegislation/HB+345/\\$file/legis.html](http://www.legis.delaware.gov/LIS/lis147.nsf/vwLegislation/HB+345/$file/legis.html)

<sup>24</sup> Zob. w tym zakresie m.in.: S. Czubkowska, Dorota Kalinowska, *Na wieki wieków w sieci*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 9 maja 2014 r.; J. Mazurkiewicz, *Czy dobra osobiste mogą powstać po śmierci*, w: J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI w. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012.



jednak przy wykorzystaniu innych konstrukcji. Taką formułą, stosowaną już zresztą w związku z poszukiwaniem ochrony dóbr osobistych, jakie przysługiwały za życia osobie zmarłej, jest odwołanie się do ochrony dobra osobistego w postaci kultu zmarłego, które to prawo przyznać należy osobom jej bliskim. Rozwiązanie takie wypracowane zostało już w przeszłości, a to w związku ze stanowiskiem przyjmowanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, które sprowadzało się do założenia, iż „roszczenia o ochronę dóbr osobistych określonej osoby, przysługują tylko jej, do istoty bowiem tych dóbr należy to, że są one nierozzerwalnie związane ze ściśle oznaczoną osobą; roszczenia te - tak jak i dobra osobiste, z których naruszenia wynikają - nie mogą przejść na inne osoby; w szczególności jako prawa niemajątkowe nie przechodzą na spadkobierców”. Sąd Najwyższy podkreślał dalej, iż roszczenia o ochronę dóbr osobistych „po śmierci zainteresowanej osoby, nie mogą też być dochodzone przez inne osoby bliskie zmarłemu, tak jak to przewiduje, gdy chodzi o ochronę autorskich dóbr osobistych, art. 53 prawa autorskiego; takiego bowiem generalnego przepisu, odnoszącego się do ochrony wszelkich dóbr osobistych, nasze ustawodawstwo nie zna; roszczenia, o których mowa, wygasają z chwilą śmierci zainteresowanej osoby”<sup>25</sup>. Samo prawo kultu pamięci po osobie zmarłej nie zostało wprawdzie wyliczone w katalogu z art. 23 k.c., to jednak można obecnie stwierdzić, iż zarówno doktryna, jak i orzecznictwo widzą tu postać chronionego dobra osobistego osób bliskich zmarłemu<sup>26</sup>. Podkreśla się, że ochronie podlega w tym wypadku

---

<sup>25</sup> Tak SN w wyroku z 28 listopada 1980 r. (IV CR 475/80), OSNC 1981, nr 9, poz. 170; podobne stanowisko zajmuje A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978, nr 8, s. 31; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 101; S. Grzybowski w: S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. 1, 1985, s. 305; por. też M. Pazdan w: *System Prawa Prywatnego*, t. I: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1118 i n.; Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 167, *Ł. Cudny, K. Kryła, Kult pamięci osoby zmarłej jako dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16; odmiennie J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 19 i n.

<sup>26</sup> Por.: A. Szpunar, *Ochrona prawna...*, s. 29 i n.; S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999, M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 2014, s. 178, wyroki SN: z 7 czerwca 1966 r. (I CR 346/65), niepubl.; z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSN 1970, nr 1, poz. 18; z 10 lutego 1975 r. (II CR 851/74), OSPiKA 1977, nr 1, poz. 4; z 23 maja 1975 r. (II CR 193/75), OSPiKA 1977, nr 1, poz. 5; z 31 marca 1980 r. (II CR 88/80), niepubl.; z 14 maja 1982 r. (IV CR 171/82), OSN 1983, nr 1, poz. 12.



sfera uczuciowa osoby bliskiej zmarłemu, a w szczególności uprawnienia do pochowania zwłok, ich przeniesienia lub ekshumacji, wybudowania nagrobka i ustalenia na nim napisu, odwiedzania i pielęgnacji grobu, kontemplacji, odbywania ceremonii religijnych, okazywania stosownego szacunku dla wspomnień i pamięci o zmarłym itp.<sup>27</sup> Postuluje się w szczególności przy opisie treści tego dobra osobistego, oddzielenie ochrony kultu, z jego uprawnieniami materialnymi dotyczącymi pochówku i jego następstw, oraz ochrony pamięci osoby zmarłej, co wykazuje podobieństwa do ochrony czci osoby żyjącej<sup>28</sup>. Niezależnie jednak od tego, w jaki sposób określimy treść wspomnianego dobra osobistego bliskich osoby zmarłej, posłużenie przypisanymi do niego instrumentami ochronnymi do realizacji celów prawa do bycia zapomnianym w omawianym zakresie, wiązać się musi ze stwierdzonym naruszeniem tego dobra. Wydaje się przekonujące stanowisko przyjęte w tym przedmiocie w orzecznictwie, że nie jest tu wystarczające uwzględnienie jedynie sfery indywidualnych przeżyć poszkodowanego, ale należy brać pod uwagę przeciętną reakcję człowieka na takie naruszenie, co odpowiada zasadzie chronienia interesów typowych. Jak wskazuje Sąd Najwyższy, „zarówno przy określaniu granic (istoty) dobra osobistego, jak i jego naruszenia należy posługiwać się kryterium obiektywnym, odwołującym się do przyjętych w społeczeństwie ocen, zapatrywań moralnych i obyczajów”, a zatem ostatecznie na podstawie obiektywnych kryteriów dojść winno do ustalenia czy skutek działania sprawcy została naruszona sfera uczuciowa danej osoby związana z jej określonym dobrem osobistym<sup>29</sup>. Wykorzystanie instrumentów ochrony dobra osobistego w postaci kultu zmarłego do osiągnięcia przez osoby bliskie zmarłemu efektów, jakie zapewnia realizacja prawa do bycia zapomnianym, będzie zatem wymagało w pierwszej kolejności oceny, czy sytuacja, w której dane dotyczące osoby zmarłej dostępne są po jej śmierci w internecie, może być uznana

---

<sup>27</sup> Tak SN w wyroku z 9 lutego 2011 r. (V CSK 256/10), OSNC 2011, nr C, poz. 57, s. 31, czy w wyroku z 23 września 2009 r. (I CSK 346/08), OSNC 2010, nr 3, poz. 48, s. 90; J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Wrocław 2012, s. 100 i n.

<sup>28</sup> Tak K. Matuszewski, *Pamięć i kult osób zmarłych jako autonomiczne dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 20, s. 1085.

<sup>29</sup> Tak SN w wyroku z 9 lutego 2011 r. (V CSK 256/10) i przywołane tam wyroki SN: z 16 stycznia 1976 r. (II CR 692/75), OSNCP 1976, nr 11, poz. 251; z 26 października 2001 r. (V CKN 195/01); z 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 953/00), niepubl.; z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02), OSNC 2004, nr 5, poz. 82.

za naruszające wspomniane dobro osobiste osoby bliskiej. Konieczne będzie zatem stwierdzenie nie tylko tego, czy mamy do czynienia z określonym naruszeniem stanu uczuciowego osoby bliskiej zmarłemu z perspektywy jej zindywidualizowanych przeżyć, ale też czy naruszenie takie może być potwierdzone według kryteriów obiektywnych, które pozwolą na eliminowanie negatywnych odczuć tej osoby, będących następstwem jedynie jej nadmiernej wrażliwości, czy też jej wyłącznie subiektywnych ocen, formułowanych bez należytego odwołania do typowych zachowań społecznie akceptowanych. W związku z tym, iż nie można tu mówić o sukcesji omawianego prawa do bycia zapomnianym, to podkreślić należy, iż naruszenie dobra osobistego w postaci kultu zmarłego może mieć miejsce także w tych przypadkach, w których sam zmarły za życia nie realizował, a nawet nie mógł realizować opisanego prawa do bycia zapomnianym, bowiem uruchamiane instrumenty ochronne zapewnić mają bliskim zachowanie dobrej pamięci o osobie zmarłej w ramach ich prawa do kultu tej osoby, bez tworzenia dodatkowych wymagań jakiejś postaci akcesoryjności tego dobra osobistego wobec prawa zmarłego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego zaznaczono, iż prawo najbliższych członków rodziny zmarłego do kultywowania jego pamięci jest dobrem osobistym jurydycznie samoistnym i „ma własne źródło (więzy rodzinne uprawnionego ze zmarłym) oraz własną treść (niezakłócone kultywowanie pamięci o zmarłym jako uczciwym człowieku i prawnym obywatelu)”. Nie da się zatem uzależniać „zakresu ochrony jednego prawa od poziomu ochrony przyznanej innemu prawu osobistemu”, a prawo kultywowania pamięci o zmarłym „służy do ochrony substancjonalnie innego dobra osobistego, a jego podmiotem mogą być różne osoby o zróżnicowanej sferze odczuć związanych ze zmarłym”<sup>30</sup>.

Rozważania te można odnieść do realizacji celów założonych dla prawa do bycia zapomnianym, przy wykorzystaniu instrumentów ochrony dobra osobistego osób bliskich w postaci kultu zmarłego, a właściwie, według rozróżnienia wcześniej zaprezentowanego, ochrony pamięci osoby zmarłej. Osoby bliskie zmarłemu domagać się mogą bowiem ochrony własnego dobra osobistego, którego zakres treściowy nie musi pokrywać się z analizowanym prawem bycia zapomnianym, jakie przypisać można było zmarłemu za jego życia. W tym kontekście chroniąc pamięć osoby

---

<sup>30</sup> Tak SN w wyroku z 23 września 2009 r. (I CSK 346/08), OSNC 2010, nr 3, poz. 48, s. 90; podobnie: K. Matuszewski, *Pamięć i kult...*, s. 1087; M. Wilejczyk, *Zagadnienia etyczne...*, s. 178.

zmarłej będzie można doprowadzić do usunięcia z internetu określonych danych dotyczących zmarłego i to nawet wówczas, kiedy dane te umieszczone tam zostały w sposób dobrowolny przez samego zmarłego, do czego jednak każdorazowo potrzebna będzie dokonywana *ad casu* ocena, czy mamy w takim wypadku do czynienia z bezprawnym naruszeniem tego dobra osobistego osoby bliskiej, potwierdzonym według kryteriów obiektywnych.

### **Streszczenie**

Rozwój gospodarczy i związany z tym przepływ danych między państwami oraz jednostkami gospodarczymi wpłynął istotnie na zwiększenie znaczenia internetu, tak w obrocie gospodarczym, jak i w zakresie świadczenia usług dla konsumentów. Wymiana danych na niespotykaną do tej pory skalę, związane z tym korzyści, jak i zagrożenia, sprawiła, iż przed współczesnymi systemami prawnymi pojawiły się nowe zadania. Niewątpliwie jednym z podstawowych z nich jest określenie norm i granic związanych z ochroną, przetwarzaniem, gromadzeniem i udostępnianiem danych osobowych. Z uwagi na niekontrolowane czasowo i terytorialnie przetwarzanie danych osobowych umieszczanych w Internecie oraz pojawiające się wątpliwości związane z wpływem wyszukiwarek internetowych na kształtowanie dostępu do informacji, konieczna stała się analiza dotychczasowych standardów ochrony danych osobowych.

Słowa kluczowe: prawo do bycia zapomnianym, kult osoby zmarłej, ochrona danych osobowych w Internecie.

### **Abstract**

The commercial development and the transfer of data between the states and the commercial entities which is related with this development significantly influenced the importance of internet, both in the commercial trade and with regard to the services rendered to consumers. The wide extent of the exchange of data, as well as the efficiencies and the dangers connected with this, causes that the modern legal systems are facing new tasks. Undoubtedly, one of the essential of them

is to determine the norms and frontiers related with the protection, processing, collecting and sharing of the personal data. Given the fact that the personal data placed on the internet are not subject to any temporal or territorial control and the fact that there exist doubts connected with the influence of the internet search engine on the shaping of the access to the information, the analysis of the previous legal standards of the protection of personal data became necessary.

Keywords: right to be forgotten; cult of the deceased; protection of personal data in the Internet.

Rafał Dubowski<sup>1</sup>

## ***Non omnis moriar. Pobranie narządów zmarłego do przeszczepu w prawie hiszpańskim na tle prawa polskiego***

W podziękowaniu Tym, którzy już za życia mi swe serca oddają.

Według danych za rok 2013 Hiszpania, po raz 23 z rzędu, zajmuje pierwsze miejsce na świecie pod względem liczby zmarłych dawców przypadających na jeden milion mieszkańców<sup>2</sup>. Nie bez powodu zatem model hiszpański w dziedzinie transplantacji jest doceniany i rekomendowany przez liczne instytucje międzynarodowe<sup>3</sup>. Nie tylko okoliczności

---

<sup>1</sup> Mgr, Białystok.

<sup>2</sup> W Hiszpanii na 1 mln mieszkańców przypada 35,3 zmarłych dawców, w całej Unii Europejskiej 19,5 zaś w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej 25,8 natomiast w Polsce 15,5, [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/09/01/actualidad/1409568553\\_370842.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/09/01/actualidad/1409568553_370842.html) Szczegółowe dane za rok 2013, zob. Newsletter 2014 (hiszpańskiej) Narodowej Organizacji ds. Przeszczepów (nazwa oryginalna: Organización Nacional de Trasplante), <http://www.ont.es/publicaciones/Documents/NEWSLETTER%202014.pdf> Biuletyn Poltransplantu jako wskaźnik liczby dawców na jeden milion mieszkańców w Polsce podaje 15,4. Zob. [http://www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2014/Biuletyn\\_2014\\_web.pdf](http://www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2014/Biuletyn_2014_web.pdf)

<sup>3</sup> Rekomendacji takich udzieliła Komisja Ekspertów Rady Europy. Ponadto model hiszpański uzyskał rekomendację na posiedzeniu delegatów państw członkowskim UE nt. donacji i transplantacji organów i tkanek (grudzień 1993 r.). Dodatkowo zob. informacje i wypowiedzi prasowe: *W 2010 Parlament Europejski poparł niemal jednogłośnie nową dyrektywę dotyczącą transplantacji, wzorowaną na modelu hiszpańskim*, <http://www.rp.pl/artukul/482098.html?print=tak>; *W polskiej transplantologii oparliśmy się o model hiszpański, oceniany jak najefektywniejszy w Europie* – mówił Roman Danielewicz, dyrektor Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego ds. Transplantacji „Poltransplant” – *I przynosi to coraz lepsze efekty, których już zaczynają nam zazdrościć w Europie* – dodawał, <http://www.termia.pl/Polska-transplantologia-odbija-sie-od-dna,4979.html>

te stanowią niewątpliwą zachętę do podjęcia badań nad hiszpańskim prawem transplantacyjnym, ale również fakt, iż jest to temat nieobecny w naszym piśmiennictwie prawniczym. Posługując się terminologią podróźniczą, jest to obszar dziewiczy, na którym brak przetartych szlaków. Siłą rzeczy zatem, „wyprawa” ta obarczona jest ryzykiem, które jednak, w mojej ocenie, warto podjąć. Porównując hiszpańskie i polskie rozwiązania, chciałbym odpowiedzieć na pytanie: czy i jak prawo polskie realizuje założenia przyjęte w stawianym za wzór modelu hiszpańskim? Z uwagi na dopuszczalne ramy niniejszego opracowania, zakres przedstawionej analizy zostanie ograniczony do aspektów związanych z pobieraniem organów od zmarłego dawcy<sup>4</sup>, z wyłączeniem kwestii związanych z odpowiedzialnością za naruszenia w tej materii<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Przeszczepy dokonywane są również *ex vivo*, tj. od żywego dawcy. Mogą one obejmować także komórki i tkanki, nie tylko zaś całe organy. Więcej o rodzajach przeszczepów i historii dokonań w tej dziedzinie zob. np.: Z. Religa, *Zarys kardiologii*, Warszawa 1993; R. Tokarczyk, *Zarys regulacji transplantacji organów ludzkich*, RPEiS 2000, nr 1, s. 15-18; Tegoż, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Kraków 2002, s. 213–232; D. Rodríguez-Arias, *Muerte cerebral y trasplantes de órganos. Aspectos internacionales y éticos*, Salamanca-Paryż 2008, s. 73–107; E. M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 25–36; S. Sterkowicz, *Historia pierwszych transplantacji serca w Polsce*, „Kardiologia i Torakochirurgia Polska” 2009, nr 3, s. 313 i n.; J. Sobczak, *Przeszczepianie narządów i komórek krwiotwórczych – rys historyczny*, „Nowiny Lekarskie” 2011, nr 2, s. 157–161; A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 348–365; L. Mucha-Smejda, *Rodziny przeszczep nerki - dar życia i miłości*, „Przegląd Urologiczny” 2013, nr 5, s. 22 i n.; Poza tym na funkcjonowanie i efektywność modelu transplantacyjnego duży wpływ ma tzw. koordynacja przeszczepu, czyli najogólniej mówiąc cały proces obejmujący organizację przeszczepu, a zatem pobranie organu (ew. tkanek czy komórek), jego przechowywanie i konserwowanie, transport, właściwy wybór biorcy, zapewniający największe szanse na powodzenie zabiegu i sam zabieg przeszczepu. Jednym z kluczowych elementów koordynacji jest przepływ informacji pomiędzy jednostkami, które dysponują materiałem przeznaczonym do przeszczepu, a jednostkami, które opiekują się potencjalnymi biorcami.

<sup>5</sup> Co do zasady, zostało pominięte zagadnienie odpowiedzialności za naruszenia w zakresie pobierania organów od zmarłego dawcy. W zależności od charakteru naruszenia i okoliczności w grę może wchodzić odpowiedzialność, np. karna, cywilna bądź dyscyplinarna. Jak zostanie w drodze wyjątku pokazane niżej, naruszenia w tej materii mogą wiązać się w prawie hiszpańskim również z sankcjami administracyjnymi. Uznałem, że jest to zagadnienie tak szerokie, że mogłoby zostać ujęte nawet w odrębną monografię, a próby skrótkowego przedstawienia tej problematyki siłą rzeczy musiałyby wiązać się ze zbyt dużymi uproszczeniami. W zakresie prawa polskiego

## 1. Pojęcie narządu

W prawie hiszpańskim pojęcie organu zostało określone w Dekrecie Królewskim z 28 grudnia 2012 r. regulującym pobieranie, użycie kliniczne organów ludzkich przeznaczonych do przeszczepu, koordynację terytorialną z nimi związaną oraz ustalającym wymogi jakości i bezpieczeństwa (dalej: dekret z 2012 r.)<sup>6</sup>. W myśl jego postanowień, organem jest wyodrębniona część ciała ludzkiego, złożona z różnych tkanek, która utrzymuje swoją strukturę, ukrwienie i zdolność rozwijania funkcji fizjologicznych na wysokim poziomie autonomii i samowystarczalności. W tym znaczeniu organami będą: nerki, serce, płuca, wątroba, trzustka, jelito i inne części ciała ludzkiego, spełniające podobne kryteria, które mogą zostać pobrane i przeszczepione według aktualnego stanu wiedzy i technologii. Według prawa hiszpańskiego organem jest również część organu, użyta w tym samym celu co cały organ, utrzymująca wymogi struktury i unaczynienia. Na potrzeby dekretu z 2012 r. za organy uważa się także unaczynione tkanki złożone<sup>7</sup>. Artykuł 2 pkt 9 polskiej ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów<sup>8</sup> jako narząd określa wyodrębnioną i istotną część ludzkiego ciała, zbudowaną z różnych tkanek, zdolną do utrzymywania swojej struktury, ukrwienia i możliwości pełnienia autonomicznych funkcji fizjologicznych. Wydaje się, że również w świetle prawa polskiego część narządu, jeśli nie spełnia kryteriów uznania jej za tkankę, powinna być traktowana tak jak cały narząd<sup>9</sup>. Z racji tego, że dekret z 2012 r. posługuje się terminem „organ” (*órgano*), zaś polska ustawa transplantacyjna terminem „narząd” – oba określenia będą stosowane zamiennie.

---

zob. np. E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 305–327; J. Duda, *Cywilnoprawna problematyka transplantacji medycznej*, Warszawa 2011; J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty karnoprawne*, Kraków 2004. Ostatnia publikacja co prawda odnosi się do poprzedniego stanu prawnego, jednak pokazuje złożony charakter zagadnienia odpowiedzialności karnej w omawianym zakresie.

<sup>6</sup> *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado) nr 313 z 29 grudnia 2012 r.

<sup>7</sup> Artykuł 3 ust. 19 dekretu z 2012 r.

<sup>8</sup> Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.), dalej: polska ustawa transplantacyjna.

<sup>9</sup> Tkanka to zespół komórek o wyspecjalizowanych funkcjach powiązanych ze sobą substancją międzykomórkową (art. 2 ust. 1 pkt 15 polskiej ustawy transplantacyjnej).



## 2. Zasada poszanowania praw osoby oraz norm etycznych

Jedną z podstawowych zasad, na której opiera się prawo transplantacyjne Królestwa Hiszpanii jest zasada poszanowania fundamentalnych praw osoby oraz norm etycznych dotyczących praktyki medycznej i badań biomedycznych. *Expressis verbis* znalazła ona wyraz w art. 4 ust. 1 dekretu z 2012 r. Chociaż w polskiej ustawie transplantacyjnej brak jest analogicznego przepisu, to jednak nie uprawnia to do stwierdzenia, że polskie prawodawstwo nie respektuje tejsze zasady. Można ją bez najmniejszych problemów zrekonstruować w szczególności z przepisów konstytucyjnych<sup>10</sup>, przepisów ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry<sup>11</sup> oraz przepisów ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>12</sup>. Zasada ta jest na tyle ogólna, że jej znaczenie w kontekście pobierania organów od zmarłego dawcy może przybliżyć tylko dalsza analiza rozwiązań normatywnych.

## 3. Zgoda dawcy na pobranie organów

Standardem przyjętym w obu państwach jest dobrowolność dawstwa. Dotyczy to także donacji pośmiertnej. Niemniej jednak pojęcie dobrowolności dawstwa *post mortem* nie jest pozbawione dwuznaczności. W tym zakresie mogą zostać przyjęte dwa modele rozwiązań prawnych: system zgody wyraźnej albo system zgody domniemanej<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>11</sup> Zob. np. art. 4: „lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością” (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 277, poz. 1634 ze zm.).

<sup>12</sup> Zob. np. art. 8 zd. 2: „przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych osoby wykonujące zawód medyczny kierują się zasadami etyki zawodowej określonymi przez właściwe samorzady zawodów medycznych”. Zob. również art. 20 ust. 1: „pacjent ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych”, a także ust. 2 zd. 1: „prawo do poszanowania godności obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności” (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 159 ze zm.).

<sup>13</sup> A. Brezcko, *Podmiotowość prawna...*, s. 369; A. López-Navidad, J. Kulisevsky, F. Caballero, *El Donante de órganos y Tejidos: Evaluación y Manejo*, Barcelona 1997, s. 24; B. Chazan, *Transplantacja komórek, tkanek i narządów w świetle obowiązującego prawa na tle rozwiązań przyjętych przez Radę Europy i ustawodawstwa innych krajów*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 55–56; B. Dobrowolska, *Próby komercjalizacji idei transplantacyjnej w świetle rozstrzygnięć w prawie międzynarodowym*, „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2011, nr 2, s. 100. W. Załuski wskazuje również na system

W tym pierwszym zgoda na pośmiertne pobranie organów powinna zostać wyrażona wprost, w sposób niebudzący wątpliwości. W systemie zgody domniemanej zaś brak wyrażonego za życia sprzeciwu jest równoznaczny ze zgodą. Zarówno w ustawodawstwie polskim jak i hiszpańskim przyjęto ten drugi model<sup>14</sup>. Polska ustawa transplantacyjna przewiduje, że sprzeciw może być wyrażony, a także następnie cofnięty w następujących formach:

- 1) poprzez wpis w centralnym rejestrze sprzeciwów;
- 2) poprzez pisemne oświadczenie opatrzone własnoręcznym podpisem;
- 3) poprzez ustne oświadczenie złożone w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzone<sup>15</sup>.

Zadaniem lekarza zamierzającego dokonać pobrania lub osoby przez niego upoważnionej jest sprawdzenie, czy istnieje odpowiedni wpis w centralnym rejestrze, prowadzonym przez „Poltransplant”<sup>16</sup>. Weryfikacja przeprowadzana jest drogą telefoniczną, faksem lub za pośrednictwem poczty elektronicznej. Następnie kierowane jest pisemne zapytanie, w celu otrzymania potwierdzenia uzyskanych wcześniej

---

obowiązkowego wyboru. Organy mogą być pobrane od zmarłego do przeszczepu zawsze i tylko wtedy, gdy za życia wprost wyraził na to zgodę, przy czym każdy człowiek ma prawny obowiązek sformułowania wyraźnej zgody lub sprzeciwu. Zob. W. Załuski, *Czy słuszna jest zasada domniemanej zgody na pobieranie narządów od pacjentów?*, „Prawo i Więź” 2014, nr 3, s. 39. Z punktu widzenia przedstawionych tutaj rozważań system obowiązkowego wyboru jest traktowany jako podtyp systemu zgody wyraźnej.

<sup>14</sup> Nie sposób nie zauważyć, iż system zgody domniemanej został pomyślany tak, aby maksymalnie zwiększyć liczbę dawców. Bo czy większość z nas w ogóle zastanawia się nad pośmiertnym oddaniem organów? Gdyby dopuszczalność pobrania narządów zależała od zgody wyrażonej wprost, pewnie wielu przeszczepów by nie wykonano. Z drugiej strony, czy etyczne jest zakładanie, że ktoś wyraził zgodę na pobranie organów, jeśli w życiu nigdy się nad tym nie zastanawiał? Być może rozwiązaniem tego etycznego dylematu jest system zgody wyraźnej połączony z prawnym obowiązkiem sformułowania za życia wyraźnej zgody lub sprzeciwu. Zob. rozważania w tym zakresie: W. Załuski, *Czy słuszna...*, s. 38 i n. Syntetycznie o stanowisku wybranych religii na temat transplantacji i zgody na pobranie organów zob. np.: A. Breczko, *Podmiotowość prawna...*, s. 355–359; D. Tykwińska-Rutkowska, *Transplantacja. Studium z prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 52–58.

<sup>15</sup> Artykuł 6 ust. 1 oraz ust. 4 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>16</sup> Por. art. 7 ust. 6–7 polskiej ustawy transplantacyjnej. Centrum Organizacyjno-Koordynacyjne do spraw Transplantacji „Poltransplant” utworzono na mocy art. 38 polskiej ustawy transplantacyjnej.

informacji. Potwierdzenie udzielane jest w formie wydruku komputerowego opatrzonego podpisem dyrektora „Poltransplantu”<sup>17</sup>. Żaden przepis wprost nie nakłada na lekarza zamierzającego dokonać pobrania obowiązku ustalenia, czy zmarły wyraził swoją wolę w inny niż poprzez wpis w centralnym rejestrze sposób. Jednak mimo to celowe wydaje się szerokie traktowanie obowiązku określonego w art. 7 ust. 6.

W Hiszpanii natomiast, w związku z zamiarem pobrania organów od zmarłego dawcy, osoba odpowiedzialna za koordynację szpitalną w zakresie przeszczepów lub osoba, której powierzono to zadanie, wykonuje czynności sprawdzające mające na celu ustalenie woli zmarłego. Obejmują one:

- 1) sprawdzenie, czy dawca wyjawiał swoją wolę któremuś z członków rodziny;
- 2) sprawdzenie, czy dawca wyjawiał swoją wolę specjalistom, którzy opiekowali się nim w placówce medycznej poprzez ustalenie, czy istnieje odpowiednia adnotacja w historii leczenia uczyniona przez specjalistę;
- 3) sprawdzenie dokumentów i rzeczy osobistych, które zmarły miał przy sobie;
- 4) sprawdzenie, czy dawca wyjawiał swoją wolę za pomocą innych środków prawem przewidzianych<sup>18</sup>.

W zakresie pkt 4 należałoby mieć na uwadze art. 11 ustawy z 14 listopada 2002 r. o autonomii pacjenta oraz o prawach i obowiązkach w zakresie informacji i dokumentacji medycznej<sup>19</sup>. Przewiduje on możliwość sporządzenia Testamentu Życia zawierającego dyspozycje dotyczące opieki medycznej i leczenia, które będą miały zastosowanie w przypadku, gdy dana osoba znajdzie się w stanie uniemożliwiającym ich osobiste zakomunikowanie. Dyspozycje te mogą dotyczyć również pośmiertnego przeznaczenia ciała lub organów. Zgłaszane są one do rejestrów prowadzonych przez poszczególne Wspólnoty Autonomiczne

---

<sup>17</sup> Por. § 6 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze (Dz. U. Nr 228, poz. 1671).

<sup>18</sup> Artykuł 9 lit. b dekrety z 2012 r.

<sup>19</sup> *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado) nr 274 z 15 listopada 2002 r.

i jednocześnie ewidencjonowane na szczeblu centralnym w Narodowym Rejestrze Testamentów Życia<sup>20</sup>.

Z punktu widzenia prawa hiszpańskiego, zgoda najbliższych nie ma żadnego znaczenia, niemniej jednak w praktyce klinicznej raczej nie przystępuje się do pobrania organów bez zgody rodziny<sup>21</sup>. W świetle takich przypadków wskazuje się, że należałoby przyjąć, że nie chodzi tu o zgodę *sensu stricto*, lecz o wykładnię woli zmarłego dokonywaną przez jego rodzinę<sup>22</sup>. Również według naszego prawodawstwa zgoda rodziny zmarłego jest irrelevantna. Jednak, co do zasady, lekarze udzielają najbliższym informacji o zgonie oraz o zamiarze pobrania organów. W szczególności chcą się dowiedzieć, czy zmarły nie pozostawił piśmennego oświadczenia lub nie wyraził swojej woli w obecności dwóch świadków<sup>23</sup>. W praktyce klinicznej, również w Polsce, w przypadku braku zgody rodziny na pobranie organów, najczęściej odstępuje się od zamiaru dokonania tej czynności<sup>24</sup>.

Według prawa hiszpańskiego sprzeciw może być częściowy<sup>25</sup>. Oznacza to, że sprzeciw może odnosić się do wszystkich organów lub tylko do niektórych. W polskich regulacjach prawnych brak jest analogicznych rozwiązań. Ani ustawy, ani rozporządzenia wykonawcze nie odnoszą się do instytucji sprzeciwu częściowego. Również dostępny na stronie „Poltransplantu” formularz sprzeciwu nie uwzględnia takiej możliwości<sup>26</sup>. Niemniej jednak wnioskuje się *a maiori ad minus* – wydaje

---

<sup>20</sup> W oryginale *Registro nacional de instrucciones previas*. Określenie „testament życia” (*testamento vital*) jest określeniem używanym potocznie. Jednak tłumaczenie *instrucción previa* jako „testament życia” wydaje mi się najbardziej znośne dla polskojęzycznego odbiorcy i zarazem najlepiej oddaje istotę hiszpańskojęzycznego terminu.

<sup>21</sup> R. Teijeira, *Aspectos legales del trasplante y donación*, „Anales del Sistema Sanitario de Navarra” 2006, suplement 2, s. 30; F. Redondo García, *El expediente de extracción de órganos de donantes vivos*, w: J.L. Vázquez Sotelo (red.), *Rigor doctrinal y practica forense. Liber amicorum*, Barcelona 2009, s. 844.

<sup>22</sup> A. López-Navidad, J. Kulisevsky, F. Caballero, *El Donante...*, s. 24.

<sup>23</sup> Informacja na stronie internetowej Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego do spraw Transplantacji „Poltransplant”, [http://www.poltransplant.org.pl/QA.html#Czy\\_lekarze\\_powinni\\_skontaktowac\\_sie\\_z\\_rodzina](http://www.poltransplant.org.pl/QA.html#Czy_lekarze_powinni_skontaktowac_sie_z_rodzina)

<sup>24</sup> M. Sych, *Etyczne aspekty pobierania narządów do przeszczepów*, „Polski Przegląd Chirurgiczny” 1992, nr 3, s. 191–209; Cz. Żaba, P. Świdorski, Z. Żaba, M. Grześkowiak, *Prawno-medyczne aspekty pobierania narządów ze zwłok*, „Nowiny Lekarskie” 2009, nr 2, s. 161.

<sup>25</sup> Artykuł 9 ust. 1 lit. a dekretu z 2012 r.

<sup>26</sup> Zob. [http://www.poltransplant.org.pl/form\\_main.html](http://www.poltransplant.org.pl/form_main.html)

się, że nie ma przeszkód, aby sprzeciw dotyczył tylko wybranych narządów. Komu wolno sprzeciwić się pobraniu wszystkich organów, temu wolno wyrazić sprzeciw na pobranie tylko niektórych. O ile pewne trudności techniczne mogłyby wiązać się ze zgłoszeniem takiego sprzeciwu do Centralnego Rejestru, o tyle wydaje się, że akceptacja stosownego oświadczenia pisemnego, względnie złożonego ustnie i potwierdzonego przez świadków, nie powinna budzić wątpliwości<sup>27</sup>.

W Polsce za osobę małoletnią lub inną, nieposiadającą pełnej zdolności do czynności prawnych, sprzeciw może wyrazić za ich życia przedstawiciel ustawowy<sup>28</sup>. Analogiczne rozwiązanie przyjmuje się w systemie prawa hiszpańskiego<sup>29</sup>. Pewną modyfikację tej zasady obserwujemy w prawie polskim. I tak, małoletni powyżej 16 roku życia może wyrazić sprzeciw samodzielnie. Będzie on skuteczny pomimo odmiennej woli przedstawiciela ustawowego<sup>30</sup>. Dodatkowo, o zgłoszeniu sprzeciwu przez przedstawiciela ustawowego zawiadamia się osobę, której wpis dotyczy, po ukończeniu przez nią 16 roku życia oraz po osiągnięciu przez nią pełnoletności informując jednocześnie o możliwości jego cofnięcia. Brak odpowiedzi na zawiadomienie w terminie 30 dni oznacza jego potwierdzenie. O skutku tym informuje się osobę zawiadamianą<sup>31</sup>.

Kolejną interesującą nas kwestią jest możliwość wyrażenia zgody na pobranie organów po śmierci, wszak polska ustawa transplantacyjna zawiera rozwiązania wyłącznie dotyczące instytucji sprzeciwu. Zagadnienie to nie budzi wątpliwości na gruncie prawa hiszpańskiego. W art. 9 ust. 1 lit. a dekretu z 2012 r. wprost mówi się nie tylko o możliwości wyrażenia zgody, lecz podkreśla się, że może to być, analogicznie jak sprzeciw, zgoda częściowa. Jeśli chodzi o prawo polskie, należy przyjąć, że brak normy zakazującej wyrażenia zgody na pobranie organów *post mortem*, czyni taką zgodę prawnie dopuszczalną. W odróżnieniu od sprzeciwu może ona zostać wyrażona w każdej formie. W praktyce zachęca się zaś do sporządzenia oświadczenia woli i noszenia go wraz z dokumentami osobistymi<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Por. L. Kubicki, *Prawo medyczne*, Wrocław 2003, s. 53.

<sup>28</sup> Zob. art. 5 ust. 2 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>29</sup> Por. art. 9 ust. 1 lit. a dekretu z 2012 r.

<sup>30</sup> Zob. art. 5 ust. 3 oraz art. 6 ust. 3 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>31</sup> Zob. § 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze (Dz. U. Nr 228, poz. 1671).

<sup>32</sup> Wzór takiego oświadczenia woli zob. <http://www.poltransplant.org.pl/ow.html>

Istnieją jednak sytuacje, gdy zgoda (wyrażna albo domniemana) osoby uprawnionej na pobranie organów nie będzie wystarczająca. Gdy mamy do czynienia ze śmiercią, której okoliczności mogą budzić wątpliwości co do jej naturalnego przebiegu, zgodę na pobranie organów musi wyrazić właściwy organ prowadzący sprawę. Zgodnie z polską ustawą transplantacyjną, jeśli podejrzewa się, że zgon nastąpił w wyniku czynu zabronionego, który jest przestępstwem, pobrania organów można dokonać po uzyskaniu od właściwego prokuratora informacji, że nie zgłasza on sprzeciwu, a w przypadku, gdy postępowanie jest prowadzone przeciwko nieletniemu, po uzyskaniu stanowiska sądu rodzinnego<sup>33</sup>. W Hiszpanii zaś, przed pobraniem organów uzyskuje się zgodę sędziego prowadzącego sprawę, który po uprzednim raporcie lekarza sądowego udzieli jej zawsze, jeżeli nie utrudni to prowadzenia sprawy karnej<sup>34</sup>.

#### **4. Stwierdzenie zgonu**

Fundamentalną zasadą dotyczącą pobierania organów od zmarłego dawcy, w sposób oczywisty respektowaną przez systemy prawne obydwu państw, jest obowiązek stwierdzenia śmierci dawcy sposób pewny. We wstępie do załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu czytamy: „Śmierć jest zjawiskiem zdysocjowanym. Oznacza to, że śmierć ogarnia tkanki i układy w różnym czasie (...) Zatem niektóre funkcje ustroju lub ich części mogą utrzymywać się przez pewien czas w oderwaniu od innych, wcześniej obumarłych”<sup>35</sup>. Właśnie to medyczne rozumienie śmierci stanowi etyczne, a następnie znajdujące wyraz w prawie stanowionym, uzasadnienie dopuszczalności pobierania organów. Według prawa polskiego i hiszpańskiego śmierć może zostać stwierdzona w oparciu o kryteria dwojakiiego rodzaju:

- a) kryteria neurologiczne;
- b) kryteria krążeniowo-oddechowe<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Por. art. 8 ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>34</sup> Por. art. 9 ust. 5 dekretu z 2012 r.

<sup>35</sup> Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P. Nr 46, poz. 547).

<sup>36</sup> Zob. art. 9 ust. 2 dekretu z 2012 r. oraz pkt 1 załącznika nr 1 do tego dekretu, a także art. 9 ust. 1 oraz 9a ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej.



Stwierdzenie śmierci w oparciu o kryteria neurologiczne polega na stwierdzeniu trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Mowa wtedy o tzw. śmierci mózgowej<sup>37</sup>. Gdy mówimy o stwierdzeniu śmierci za pomocą kryteriów krążeniowo-oddechowych, rozumiemy wtedy, że stwierdzone powinno zostać nieodwracalne ustanie krążenia i oddechu.

#### 4.1. Śmierć mózgowa

Według polskiej ustawy transplantacyjnej śmierć mózgu stwierdzana jest jednomyślnie przez komisję złożoną z trzech lekarzy, posiadających specjalizację. W zespole tym co najmniej jeden z lekarzy musi być specjalistą w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jeden specjalistą w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii<sup>38</sup>. W prawie hiszpańskim również wymaga się, aby śmierć mózgowa została stwierdzona komisyjnie przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje. Dokument stwierdzający zgon zostaje podpisany przez trzech lekarzy, spośród których powinni znaleźć się neurolog lub neurochirurg oraz przełożony lub zastępca personelu jednostki medycznej, w której znajduje się pacjent<sup>39</sup>. Zarówno w Polsce, jak i w Hiszpanii zastrzega się, że osoby te nie mogą wchodzić w skład zespołu dokonującego pobrania organu oraz przeszczepu<sup>40</sup>.

Procedury stwierdzania śmierci mózgowej dość precyzyjnie zostały określone w załączniku do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 2007 r.

---

<sup>37</sup> O kształtowaniu się pojęcia śmierci mózgowej i samej śmierci mózgowej zob. D. Rodríguez-Arias, *Muerte cerebral...*, s. 197–319; W. Kania, *Kryterium śmierci mózgowej w perspektywie historycznej*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 2007, nr 2, s. 350 i n.; K. Sobczak, A. Janaszczyk, *Kontrowersje wokół neurologicznego kryterium śmierci mózgu*, „Forum Medycyny Rodzinnej” 2012, nr 4, s. 182 i n. Krytycznie na temat śmierci mózgowej jako kryterium śmierci człowieka zob. J.M. Norkowski, *Medycyna na krawędzi. Ewolucja definicji śmierci człowieka w kontekście transplantacji narządów*, Radom 2011. Syntetycznie o podejściu wybranych religii do zagadnienia transplantacji i problemu śmierci mózgowej zob. np. A. Breczko, *Podmiotowość prawna...*, s. 355–359.

<sup>38</sup> Por. art. 9 ust. 4 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>39</sup> Artykuł 9 ust. 2 oraz 4 dekrety z 2012 r., a także art. 5 ust. 1 ustawa z 27 października 1979 r. o pobieraniu i transplantacji organów (*Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos*), Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 266 z 6 listopada 1979 r., dalej: hiszpańska ustawa transplantacyjna.

<sup>40</sup> Por. art. 9 ust. 6 polskiej ustawy transplantacyjnej oraz art. 9 ust. 2 oraz 4 dekrety z 2012 r., a także art. 5 ust. 1 hiszpańskiej ustawy transplantacyjnej.



oraz załączniku nr 1 do dekretu z 2012 r. Mając na uwadze ograniczone ramy niniejszego opracowania, szczegółowe ich omówienie wydaje się niemożliwe. Ponadto wiązałyby się to z koniecznością przytaczania dużej ilości terminów medycznych, co tylko komplikowałoby zagadnienie. W związku z tym ograniczę się do wskazania podstawowych elementów konstytutywnych oraz kilku charakterystycznych różnic pomiędzy rozwiązaniami hiszpańskimi i polskimi.

Co do zasady, procedura stwierdzania śmierci mózgu oparta jest na co najmniej dwóch seriach klinicznych badań podstawowych, weryfikujących czynności pnia mózgu oraz trwałość bezdechu. Każda seria badań zostaje wykonana, w zależności od przypadku, w określonych odstępach czasu. Załącznik nr 1 do dekretu z 2012 r., w odróżnieniu od swojego polskiego odpowiednika, nie mówi o konieczności przeprowadzenia, trwającej określony czas, obserwacji wstępnej przed przystąpieniem do pierwszej serii badań<sup>41</sup>. W sytuacjach szczególnie skomplikowanych, gdy postawienie diagnozy jest utrudnione, wykonuje się dodatkowe badania instrumentalne. Są to badania dwójakiego rodzaju:

- 1) badania, które sprawdzają funkcje neuronalne:
  - a) elektroencefalografia (EEG),
  - b) badanie potencjałów wywołanych;
- 2) oraz badania, które sprawdzają mózgowy przepływ krwi.

Wspomniane okresy obserwacji pomiędzy seriami badań podstawowych mogą ulec skróceniu w zależności od wyników przeprowadzonych badań instrumentalnych. Istotną różnicą jest to, że w Polsce nie przewiduje się możliwości stwierdzenia śmierci mózgowej na potrzeby pobrania organów u noworodka do 7 dnia życia. W Hiszpanii natomiast nie tylko taka możliwość istnieje, ale organy można pobrać nawet od noworodków urodzonych przed zakładanym terminem i to po okresie 48-godzinnej obserwacji, która może ulec skróceniu w zależności od wyników badań instrumentalnych. Ponadto, okres obserwacji może nawet zostać

---

<sup>41</sup> Według załącznika do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 2007 r. w przypadku pierwotnych uszkodzeń mózgu czas obserwacji wstępnej powinien wynosić co najmniej 6 godzin. W przypadku uszkodzeń wtórnych, spowodowanych między innymi takimi czynnikami jak niedotlenienie, udar niedokrwienny mózgu, zatrzymanie krążenia, hipoglikemia i inne, czas ten powinien wynosić co najmniej 12 godzin. Czas obserwacji wstępnej u dzieci w przedziale wiekowym do 2 lat powinien być zawsze dłuższy niż 12 godzin.

całkowicie pominięty, jeśli zostanie wykonane badanie potwierdzające w sposób pewny brak krążenia mózgowego<sup>42</sup>.

Utrzymanie prawidłowej ciepłoty ciała diagnozowanego pacjenta jest szczególnie ważne, gdyż sama hipotermia, gdy temperatura waha się między 20, a 28 stopniami – może dawać objawy zbliżone do śmierci mózgowej<sup>43</sup>. W tym zakresie jednak hiszpański załącznik nr 1 do dekretu z 2012 r. nieco inaczej określa wartość temperatury ciała, jaką powinien posiadać diagnozowany pacjent. W Polsce wymaga się, aby w każdym przypadku, bez wyjątku, wynosiła ona 35 stopni Celsjusza bądź więcej. Co prawda, w załączniku nr 1 do dekretu z 2012, podobnie zaleca się, aby temperatura ciała pozostawała wyższa niż 35 stopni Celsjusza, to jednak temperatura wyższa od 32 stopni i mniejsza (równa) 35 stopni, według rozwiązań hiszpańskich, zasadniczo nie stanowi przeszkody diagnostycznej. Jedynie w przypadku dzieci do 24 miesiąca życia temperatura ciała powinna wynosić zawsze więcej niż 35 stopni<sup>44</sup>.

Uznaje się, że niektóre objawy, chociaż mogą sprawiać wrażenie, że człowiek pozostaje nadal żywy, nie wykluczają postawienia diagnozy śmierci mózgowej. Mogą one przybierać bardzo drastyczną postać i w istocie mogą budzić wątpliwości co do tego, czy mamy do czynienia ze zmarłym czy wciąż żywym człowiekiem? Tego rodzaju okoliczności zostały uwzględnione w obu analizowanych załącznikach. W załączniku nr 1 do dekretu opisane zostały dość ogólnie i stwierdza się tam, że występowanie spontanicznej lub stymulowanej aktywności ruchowej pochodzącej z rdzenia kręgowego nie wyklucza śmierci mózgu<sup>45</sup>. Bardziej wyczerpujący obraz zjawiska dają nam sytuacje wskazane w załączniku do obwieszczenia MZ z 2007 r. I tak śmierci mózgowej nie wykluczają:

- 1) subtelne, okresowe i rytmiczne ruchy mięśni twarzy. Podaje się, iż to zjawisko może wynikać z odnerwienia mięśni w obszarze unerwianym przez nerw VII;
- 2) zgięciowe ruchy palców dłoni;
- 3) toniczne odruchy szyjne — ruchy szyi, złożone ruchy kończyn inne niż patologiczne zgięcie lub wyprost. Zgięcie tułowia, dowolny obrót głowy oraz przywodzenie w stawach ramiennych

---

<sup>42</sup> Ust. 2.7 lit. c załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

<sup>43</sup> D. Escudero, *La muerte encefálica. Exploración clínica y métodos diagnósticos instrumentales*, w: R. Matesanz (red.), *El modelo español de coordinación y trasplantes*, Madryt 2008, s. 122–123.

<sup>44</sup> Ustęp 2.2. lit b pkt 3 załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

<sup>45</sup> Ustęp 2.2. lit. d załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

- ze zgięciem w stawach łokciowych. Takie ruchy zdarzają się czasem podczas testu bezdechu lub po stwierdzeniu śmierci mózgu i odłączeniu respiratora. Mogą one przybierać dramatyczną formę (tzw. objaw Łazarza);
- 4) inne ruchy tułowia, obejmujące asymetryczne ustawienie tułowia z odgięciem głowy do tyłu, zachowane głębokie i powierzchowne odruchy skórne brzuszne;
  - 5) zachowane odruchy ścięgniste, objaw trójzgięcia (w stawie biodrowym, kolanowym i skokowym, np. podczas wywoływania objawu Babińskiego);
  - 6) naprzemienne ruchy zgięciowe i wyprostne palców stóp (objaw falujących palców stóp) lub zgięcie palców stóp po opukiwaniu stopy, dodatni objaw Babińskiego;
  - 7) odruch polegający na nawróceniu i wyproście kończyny górnej.

#### **4.2. Nieodwracalne zatrzymanie krążenia**

Procedury stwierdzania śmierci na skutek nieodwracalnego zatrzymania oddechu zostały określone w załączniku do obwieszczenia Ministra Zdrowia z 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia<sup>46</sup> oraz załączniku nr 1 do dekretu z 2012 r. Również w tym miejscu niecelowe będzie szczegółowe omawianie tych procedur, dlatego wskazane zostaną tylko ich główne cechy charakterystyczne. W Polsce i Hiszpanii diagnoza śmierci w oparciu o kryteria krążeniowe opiera się na stwierdzeniu ustania krążenia i spontanicznego oddychania, które trwa nie mniej niż 5 minut. Okres ten jest liczony od zakończenia bezskutecznej resuscytacji krążeniowo-oddechowej. Jeśli lekarz stwierdzi, że według wskazań medycznych resuscytacja nie zakończy się przeżyciem można bezpośrednio przejść do odmierzenia wymaganego okresu. W hiszpańskim dokumencie wskazuje się dość ogólnie, że czas trwania resuscytacji zależy od wieku oraz okoliczności, które wywołały ustanie czynności krążeniowo-oddechowych, a w każdym przypadku należy postępować zgodnie ze wskazaniami protokołów zaawansowanej reanimacji sercowo-płucnej, które publikują właściwe społeczności naukowe<sup>47</sup>. Ustanie krążenia stwierdza się zaś, wykazując, że wystąpiła przynajmniej jedna ze wskazanych okoliczności:

---

<sup>46</sup> Obwieszczenie Ministra Zdrowia z 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M.P. Nr 59, poz. 784).

<sup>47</sup> Ustęp 3.1. lit. b pkt 1 załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

1) asystolia ciągła na wykresie EKG (*asistolia en un trazado electrocardiográfico continuo*); 2) brak przepływu krwi w badaniu inwazyjnym ciśnienia tętniczego (*ausencia de flujo sanguíneo en la monitorización invasiva de la presión arterial*); 3) brak przepływu krwi w aortach w badaniu echokardiograficznym (*ausencia de flujo aórtico en un ecocardiograma*)<sup>48</sup>. Ponadto, jeśli pozwala na to stan wiedzy i postęp techniczny, można wykonać innego rodzaju badanie instrumentalne, zawsze kiedy daje ono gwarancję prawidłowej diagnozy<sup>49</sup>. Natomiast w załączniku do obwieszczenia MZ z 2010 r. podaje się szczegółowo, że w czasie resuscytacji krążeniowo-oddechowej, prowadzonej zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, powinna zostać stwierdzona asystolia lub rozkojarzenie elektromechaniczne trwające co najmniej 20 minut, a w przypadku dzieci do lat 2 – trwające co najmniej 45 minut. Dodatkowo wymaga się, aby w tym okresie nie zostało stwierdzone występowanie spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych i udowych. W załączniku do obwieszczenia MZ z 2010 r. wskazano również, że wystąpienie migotania komór lub spontanicznej fali tętna na tętnicach szyjnych lub udowych, w okresie trwającej co najmniej 5 minut obserwacji, skutkuje tym, że wymagany okres resuscytacji i obserwacji liczony jest od początku.

Zgon na skutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia stwierdzany jest przez jednego lekarza, niewchodzącego w skład zespołu dokonującego pobrania organu lub przeszczepu<sup>50</sup>. W Polsce wymaga się dodatkowo, aby lekarz stwierdzający zgon oparł się na opinii dwóch lekarzy posiadających specjalizację w jednej z następujących dziedzin: anestezyjologii i intensywnej terapii, medycyny ratunkowej, kardiologii, kardiologii dziecięcej lub chorób wewnętrznych. Jeśli lekarz stwierdzający zgon jest specjalistą w którejkolwiek z tych dziedzin, opiera się on wówczas na opinii tylko jednego lekarza<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Ustęp 3.1. lit. c załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

<sup>49</sup> Ustęp 3.1. zd. ostatnie załącznika nr 1 do dekretu z 2012 r.

<sup>50</sup> Por. art. 9 ust. 3 dekretu z 2012 r. oraz art. 9a ust. 2 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>51</sup> Zob. pkt IV załącznika do obwieszczenia MZ z 2010 r.

## 5. Rekompensata za dawstwo

W Polsce i Hiszpanii dawstwo organów jest nieodpłatne<sup>52</sup>. Polska ustawa transplantacyjna ujmuje to zagadnienie dość szeroko i w myśl jej postanowień za pobrane od dawcy narządy nie tylko nie można żądać, ale także przyjmować zapłaty oraz innej korzyści majątkowej lub osobistej<sup>53</sup>. Zapłatą nie jest i nie stanowi korzyści majątkowej lub osobistej zwrot kosztów pobrania, przechowywania, przetwarzania, sterylizacji, dystrybucji i przeszczepiania organów<sup>54</sup>.

Prawo hiszpańskie również dąży do eliminacji motywu zysku w dziedzinie donacji i wprowadza zasadę nieodpłatności i altruistycznego dawstwa, w taki sposób, aby nie było możliwe uzyskanie kompensacji ekonomicznej lub osobistej za dawstwo jakiegokolwiek części ciała ludzkiego. Zabronione jest także publikowanie wszelkiego rodzaju ogłoszeń o sprzedaży lub kupnie organów<sup>55</sup>.

Ciekawy problem obserwujemy na gruncie hiszpańskiego kodeksu karnego<sup>56</sup>. Ustawa organiczna z 22 czerwca 2010 r. wprowadziła do kodeksu karnego art. 156 bis dotyczący handlu organami ludzkimi<sup>57</sup>. Hiszpański kodeks karny penalizuje następujące zachowania: niezgodne z prawem pobieranie, handel i przeszczep organów. Dodatkowo zabronione jest promowanie, wspieranie i ułatwianie tych działań, w tym publikowanie ogłoszeń obejmujących swą treścią możliwość niezgodnego z prawem pobrania, handlu lub przeszczepu<sup>58</sup>. Organ musi być cudzy.

---

<sup>52</sup> Jest to reguła funkcjonująca w wielu państwach zarówno w zakresie pobrania organów *ex vivo*, jak i *post mortem*. Wyjątkiem tutaj jest np. Iran, gdzie od 1988 r. wypłacane są rekompensaty dawcom nerek, ujętym w specjalnym rejestrze. Wprowadzenie tych rozwiązań przyczyniło się do zlikwidowania w 1999 r. listy osób oczekujących na przeszczep tego organu. Zob. B. Dobrowolska, *Próby komercjalizacji...*, s. 100.

<sup>53</sup> Artykuł 3 ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>54</sup> Artykuł 3 ust. 2 polskiej ustawy transplantacyjnej.

<sup>55</sup> Zob. art. 6 hiszpańskiej ustawy transplantacyjnej, a także art. 4 ust. 2 oraz art. 7 dekretu z 2012 r.

<sup>56</sup> *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ustawa organiczna z 23 listopada 1995 r. – Kodeks karny, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 281 z 24 listopada 1995 r. ze zm.

<sup>57</sup> *La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, ustawa z 22 czerwca 2010 r. zmieniająca ustawę organiczną z 23 listopada 1995 r. – Kodeks karny, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 152 z 23 czerwca 2010 r.

<sup>58</sup> Por. art. 156 bis hiszpańskiego kodeksu karnego. Dodatkowo: L.M. Puente Aba, *La protección frente al tráfico de órganos su reflejo en el Código Penal español*, „Revista de derecho y proceso penal” 2011, nr 26, s. 135–152.

Oznacza to, że karze nie podlega osoba, od której ten organ pobrano<sup>59</sup>. Tym samym, również sprzedaż własnego organu nie będzie wiązała się z sankcją karną<sup>60</sup>. Co jednak najistotniejsze, z uwagi na to, że omawiany przepis znajduje się w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko zdrowiu, jako wadę tej regulacji wskazuje się, że nie będzie miał on zastosowania do organów pochodzących od zmarłego dawcy<sup>61</sup>. W tym zakresie będą miały zastosowanie natomiast sankcje administracyjne (kary pieniężne). Dekret z 2012 r. wprowadza trzy kategorie naruszeń: 1) bardzo ciężkie; 2) ciężkie; 3) oraz lekkie. W zależności od charakteru naruszenia przewidziane są kary pieniężne w różnej wysokości. Do bardzo ciężkich naruszeń zalicza się m.in.: 1) wykonywanie jakiegokolwiek czynności określonej dekretem z 2012 r. bez poszanowania zasady dobrowolności, altruizmu, braku zysku i nieodpłatności; 2) zamieszczanie ogłoszeń o pozyskaniu lub dostępności organu, oferując lub żądając za niego rekompensatę. Pośród ciężkich naruszeń natomiast znajduje się zamieszczanie ogłoszeń o pozyskaniu organów na rzecz określonych osób, placówek medycznych, instytucji, fundacji lub przedsiębiorstw oraz zamieszczanie ogłoszeń wprowadzających w błąd co do pozyskiwania i wykorzystania organów ludzkich<sup>62</sup>.

Odmienne: polskie przepisy karne będą obejmowały także handel organami ze zwłok. Artykuł 44 ust. 1 polskiej ustawy transplantacyjnej stanowi: „kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa lub zbywa cudzą komórkę, tkankę lub narząd, pośredniczy w ich nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w przeszczepianiu lub udostępnianiu pozyskanych wbrew przepisom ustawy komórek, tkanek lub narządów, pochodzących od żywego dawcy lub ze zwłok ludzkich, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat”. Również rozpowszechnianie ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu organu w celu jego przeszczepienia, w myśl prawa polskiego będzie penalizowane niezależnie od tego, czy organ pochodzi od żywego dawcy czy też ze zwłok<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> L.M. Puente Aba, *La protección...*

<sup>60</sup> M. G. Tomillo, *Comentario al Código Penal*, Valladolid 2010, s. 619.

<sup>61</sup> Zob. M. G. Tomillo, *Comentario...*, s. 618; L.M. Puente Aba, *La protección...*, s. 135–152.

<sup>62</sup> Por. art. 33 ust. 1 oraz art. 34 dekretu z 2012 r.

<sup>63</sup> Por. art. 43 polskiej ustawy transplantacyjnej.



## 6. Anonimowość dawstwa

Prawo hiszpańskie dąży do stworzenia takich warunków w procesie pobierania organów od zmarłego, aby nie było możliwe ujawnienie jakiegokolwiek informacji, która pozwalałaby zidentyfikować dawcę lub biorcę organu<sup>64</sup>. W przypadku zmarłego dawcy jego rodzina nie może poznać tożsamości biorcy i jego rodziny. I na odwrót, biorca i jego rodzina nie mogą poznać tożsamości dawcy i jego rodziny<sup>65</sup>. Regulacje te stanowią realizację i rozwinięcie określonego w art. 10 ust. 3 ustawy z 25 kwietnia o służbie zdrowia<sup>66</sup>, prawa do poufności w zakresie korzystania ze świadczeń zdrowotnych. Ponadto, informacje dotyczące dawcy i biorcy podlegają ochronie przewidzianej w ustawie organicznej z 13 grudnia 1999 r. o ochronie danych osobowych<sup>67</sup>, ustawie z 14 listopada 2002 r. o autonomii pacjenta oraz o prawach i obowiązkach w zakresie informacji i dokumentacji medycznej<sup>68</sup>. Podobne rozwiązania zawiera art. 19 polskiej ustawy transplantacyjnej, który przewiduje, że dane osobowe potencjalnego dawcy, dawcy, potencjalnego biorcy i biorcy są objęte tajemnicą i podlegają ochronie na podstawie przepisów o tajemnicy zawodowej i służbowej oraz na podstawie przepisów dotyczących dokumentacji medycznej prowadzonej przez podmioty lecznicze.

---

<sup>64</sup> Chodzi tu o możliwość identyfikacji dawcy lub biorcy przez osoby postronne. W celu ochrony zdrowia żywych dawców i biorców, z poszanowaniem przepisów dotyczących ochrony danych osobowych, w Hiszpanii działa system identyfikacji dawców i biorców. Zob. art. 22 dekretu z 2012 r. Uwagi te dotyczą także regulacji polskich. W Polsce istnieje np. rejestr przeszczepień, w którym znajdują się informacje dotyczące biorcy; rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2 kwietnia 2010 r. określa sposób tworzenia niepowtarzalnego oznakowania umożliwiającego identyfikację dawcy komórek, tkanek lub narządów, oraz sposób oznaczania komórek, tkanek lub narządów, za pomocą tego oznakowania (Dz. U. Nr 75, poz. 486).

<sup>65</sup> Por. art. 5 ust. 1 i 2 dekretu z 2012 r.

<sup>66</sup> *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 102 z 29 kwietnia 1986 r. ze zm.

<sup>67</sup> *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 298 z 14 grudnia 1999 r. ze zm.

<sup>68</sup> *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Biuletyn Urzędowy Państwa (Boletín Oficial del Estado), nr 274 z 15 listopada 2002 r. ze zm.



## 7. Podmioty dokonujące czynności pobrania organów

Zgodnie z polskim prawem pobranie narządów do przeszczepu może być prowadzone wyłącznie w podmiotach leczniczych dysponujących oddziałem chirurgicznym i salą operacyjną. Nie muszą one posiadać dodatkowego pozwolenia ministra właściwego do spraw zdrowia, jak np. podmioty lecznicze dokonujące transplantacji<sup>69</sup>. Pobrania organów w celu przeszczepu może dokonać:

- 1) lekarz specjalista w następujących podstawowych dziedzinach medycyny:
  - a) chirurgii ogólnej lub
  - b) chirurgii dziecięcej, lub
  - c) kardiochirurgii, lub
  - d) chirurgii klatki piersiowej, lub
  - e) urologii;
- 2) lekarz specjalista w dziedzinie transplantologii klinicznej posiadający specjalizację w co najmniej jednej z ww. dziedzin;
- 3) lekarz odbywający specjalizację w wymienionych wyżej dziedzinach, upoważniony przez lekarza, o którym mowa w punkcie 2 i dokonujący tych czynności pod jego nadzorem<sup>70</sup>.

W prawie hiszpańskim kwestia kręgu podmiotów uprawnionych do pobierania organów od zmarłego dawcy przedstawia się nieco inaczej. Instytucjonalnie umocowane do tego są placówki medyczne posiadające zezwolenie odpowiedniego organu właściwej wspólnoty autonomicznej, tworzącej Królestwo Hiszpanii<sup>71</sup>. W tym zakresie prawo ogólnopństwowe określa tylko pewne ramy działalności placówek medycznych tego rodzaju. Powinny one m.in.:

---

<sup>69</sup> Zob. art. 36 ust. 1 i 1a polskiej ustawy transplantacyjnej oraz § 10 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 4 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 213, poz. 1656). W rozporządzeniu tym jest mowa o „zakładach opieki zdrowotnej”, niemniej jednak ustawa o działalności leczniczej z 15 kwietnia 2011 zastąpiła pojęcie zakładu opieki zdrowotnej, także w polskiej ustawie transplantacyjnej – szerszym pojęciem podmiotu leczniczego (Dz. U. Nr 112, poz. 654 ze zm.). Wynika z tego, że również na gruncie rozporządzenia określenie „zakład opieki zdrowotnej” powinniśmy interpretować jako „podmiot leczniczy”.

<sup>70</sup> Zob. § 4 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 4 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 213, poz. 1656).

<sup>71</sup> Zob. art. 11 ust. 1 dekretu z 2012 r.

- 1) posiadać wykwalifikowany personel medyczny i środki techniczne, pozwalające stwierdzać zgon zgodnie z przepisami dekretu;
- 2) dysponować środkami niezbędnymi do poprawnej selekcji, oceny, charakteryzacji medycznej i utrzymania żywotności organów dawcy;
- 3) posiadać sprzęt medyczny i inne środki, niezbędne do prawidłowego pobrania organów zgodnie z akceptowanymi w tej dziedzinie standardami, według najlepszych praktyk medycznych;
- 4) być w stanie przechować surowicę dawcy przez okres co najmniej 10 lat, na wypadek kontroli biologicznej;
- 5) dysponować personelem oraz środkami niezbędnymi do restauracji ciała zmarłego po pobraniu organów;
- 6) spełniać warunki w zakresie poufności i ochrony danych osobowych<sup>72</sup>.

Ponadto wymaga się, aby wniosek o autoryzowanie placówki zawierał co najmniej:

- 1) imiona i nazwiska odpowiedzialnych za proces pobierania organów oraz imię i nazwisko osoby odpowiedzialnej za szpitalną koordynację przeszczepów;
- 2) szczegółowe sprawozdanie dotyczące środków ludzkich i materialnych oraz procedur postępowania, które placówka ma do swojej dyspozycji<sup>73</sup>.

Udzielane zezwolenie jest czasowe. Może zostać przedłużone, po uprzednim stwierdzeniu, że nadal istnieją okoliczności, które istniały w chwili jego wydania. Nigdy nie jest ono przedłużane automatycznie<sup>74</sup>. O każdej istotnej zmianie okoliczności, mających znaczenie dla autoryzacji placówki, powinien zostać powiadomiony odpowiedni organ wspólnoty autonomicznej, który może wygasić udzielone zezwolenie lub zmodyfikować jego zakres<sup>75</sup>. Informacje dotyczące autoryzowanych placówek gromadzone są w centralnych rejestrach<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Zob. art. 11 ust. 2 dekretu z 2012 r.

<sup>73</sup> Artykuł 11 ust. 3 dekretu z 2012 r.

<sup>74</sup> Zob. art. 11 ust. 5 dekretu z 2012 r.

<sup>75</sup> Zob. art. 11 ust. 6 dekretu z 2012 r.

<sup>76</sup> Zob. art. 11 ust. 7 oraz art. 30 dekretu z 2012 r.

## **8. Podsumowanie**

Przeprowadzone przeze mnie badania prowadzą do wniosku, że regulacje polskie i hiszpańskie, chociaż wykazują pewne odmienności, zostały oparte na tych samych zasadach przewodnich. Tym samym można stwierdzić, że prawo polskie w zakresie dotyczącym pobierania organów zmarłego do przeszczepu znacząco nie odbiega od rekomendowanego modelu hiszpańskiego. Oczywiście przedstawione opracowanie nie wyczerpuje całkowicie zagadnienia. Przeciwnie, może prowokować kolejne, bardziej wnikliwe pytania. Jednak pomimo tego wydaje się, że wspólne ramy, kierunki oraz cele – polskich i hiszpańskich rozwiązań prawnych – są w tym miejscu wystarczająco dostrzegalne.

## **Streszczenie**

W artykule autor porusza zagadnienia dotyczące prawnych aspektów pobrania organów od zmarłego. Porównując rozwiązania hiszpańskie i polskie dąży on do udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy i jak prawo polskie realizuje założenia przyjęte w rekomendowanym przez instytucje międzynarodowe modelu hiszpańskim? Po przedstawieniu różnych aspektów analizowanego zagadnienia, reasumując stwierdza, że regulacje polskie i hiszpańskie, chociaż wykazują pewne odmienności, zostały oparte na tych samych zasadach przewodnich.

Słowa kluczowe: Polska, Hiszpania, transplantacja, pobranie organów, zmarły dawca.

## **Abstract**

The article presents an analysis of Polish and Spanish legal issues concerning procurement of organs from deceased donors for transplantation. The aim is to answer the question: what are the differences and similarities between both legal systems? The study includes: ascertainment of brain death and death based on cardio-respiratory criteria; the procedures related to the consent of being a donor after death, rules of the anonymity of donation and provisions relating to the financial compensation. The article also presents terms and conditions for medical staff and health care units procuring organs from deceased donors. The author

concludes his study with the statement that Polish and Spanish law are based on the same principles to the analysed extent.

Keywords: Polish and Spanish law, transplantation, deceased donors, procurement of organs.

Andrzej Dzikowski<sup>1</sup>

## **Obrzędy pogrzebu biskupa Rzymu. Między *requiem* a radością płynącą ze zmartwychwstania Jezusa**

1. Pogrzeb Jana Pawła II, dla wielu milionów katolików na całym świecie najważniejszego autorytetu pod względem etyki, wiary i moralności, w XXI w. stał się nie tylko wydarzeniem o charakterze religijnym, w odniesieniu do papieża jako pasterza Kościoła katolickiego (dalej: Kościół), nie tylko o charakterze politycznym (biskupa Rzymu jako suwerena), ale również o charakterze metafizycznym. Taki pogrzeb otwiera również kwestię problemów organizacyjnych dotyczących przygotowania i przebiegu nabożeństw żałobnych. Istotne jest też zabezpieczenie wizyt zagranicznych głów państw i innych oficjalnych delegacji organizacji międzynarodowych, społecznych i religijnych. Najtrudniejszym zadaniem jest przyjęcie rzesz pielgrzymów i rozwiązanie związanych z tym problemów komunikacyjnych, zakwaterowania, wyżywienia i tym podobnych. Istotna i – jak się wydaje nieunikniona, a przy tym pożądana przez światową opinię publiczną – jest obecność mediów oraz pełniona przez nie funkcja informacyjna.

Dla Watykanu i Kościoła sprawą podstawową spośród wymienionych jest przebieg czynności odnoszących się bezpośrednio do ich funkcjonowania jako instytucji o międzynarodowym i ponadnarodowym znaczeniu religijnym – tę właśnie kwestię regulują normy prawa kanonicznego. Rozdzielić je można na dwie główne grupy: po pierwsze – przepisy odnoszące się do zarządu Kościołem i Państwem Watykańskim w dniach sedewakancji, po drugie – przepisy materii *stricte* liturgicznej, ujmujące w ramy czynności świętych obrzędów mszalnych i pogrzebowych.

---

<sup>1</sup> Student, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie.

Pogrzeby pierwszych biskupów Rzymu, zwłaszcza świętych męczenników z czasów prześladowań chrześcijan, odbywały się w tajemnicy w katakumbach albo w pobliżu miejsc ich zgonu. W miarę rozwoju chrześcijaństwa i zwiększania się znaczenia papieżstwa rozwijała się również rzymska praktyka liturgiczna, a w jej ramach specyficzna liturgia papieška, która wyróżniała się na tle innych obyczajów Kościoła Zachodniego swym przywiązaniem do własnej tradycji, solennością i bogactwem – nie tylko w znaczeniu materialnym, ale także, a może przede wszystkim, w sensie symbolicznym, duchowym. Wzrost potęgi papieża nie tylko jako przywódców duchowych, lecz także władców świeckich, objawił się dalszym rozwojem ceremoniału na dworze papieskim i w rzymskich bazylikach. W wyniku tej trwającej setki lat ewolucji wytworzyła się czcigodna mozaika zwyczajów i praktyk liturgicznych – tych wytworzonych w samym Rzymie (czy ściślej mówiąc na dworze papieskim i w otoczeniu *Pontifexa*), tych przejętych później przez resztę chrześcijaństwa obrządku łacińskiego, tych przenikających w ramach latynizacji do rytów wschodnich, tych które przeniknęły z innych rytów do liturgii papieskiej czy wreszcie tych, które jedynie w Rzymie się zachowały, podczas gdy w innych miejscach wygasły lub zostały zmienione.

Rewolucyjne zmiany zostały wprowadzone po Soborze Watykańskim II nie tylko w powszechnej, znanej wszystkim łacińskim katolikom liturgii rzymskiej, ale również w liturgii i ceremoniale dworu papieskiego. Z jednej strony były one niezbędnym – jak się wydaje – w XX w. zakończeniem pozostałości epoki feudalizmu, z drugiej jednak zubożyły znacznie ceremonie liturgiczne sprawowane przez papieża, za papieża, bądź też w jego obecności. Zlikwidowano lub przededefiniowano szereg czynności liturgicznych, zniesiono stare i wprowadzono nowe modlitwy. Przestano używać większości paramentów i przyrządów, upodobniono w znacznym stopniu celebry papieške do tych sprawowanych przez zwykłych kapłanów. Reformy nie ominęły także pogrzebu papieża: zrezygnowano z licznych elementów ceremonii. Niezmiernie ważne dla zachowania dziedzictwa kulturowego zachodniej cywilizacji i jej integralnej części, jaką jest Kościół rzymskokatolicki jest to, że pozostawiono szacowne, starożytne zwyczaje – takie jak *novendialia* czy użycie czerwonych szat mszalnych.

W czasie procesji podczas obrzędów koronacji papieża, przez prawie 550 lat aż do ostatniej jak dotąd w historii koronacji Jana XXIII w 1963 r., miało miejsce spalenie wiązki lnu, przy czym z ust mistrza

ceremonii padały słowa zaadresowane do Ojca świętego: *sic transit gloria mundi*. Wśród wszystkich wspaniałości tej ceremonii była to krótka chwila wanitatywnej refleksji. Jednakowoż chwała świata doczesnego, chwała papieżstwa nie przemijały ani na sekundę; nawet jeśli instytucja ta podupadała, to i tak zachowywała znaczną część swej potęgi. Tak samo jak koronacja, pogrzeb papieża był okazją do manifestacji nie tylko pozaczasowej i ponadczasowej, wiekustej i wywodzącej się z nadania Bożego chwały Kościoła, lecz także szansą wizualizacji jego materialnej siły i prestiżu. Czy ograniczenie splendoru ceremonii w latach siedemdziesiątych ubiegłego stulecia było przerwaniem plecionej przez setki lat nici? Wydawać się może, że nie. Jest to etap rozwoju Kościoła, w którym zdecydowano się na milczenie – i to milczenie bardzo wymowne. Milczenie, które nie musi nikomu udowadniać swej potęgi, bo jest ona powszechnie znana. Nie wolno jednak lekceważyć teologicznego aspektu zmian – *servus servorum Dei* powinien być rzeczywiście sługą i pastorem powierzonych jego pieczy serc i umysłów, bardziej sługą niż monarchą, co w drugiej połowie ubiegłego wieku i obecnie, za pontyfikatu Franciszka, jest w coraz większym stopniu wcielane w życie, niestety wiążąc się w wielu przypadkach z bezpodstawną i nieprzemyślaną negacją wiekowych zwyczajów stanowiących niematerialne dziedzictwo kulturowe Kościoła i Europy.

Niniejszy artykuł ma za zadanie przedstawić tradycje związane z pogrzebem zwierzchnika Kościoła katolickiego, jak i aktualny stan prawodawstwa kościelnego i praktyki, zarysować problemy, które wiążą się ze śmiercią papieża.

2. Kwestia pochówku zwierzchnika Kościoła katolickiego została dwukrotnie uregulowana w drugiej połowie ubiegłego stulecia przez papieży Pawła VI oraz Jana Pawła II. Po raz pierwszy miało to miejsce w konstytucji apostolskiej *Romano Pontifici eligendo*<sup>2</sup> ogłoszonej 1 października 1975 r., zaś trzy lata później opublikowano jako druk wewnętrzny księgę liturgiczną znaną pod skróconą nazwą *De funere Summi Pontificis* bądź *De funere Summi Pontificis (ex „Ordine Exsequiarum Summi Pontificis vita functi”)*), której pełna nazwa brzmi

---

<sup>2</sup> Paulus PP. VI, *Constitutio Apostolica Romano Pontifici eligendo de Sede Apostolica vacante deque Romani Pontificis electione*, 1 października 1975 r., AAS 67 (1975), s. 609–645.



*Ordo Exsequiarum Summi Pontificis vita functi et Sacrorum Rituum Conclavis et Inthronizationis Summi Pontificis*<sup>3</sup>.

Drugim etapem regulacji prawa kanonicznego była promulgowana przez Papieża-Polaka konstytucja apostolska *Universi Dominici Gregis*<sup>4</sup> z 22 lutego 1996 r. Akt ten, co do przedmiotu niniejszej pracy, w zasadniczej i przeważającej swej części stanowi powtórzenie uregulowań Pawła VI, zaś normy odnoszące się ściśle do materii śmierci i pochówku papieża zawarte są, tak jak analogiczne regulacje *Romano Pontifici eligendo*, w punktach 13a, b, e, f, g oraz 17, 19, 27–32. Publikacją statuującą w sensie przepisów liturgicznych omawianą kwestię jest *Ordo Exsequiarum Romani Pontificis*<sup>5</sup>. Jest to pierwsza w historii Kościoła oficjalna i zupełna księga liturgiczna pozwalająca na celebrację wszystkich obrzędów związanych z odejściem biskupa Rzymu z tego świata. Jest ona utrzymana w duchu reform wprowadzonych do liturgii katolickiej po Soborze Watykańskim II. W przeciwieństwie do wcześniejszych propriów mszalnych i pozostałych modlitw za duszę zmarłego Najwyższego Kapłana, nie koncentruje się ona na przebłaganiu za winy i ułomności zmarłego, nie ma pokazać ogromu winy zaciągniętej na rodzaj ludzki przez Ewę, ani nieuchronności dnia Sądu Ostatecznego. Podkreśla ona charakter paschalny śmierci i radość wynikającą ze zmartwychwstania Jezusa Chrystusa, którego triumf jest źródłem nadziei chrześcijańskiej. Otwiera się na, głoszone szczególnie silnie za pontyfikatu papieża Jana Pawła II, miłosierdzie i sama ma również nieść je w sobie. Koncentruje się na fakcie powołania św. Piotra apostoła na namiestnika i wikariusza Chrystusa na ziemi, a zatem też na szczególny związek następcy Piotra na urządzie biskupim z Bogiem i Kościołem, jak też na przeogromną rolę – służebną i pasterską – jaką on w nim pełni. Księga ta zawiera też wiele modlitw, pieśni, hymnów i psalmów, dzięki czemu stanowi nie tylko akt prawa liturgicznego i – ogólnej rzecz ujmując – prawa kanonicznego, lecz także podręczny modlitewnik dla osób uczestniczących czynnie w celebracjach wszystkich trzech stacji pogrzebu, *novendialiów* i dalszych mszy rocznicowych w intencji

<sup>3</sup> *De funere Summi Pontificis (ex „Ordine Exsequiarum Summi Pontificis vita functi”)*, e Civitate Vaticana 1978.

<sup>4</sup> Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Universi Dominici gregis de Sede Apostolica vacante deque Romani Pontificis electione*, 22 lutego 1996 r., AAS, R. 88 (1996), s. 305–343.

<sup>5</sup> *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum Romani Pontificis*, e Civitate Vaticana 2000.

zmarłego papieża; z wyżej wymienionych przyczyn jest to publikacja bardzo szczegółowa, a zarazem jej regulacja jest pełna i wyłączna, jeśli chodzi o przebieg rozważanych ceremonii sakralnych. Ze względu na zmniejszającą się znajomość języka łacińskiego wśród kleru rzymskokatolickiego oraz ułatwienie jej zrozumienia przez włoskich księży tę ostatnią publikację przygotowano w wersji dwujęzycznej – łacińskiej i włoskiej. Godne uwagi jest użycie wielu języków współczesnych w liturgii słowa i modlitwie powszechnej podczas mszy sprawowanej za duszę Jana Pawła II.

Obrzędy pogrzebowe zostały po raz pierwszy publicznie zaprezentowane i omówione przez kierownika Urzędu Celebracji Liturgicznych Najwyższego Kapłana i Mistrza Ceremonii, arcybiskupa Piotra Marinię, podczas konferencji prasowej w dniu 5 kwietnia 2005 r.<sup>6</sup>. Również taka forma wprowadzania w użycie ksiąg liturgicznych jest nowością, *signum temporis* cywilizacji opartej na mediach i informacji.

Warto zauważyć, że zarówno konstytucja *Romano Pontifici eligendo*, jak też konstytucja *Universi Dominici Gregis* odwołują się w swych punktach numer 27 do ksiąg liturgicznych, odpowiednio – *Ordo Exsequiarum Summi Pontificis vita functi*, opublikowanej w trzy lata później, oraz *Ordo Exsequiarum Romani Pontificis*, która została wydana dopiero cztery lata po promulgacji przez Jana Pawła II jego konstytucji normującej przebieg sedewakacji. Świadczyć to może o dużo wcześniejszym zredagowaniu wymienionych ksiąg liturgicznych, bądź o istnieniu ich zaawansowanych i szczegółowych projektów w chwili wydawania przez papieża owych konstytucji.

3. W momencie śmierci papieża Kościół katolicki staje w obliczu konieczności wyboru nowego zwierzchnika, utrzymania kościelnej administracji i instytucji w nieustającym, niezakłóconym i nieprzerwanym działaniu mimo sedewakacji. Powstaje potrzeba wyprawienia egzekwii odpowiadającego rangą godności zmarłego jako głowy Kościoła, *caput Ecclesiae* – Biskupa Rzymu, Namiestnika (Wikariusza) Pana naszego Jezusa Chrystusa, Następcy Księcia Apostołów, Najwyższego Kapłana

---

<sup>6</sup> Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, *Presentation by archbishop Piero Marini, Master of the liturgical celebrations of the Holy Father; on 'Rites and legislation of the vacant See'*, [http://www.vatican.va/news\\_services/liturgy/2005/documents/ns\\_lit\\_doc\\_20050405\\_briefing-marini\\_en.html](http://www.vatican.va/news_services/liturgy/2005/documents/ns_lit_doc_20050405_briefing-marini_en.html) [dostęp: 1 marca 2015 r.].

Kościoła powszechnego, Prymasa Włoch, Arcybiskupa i Metropolity Rzymskiej Prowincji Kościelnej, Sługi sług Bożych – i suwerennej głowy Państwa Watykańskiego.

Stacja pierwsza ma, co do zasady, miejsce w apartamentach papieskich w Pałacu watykańskim, wyjątkiem jest przypadek zgonu biskupa Rzymu w innym miejscu, np. w letniej rezydencji w Castel Gandolfo czy w czasie pielgrzymki.

Stwierdzenia zgonu i sporządzenia aktu zgonu<sup>7</sup> dokonuje kardynał kamerling, w obecności Mistrza Ceremonii, Sekretarza i Kanclerza Kamery Apostolskiej oraz prałatów, po uprzednim badaniu lekarskim dokonanym przez Dyrektora Służb Medycznych Państwa Watykańskiego. Dawniej śmierć stwierdzano trzykrotnie uderzając papieża w czoło srebrnym młoteczkim, zwanym *martelletto*, i wołając go po imieniu; moment ten był po wielokroć przedstawiany w formie rycin czy obrazów. Ostatni znany przypadek użycia owego młoteczka datuje się na 1878 r.<sup>8</sup>, lecz przedmiot ten po dziś dzień znajduje się w zbiorach zakrystii bazyliki św. Piotra. Ponadto kamerling przewodniczy pierwszej modlitwie za duszę zmarłego<sup>9</sup> i pieczętuje pokoje zmarłego, w których nikt nie może zamieszkać aż do wyboru nowego Ojca świętego<sup>10</sup>. Pozostałymi obowiązkami kamerlinga są: zarządzanie papieskimi rezydencjami, poinformowanie kardynała Wikariusza Rzymu, Archiprezbitera watykańskiego i Dziekana Kolegium Kardynalskiego o śmierci Ojca świętego. Rzymianom informację o stracie ich biskupa ma oznajmić Wikariusz Generalny dla Diecezji Rzymskiej; ponadto oficjalnie zawiadomieni powinni zostać wszyscy kardynałowie, *corps diplomatique* i głowy państw. Niezwłocznie należy też unieważnić ołowianą pieczęć i *Anulum Piscatoris*<sup>11</sup>.

Następnie zwłoki zmarłego przygotowuje się do publicznego wystawienia oraz ewentualnie balsamuje. Pius XII sprzeciwił się praktyce usuwania narządów wewnętrznych w celu ułatwienia tanatopraksji,

<sup>7</sup> Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Universi...*, nr 14; *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum...*, nr 22–23.

<sup>8</sup> M. Lessi-Ariosto, *Luoghi, arredi, vesti e suppellettili*, w: *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Sede Apostolica vacante. Storia – Legislazione – Riti – Luoghi e cose*, e Civitate Vaticana 2005, s. 75.

<sup>9</sup> *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum...*, nr 24–25.

<sup>10</sup> Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Universi...*, nr 31.

<sup>11</sup> *Ibidem*, nr 13g.

ze względu na to, że życzył sobie, by jego ciało pozostało kompletne, tak jak to miało miejsce za życia. Czynności balsamisty w tym przypadku miał spełniać *Archiatra Pontificio*, Ryszard Galeazzi-Lisi. Zastosował on opierającą się na błędnych założeniach metodę Oresta Nuzziego, która przewidywała usunięcie dostępu tlenu, co, w połączeniu z wysoką temperaturą powietrza panującą wówczas w Castel Gandolfo, przyspieszyło znacznie rozkład gnilny ciała i doprowadziło do rozerwania klatki piersiowej papieża przez gazy gnilne. Mimo fatalnej w skutkach próby zabalsamowania zwłok Piusa XII, doczesne szczątki jego następców poddano procesom tanatopraksji; również jeśli chodzi o Pawła VI, jej efekty pozostawiały wiele do życzenia. W odniesieniu do pozostałych dwudziestowiecznych papieży uczyniono to jednak w sprawdzony i udokumentowany naukowo sposób.

Do czasów pogrzebu Jana XXIII włącznie, zmarłego ubierano najpierw w oficjalne szaty chórowe: pantofle z wyhaftowanym krzyżem, białą sutannę z trenem, rakiety, czerwony mucet i *camauro* – czapeczkę z gronostajowym obszyciem. Tak odzianego i przygotowanego zmarłego wystawiano w jednej z reprezentacyjnych sal Pałacu apostolskiego. Po stracie swego zwierzchnika dwór papieski i dostojnicy Kościoła nosili specjalne żałobne szaty, na przykład rakiety pozbawione plisowania i koronek, stroje w skromniejszych barwach czy wykonane z innych rodzajów tkanin niż miało to miejsce zazwyczaj.

Dopiero później zmarłego przebierano w czerwone pontyfikalne paramenta mszalne. Użycie tego koloru w papieskiej liturgii żałobnej jest *antiqua consuetudo* i ma swój początek w greckiej tradycji liturgicznej. Pełny komplet papieskich szat pontyfikalnych<sup>12</sup> składa się z wielu elementów, ukształtowanych w wyniku wielowiekowej ewolucji, mających bogatą historię oraz symbolikę:

- pończoch liturgicznych;
- sandałów pontyfikalnych;
- faldy – bardzo szerokiej, białej, jedwabnej spódnicy, która była zakładana jako pierwsza, a później musiała być unoszona przez asystę;
- humerału – lnianej chusty zakładanej na kark i przewiązywanej, noszonej pod albę, która pełniła funkcję kołnierza;
- komży, na którą zakładano albę;

<sup>12</sup> A. Nowowiejski, *Wykład liturgii Kościoła katolickiego*, t. I, Warszawa 1893, s. 356–468.

- alby;
- *cingulum* czyli paska;
- *subcinctorium* – ozdobnej szaty doczepianej do *cingulum*, która dawniej służyła prawdopodobnie do unoszenia zbyt długiej stuły;
- manipularza – szaty w kolorze liturgicznym ornatu, podobnej w kształcie do małej stuły, noszonej na lewym przedramieniu przez osoby posiadające wyższe święcenia duchowne;
- stuły;
- *tunicelli* – szaty podobnej do dalmatyki, wskazującej na przyjęcie święceń subdiakonatu;
- dalmatyki pontyfikalnej, świadczącej o posiadaniu święceń diakońskich;
- pektorału;
- ornatu;
- fanonu, to jest szaty wywodzącej się od humerału, w formie jedwabnego kołnierza w białe, złote i czerwone pasy, noszonego na ornacie;
- paliusza;
- rękawiczek pontyfikalnych;
- feruli – rodzaju pastorału w kształcie krzyża;
- mitry, najczęściej w formie *mitra simplex*, choć znane są również sytuacje, w których zastosowano w obrzędach żałobnych papieża *mitra auriphrygiata*.

Nieżyjącym Wikariuszom Jezusa Chrystusa nakładano na palec pierścien jako oznakę biskupiej godności i władzy, a do rąk często wkładano krucyfiks. Począwszy od reform liturgii wprowadzonych przez Pawła VI, wszyscy zmarli biskupi Rzymu ubierani byli jedynie w podstawowe szaty biskupie, dużo mniej ozdobne i mniej kosztowne od paramentów używanych wcześniej – to jest albę, stułę, ornat, pektorał, paliusz, mitrę i ferulę, ale nic nie stoi na przeszkodzie by użyć wszystkich wymienionych szat liturgicznych.

Ciało *Pontifexa* jest wystawiane na marach w jednej z reprezentacyjnych sal Pałacu watykańskiego, wybranej przez Mistrza Ceremonii, by hołd oddali mu najbliżsi współpracownicy, rodzina, dostojnicy Kurii i inne zaproszone osoby. Dawniej najczęściej używano w tym celu Sali Tronowej, przy egzekwiach zaś Jana Pawła II – Sali Klementyńskiej; należy dodać, że przed przeniesieniem zwłok naszego rodaka do *Sala Clementina*, spoczywały one w jego prywatnej kaplicy. Praktykowano

też wystawienie w Kaplicy Sykstyńskiej, które miało miejsce po eksportacji z apartamentów Pałacu Apostolskiego. Wystawienie zwłok odbywa się bez specjalnego ceremoniału, modlitwie inauguracyjnej czuwanie przy zmarłym oraz modlitwie je zamykającej przewodniczy kamerling ubrany w czerwoną sułę. *Ordo Exsequiarum Romani Pontificis* w punktach 29–61 przewiduje wiele różnych modlitw odprawianych publicznie i prywatnie podczas tej części obrzędów funeralnych. Wartę przy zmarłym pełnili dawniej członkowie Gwardii Szlacheckiej, a po jej likwidacji przez Pawła VI funkcję tę przejęła Gwardia Szwajcarska. Tradycją była również nieustanna obecność i modlitewne czuwanie zakonników z Zakonu Braci Mniejszych.

Zgodnie z decyzją Pawła VI i jej potwierdzeniem przez Jana Pawła II, fotografowanie zmarłego zwierzchnika Kościoła jest możliwe jedynie gdy jest on już ubrany w szaty biskupie i to wyłącznie za zgodą kamerlinga<sup>13</sup>. Decyzja taka była umotywowana skandalem, jaki wywołała publikacja przez Ryszarda Galeazziego-Lisiego zdjęć umierającego Piusa XII w 1958 r. Zachowały się ryciny i zdjęcia przedstawiające wcześniejszych papieży XIX i XX wieku, na przykład Piusa X i Piusa XII, na łożu śmierci. Jest to jednak przepis martwy w części odnoszącej się do konieczności uzyskania zgody kardynała kamerlinga. Podczas pogrzebu Papieża-Polaka nie respektowano wyżej wymienionego zakazu w odniesieniu do nieprzebranych rzesz pielgrzymów zebranych w bazylice i na placu św. Piotra.

O sposobie wystawienia zwłok, czasie ich przeniesienia na Watykan i do bazyliki, terminie pogrzebu i *novendialiach* decydują kardynałowie zebrani na kongregacji, pochówek winien mieć jednak miejsce między czwartym a szóstym dniem po zgonie, chyba, że zachodzą ważne przyczyny uzasadniające przyspieszenie bądź opóźnienie daty pogrzebu<sup>14</sup>.

4. Drugą stacją rozpoczyna przeniesienie ciała nieżyjącego Wikariusza Chrystusa do bazyliki watykańskiej przez 12 tragarzy, zwanych też *sediarri*. Procesji tej przewodniczy odziany w czerwone szaty liturgiczne kardynał kamerling – on to odmawia modlitwy i czyta stosowny komentarz liturgiczny. W czasie przejścia przez *Scala Regia*, plac św. Piotra i nawę bazyliki śpiewane są psalmy, kantyki i litanie do Wszystkich Świętych<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Universi...*, nr 30.

<sup>14</sup> *Ibidem*, nr 13a, 13b, 29.

<sup>15</sup> *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum...*, nr 64–70.



Ciało jest umieszczane na katafalku po wschodniej stronie konfesji, po czym następują modlitwy, aspersiona i okadzenie oraz nabożeństwo słowa Bożego, co statuuje *Ordo Exsequiarum Romani Pontificis* w punktach 82–85. Zwłoki papieża dziewiętnastowiecznych były wystawiane na widok publiczny w kaplicy Najświętszego Sakramentu w bazylice watykańskiej, zmiana miejsca nastąpiła przy okazji egzekwii Piusa XII. Jest to pierwsza część liturgii żałobnej dostępna dla szerszych rzesz wierzących, szacuje się, że przy marach Jana Pawła II przeszło około 5 milionów osób. W historii zdarzały się też przypadki przewozu zwłok papieża specjalnie przystrojonym i przystosowanym do tego celu karawanem.

Po zakończeniu wystawienia doczesne szczątki prymasa Włoch składane są do cyprysowej trumny w obecności współpracowników, rodziny, najwyższych dostojników, spośród których uczestniczą tu: kardynałowie – kamerling, protodiakon, protoprezbiter, Dziekan Kolegium Kardynalskiego, Archiprezbiter watykański, Wikariusz Rzymu, Sekretarz Stanu i jego substytut oraz prefekt Domu Papieskiego, jałmużnik papieski, zastępca kamerlinga i kapituła bazyliki św. Piotra, jak też innych, zaproszonych osób<sup>16</sup>. Zgodnie z tradycją do trumny wkładano woreczek ze srebrnymi i brązowymi monetami w liczbie odpowiadającej liczbie lat pontyfikatu, jednak, ze względu na to, że w ostatnich latach w Watykanie używano jedynie lirów i euro, które to waluty nie mają monet srebrnych ani brązowych, przy pogrzebie Jana Pawła II w 2005 r. użyto medali wybitych w czasie jego pontyfikatu. Nadto umieszcza się w trumnie opieczętowanie i podpisane *Rogito* – krótki spis najważniejszych informacji o rządach i dokonaniach denata, na przykład, w przypadku Jana Pawła II, m.in. o najważniejszych wydarzeniach z jego życia religijnego – o przez niego celebrowanym roku świętym, o nominacjach kardynalskich, o inicjacji Światowych Dni Młodzieży, o napisanych przezeń encyklikach i innych pismach jego autorstwa czy wydanych w czasie jego pontyfikatu *Kodeksie prawa kanonicznego*, *Kodeksie kanonów Kościołów Wschodnich* i *Katechizmie Kościoła Katolickiego*.

W myśl decyzji Jana Pawła II twarz Ojca świętego zakrywa się białą, jedwabną chustą, czemu towarzyszy specjalna modlitwa<sup>17</sup>, chyba najbardziej wymowna podczas całego cyklu papieskich uroczystości rekwialnych; w czasie ostatniego pogrzebu funkcję tę spełniali Stanisław

<sup>16</sup> *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum...*, nr 93.

<sup>17</sup> *Ibidem*, nr 98.



Dziwisz oraz Piotr Marini, najbliżsi współpracownicy Ojca świętego. Ma miejsce również pokropienie zwłok, dawniej aspersion dokonywana była przez wszystkich zebranych kardynałów po kolei.

Papieskie msze żałobne odprawiano w ciągu wieków w wielu różnych miejscach, na przykład: w Awinionie, na Lateranie<sup>18</sup> i w innych świątyniach Wiecznego Miasta, a za pontyfikatów „więźniów Watykanu” w Kaplicy Sykstyńskiej. Wielu papieży, w tym Pius XII i Jan XXIII nie miało oficjalnego *requiem* z udziałem szerszych kręgów wiernych; obecnie, w dobie informatyzacji, upublicznienia wszelkich wiadomości, rozpowszechnienia obrazu przesyłanego na znaczne odległości oraz wszechobecnych mediów, jest to niemal niewyobrażalne. Należy jednak pamiętać, że zarówno życie, jak też śmierć i pogrzeb papieża nigdy nie miały charakteru prywatnego, ale ze swej natury były wydarzeniem państwowym i odnoszącym się do całego Kościoła katolickiego i ogółu wiernych. Rola rodziny jest całkowicie marginalna – są oni jedynie biernymi świadkami; o wszystkim decydują dostojnicy Kościoła, wszystko przygotowuje służba liturgiczna i muzyczna Watykanu przy pomocy sił Republiki Włoskiej. W przypadku pogrzebu Jana Pawła II publiczny i ogólnoswiatowy charakter tych uroczystości osiągnął chyba największe i trudne do przewyższenia w najbliższych dziesięcioleciach rozmiary.

W świetle aktualnie obowiązujących przepisów właściwym miejscem spoczynku Wikariusza Chrystusowego jest bazylika watykańska, lecz każdy kolejny papież może tę regulację zmienić.

Do końca lat 60. ubiegłego wieku uroczystą mszę *requiem* sprawowano przy ołtarzu Katedry św. Piotra, jeśli miała ona miejsce w bazylice watykańskiej. Trumnę umieszczano na wysokim, wielopiętrowym *castrum doloris*. Katafalk ten oświetlały dziesiątki świec, a wieńczyła go nakryta bogato zdobionym całunem i tiarą trumna. Używano specjalnych części zmiennych (oracji, sekrety, postkomunii) *pro defuncto Summo Pontifice*, czarnych szat<sup>19</sup>, zgodnie z ówczesnymi zapytowaniami teologicznymi i liturgicznymi nie praktykowano koncelebry.

Obecnie mszę świętą – według wydanego za rządów Pawła VI *Novus Ordo Missae* – koncelebrują kardynałowie i patriarchowie Kościołów

---

<sup>18</sup> Ostatnim przykładem jest pogrzeb Leona XIII w 1903 r. w Arcybazylice Laterańskiej.

<sup>19</sup> Na takie wnioski pozwala analiza kolorowych fotografii z pogrzebu Jana XXIII, <https://picasaweb.google.com/caere/monialeromanvm> [dostęp: 1 grudnia 2015 r.].

Wschodnich, którym przewodniczy Dziekan Kolegium Kardynalskiego<sup>20</sup>, a starożytny, zapożyczony z liturgii bizantyńskiej, zwyczaj używania czerwonych szat przy pogrzebie Ojca świętego rozciągnięto również na celebransów wszystkich etapów pogrzebu i *novendialiów*. Począwszy od uroczystości rekwalnych, które odbywały się w sierpniu 1978 r., ze względu na coraz szerszy napływ wiernych chcących uczestniczyć w pogrzebie swego duchowego przywódcy, przeniesiono celebrę na plac św. Piotra, gdzie trumnę ustawia się na leżącym na bruku placu ozdobnym dywanie, zgodnie z tym, co Paweł VI zalecił w swoim testamencie<sup>21</sup>. Zgodnie z wyraźnie zaznaczonym w posoborowej myśli liturgicznej pojęciem umiaru i prostoty zrezygnowano z użycia barokowego w swej formie i wyrazie katafalku, pokazującego nie tylko eklezjalne znaczenie, ale i świecką potęgę papieżstwa, co jednak może być odbierane także jako ostentacyjne zerwanie z tradycją i schlebienie nowym ideom. Obok stawia się jedynie paschał, symbol misterium wielkanocnego wprowadzony do liturgii pogrzebowej po Soborze Watykańskim II, który ma przypominać o tym, że dla człowieka wiary śmierć nie stanowi końca życia, lecz jest bramą do nowej rzeczywistości, w której człowiek może liczyć na jeszcze pełniejsze zjednoczenie z trójjedynym Bogiem. Na trumnie kładziony jest przez Mistrza Ceremonii ewangeliarz, którego karty w sposób tak dramatyczny, a zarazem dla wielu osób symboliczny i wymowny, przerzucał wiatr w czasie mszy pogrzebowej Jana Pawła II. Liturgia słowa przewidziana przez *Ordo exsequiarum Romani Pontificis*<sup>22</sup> koncentruje się na paschalnym wymiarze śmierci, a jej myślą przewodnią są słowa psalmisty: „Pan jest moim pasterzem”<sup>23</sup> oraz polecenie wydane św. Piotrowi przez zmartwychwstałego Chrystusa: „Paś baranki moje”<sup>24</sup>. Ukierunkowywać ma ona myśli zebranych na szczególny charakter posługi biskupa Rzymu wśród jego braci w episkopacie i braci w wierze katolickiej i apostołskiej, który ma być pasterzem i przewodnikiem dla nich wszystkich, tak jak to rozkazał sam Pan po swym

<sup>20</sup> Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, *Ordo Exsequiarum...*, nr 102.

<sup>21</sup> Paulus PP. VI, *Il Testamento*, nr 5, [http://www.vatican.va/holy\\_father/paul\\_vi/speeches/1978/august/document/hf\\_p-vi\\_spe\\_19780810\\_testamento-paolo-vi\\_it.html](http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/speeches/1978/august/document/hf_p-vi_spe_19780810_testamento-paolo-vi_it.html) [dostęp: 1 grudnia 2015 r.].

<sup>22</sup> Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, *Ordo Exsequiarum...*, nr 103–109.

<sup>23</sup> Psalm XXII (XXIII).

<sup>24</sup> J 21, 15.

zmarłychwstaniu św. Piotrowi. Co ciekawe, przewidziane są dwa czytania mszalne – pierwsza lekcja pochodzi z *Dziejów Apostolskich*, druga – z *Listu św. Pawła Apostoła do Filipian*. Ewangeliczna perykopa została zaczerpnięta z 21 rozdziału zapisanego u św. Jana.

Po postkomunii ma miejsce obrzęd ostatniego pożegnania, to jest *ulitima commendatio et valedictio*<sup>25</sup>, który zastąpił dawniejsze *absolutio super feretrum*. Rozpoczyna się on modlitwą zwaną monicją, odmawianą przez kardynała Dziekana Kolegium Kardynalskiego, potem następuje śpiew litanii do Wszystkich Świętych i modlitwa w imieniu diecezji rzymskiej, którą prowadzi kardynał Wikariusz Generalny dla Rzymu. Kolejnym etapem jest sprawowana wspólnie przez patriarchów katolickich Kościołów Wschodnich panichida. Całość kończy pokropienie i okadzenie wraz ze śpiewem antyfony *In paradisum*. Przy dźwiękach *Magnificat* trumna jest wynoszona przez *sediari* z powrotem do bazyliki, w ślad za nią orszak żałobników kieruje swe kroki do Grot Watykańskich.

5. Tam, bez udziału większości mediów i szerszej publiczności, mają miejsce końcowe modlitwy i śpiewy prowadzone przez kamerlinga. Jest to stacja trzecia – i ostatnia – pogrzebu papieża, mająca swe miejsce przy przygotowanym zawczasu grobie. Trumna jest przewiązywana czerwonymi taśmami i czterokrotnie pieczętowana przy pomocy *sigillum* Urzędu Celebracji Liturgicznych Najwyższego Kapłana, Kamery Apostolskiej, Kapituły Bazyliki Watykańskiej oraz Prefektury Domu Papieskiego. Później wkłada się ją do drugiej trumny, zbudowanej z drewna i ocynkowanej, ponownie przewiązuje czerwonymi taśmami i ponownie pieczętuje czterema pieczęciami. Do schyłku XIX w. używano aż siedmiu pieczęci i ołowianych trumien<sup>26</sup>. Mimo tego, że nie było to przewidziane w obrzędach, przy pogrzebie Jana Pawła II użyto również trzeciej, drewnianej trumny. Pożądane jest realizowanie woli zmarłego co do miejsca i formy grobu – trumna może być złożona w sarkofagu albo w krypcie wypełnionej ziemią, nagrobek może mieć formę bardzo ozdobną, z rzeźbionym wizerunkiem Ojca świętego i rozbudowanym napisem albo mieć postać prostej i skromnej płyty. Zdarzały się również

<sup>25</sup> Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, *Ordo Exsequiarum...*, nr 110–117.

<sup>26</sup> J. Stefański, *Liturgia pogrzebu papieża. W rocznicę śmierci Jana Pawła II (1978–2005)*, w: J. Stefański (red.), *Odnowa liturgii trwa*, Włocławek 2008, s. 11–26.

przypadki umieszczania papieskich trumien w dość nietypowych miejscach, czego ilustracją może być tymczasowy pochówek Piusa IX w niszy ściennej nad wejściem dla śpiewaków w *Cappella del Coro* bazyliki na Watykanie. Zbudowano specjalnie na tę okazję prowizoryczny dźwig, który pozwolił na podniesienie ważących kilkaset kilogramów trumien.

Po ukończeniu uroczystości żałobnej i spuszczeniu papieskiej trumny do grobu Notariusz Kapituły Bazyliki Watykańskiej lub Kanonik Archiwista powinien zredagować dokumenty poświadczające fakt złożenia tam ciała Ojca świętego, który powinien być odczytany osobom znajdującym się w miejscu pogrzebu – to jest w podziemiach bazyliki św. Piotra. Ponadto akty potwierdzające pochówek powinni spisać również delegat kamerlinga, w obecności Kamery Papieskiej, i delegat Prefekta Domu Papieskiego, w przytomności swojego zwierzchnika<sup>27</sup>.

6. Zwyczajem wywodzącym się z antycznego Rzymu jest dziewięciodniowy okres żałoby Kościoła po zgonie jego Najwyższego Pasterza zwany *novendialia*<sup>28</sup>. Są wówczas codziennie odprawiane msze za duszę zmarłego. Przed 1970 r., a więc do pogrzebu papieża Jana XXIII, celebrowano w tym czasie msze *requiem* według zwyczajnego porządku z *Mszału rzymskiego* Piusa V, budowano na środku kaplicy Sykstyńskiej bądź w zachodniej części bazyliki św. Piotra również specjalny, symboliczny katafalk, przy którym – po zakończeniu mszy – miał miejsce uregulowany przez *Rituale romanum* obrzęd symbolicznego pożegnania nieżyjącego papieża bez rzeczywistej obecności jego zwłok podczas liturgii, co zwano *absolutio super tumulum (absente defuncti corpore)*. Dziś owe msze celebrowane są z użyciem trzech specjalnych formularzy mszalnych zawartych w *Ordo Exsequiarum Romani Pontificis*, zaś kolorem liturgicznym, tak jak na innych etapach modlitwy za papieża, jest czerwień. Celebransami tych nabożeństw mają być kardynałowie, a uczestnikami: *Capella Papale* (trzykrotnie), Kuria rzymska, wierni z terenu Państwa Watykańskiego i diecezji rzymskiej, kapituły bazylik patriarchalnych, czyli większych (a więc Papieskiej Arcybazyliki Najświętszego Zbawiciela, św. Jana Chrzciciela i św. Jana Ewangelisty na Lateranie, Papieskiej Bazyliki św. Piotra na Watykanie, Papieskiej

<sup>27</sup> Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Universi...*, nr 28; *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum...*, nr 132.

<sup>28</sup> Ioannes Paulus PP. II, *Constitutio Apostolica Universi...*, nr 13b, 27; *Officium de liturgicis celebrationibus Summi Pontificis, Ordo Exsequiarum...*, nr 133 i n.

Bazyliki św. Pawła za Murami oraz Papieskiej Bazyliki Najświętszej Marii Panny Większej) i wreszcie przedstawiciele katolickich Kościołów Wschodnich (to jest Kościoła ormiańsko-katolickiego, Kościoła melchickiego, Kościoła maronickiego, Kościoła jakobickiego, Kościoła syro-malabarskiego, Kościoła syro-malankarskiego, Kościołów obrządku koptyjskiego i etiopskiego, Kościoła obrządku chaldejskiego oraz wielu lokalnych kościołów unickich tradycji bizantyjskiej – greckiego, ukraińskiego, słowackiego, rusińskiego, rumuńskiego, włoskiego, białoruskiego, neounickiego, rosyjskiego, bałkańskiego, macedońskiego, albańskiego)<sup>29</sup>.

Innymi zwyczajami związanymi z okresem sedewakacji i *novendialiów* było codzienne wręczanie każdemu z gremium kardynalskiego i prałackiego woskowej świecy i rozdawanie ubogim kwoty jej równowartości. Ponadto, jeśli w tym czasie wypadało święto *Katedry św. Piotra w Rzymie* (18 stycznia), nie wolno było celebrować uroczystej liturgii przy głównym, papieskim ołtarzu bazyliki watykańskiej, lecz budowano na ten cel osobny ołtarz.

7. Do kwietnia 2005 r., do śmierci Jana Pawła II, pogrzeby następców apostoła Piotra bywały mniej lub bardziej uroczyste, przyciągały mniejsze lub większe rzesze pielgrzymów z Rzymu i Włoch, lecz nigdy nie miały rozmiarów wydarzenia ogólnoświatowego. Ta zmiana pociągnęła za sobą nie tylko eskalację kłopotów organizacyjnych i logistycznych, lecz także gwałtowny wzrost zainteresowania problematyką przebiegu ceremonii pogrzebowych i czynności towarzyszących im. W znacznej mierze ich przebieg i wzajemna kolejność, a także *actores* są wyznaczone przez normy prawa kanonicznego. Pod warstwą powszechnej czci, pod presją mediów rządnych sprzedania w jak najkrótszym czasie jak największej ilości detalicznych informacji, przy ogromie pracy służb porządkowych, medycznych, liturgicznych, wreszcie przy bogactwie obrzędowym, nie wolno zapomnieć, że ma się do czynienia z majestatem śmierci.

Z dramatem odchodzenia, nie „posągu”, jakim zdaniem wielu jest papież, ale żywego człowieka. To papieństwo, jako instytucja, jest potężne i trwałe, a Namiestnik Jezusa, mimo swej ogromnej roli i wbrew opiniom o „nadludzkich siłach”, pozostaje człowiekiem, odczuwającym

---

<sup>29</sup> Segreteria di Stato della Santa Sede, *Annuario Pontificio*, e Civitate Vaticana 2010.

ból i strach. Umierającym tak, jak każdy z nas. Ma się do czynienia z żałobą najbliższych: współpracowników, służących, rodziny i przyjaciół. We wszystkim jednak obecna jest wiara w zmartwychwstanie umarłych i życie wiekuiste w jedności z Bogiem.

### **Streszczenie**

Artykuł przedstawia zarys historii i współczesne przepisy prawa kanonicznego odnoszące się do pogrzebu papieża, zwłaszcza w wymiarze liturgicznym. Na przykładach ukazano zagadnienie obrzędów żałobnych złożonych z trzech stacji, zachowujących liczne elementy o starożytnej tradycji, jak również tło teologiczne wydarzeń związanych z egzekwiami głowy Kościoła katolickiego.

Słowa kluczowe: prawo kanoniczne, liturgia, pogrzeb, papież.

### **Abstract**

The paper is to present both the historical and present-day regulation of canon law of the Catholic Church concerning the funeral of the pope. It focuses on the liturgical aspect of the exequial rites of the Roman Pontiff, shows theological background as well as the evolution of the ceremonies in the 20th century.

Keywords: canon law, liturgy, funeral, pope.

Paweł Fiktus<sup>1</sup>

## **Prawno-historyczne aspekty problematyki miejsc pamięci w polskim systemie prawnym**

Problematyka „miejsc pamięci” – względnie „miejsc pamięci narodowej” – nie została jeszcze jednoznacznie uregulowana w polskim systemie prawnym. Owszem, niektóre akty prawne posługują się takim terminem, jednakże analizując obowiązujące ich postanowienia, jak i orzecznictwo sądowe trudno jest znaleźć odpowiedź na pytanie: co to jest miejsce pamięci lub też czym jest miejsce pamięci? Obowiązujące regulacje prawne określają tylko czym jest grób i cmentarz wojenny lub też regulują kwestie odnoszące się do obozów koncentracyjnych jak i związane z martyrologią Narodu Polskiego oraz innych Narodów<sup>2</sup>. Celem niniejszej publikacji jest omówienie najważniejszych zagadnień prawno-historycznych związanych ze skomplikowanym pojęciem „miejsc pamięci”. Pomocnym przy tym będą również i akty prawa międzynarodowego. Odpowiedzenie na pytanie czym są miejsca pamięci i jak należy je definiować i rozumieć jest kwestią bardzo istotną z uwagi na ich rolę w społeczeństwie, gdyż są one „wyrazem pamięci narodu o swej przeszłości, o ważnych wydarzeniach historycznych wybitnych postaciach. Eksponując określone idee i wartości sprzyjają się ich utrwalaniu w świadomości społecznej. Pozostawia je po sobie – każda epoka, każda wojna”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mgr, Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Odnosnie obozów koncentracyjnych należy wskazać na ustawę z 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych obozów koncentracyjnych (Dz. U. Nr 41, poz. 412 ze zm.). Zob. A.P. Zawadka, *Pomniki zagłady. Między terażniejszością a przyszłością*, „Przeszłość i Pamięć. Biuletyn Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa” 2014, nr 43–44, s. 155–178 oraz podana tam literatura; *Obozy hitlerowskie na ziemiach polskich 1939–1945. Informator encyklopedyczny*, Warszawa 1975.

<sup>3</sup> R. Paszkowski, *Przedmowa do czwartego wydania*, w: C. Czubryt-Borkowski (red.), *Przewodnik po upamiętnionych miejscach walk i męczeństwa, lata wojny 1939–1945*, Warszawa 1988, s. 6.



W potocznym rozumieniu terminu „miejsc pamięci” z reguły mamy na myśli: grób lub cmentarz wojenny; nieruchomość lub obiekt budowlany albo jego pozostałości upamiętniające postaci lub wydarzenia znaczące dla Narodu i Państwa Polskiego, a w szczególności pomnik, krzyż przydrożny, kapliczka, kopiec, inny obiekt lub przedmiot związany z wydarzeniami lub postaciami znaczącymi dla dziedzictwa Narodu i Państwa Polskiego, a w szczególności tablica pamiątkowa<sup>4</sup>. Analizując zakres przedmiotowy przytoczonej definicji należy przyznać, że zawiera ona szereg elementów, których analiza może być pomocna w przedmiocie ostatecznej regulacji prawnej miejsc pamięci.

W pierwszej kolejności należy wskazać na ustawowe pojęcie „grobu wojennego” i „cmentarzy wojennych”. W polskim systemie prawnym oba pojęcia zostały uregulowane w ustawie z 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych<sup>5</sup>. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy, grobami wojennymi są: „groby poległych w walkach o niepodległość i zjednoczenie Państwa Polskiego, groby osób wojskowych, poległych lub zmarłych z powodu działań wojennych, bez względu na narodowość, groby siostr miłosierdzia i wszystkich osób, które, wykonując zleczone im czynności przy jakiegokolwiek formacji wojskowej, poległy lub zmarły z powodu działań wojennych, groby jeńców wojennych i osób internowanych, groby uchodźców z 1915 r., groby osób wojskowych i cywilnych, bez względu na ich narodowość, które straciły życie wskutek represji okupanta niemieckiego albo sowieckiego po 1 września 1939 r., groby i cmentarzyska prochów ofiar niemieckich i sowieckich obozów oraz groby osób, które straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem i represji totalitarnych w okresie od 1944 r. do 1956 r.”. Z kolei cmentarzami wojennymi w rozumieniu ustawy niniejszej są

---

<sup>4</sup> Zob. np. <http://www.miejscapamiecinarodowej.pl> W literaturze niekiedy stosuje się zwrot „symbole pamięci”. Zob. np.: R. Traba, *Kraina tysiąca granic*, Olsztyn 2003.

<sup>5</sup> Ustawa z 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych (Dz. U. Nr 39, poz. 311 ze zm.). Niekiedy w literaturze można spotkać się z innym określeniem grobów i cmentarzy wojennych. R. Traba podał, że w Niemczech „w celu nadania jednolitej i godnej formy cmentarzom wojennym na początku 1916 r. ogłoszono wielki konkurs na projekty „gajów bohaterskich” w Prusach Wschodnich, tym razem z przeznaczeniem na rzeczywiste cmentarze. (...) wschodniopruski konserwator prowincjonalny profesor Dethlefsen poddał krytyce sztukę nagrobna ostatnich dziesięcioleci, odwołując się jednocześnie do prostoty i „prawdziwej sztuki”. Miejski dyrektor ogrodów w Królewcu, Paul Kaeber, odwoływał się natomiast do idei „bohaterkich gajów”, które w Prusach Wschodnich byłyby naturalnym uzupełnieniem krajobrazu” – zob. R. Traba, *Wschodniopruskość*, Olsztyn 2007.

cmentarze, przeznaczone do chowania zwłok osób, wyżej wymienionych. W tym przypadku, po lekturze zakresu tejże ustawy, rodzi się pytanie nad jej właściwą nazwą. Otóż został w niej użyty zwrot „wojenne” wskazujący, że odnosi się do stanu wojny, czyli przeważnie rozumianego jako konflikt zbrojny pomiędzy państwami, narodami lub grupami etnicznymi<sup>6</sup>. Po lekturze enumeracji z art. 1 rodzi się co najmniej kilka pytań.

Pytanie pierwsze odnosi się do tego, czy osoby, które straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem i represjami totalitarnymi w okresie od 1944 r. do 1956 r., mogą być traktowane, jako ofiary wojny w rozumieniu podanej powyżej definicji. Ustawodawca w tym przypadku wprowadził granicę 1956 r. Tak więc, czy ofiary np.: tzw. poznańskiego czerwca z 1956 r., powinny być uważane za ofiary konfliktu zbrojnego? Analogicznie to pytanie odnosi się do osób związanych z podziemiem niepodległościowym działającym w Polsce po 1945 r.

Druga kwestia dotyczy regulacji grobów osób poległych w okresie późniejszym. W tym punkcie mam na myśli ofiary stanu wojennego wprowadzonego 13 grudnia 1981 r., ofiary grudnia 1970 r. czy też wydarzeń radomskich z 1976 r. Pojęcie chociażby stanu wojennego nie jest pojęciem tożsamym z pojęciem wojny (stanu wojny). Tak więc, czy zasadnym jest pominięcie mogił osób spod ochrony państwa, które wówczas zginęły wskutek represji państwa komunistycznego?

Natomiast pytanie trzecie odnosi się do odrębnego uregulowania w ustawie grobów uchodźców z 1915 r. (art. 1 ust. 1 pkt 5 ustawy o grobach i cmentarzach wojennych). W tym przypadku kwestia grobów uchodźców stanowiła m.in. przedmiot debaty senackiej Komisji Kultury i Środków Przekazu z 4 lipca 2006 r. Podczas prac nowelizacyjnych ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, które miały miejsce w 2006 r., pytanie odnośnie grobów uchodźców z 1915 r. zadał senator Adam Massalski: „sprawa, która mnie uderzyła w tej nowelizacji, dotyczy zupełnie niezrozumiałej, nawet dla mnie jako historyka, sprawy, a mianowicie grobów uchodźców z 1915 r. Myślę, że może jest potrzeba dodania do tego jakiegoś komentarza czy wyjaśnienia. Co to byli za uchodźcy z 1915 r.? Wiem, że w 1915 r. była fala wywózki Polaków przez Rosjan na Wschód, ale czy to chodzi o nich. To jest w tym tekście zupełnie niezrozumiałe”<sup>7</sup>. Odpowiedzi udzielił Andrzej Przewoźnik – ówczesny

---

<sup>6</sup> Zob. na wielowątkową analizę tego pojęcia: E. Kozerska, A. Szymański, P. Sadowski, *Wojna i pokój: wybrane zagadnienia prawno-historyczne*, Opole 2013.

<sup>7</sup> Zob. <http://ww2.senat.pl/k6/kom/kksp/2006/021ksp.htm>

Sekretarz Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, stwierdzając, że: „jeżeli chodzi o uchodźców w 1915 r., to świadomie zostawiliśmy ten zapis, będący w ustawie z 1933 r., bo rzeczywiście to jest problem, który dotyczy sporej grupy uchodźców, głównie cywilnych, którzy poruszali się w dwie strony: na Wschód i na Zachód. Weźmy chociaż sprawę Bitwy Gorlickiej, która rozgrywała się na dużym obszarze na terenie obecnej południowej Polski. To były rzesze uchodźców, które przemieszczały się między różnymi większymi miejscowościami i ginęły w wyniku działań wojennych. I rzeczywiście sporo jest takich grobów i to, że tak powiem, zostawiliśmy. Powiem więcej, nawet zastanawialiśmy się, czy po prostu nie wyrzucić tego przepisu o 1915 r., żeby to była jeszcze elastyczniejsza formuła. Na razie zostawiliśmy ją, ale pewnie to zmienimy w takim kierunku, że to po prostu będzie zapis mówiący o grobach uchodźców wojennych”<sup>8</sup>.

Z kolei pytanie czwarte również odnosi się do treści art. 1, a mianowicie uznania za groby wojenne groby sióstr miłosierdzia i wszystkich osób, które, wykonując zleczone im czynności przy jakiegokolwiek formacji wojskowej, poległy lub zmarły z powodu działań wojennych. Dlaczego szczególną pozycję przypisano siostrom miłosierdzia? Podczas przytoczonego powyżej posiedzenia Komisji Kultury i Środków Przekazu z 4 lipca 2006 r., Tomasz Merta – ówczesny podsekretarz stanu w Ministerstwie Kultury i Dziedzictwa Narodowego wskazał, że nie ma konieczności zmian oraz uznał, że obecnie trwają prace nad kompleksową ustawą o miejscach pamięci<sup>9</sup>.

W przypadku pytania numer trzy i numer cztery, nawet nie posiadając szczególnie wielkiej wiedzy historycznej powstaje pytanie, czy jest sens utrzymywania tych przepisów w ustawie o grobach i cmentarzach wojennych. Zwłaszcza, że w przypadku pytania numer trzy rodzi się inne pytanie, a mianowicie, w jaki sposób traktować inne groby uchodźców. W tym przypadku grobami wojennymi są groby uchodźców z 1915 r., tak więc, czy opiece ze strony państwa będą podlegały groby uchodźców z pozostałych lat I wojny światowej czy na takową opiekę mogą liczyć mogiły uchodźców z doby np.: wojny polsko-bolszewickiej?

Kolejna sugestia dotyczy grobów osób wojskowych i cywilnych, bez względu na ich narodowość, które straciły życie wskutek represji okupanta niemieckiego albo sowieckiego po dniu 1 września 1939 r.

---

<sup>8</sup> Zob. <http://ww2.senat.pl/k6/kom/kksp/2006/021ksp.htm>

<sup>9</sup> Zob. <http://ww2.senat.pl/k6/kom/kksp/2006/021ksp.htm>

W tym przypadku ustawodawca wprowadził cenzus czasowy – odnoszący się do okresu II wojny światowej, jak i przedmiotowy – wskazując, że grobami wojennymi są ofiary okupanta niemieckiego i sowieckiego. W tym punkcie można postawić przykładowe pytanie, w jaki sposób potraktować osoby cywilne i wojskowe, które zginęły w wyniku np.: inwazji słowackiej na terytorium Polski (od 1 września do 16 września 1939 r.). Oczywiście należy przy tym wskazać na kolaborację ówczesnej Pierwszej Republiki Słowackiej z III Rzeszą jak i na fakt, że atak Słowacji na Polskę nastąpił w wyniku wcześniejszych porozumień między oba państwami. Tak więc, czy w przypadku otoczenia przez państwo opieką nad tymi grobami, za podstawę prawną zostanie przyjęte postanowienie z art. 1 ust. 1 pkt 6 ustawy o grobach i cmentarzach wojennych stanowiący, że grobami wojennymi są groby osób wojskowych i cywilnych, bez względu na ich narodowość, które straciły życie wskutek represji okupanta niemieckiego albo sowieckiego po dniu 1 września 1939 r., czy też za podstawę prawną opieki przyjmujemy ogólną regulację zawartą w art. 1 ust. 1 pkt 1 wskazanej powyżej ustawy, w myśl którego grobami wojennymi są groby poległych w walkach o niepodległość i zjednoczenie Państwa Polskiego lub z art. 1 ust. 1 pkt 2, czyli groby osób wojskowych, poległych lub zmarłych z powodu działań wojennych, bez względu na narodowość (w trzecim przypadku powstaje pytanie, jak należy zakwalifikować groby osób cywilnych)<sup>10</sup>.

Obecnie Sejm VII kadencji przygotowuje nowelizację ustawy o grobach i cmentarzach wojennych zaproponowaną przez Prezydenta RP. Jednakże jej zmiany w obrębie art. 1 – zawierającego wykaz grobów uznanych za groby wojenne, są zmianami jedynie kosmetycznymi odnoszącymi się tylko do jednej kategorii grobów. Otóż w art. 1 ust. 1 pkt 8 ustawy o grobach i cmentarzach wojennych, w miejsce dotychczasowego zapisu: „grobów osób, które straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem i represji totalitarnych w okresie od 1944 r. do 1956 r.”, proponuje się wprowadzenie zapisu „grobów lub miejsca spoczynku osób, które straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem lub represji totalitarnych, w okresie od 1944 r. do 1956 r.”. Jak widać projektowana zmiana odnosi się tylko do wprowadzenia zapisu „lub miejsca spoczynku” i związana jest z obecnie trwającymi pracami poszukiwawczymi

---

<sup>10</sup> Na temat inwazji słowackiej na Polskę w 1939 r. zob.: I. Baka, *Udział Słowacji w agresji na Polskę w 1939 r.*, Warszawa 2010; M. Lacko, *Dwuramienny krzyż w cieniu swastyki*, Lublin 2012.

miejsce pochówku ofiar terroru komunistycznego, prowadzonymi przez Instytut Pamięci Narodowej, Ministerstwo Sprawiedliwości i Radę Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa<sup>11</sup>.

Potoczne rozumienie „miejsca pamięci” odnosi się również do „nieruchomości lub obiektu budowlanego albo jego pozostałości, upamiętniające postaci lub wydarzenia znaczące dla Narodu i Państwa Polskiego, a w szczególności pomnik, krzyż przydrożny, kapliczka, kopiec, inny obiekt lub przedmiot związany z wydarzeniami lub postaciami znaczącymi dla dziedzictwa Narodu i Państwa Polskiego, a w szczególności tablica pamiątkowa”.

W polskim systemie prawnym, „nieruchomość” została zdefiniowana w art. 46 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny<sup>12</sup>. W myśl tego przepisu nieruchomościami są części powierzchni ziemskiej stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty), jak również budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności. Z kolei w doktrynie prawa cywilnego wyróżnia się podział na nieruchomości gruntowe tj. części powierzchni ziemskiej stanowiące odrębny przedmiot własności (grunty) oraz nieruchomości budynkowe (budynki trwale z gruntem związane lub części takich budynków, jeżeli na mocy przepisów szczególnych stanowią odrębny od gruntu przedmiot własności). Bez większego problemu powyższe ustalenia można przełożyć na ustalenia odnoszące się do problematyki miejsc pamięci. Miejscem pamięci może być nieruchomość gruntowa, która będzie upamiętniać postaci lub wydarzenia znaczące dla Narodu i Państwa Polskiego jak i nieruchomość budynkowa – czego przykładem mogą być tereny obozów koncentracyjnych i zagłady.

Również właściwym rozwiązaniem zastosowanym na potrzeby próby zdefiniowania „miejsca pamięci” jest przyjęcie możliwości uznania za nie obiektów budowlanych. W tym przypadku odsyłam do art. 3 pkt 1 ustawy – Prawo budowlane, w myśl którego obiektem budowlanym jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz obiekt małej architektury<sup>13</sup>. Warto przy tym dodać, że do obiektów

---

<sup>11</sup> Zob. druk Sejmu RP VII kadencji nr 3027.

<sup>12</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.).

<sup>13</sup> Ustawa z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.).

małej architektury zgodnie z art. 3 pkt 4 lit. a wskazanej ustawy zalicza się niewielkie obiekty w szczególności kultu religijnego, jak: kapliczki, krzyże przydrożne oraz figury. Z kolei zgodnie z art. 3 pkt 3 do budowli zalicza się cmentarze oraz pomniki.

W tym punkcie odrębną uwagę należy poświęcić problematyce pomnika. Wbrew pozorom problematyce bardzo skomplikowanej. W obowiązującym systemie prawnym, mimo że szereg aktów prawnych posługuje się terminem „pomnika” brak jest jego ustawowej definicji. Tak więc na potrzeby niniejszego opracowania wskażę na kilka przyjętych rozwiązań. Tytułem przykładu może być wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 7 grudnia 2006 r., w którym sąd przychylił się do tezy jednej ze stron stwierdzając, że „sama ustawa nie definiuje pojęcia – pomnik, wówczas ustalić należy zakres tego pojęcia przy wykorzystaniu reguł znaczeniowych (semantycznych), jakie nadaje mu język potoczny (...) przez pomnik należy rozumieć dzieło rzeźbiarskie lub rzeźbiarsko-architektoniczne wzniesione dla upamiętnienia danej osoby lub zdarzenia historycznego, którego forma może być różna w tym może to być np. obelisk lub głaz naturalny. Oczywiście jest, że sam głaz naturalny nie spełnia jeszcze kryteriów ustawowych do nadania mu miana budowli. Niemniej jednak należy pamiętać, że w sprawie głaz ów otrzymał nadany przez człowieka (przynajmniej w części) kształt. Na głaz naniesiono dedykację poświęconą pamięci konkretnej osobie. Sam kamień nie jest więc jedynie dziełem natury (co podnoszono w odwołaniu), ale otrzymał określone przeznaczenie nadane ręką człowieka. Nie ulega też wątpliwości, iż upamiętnia konkretną osobę będącą postacią historyczną. Głaz osadzony został na betonowym cokole trwale związanym z gruntem i wraz z tym cokołem stanowi pewną funkcjonalną całość. Do wykonania takiego obiektu była wymagana – przynajmniej w ograniczonym zakresie - wiedza z zakresu budownictwa, skoro na betonowym cokole został na trwale ustawiony ciężki głaz. Powyższe rozważania wskazują, że mamy do czynienia z pomnikiem w rozumieniu języka potocznego oraz ustawy – Prawo budowlane, który jednocześnie uznać należy zgodnie z definicją legalną zawartą w tej ustawie za budowlę”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z 7 grudnia 2006 r. (II SA/Ol 602/06), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że „pomnik” nie może być tożsamy z „tablicą pamiątkową” (na marginesie również uznawaną za jeden z przykładów miejsc pamięci – o czym była mowa na wstępie pracy). Na ten temat zob.



Dla porównania, w tymże wyroku, przedstawiając argumentację jednej ze stron przytoczono definicję K. Krajewskiego, według której pomnikiem jest dzieło rzeźbiarskie, albo architektoniczno-rzeźbiarskie dla upamiętnienia zasłużonej osoby lub zdarzenia historycznego w kształcie posągu lub rzeźbiarskiej grupy również kolumny, obelisku, budowli, kopca, czy głazu naturalnego<sup>15</sup>. Jednakże problematyka pomnika nie jest problematyką łatwą i prostą. W bardzo ciekawy sposób tę kwestię określają słowa R. Traby, który stwierdził, że „recepja [pomników – przyp. P.F.] obejmuje nie tylko wrażenia wizualno-estetyczne. By zrozumieć język pomników, należy poruszać się w trzech wymiarach: 1) w świecie wartości i wzorców historii sztuki, 2) w sferze semantyki inskrypcji pomnikowych, 3) w rzeczywistości społeczno historycznej, która stworzyła ideę powstania pomnika. Dopiero suma tych trzech perspektyw może zbliżyć do zrozumienia istoty zawartej w pomnikach zbiorowej pamięci albo nie – pamięci o przeszłości. Jednocześnie zawsze będzie istniał niedosyt w zrozumieniu i skali społecznej obecności pomników, albo innymi słowy – ich realnego wpływu na zbiorowa świadomość społeczeństwa”<sup>16</sup>.

Kwestię pomników w ciekawy sposób uporządkowano na gruncie samorządowym, doprowadzając niekiedy do określenia reguł ich stanowienia. Przykładem jest uchwała Rady Wrocławia z 22 kwietnia 2010 r., nr XLIX/1438/10, wydana na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 13 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>17</sup> stanowiąca, że do wyłącznej właściwości rady gminy należy podejmowanie uchwał w sprawach herbu gminy, nazw ulic i placów będących drogami publicznymi lub nazw dróg wewnętrznych w rozumieniu ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych<sup>18</sup>, a także wznoszenia pomników. Zgodnie z § 1 ust. 1 teje uchwały, pomnik oznacza dzieło rzeźbiarskie, architektoniczno-rzeźbiarskie lub o charakterze założenia architektoniczno-przestrzennego, opracowane w szerokiej skali środków artystycznego wyrazu od form

---

np.: wyrok NSA z 20 lipca 2005 r. (OSK 1816/04), LEX nr 186575, gdzie na potrzeby zdefiniowania pomnika posłużono się wskazanym powyżej określeniem zawartym w ustawie – Prawo budowlane.

<sup>15</sup> Zob. K. Krajewski, *Mała encyklopedia architektury i wnętrz*, Wrocław 1980.

<sup>16</sup> R. Traba, *Kraina...*, s.190.

<sup>17</sup> Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.).

<sup>18</sup> Ustawa z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 260 ze zm.).



realistycznych do abstrakcyjnych. Składać się może z jednego lub większej liczby elementów, a także wykorzystywać nowoczesne środki multimedialne. Pomnik winien upamiętniać osobę, zdarzenie historyczne lub ideę<sup>19</sup>.

Wskazana powyżej regulacja przyjęta przez lokalnego ustawodawcę niewątpliwie porządkuje kwestie związane z pomnikami, jednocześnie likwidując wszelkie „samowolne” inicjatywy polegające na upamiętnianiu osób lub wydarzeń według własnego uznania.

Z uwagi na brak ustawowej definicji „pomnika”, na gruncie problematyki miejsc pamięci, przyjęcie tego rozwiązania byłoby bardzo ciekawe i interesujące. W przypadku inicjatyw wzniesienia pomnika pierwsza część procedury odbywa się na gruncie samorządu terytorialnego, kiedy to Komisja Rady Miejskiej właściwa do spraw kultury wydaje stosowną opinię<sup>20</sup>. Jednakże w sytuacji, kiedy budowa pomnika dotyczy trwałego upamiętnienia związanych z miejscami walk i męczeństwa, faktów, wydarzeń i postaci, wówczas zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 25 kwietnia 1988 r. w sprawie organizacji, trybu działania i zasad finansowania Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa oraz komitetów ochrony pamięci walk i męczeństwa, konieczne jest zasięgnięcie opinii Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, która w tego rodzaju sprawach zajmuje stanowiska w formie uchwał, wytycznych i zaleceń oraz opinii i wniosków<sup>21</sup>. W tym punkcie należy dodać, że do jej kompetencji, w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy z 21 stycznia 1988 r. o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa należy

---

<sup>19</sup> Warto przy tym wskazać, że uchwała wprowadziła ograniczony zakres podmiotów, które mogły występować z wnioskiem w sprawie wzniesienia pomnika. Mógł to być: Prezydent Wrocławia, Komisja Rady Miejskiej Wrocławia, Radny Rady Miejskiej Wrocławia, klub radnych Rady Miejskiej Wrocławia, mieszkańcy Miasta Wrocławia w liczbie nie mniej niż 1000 osób, oraz rada osiedla (§ 1 ust. 2 uchwały). Zanim wniosek zostałby rozpatrzony przez Radę Miejską Wrocławia, wymagałby oceny dokonanej przez Komisję Rady Miejskiej właściwej do spraw kultury. W § 2 ust. 3 uchwały wskazano, że Komisja Rady Miejskiej Wrocławia właściwa do spraw kultury dokonując oceny zasadności propozycji pomnika uwzględnia w szczególności zachowanie zgodności z tradycją i historią Polski, Wrocławia i jego mieszkańców, zasięgając w miarę możliwości opinii wyspecjalizowanych podmiotów, których przedmiotem działania jest architektura, urbanistyka i sztuka.

<sup>20</sup> Tryb jej działania został nakreślony w przypisie nr 14.

<sup>21</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z 25 kwietnia 1988 r. w sprawie organizacji, trybu działania i zasad finansowania Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa oraz komitetów ochrony pamięci walk i męczeństwa (Dz. U. Nr 22, poz. 154).

w szczególności sprawowanie opieki nad miejscami walk i męczeństwa oraz trwałe upamiętnianie związanych z tymi miejscami faktów, wydarzeń i postaci<sup>22</sup>. Ponadto pkt 5 tego artykułu do jej kompetencji zalicza opiniowanie pod względem historycznym i artystycznym wniosków o trwałe upamiętnienie miejsc wydarzeń historycznych, a także wybitnych postaci związanych z dziejami walk i męczeństwa. Oczywiście wskazane przepisy stanowią samodzielną podstawę prawną upoważniającą Radę Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa do samodzielnego działania w przedmiocie trwałego upamiętnienia. Przemawia za tym również treść art. 1 tejże ustawy stanowiąca, że Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa inicjuje i koordynuje działalność związaną z upamiętnianiem historycznych wydarzeń i miejsc oraz postaci w dziejach walk i męczeństwa Narodu Polskiego, zarówno w kraju, jak i za granicą, a także bliskich Narodowi Polskiemu miejsc walk i męczeństwa innych narodów na terytorium Polskiej Rzeczypospolitej.

Podsumowując rozważania odnośnie pomników traktowanych, jako miejsce pamięci – czyli mające za zadanie upamiętnienie związane z wydarzeniami lub postaciami znaczącymi dla dziedzictwa Narodu i Państwa Polskiego, właściwe do ich wzniesienia są dwie drogi. Pierwsza – przedstawiona na podstawie tzw. „uchwały pomnikowej Wrocławia (o ile taka została przyjęta przez radę gminy) oraz, druga – związana z wykorzystaniem art. 18 ust. 2 pkt 13 ustawy o samorządzie gminnym lub też polegająca na inicjatywie Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa.

Niewątpliwie brak ustawowej definicji pomnika stanowi istotny problem w obowiązującym systemie prawnym. Dobrym przykładem jest spór wokół pomnika Braterstwa Broni – tzw. „pomnika czterech śpiących”, znajdującego się w Warszawie na pl Wileńskim. Dnia 2 lipca 2013 r., w Sądzie Rejonowym dla Warszawy – Praga Północ zapadł wyrok przeciwko dwóm 21-latkom: Wojciechowi B i Danielowi L., którzy oblali tenże pomnik czerwoną farbą. Sąd umorzył postępowanie stwierdzając, że nie zachodzi czyn w rozumieniu art. 261 ustawy z 2 czerwca 1997 r. – Kodeks karny<sup>23</sup>, stanowiący, że kto znieważa pomnik lub inne

---

<sup>22</sup> Ustawa z 21 stycznia 1988 r. o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa (Dz. U. Nr 2, poz. 2 ze zm.).

<sup>23</sup> Ustawa z 2 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.). W tym punkcie wskazują na sposób pojmowania pomnika przez Z. Ćwiakalskiego: „Przedmiotem bezpośredniego działania jest «pomnik lub inne miejsce publiczne urządzone w celu upamiętnienia zdarzenia historycznego lub uczczenia osoby».

miejsce publiczne urządzone w celu upamiętnienia zdarzenia historycznego lub uczczenia osoby, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności. Sąd orzekł wówczas o umorzeniu postępowania. Prowadząca postępowanie sędzia Ewa Grabowska uzasadniając wyrok stwierdziła, że „w rozumieniu art. 261 Kodeksu karnego objekty nie spełniają definicji pomnika, bowiem ochronie prawnej podlega obiekt wzniesiony dla upamiętnienia zdarzenia bądź uczczenia osoby, której ta część jest należna (...). W obecnych realiach politycznych z krajobrazu naszego kraju zniknęło wiele pomników dokumentujących poprzednią epokę. Również objekty «Wdzięczności Armii Radzieckiej» oraz «Braterstwa Broni» powinny ulec rozebraniu, tym bardziej, iż takie wnioski były składane już dwukrotnie. Fakt, iż oba objekty nadal istnieją nie nobilituje ich do rangi pomnika i nie uzasadnia ochrony prawno karnej”<sup>24</sup> oraz, że „te wymuszone pomniki, bo tak należy je nazwać są jedynie symbolem komunizmu, zakłamanej historii z dziejów Polski oraz jak słusznie podkreślił obrońca oskarżonego L., namacalnym symbolem sowieckiej przymusowej okupacji”<sup>25</sup>.

---

Przedmiotem tym będzie zarówno na przykład budowla z figurą osoby, którą chciano uhonorować, budowla wyłącznie z tablicą informacyjną, jak też tablica na ścianie budynku, płyta wbudowana w posadzkę, symboliczny grób, symbol religijny, tablica informacyjna, oznaczone miejsce”, Z. Cwiąkalski w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny – część szczegółowa*, Warszawa 2006.

<sup>24</sup> Zob. prasowa relacja <http://www.rp.pl/artukul/1028983.html>

<sup>25</sup> Zob. telewizyjna relacja <http://www.tvp.info/11746433/sad-nad-pomnikami>  
Na marginesie ciekawym przykładem ponownego wykorzystania pomnika poświęconego Armii Radzieckiej jest głogowski Pomnik Wdzięczności w Parku Słowiańskim przemianowany obecnie na pomnik poświęcony żołnierzom walczącym w koalicji antyhitlerowskiej. zob. K.S. Ożóg, *Nie jesteś tu od wczoraj – propaganda w powojennych pomnikach Głogowa, Polkowic i Lublina*, w: P. Knap (red.), *Pod dyktando ideologii. Studia z dziejów architektury i urbanistyki w Polsce Ludowej*, Szczecin 2013, s. 305–306. Innym przykładem jest przeniesienie tego rodzaju pomników na cmentarze wojenne zob. A. Bierca, *Formy i przykłady propagandowego wykorzystywania miejsc upamiętnień poległych żołnierzy Armii Czerwonej zlokalizowanych na terenie Starogardu Szczecińskiego*, w: P. Knap (red.), *Pod dyktando...*, s. 314–325, oraz opisaną bardzo ciekawą historię likwidacji jednego z pomników wraz z rzekomymi grobami pochowanych tam czerwoonoarmistów. W tym punkcie warto zasygnalizować istotny problem, wychodzący poza prawne ramy ewentualnej definicji pomnika, jednakże dotyczący jego formy. Otóż już w dobie tzw. Polski Ludowej, która sprzyjała masowemu wznoszeniu pomników już wtedy wskazywano na „małą pomysłowość” ich twórców: „pomników upamiętniających walkę i zwycięstwo wzniesiono w ciągu ubiegłych trzydziestu lat kilka tysięcy. Przeważnie są to pomniki cmentarne lub upamiętniające miejsca walk czy prześladowań. Nie wychodzą poza najczęściej

O konieczności wprowadzenia do systemu prawnego definicji pomnika, jako miejsca pamięci bardzo dobrze oddają słowa K. Chrudzimskiej-Uhery, która słusznie stwierdziła, że „rzeźba (szczególnie pomnikowa i architektoniczna) była sprawdzonym już w historii sztuki i dziejach państwowości narzędziem ideologicznego nacechowania przestrzeni urbanistycznej”<sup>26</sup>. Tak więc wypadałoby, aby owa najbardziej „sprawdzona metoda” doczekała się swego określenia w ustawie.

Odrębną uwagę należy zwrócić na przepisy prawa międzynarodowego, których stroną jest Polska Rzeczpospolita, zawierających pojęcie „miejsc pamięci”. Jednakże w tym przypadku zakres przedmiotowy definicji jest często ograniczony do grobów i cmentarzy wojennych objętych ochroną na podstawie tychże aktów. W pierwszej kolejności wskażę na treść umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Federacji Rosyjskiej o grobach i miejscach pamięci ofiar wojen i represji sporządzoną w Krakowie 22 lutego 1994 r.<sup>27</sup>, w tym przypadku

---

poza formę tradycyjnego krzyża, płyty nagrobnej, tablicy pamiątkowej czy obelisku, zgodnie z tradycją wyposażonych w atrybuty dosłownie tłumaczące ich treść: np.: znak formacji bojowej, symbol walczącego Podziemia – kotwicę, żołnierski hełm, działko czy nawet czołg, jak np. w pomniku – mauzoleum bitwy wojsk pancernych we wsi Studzianki sierpniu 1944 r. Niezależnie od wyboru środków artystycznych, konwencji stylistycznej, mniejszej lub większej dosłowności atrybutów, architekturą i rzeźbą cmentarza rządzą określone prawa najprostszego układu architektonicznego” – zob. A. K. Olszewski, *Pomniki walk i zwycięstwa w Polsce*, w: *Pamięć wojny w sztuce*, Wrocław 1978. Sytuacja zmieniła się w ostatnich latach, kiedy to zaczęto odchodzić od prostych form architektonicznych, jak to o zaprezentowanych w swej pracy pomnikach warszawskich napisała I. Grzesiuk-Olszewska: „pomniki reprezentują szeroki wachlarz form artystycznych – od realizmu do formy symbolicznej i abstrakcyjnej, po poszukiwanie nowatorskiej formy ekspresji. Pozostałe, szczególnie figury i popiersia, mieszczą się w kategorii form tradycyjnych” w: I. Grzesiuk-Olszewska, *Warszawska rzeźba pomnikowa*, Warszawa 2003, s. 29.

<sup>26</sup> K. Chrudzimska-Uhera, *Rzeźba w mieście. Między polityką a estetyką – wybrane zagadnienia z historii polskiej rzeźby pomnikowej plenerowej w latach 1945–1980*, w: P. Knap (red.), *Pod dyktando...*, s. 280. Ciekawe spostrzeżenia odnośnie pomnika zawarła w tymże tomie R. Knyspel-Kopec, stwierdzając, że „pomniki przedstawiają wartość architektoniczną, ale przede wszystkim stanowią dziedzictwo kultury danego społeczeństwa, będąc wyrazem zwłaszcza jego uczuć patriotycznych. Jednocześnie dzieła te przypominają współczesnym ważne dla narodu postacie i wydarzenia historyczne. (...)”. Szczególnie w przypadku lokalnych społeczności pomniki są obiektami niosącymi ważne treści dla ich istnienia i trwania w przyszłości – zob. R. Knyspel-Kopec, *Dzieje pomników grunwaldzkich w Polsce Ludowej*, w: P. Knap (red.), *Pod dyktando...*, s. 297.

<sup>27</sup> Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Federacji

pojęcie „miejsca pamięci” – zwane w niniejszej umowie jako „miejsca pamięci i spoczynku”, zgodnie z art. 1 ust. 1 umowy, odnosi się do spraw związanych z ustalaniem, rejestracją, urządzeniem, zachowaniem i należyтым utrzymaniem miejsc pamięci i spoczynku – polskich w Federacji Rosyjskiej i rosyjskich w Rzeczypospolitej Polskiej – żołnierzy i osób cywilnych poległych, pomordowanych i zamęczonych w wyniku wojen i represji.

Nieco inaczej kwestię „miejsca pamięci” uregulowano w umowie między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Ukrainy o ochronie miejsc pamięci i spoczynku ofiar wojny i represji politycznych, sporządzoną 21 marca 1994 r. w Warszawie<sup>28</sup>. Mimo zawarcia w tytule umowy „miejsca pamięci i spoczynku, umowa, w przeciwieństwie do umowy zawartej pomiędzy Polską a Rosją posługiwała się terminem „miejsca pamięci” – określając je jako miejsca związane z walką lub męczeństwem. W późniejszych zapisach pojawia się zapis „miejsca pamięci i spoczynku”. Odnosząc się do kwestii ich urządzenia, umowa określa to jako wyznaczanie ich granic, postawienie nagrobków, pomników i obiektów upamiętniających oraz umieszczanie tablic pamiątkowych. Z kolei w przypadku ich utrzymania – jest to ochrona grobów, nagrobków, pomników i obiektów upamiętniających oraz ich zachowanie w należyтым porządku (art. 1 umowy).

Bardzo podobnie, z drobnymi zmianami, kwestie „miejsca pamięci” reguluje umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Białorusi o ochronie grobów i miejsc pamięci ofiar wojen i represji, sporządzona w Brześciu 21 stycznia 1995 r.<sup>29</sup>. W tym przypadku umowa używa zwrotu „miejsca pamięci i spoczynku”, przez które należy rozumieć miejsca związane z walką o niepodległość, wojnami lub represjami. Natomiast „urządzenie miejsc pamięci i spoczynku”, podobnie jak w przypadku umowy pomiędzy Polską a Ukrainą, to wyznaczanie ich granic, postawienie nagrobków, pomników i obiektów upamiętniających oraz umieszczanie tablic pamiątkowych. Podobnie,

---

Rosyjskiej o grobach i miejscach pamięci ofiar wojen i represji sporządzoną w Krakowie 22 lutego 1994 r. (Dz. U. Nr 112, poz. 543).

<sup>28</sup> Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Ukrainy o ochronie miejsc pamięci i spoczynku ofiar wojny i represji politycznych, sporządzoną 21 marca 1994 r. w Warszawie (Dz. U. Nr 112, poz. 545).

<sup>29</sup> Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Białorusi o ochronie grobów i miejsc pamięci ofiar wojen i represji, sporządzona w Brześciu 21 stycznia 1995 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 32, poz. 185).

jak we wcześniej prezentowanej umowie międzynarodowej, uregulowano „utrzymanie miejsc pamięci i spoczynku” przez co należy rozumieć zachowanie w należytym porządku grobów, nagrobków, pomników, obiektów upamiętniających i tablic pamiątkowych (art. 1 umowy)<sup>30</sup>.

W przypadku umów międzynarodowych zawartych pomiędzy Polską a Uzbekistanem o wzajemnej ochronie miejsc spoczynku i pamięci ofiar wojny i represji, sporządzonej 11 stycznia 1995 r. w Warszawie oraz umowie pomiędzy Polską a Republiką Kyrgyjską o wzajemnej ochronie grobów i miejsc pamięci ofiar i represji, sporządzonej 5 czerwca 1993 r. w Warszawie używano zwrotu „miejsca wiecznego spoczynku”.

Znacznie ograniczony zakres ma umowa zawarta pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o grobach ofiar wojen i przemocy totalitarnej, podpisana w Warszawie 8 grudnia 2003 r.<sup>31</sup>, która odnosi się jedynie do grobów i cmentarzy. Ponadto w umowie brak jest zapisu o „miejscach pamięci” czy też o „miejscach pamięci i spoczynku”, lecz użyto zwrotu „miejsce spoczynku” ofiar wojen i przemocy totalitarnej. Określono przy tym pojęcie niemieckich i polskich grobów wojennych – czyli grobów znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czy też Republiki Federalnej Niemiec, miejsc spoczynku poległych lub zmarłych po stronie polskiej czy też niemieckiej wskutek wojen. Z kolei w przypadku cmentarzy wojennych, przez które należy rozumieć cmentarze lub części cmentarzy istniejące, odnajdywane lub mające powstać na terytorium Polski czy też Republiki Federalnej Niemiec, na których pochowani są w większości polegli lub zmarli po stronie polskiej czy też niemieckiej wskutek wojen.

Bardzo ograniczony zakres ma umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Włoskiej o grobach wojennych, podpisana w Rzymie 30 marca 2012 r.<sup>32</sup> Odnosi się ona jedynie do żołnierzy poległych w walce i ofiary wojen, którzy spoczywają na

---

<sup>30</sup> Odnośnie umów międzynarodowych dotyczących miejsc pamięci odsyłam do analizy zawartej w pracy B. Goworko-Składane, *Miejsca pamięci walk i męczeństwa oraz zagłady w regulacjach prawnych*, w: W. Śleszyński (red.), *Wspólne czy osobne. Miejsca pamięci narodów Europy Wschodniej*, Białystok–Kraków 2011, s. 298–304.

<sup>31</sup> Umowa zawarta pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o grobach ofiar wojen i przemocy totalitarnej, podpisana w Warszawie 8 grudnia 2003 r. (M. P. z 2005 r. Nr 55, poz. 749).

<sup>32</sup> Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Włoskiej o grobach wojennych, podpisana w Rzymie 30 marca 2012 r. (M. P. z 2012 r. poz. 801).



terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i na terytorium Republiki Włoskiej. W art. 2 umowy, w bardzo podobny sposób jak w przypadku wcześniejszej umowy, uregulowano pojęcie grobów i cmentarzy wojennych. Jednakże odrębną część poświęcono pomnikom wojennym, przez które należy rozumieć pomniki wzniesione ku czci poległych lub zmarłych wskutek wojen, na cmentarzach wojennych lub w miejscach bezpośrednio związanych z tymi cmentarzami, które zostaną wyszczególnione w protokole dodatkowym do umowy.

W stosunku do poprzednich zaprezentowanych umów międzynarodowych oraz zawartymi w nich postanowieniami, bardzo interesujące i zarazem kompleksowe ujęcie „miejsc pamięci”, zawiera umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Węgier o grobach żołnierzy i cywilnych ofiar wojen oraz poświęconych im miejscach pamięci, sporządzona w Warszawie 24 października 2013 r.<sup>33</sup> Wyszczególniono w niej jako odrębne punkty, groby i cmentarze wojenne czyli znajdujące się na terytorium Węgier oraz Polski indywidualne i zbiorowe miejsca spoczynku polskich oraz węgierskich żołnierzy i cywilnych ofiar wojen oraz cmentarze lub części cmentarzy istniejących, odnajdywanych lub mających powstać. Z kolei pod pojęciem miejsc pamięci rozumiano znajdujące się na terytorium Polski czy też Węgier pomniki, tablice pamiątkowe oraz inne obiekty i znaki upamiętniające węgierskich czy też polskich żołnierzy i cywilnych ofiar wojen (art. 2). Jednakże, co ciekawe, w przypadku strony węgierskiej użyto zwrotu „węgierskie wojenne miejsca pamięci”, z kolei w przypadku strony polskiej użyto „polskie miejsca pamięci”.

Tak więc, jak widać na zaprezentowanej powyżej analizie, również w kwestii aktów prawa międzynarodowego brak jest jednolitego nazewnictwa. Oczywiście należy przy tym uznać, że terminologia oraz sposób pojmowania „miejsc pamięci” powstawał indywidualnie podczas wypracowywania poszczególnej umowy. Przykładowo zakres regulacji umowy pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o grobach ofiar wojen i przemocy totalitarnej jest znacznie węższy, gdyż odnosi się jedynie do miejsc pochówku (zwanym w umowie miejscami spoczynku) pozostawiając tym samym szereg obiektów w postaci tablic czy też pomników znajdujących się

---

<sup>33</sup> Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Węgier o grobach żołnierzy i cywilnych ofiar wojen oraz poświęconych im miejscach pamięci, sporządzona w Warszawie 24 października 2013 r. (M. P. z 2014 r. poz. 518).



na tzw. Ziemiach Odzyskanych a upamiętniających żołnierzy niemieckich, którzy zginęli na frontach I oraz II wojny światowej i będących pochowanymi z dala od swych rodzinnych miejscowości<sup>34</sup>. Brak regulacji prawnej, która by jednoznacznie określała ich status niejednokrotnie prowadził do lokalnych wystąpień przeciwko ich dalszej lokalizacji<sup>35</sup>.

W ostatnim okresie pojawiły się próby ostatecznego unormowania problematyki „miejsc pamięci”. W tym punkcie odsyłam do druku sejmowego nr 745, powstałego w okresie kadencji Sejmu VI kadencji<sup>36</sup>. Projekt poselski odnosił się do „miejsc pamięci narodowej”, czyli związanych z Narodem Polskim, aczkolwiek regulacją została objęta kwestia

<sup>34</sup> W tym przypadku mam na myśli tablice i pomniki, na których wypisano nazwiska poległych na frontach I i II wojny światowej bardzo często znajdujących się na terenie Dolnego i Górnego Śląska, Opolszczyzny, Wielkopolski, Pomorza Zachodniego czy też Warmii i Mazur. Bardzo dobrym przykładem jest znajdujący się nieopodal Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, pomnik nauczycieli i uczniów z dawnego gimnazjum Św. Macieja, który jest usytuowany w ogrodzie Zakładu Narodowego im. Ossolińskich we Wrocławiu. Zob. foto-relację z jego odsłonięcia, kiedy w 2007 r., został ponownie posadowiony w tym samym miejscu po 60 latach, <http://wroclaw.gazeta.pl/wroclaw/1,35771,4684448.html>

<sup>35</sup> Z przykładowej literatury zob. np.: G. Kosmala, *Konflikt o pomniki żołnierzy niemieckich poległych podczas I i II wojny światowej rozgrywający się w województwie opolskim w latach 1992–2004*, Wrocław 2007; J. Pszon, *Na Opolszczyźnie znikają nazistowskie symbole*, w: *Niemcy w Polsce. Artykuły z polskiej i niemieckiej prasy z lat 1989–2010 (Die Deutschen In Polen. Artikel aus der deutsche Und polnischen Presse aus den Jahren 1989–2010)*, Gliwice–Opole 2010, s. 41; A.W. Brzezińska, *Stosunek do miejsc pamięci na terenie Żuław po II wojnie światowej w narracjach pierwszych osadników*, w: P. Knap (red.), *Pod dyktando...*, s. 265–276; J. Jakutowicz, *Polityka, pamięć przestrzeń. Pomniki, tablice pamiątkowe i substancja zabytkowa na Warmii i Mazurach (1945–1949)*, w: P. Knap (red.), *Pod dyktando...*, s. 288–296.; R. Traba, *Kraina...*, s. 181–183. Odnośnie grobów żołnierzy niemieckich, którzy zginęli podczas II wojny światowej, pochowanych na terenie Polski, odsyłam do bardzo ciekawej pracy G. Trzaskowskiej, *Cmentarze wojenne we Wrocławiu w latach 1939–2002*, Wrocław 2008, s. 238–302; G. Trzaskowska, *Ofiary Festung Breslau – pochówki wojenne żołnierzy i ludności cywilnej*, w: T. Głowiński (red.), *Festung Breslau: 1945 – historia i pamięć*, Wrocław 2009, s. 189–210. Z kolei interesujące spostrzeżenia, warte do wykorzystania w przedmiocie dalszych prac nad miejscami pamięci, zawarł R. Traba w rozdziale *Miejsca pamięci (lieux de memoire) w bilateralnym kontekście stosunków polsko-niemieckich*, znajdującym się w opracowaniu jego autorstwa *Przeszłość w terażniejszości. Polskie spory o historię na początku XXI wieku*, Poznań 2009, s. 149–167; E. Wanat, *Polityka historyczna na górnych Łużycach*, w: *Wspólne czy osobne...*, s. 215–222.

<sup>36</sup> Zob. [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/AA56F61E11E91DE3C1257482005811B5/\\$file/745.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/AA56F61E11E91DE3C1257482005811B5/$file/745.pdf)

pozostałych miejsc pamięci – odnoszących się do innych Narodów. W art. 2 przewidziano, że za miejsce pamięci narodowej należy uznać: „grób i cmentarz wojenny, nieruchomość lub obiekt budowlany albo jego pozostałości, upamiętniające postacie lub wydarzenia znaczące dla Narodu i Państwa Polskiego, a w szczególności pomnik, krzyż przydrożny, kapliczka, kopiec czy też inny przedmiot związany z wydarzeniami lub postaciami znaczącymi dla dziedzictwa Narodu i Państwa Polskiego, a w szczególności tablica pamiątkowa”. O szczególnym charakterze miejsc pamięci narodowej miały świadczyć postanowienia zawarte w art. 6 i art. 7 a stanowiące, że miejsce pamięci narodowej, a także ograniczenia związane z jego ochroną ustala się w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego oraz, że ustanowienie i ochrona miejsc pamięci narodowej są celami publicznymi. W przypadku ustanowienia miejsca pamięci narodowej, organem właściwym ma być rada gminy – działająca z urzędu, na wniosek Rady Pamięci Ochrony Narodowej (nowa nazwa Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa), osoby fizycznej lub osoby prawnej, przedstawicielstwa lub urzędu konsularnego innego państwa w Rzeczypospolitej Polskiej albo organu administracji rządowej lub organu jednostki samorządu terytorialnego. Wprowadzono przy tym konieczność uzgodnienia z wojewodą, a w przypadku, gdy wnioskodawcą jest przedstawicielstwo lub urząd konsularny innego państwa, wówczas koniecznym byłoby uzgodnienie z Prezesem Rady Pamięci Ochrony Narodowej (aktualnie Sekretarzem Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa). Ponadto wojewoda przed uzgodnieniem mógłby zasięgnąć opinii Prezesa Rady Pamięci Ochrony Narodowej (art. 9 projektu ustawy). Powyżej wskazano, że ustawa, mimo że dotyczy miejsc pamięci narodowej, również swym zasięgiem przedmiotowym odnosi się do miejsc pamięci dotyczących innych Narodów. W tym przypadku koniecznym byłoby uzgodnienie z Prezesem Rady Pamięci Ochrony Narodowej, który zobligowany byłby do zasięgnięcia opinii ministra do spraw zagranicznych.

Projektowana ustawa reguluje dwie bardzo istotne kwestie stanowiące obecnie bardzo poważny problem a nierozwiązane w sposób jednoznaczny. Pierwszy dotyczy utrzymania miejsca pamięci. Projektowany art. 8 stanowi, że wnioskodawca musi dawać rękojmię utrzymania miejsca pamięci narodowej, a z kolei we wniosku dotyczącym ustanowienia miejsca pamięci narodowej należy dołączyć oświadczenie o zapewnieniu utrzymania miejsca pamięci narodowej (art. 9 ust. 5 pkt 6 projektu

ustawy). Ponadto rozdział 3 przewiduje szereg regulacji odnoszących się do utrzymania miejsca pamięci narodowej.

Kolejną bardzo istotną kwestią, jest regulacja dotycząca likwidacji miejsca pamięci narodowej. W art. 10 projektu ustawy wskazano, że wójt (burmistrz, prezydent) po zasięgnięciu opinii Prezesa Rady Pamięci Ochrony Narodowej może nakazać w drodze decyzji rozbiórkę obiektu budowlanego lub innego obiektu lub usunięcie przedmiotu wzniesionego lub umieszczonego w miejscu publicznym albo innym miejscu umożliwiającym jego publiczną prezentację, w celu upamiętnienia postaci lub wydarzenia znaczącego dla dziedzictwa Narodu i Państwa Polskiego lub innego Narodu, bez uchwały rady gminy lub zarządzenia wojewody o ich ustanowieniu, jeżeli istnieją okoliczności wskazujące, iż upamiętnienie danej postaci lub wydarzenia jest nieuzasadnione, a w szczególności jeżeli służy upamiętnieniu osoby lub organizacji uczestniczących we wprowadzeniu lub utrwalaniu w Polsce systemu nazistowskiego lub komunistycznej dyktatury lub zawiera negatywne oceny przedmiotów walczących o niepodległy byt państwa polskiego lub forma upamiętnienia postaci lub wydarzenia, znaczących dla dziedzictwa Narodu i Państwa Polskiego lub innego Narodu, a w szczególności treść inskrypcji, narusza dobra osób trzecich lub nie jest zgodna z zasadami współżycia społecznego lub zawiera fałsz historyczny.

Poważnym mankamentem projektu ustawy jest to, że obecnie w procesie legislacyjnym zaniechano dalszych prac nad unormowaniem problematyki miejsc pamięci narodowej. Określenie, czym jest miejsce pamięci narodowej stanowi kluczową kwestię dla polityki historycznej. Właściwe, a zarazem godne i honorowe upamiętnienie, połączone z całoroczną opieką, niewątpliwie będzie odgrywać kluczowy element w kształtowaniu świadomości historycznej. Dalsze utrzymywanie stanu, kiedy to dosłownie każdy może wznieść pomnik, powiesić tablicę memoriałową, a znaczna część obiektów popada w zapomnienie z powodu braku środków na ich utrzymanie, nie sprzyja równoważnemu kultywowaniu pamięci narodowej. Pomijając powyższe kwestie należy wskazać, że inne akty prawne w swych regulacjach uwzględniają w swych zapisach miejsca pamięci. Tak więc brak regulacji ustawowej miejsc pamięci wówczas przekłada się w konsekwencji na właściwe stosowanie tychże aktów. Tytułem przykładu wskażę na ustawę z 27 marca 2003 r.,

o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>37</sup>. W art. 2 pkt 10 jest mowa o dobrach kultury współczesnej. Należy przez to rozumieć niebędące zabytkami dobra kultury, takie jak pomniki, miejsca pamięci, budynki, ich wnętrza i detale, zespoły budynków, założenia urbanistyczne i krajobrazowe, będące uznanym dorobkiem współcześnie żyjących pokoleń, jeżeli cechuje je wysoka wartość artystyczna lub historyczna. Z kolei w ustawie z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej, art. 14 ust. 1 pkt 4 stanowi, że dział kultura i ochrona dziedzictwa narodowego obejmuje sprawy rozwoju i opieki nad materialnym i niematerialnym dziedzictwem narodowym oraz sprawy działalności kulturalnej, w tym mecenatu państwowego nad tą działalnością, w szczególności w zakresie miejsc pamięci narodowej, grobów i cmentarzy wojennych, pomników zagłady i ich stref ochronnych<sup>38</sup>. Stosując chociażby wskazane przepisy, powstaje pytanie czym jest owe miejsce pamięci? Najprostszym rozwiązaniem byłoby sięgnięcie do stosownego aktu prawnego zawierającego stosowną definicję legalną, którego obecnie nie ma w polskim systemie prawnym.

## **Streszczenie**

Przedstawiona w artykule problematyka dotyczy miejsc pamięci, które do dnia dzisiejszego w polskim systemie prawnym nie mają kompleksowej regulacji prawnej. Mimo, że w mowie potocznej pojęcie miejsc pamięci funkcjonuje od wielu lat, to do dnia dzisiejszego nie zostały określone zasady ich klasyfikacji, jak i budowania, utrzymywania oraz likwidacji. Jedynie w przypadku grobów i cmentarzy wojennych obowiązuje ustawa z 28 marca 1933 r. i rozporządzenie z 23 października 1936 r., które w obecnych realiach nie regulują wszystkich kwestii martyrologicznych. W niektórych przypadkach pomocne stają się akty prawa międzynarodowego, jednakże ich zakres jest znacznie ograniczony gdyż odnoszą się jedynie do miejsc pamięci związanych ze sygnaturiuszami danej umowy. Podjęte ostatnimi czasy prace legislacyjne nad

---

<sup>37</sup> Ustawa z 27 marca 2003 r., o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 647 ze zm.).

<sup>38</sup> Ustawa z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 743 ze zm.).

uregulowaniem problematyki miejsc pamięci zostały obecnie zaniechane. Również dorobek orzecznictwa sądowego nie przynosi jednoznacznej odpowiedzi na pytanie czym jest miejsce pamięci. Pewnym rozwiązaniem, ułatwiającym określenie pomników oraz zasad ich utrzymania, są akty prawa miejscowego – czego przykładem może być tzw. „uchwała pomnikowa” przyjęta przez Radę Miejską Wrocławia.

Słowa kluczowe: grób wojenny, cmentarz wojenny, miejsce pamięci, pomnik, uchwała pomnikowa.

### **Abstract**

Presented in the article, the issue relates to memorial locations, which to this day in the Polish legal system does not have a comprehensive legal regulation. In common parlance the term of memorial functions for many years, but terms of the classification and the construction, maintenance and decommissioning haven't been defined. Only in case of war graves and cemeteries are: the Act of 28 March 1933 and Regulation of 23 October 1936, which in the current circumstances do not regulate all aspects of martyrdom. In some cases, are also acts of international law, but their range is severely limited because only refer to memorial locations associated with the signatories to the contract. Recently taken legislative work on the regulation of memorial problems have now been abandoned. Also, the achievements of judicial decisions does not bring a clear answer to the question: what is the place of memory. One solution that makes it easy to determine monuments and the rules of their maintenance, are acts of local law – an example of which can be called “monument resolution” adopted by the City Council of Wrocław.

Keywords: war grave, war cemetery, memorial, monument, monumental resolution.

Kinga Flaga-Gieruszyńska<sup>1</sup>

## Postępowanie sądowe w sprawach o uznanie za zmarłego – wybrane zagadnienia

### 1. Uwagi wstępne

Postępowanie w sprawach o uznanie za zmarłego jest postępowaniem, które znajduje zastosowanie wtedy, gdy nie jest pewna okoliczność, że zaginiony nie żyje. W ten sposób stwierdza się na drodze sądowej, że ta śmierć nastąpiła w najbardziej prawdopodobnym w ocenie sądu momencie. Tym samym podstawowym celem omawianego postępowania jest wyeliminowanie stanu niepewności, spowodowanego zaginięciem osoby fizycznej poprzez zastosowanie domniemania śmierci tej osoby. To nie wyklucza sytuacji, że w rzeczywistości tak nie jest i w przyszłości postanowienie tej treści zostanie uchylone, jeżeli zaginiony odnajdzie się żywy. Dlatego też wykluczone jest stosowanie uznania za zmarłego w sytuacjach wtedy, gdy śmierć jest niewątpliwa (np. z uwagi na znalezienie jej zwłok). Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy, nie można potraktować osoby, której zgon prawomocnie został ustalony, jako osoby zaginionej i uznać ją za zmarłą<sup>2</sup>.

Należy również, analizując prawne aspekty czyjegoś zaginięcia, pamiętać, że nie można tego zagadnienia rozpatrywać jednostronnie – jedynie z perspektywy interesu osoby zaginionej, bowiem równie istotny jest problem ochrony praw osób trzecich względem zaginionego. Jak trafnie wskazuje A.G. Harla, osoby takie mogą korzystać – w celu dokonywania odpowiednich czynności względem zaginionego – z instytucji kuratora dla osoby nieobecnej (art. 184 k.r.o. i art. 601 k.r.o.), a także w odniesieniu do czynności procesowych – kuratora procesowego dla strony, której miejsce pobytu nie jest znane (art. 143 i n. k.p.c.)<sup>3</sup>. Warunkiem jest oczywiście

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Szczeciński.

<sup>2</sup> Postanowienie SN z 14.09.1995 r. (I CRN 138/95), LEX nr 1500926.

<sup>3</sup> A.G. Harla, *Ochrona praw osób zaginionych na drodze cywilno-sądowej oraz*

zaistnienie określonych w tych przepisach przesłanek oraz złożenie stosownego wniosku przez osobę, które chce dokonać czynności względem zaginionego.

Rozstrzygnięcia wydawane w toku omawianego postępowania mają fundamentalne znaczenie dla kształtowania praw i obowiązków osoby, której sprawa dotyczy (na skutek prawomocnego postanowienia następuje przede wszystkim utrata zdolności prawnej, a także zachodzą skutki przewidziane w przepisach prawa spadkowego), toteż muszą być wydawane z daleko idącą ostrożnością. Ryzyko związane z wydaniem nieuzasadnionego orzeczenia jest co prawda ograniczone możliwością wzruszenia postanowienia o uznaniu za zmarłego w razie zmiany okoliczności, jednak nie zmienia to obowiązku sądu co do nader wnikliwego badania stanu faktycznego w aspekcie prawdopodobieństwa zgonu osoby, której postępowanie dotyczy.

## **2. Istota uznania za zmarłego**

Instytucja uznania za zmarłego ma zastosowanie do osób zaginionych. Pojęcia zaginionego nie zdefiniowano w ustawie, dlatego też należy skonstruować jego treść na podstawie poglądów doktryny i judykatury. Jak wskazuje J. Strzebińczyk, chodzi o osobę, co do której nie wiadomo na pewno, czy nadal żyje, czy też już zmarła. Chodzi przy tym o brak wiadomości w tym zakresie, dostępnych dla sądu prowadzącego postępowanie w sprawie o uznanie za zmarłego. Nie można bowiem wykluczyć, że wnioskodawca (lub uczestnicy takiego postępowania), wiedząc, iż określona osoba żyje, zataja ten fakt, ponieważ zależy mu na uruchomieniu skutków związanych z uznaniem tej osoby za zmarłą<sup>4</sup>. Takie sytuacje mogą zaistnieć, jeżeli np. osoba zaginiona dysponowała dużym majątkiem i członkowie rodziny chcą przejąć ten majątek w drodze spadkobrania. Szczególnym tego rodzaju przypadkiem jest sytuacja określona w art. 55 k.r.o., w myśl którego jeżeli po uznaniu jednego z małżonków za zmarłego drugi małżonek zawarł nowy związek małżeński, związek ten nie może być unieważniony z tego powodu, że małżonek uznany za zmarłego żyje albo że jego śmierć nastąpiła w innej chwili aniżeli chwila oznaczona w orzeczeniu o uznaniu

---

*uznanie osoby zaginionej za zmarłą*, w: K. Staniewska (red.), *Kiedy zaginął człowiek? Zagadnienia prawne*, Warszawa 2002, s. 38.

<sup>4</sup> J. Strzebińczyk, *Komentarz do art. 29 Kodeksu cywilnego*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2014.



za zmarłego. Jednak ograniczenia tego nie stosuje się, jeżeli w chwili zawarcia nowego związku małżeńskiego strony wiedziały, że małżonek uznany za zmarłego pozostaje przy życiu. Znajduje to odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że brak zakazu zawarcia ponownego małżeństwa po jego ustaniu na skutek uznania jednego z małżonków za zmarłego odnosi się wyłącznie do drugiego małżonka. Dlatego osoba niesłusznie uznana za zmarłą nie może z powołaniem się na domniemanie ustawowe z art. 55 § 1 k.r.o. zawrzeć ponownego związku małżeńskiego<sup>5</sup>.

Warto przy tym pamiętać, że może zaistnieć także sytuacja odwrotna – osoba, która jest traktowana jako zaginiona, nie utrzymuje żadnych kontaktów z osobami bliskimi, np. z tego powodu, że ukrywa się przed organami ścigania.

W myśl art. 29 § 1 k.c. zaginiony może być uznany za zmarłego, jeżeli upłynęło lat dziesięć od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości jeszcze żył; jednakże gdyby w chwili uznania za zmarłego zaginiony ukończył lat 70, wystarcza upływ lat pięciu. W tym ostatnim przypadku uznano, iż osoby w podeszłym wieku poza swoim środowiskiem mają zdecydowanie mniejsze szanse przeżycia bez czyjejś opieki (np. ze strony instytucji pomocy społecznej) niż osoby samodzielne, co pozwala ustalić ich miejsce pobytu. Jednak uznanie za zmarłego nie może nastąpić przed końcem roku kalendarzowego, w którym zaginiony ukończyłby lat dwadzieścia trzy. Przedłużenie okresu wymaganego do uznania osoby małoletniej za zmarłą podyktowane jest innym postrzeganiem rzeczywistości oraz ograniczoną samodzielnością osób małoletnich<sup>6</sup>. Zwłaszcza w przypadku osób nastoletnich np. konflikt z blahych powodów może być przyczyną długotrwałego zerwania kontaktów z rodziną. Dopiero osiągnięcie pełnej dojrzałości psychicznej i spojrzenie na pewne wydarzenia z perspektywy czasu pozwala często młodemu człowiekowi zmienić swoje nastawienie i uporządkować relacje z członkami rodziny.

Trzeba podkreślić, że wskazane terminy dotyczące dopuszczalności uznania za zmarłego odnoszą się do przypadków zaginięcia, w których nie ma żadnych szczególnych okoliczności zwiększających prawdopodobieństwo śmierci (np. katastrofa naturalna, awaria techniczna

---

<sup>5</sup> Wyrok SN z 8 lipca 1969 r. (II CR 100/69), OSN 1970, nr 4, poz. 73.

<sup>6</sup> A. Bartosiewicz, *Przesłanki uznania za zmarłego i stwierdzenia zgonu w prawie polskim na tle porównawczym*, KPP 2005, nr 4, s. 945.

o doniosłych skutkach itd.). W tych, jak i we wskazanych poniżej przypadkach o charakterze kwalifikowanym, sąd nie może odmówić uznania za zmarłego, jeżeli zostały spełnione przesłanki przewidziane w omawianych przepisach. Nie mamy tu bowiem do czynienia ze swobodnym uznaniem sądu, a jedynie możliwością wydania określonego rozstrzygnięcia z uwagi na zaistniałe okoliczności, potwierdzone w toku postępowania dowodowego.

Odnosząc się do sytuacji kwalifikowanych, ustawodawca odmiennie określił terminy dopuszczalności uznania za zmarłego w sytuacji, gdy zaginięciu towarzyszyły takie szczególne okoliczności, których zaistnienie czyni bardzo prawdopodobną śmierć określonych osób. Terminy te ustawodawca sprecyzował w art. 30 k.c., zgodnie z którym:

- 1) kto zaginął w czasie podróży powietrznej lub morskiej w związku z katastrofą statku lub okrętu albo w związku z innym szczególnym zdarzeniem, ten może być uznany za zmarłego po upływie sześciu miesięcy od dnia, w którym nastąpiła katastrofa albo inne szczególne zdarzenie (§ 1 tego przepisu); co do konkretnej sytuacji Sąd Najwyższy stwierdził, że zważywszy na to, że śmierć osoby nastąpiła na pełnym morzu, w nocy, w czasie rejsu statku, na którym była ona zatrudniona oraz niewątpliwie wpadła ona do wody i nie została wydobyta, to okoliczności te mogą być ocenione jako sprzyjające nieszczęśliwemu wypadkowi<sup>7</sup>; jeżeli nie można stwierdzić katastrofy statku lub okrętu, bieg terminu sześciomiesięcznego rozpoczyna się z upływem roku od dnia, w którym statek lub okręt miał przybyć do portu przeznaczenia, a jeżeli nie miał portu przeznaczenia – z upływem lat dwóch od dnia, w którym była ostatnia o nim wiadomość (art. 30 § 2 k.c.); statkiem morskim jest każde urządzenie pływające przeznaczone lub używane do żeglugi (art. 2 ustawy z 18 września 2001 r. – Kodeks morski<sup>8</sup>), natomiast statkiem powietrznym jest urządzenie zdolne do unoszenia się w atmosferze na skutek oddziaływania powietrza innego niż oddziaływanie powietrza odbitego od podłoża (art. 2 ustawy z 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze<sup>9</sup>).
- 2) kto zaginął w związku z bezpośrednim niebezpieczeństwem dla życia nieprzewidzianym wyżej, ten może być uznany za zmarłego

---

<sup>7</sup> Wyrok SN z 28 września 2005 r. (I CK 114/05), Legalis nr 97111.

<sup>8</sup> Ustawa z 18 września 2001 r. – Kodeks morski (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 758 ze zm.).

<sup>9</sup> Ustawa z 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1393 ze zm.).

po upływie roku od dnia, w którym niebezpieczeństwo ustało albo według okoliczności powinno było ustać (§ 3 tego przepisu); ten ostatni sposób liczenia terminu dotyczy przede wszystkim zdarzeń, których przebieg i ramy czasowe nie są znane (np. ze względu na to, że miały miejsce w odludnym miejscu); należy zaakceptować stanowisko K. Piaseckiego, że to, kiedy „według okoliczności powinno było” niebezpieczeństwo ustać, może być ustalone na podstawie zasad doświadczenia dotyczących przebiegu określonych procesów przyrodniczych<sup>10</sup>.

Jak podnosi T. Sokołowski, fakt katastrofy musi być pewny, w szczególności potwierdzony przez świadków, wiarygodne nagranie dźwięku lub obrazu, a także znalezione i zidentyfikowane szczątki statku. Pewny musi być także fakt podróży tym statkiem w chwili katastrofy (dowodem jest zwłaszcza lista odprawionych i przyjętych na pokład pasażerów). Istotę omawianej sytuacji stanowi także brak ciała osoby zaginionej i dlatego konieczny jest upływ terminu, a ponadto brak wiadomości, iż osoba ta żyje (art. 30 w zw. z art. 29 § 1 k.c.)<sup>11</sup>.

Z kolei okoliczności określone w drugim punkcie zestawienia mają charakter na tyle niedookreślony, że powinny być analizowane w każdym indywidualnym przypadku. Jak wskazał Sąd Najwyższy, zaginięcie człowieka po jego porwaniu dla okupu nie wyklucza uznania porwania za zdarzenie powodujące bezpośrednio niebezpieczeństwo dla życia (art. 30 § 3 k.c.), jeżeli pomiędzy porwaniem a zaginięciem brakuje innego zdarzenia, z którym można by wiązać zaginięcie<sup>12</sup>. Warto wskazać w tym miejscu istotne stanowisko P. Sobolewskiego, który uznaje, że inne szczególne zdarzenie, o którym mowa w art. 30 § 1 k.c., nastąpić powinno w czasie podróży powietrznej lub morskiej. Według tego Autora za wnioskiem takim przemawia treść § 3 art. 30. P. Sobolewski uznaje, że jeżeli zaginięcie w wyniku „innego szczególnego zdarzenia” stanowiłoby odrębną wobec zaginięcia w czasie podróży powietrznej lub morskiej przesłankę skrócenia okresu wymaganego do uznania za zmarłego, § 3 stanowiłby *superfluum*, ponieważ bezpośrednio niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia także jest innym szczególnym zdarzeniem<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> K. Piasecki, *Komentarz do art. 30 Kodeksu cywilnego*, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, LEX/el. 2003.

<sup>11</sup> T. Sokołowski, *Komentarz do art. 30 Kodeksu cywilnego*, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, LEX/el. 2012.

<sup>12</sup> Postanowienie SN z 26 lipca 2006 r. (IV CSK 67/06), OSNC 2007, nr 4, poz. 62.

<sup>13</sup> P. Sobolewski, *Komentarz do art. 30 Kodeksu cywilnego*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis nr 2014.

Zgodnie z art. 31 § 1 k.c. domniemywa się, że zaginiony zmarł w chwili oznaczonej w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego. Jako chwilę domniemanej śmierci zaginionego oznacza się chwilę, która według okoliczności jest najbardziej prawdopodobna, a w braku wszelkich danych – pierwszy dzień terminu, z którego upływem uznanie za zmarłego stało się możliwe. Tym samym uznanie za zmarłego możliwe jest po 10 latach od końca roku kalendarzowego, w którym według dostępnych informacji zaginiony jeszcze żył (art. 29 § 1 k.c.). W związku z postanowieniem art. 112 k.c. termin oznaczony w latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu. W konsekwencji dziesięcioletni okres od końca roku kalendarzowego upływa 30 grudnia o godzinie 24:00. Jeżeli w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego czas śmierci został oznaczony tylko datą dnia, za chwilę domniemanej śmierci zaginionego uważa się koniec tego dnia. W razie uznania za zmarłego na podstawie art. 30 k.c. jako najbardziej prawdopodobną chwilą śmierci, przyjmuje się chwilę katastrofy albo wystąpienia niebezpieczeństwa dla życia.

Ponadto zgodnie z art. 32 k.c. w tak szczególnej sytuacji, gdy kilka osób utraciło życie podczas grożącego im wspólnie niebezpieczeństwa, domniemywa się, że zmarły jednocześnie. Domniemanie to można wzruszyć poprzez wykazanie, że określona osoba zmarła wcześniej (lub później) niż inni kommorienci. Domniemanie równoczesności śmierci obejmuje tylko te osoby, które poniosły śmierć w czasie tego samego zdarzenia, a także w okresie jego trwania. Jeżeli zgon nastąpił już po niebezpiecznym zdarzeniu, domniemanie nie znajdzie zastosowania. Jak podnosi J. Strzebińczyk, wykładnia językowa przemawiałaby za ograniczeniem jego stosowania do przypadków rzeczywistej, naturalnej, stwierdzonej przez lekarza śmierci człowieka, oraz – ewentualnie – sądowego stwierdzenia zgonu. Uznanie za zmarłego uruchamia bowiem jedynie domniemanie śmierci. Nie można natomiast mówić w tym wypadku o niewątpliwej utracie życia. W doktrynie przyjmuje się jednak powszechnie, że art. 32 k.c. należy odnosić do wszystkich sytuacji, w których sporządza się akt zgonu, także wtedy, gdy podstawą rejestracji w księgach stanu cywilnego jest orzeczenie o uznaniu za zmarłego, za czym przemawiają – trzeba to przyznać – wnioski wynikające z wykładni systemowej (umiejscowienie przepisu). W gruncie rzeczy o istnieniu rozważanej w tym miejscu przesłanki przesądzałyby akty

zgonu wszystkich osób, o które chodzi, niezależnie od podstawy ich sporządzenia<sup>14</sup>.

Warto jednak zwrócić uwagę na kluczową zasadę pierwszeństwa domniemania prawdziwości chwili śmierci określonej w akcie zgonu. Dlatego też domniemanie, iż zaginiony zmarł w chwili oznaczonej w postanowieniu o uznaniu za zmarłego, nie stanowi przeszkody do ustalenia innej daty jego śmierci na podstawie aktu zgonu<sup>15</sup>. Jednocześnie jednak zgodnie z art. 94 ust. 2 pkt 2 Prawa o aktach stanu cywilnego<sup>16</sup>, ustawowe wymagania co do określenia chwili zgonu kończą się na obowiązku wskazania daty i godziny tego zdarzenia. Nie zawsze jest to wystarczająco precyzyjne określenie i dlatego podzielić należy wyrażaną w literaturze opinię, że zasada wyłączności mocy dowodowej aktu stanu cywilnego nie może być rozumiana krańcowo, tj. nie może rozciągać się na dane, które nie zostały objęte treścią prawidłowo sporządzonego aktu zgonu<sup>17</sup>.

Reasumując, co do zasady należy uznać, że w odniesieniu do uznania za zmarłego występują dwie podstawowe przesłanki – zaginięcie i upływ czasu przewidziany przez ustawodawcę w zależności od wieku osoby, której wniosek dotyczy i okoliczności towarzyszących zaginięciu. Warto również w tym kontekście przytoczyć pogląd T. Sokołowskiego, który trafnie uważa, że uznanie powinno spełniać kryterium prawdy obiektywnej w tym znaczeniu, że konieczne jest dla jego orzeczenia ustalenie przez sąd, że w świetle zebranego materiału dowodowego nie zachodzą okoliczności uzasadniające wniosek, że prawdopodobieństwo, iż osoba zaginiona nie żyje, jest mniejsze od prawdopodobieństwa, że żyje ona nadal<sup>18</sup>. Tym samym z uwagi na fakt, że w tym przypadku znajduje zastosowanie domniemanie faktyczne, sąd powinien uważnie analizować dodatkowe okoliczności, bowiem nie można w jednakowy sposób traktować przesłanki uznania za umarłego np. w przypadku osoby porwanej

---

<sup>14</sup> J. Strzebińczyk, *Komentarz do art. 29 Kodeksu cywilnego*, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*

<sup>15</sup> Postanowienie SN z 25 listopada 2004 r. (III CK 611/03), OSN 2005, nr 11, poz. 197.

<sup>16</sup> ustawa z 28 listopada 2014 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 1741).

<sup>17</sup> Wyrok WSA w Rzeszowie z 11 lipca 2012 r. (II SA/Rz 305/12), Legalis nr 547288.

<sup>18</sup> T. Sokołowski, *Komentarz do art. 29 Kodeksu cywilnego*, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*

i osoby ukrywającej się przed organami ścigania albo skonfliktowanej z rodziną.

I wreszcie to, co wydaje się kluczowe dla istoty uznania za zmarłego – skutki prawne uznania za zmarłego są identyczne jak w odniesieniu do naturalnej śmierci osoby fizycznej. Są nimi: utrata zdolności prawnej oraz otwarcie spadku po tej osobie, co również wpływa na ukształtowanie kręgu osób uprawnionych do dziedziczenia (art. 924 k.c.). Z tą chwilą następuje również wygaśnięcie praw i obowiązków niemajątkowych osoby uznanej za zmarłą. Na skutek postanowienia sądu o uznaniu za zmarłego, małżonek osoby, której postanowienie dotyczy, może zawrzeć związek małżeński, bowiem następuje ustanie małżeństwa osoby uznanej za zmarłą (art. 55 § 1 k.r.o.). Postanowienie uchylające uznanie za zmarłego również wywołuje doniosłe skutki prawne. Przede wszystkim osoba, wobec której uchylono postanowienie o uznaniu za zmarłego, może domagać się zwrotu swojego majątku (zwrotu spadku), a także zwrotu poszczególnych przedmiotów wchodzących w skład masy spadkowej (art. 1029 k.c.). W takiej sytuacji sąd uchyla też z urzędu postanowienie o nabyciu spadku (art. 678 k.p.c.). Ponadto z uwagi na fundamentalną zasadę trwałości aktualnie istniejącego związku małżeńskiego oraz rodziny, kolejne małżeństwo zawarte przez małżonka osoby uznanej za zmarłą nie może być unieważnione z powodu uchylecia postanowienia o uznaniu za zmarłego, chyba że strony nowego związku małżeńskiego w chwili jego zawierania miały świadomość, że osoba uznana za zmarłą pozostaje przy życiu (art. 55 § 2 k.r.o.).

### **3. Tok postępowania w sprawach o uznanie za zmarłego**

Postępowanie w sprawach o uznanie za zmarłego, ze względu na swoją specyfikę zostało w pewnym zakresie uregulowane odmiennie co do swego wszczęcia i przebiegu. Większość z tych odrębności wynika z konieczności stworzenia odpowiednich gwarancji ochrony praw i wolności osoby zaginionej, której postępowanie dotyczy. Temu służą m. in. terminy regulujące dopuszczalność wydania postanowienia o uznaniu za zmarłego, ale również szczególne obowiązki sądu, odnoszące się choćby do ogłoszenia o prowadzonym postępowaniu. W ten sposób zwiększa się prawdopodobieństwo, że orzeczenie będzie dotyczyło rzeczywiście osoby zmarłej, a nie np. takiej, która po prostu z określonych przyczyn nie chce utrzymywać kontaktów z bliskimi.



Niedopuszczalne jest rozstrzygnięcie kwestii związanych z uznaniem za zmarłego (w tym ustalenie chwili śmierci) w innym trybie postępowania względnie przed innym organem. Potwierdza to również judykatura, wskazując, że nie jest możliwe w postępowaniu przed organem administracji o uzupełnienie aktu zgonu ustalenie kolejności zgonu uczestników wypadku, stąd też „zaniechanie” organu w tym zakresie nie może być poczytane jako niedopełnienie obowiązków wynikających z przepisów postępowania, ani też uniemożliwienie stronie skorzystania z przysługujących jej uprawnień procesowych. To sąd prowadzący postępowanie uprawniony będzie do podjęcia próby ustalenia chwili śmierci, gdy w aktach zgonów spadkodawcy i potencjalnych spadkobierców będzie wpisana ta sama data i godzina zgonu (ustanowione w art. 32 k.c. domniemanie jednoczesnej śmierci nie jest domniemaniem nieusuwalnym – *praesumptio iuris ac de iure*)<sup>19</sup>.

W postępowaniu w sprawach o uznanie za zmarłego ustawodawca wprowadza szczególne postanowienia dotyczące właściwości miejscowej o charakterze wyłącznym. W tych sprawach właściwy jest sąd ostatniego miejsca zamieszkania zaginionego, a dopiero w braku tej podstawy – sąd wskazany w przepisach ogólnych postępowania nieprocesowego (art. 508 § 1 k.p.c.). W odniesieniu do tego postępowania na mocy art. 13 § 2 k.p.c. będzie miał zastosowanie art. 27 § 2 k.p.c., zgodnie z którym miejsce zamieszkania określa się według przepisów Kodeksu cywilnego. W związku z tym należy uznać, że sądem właściwym w tych sprawach jest sąd miejsca, w którym zaginiony ostatnio przebywał z zamiarem stałego pobytu. Jeżeli chodzi o postanowienia art. 508 § 1 k.p.c., to stanowi on, że jeżeli właściwość miejscowa nie jest oznaczona w przepisie szczególnym, wyłącznie właściwy jest sąd miejsca zamieszkania wnioskodawcy, a w braku miejsca zamieszkania – sąd miejsca jego pobytu. W braku wskazanych wyżej podstaw właściwy będzie sąd dla m.st. Warszawy.

Natomiast jeżeli wskutek tego samego zdarzenia zaginęła większa liczba osób, Sąd Najwyższy na wniosek Ministra Sprawiedliwości może wyznaczyć jeden sąd jako wyłącznie właściwy do rozpoznania spraw będących w związku z tym zdarzeniem. Postanowienie Sądu Najwyższego w tej sprawie podlega ogłoszeniu w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Rozwiązanie to będzie się

---

<sup>19</sup> Wyrok WSA w Rzeszowie z 11 lipca 2012 r. (II SA/Rz 305/12), Legalis nr 547288.



odnosiło się do wszelkich klęsk żywiołowych lub katastrof technicznych, które będą na tyle tragiczne w skutkach, iż pojawi się problem większej liczby osób, których los jest nieznany. Sąd Najwyższy nie jest związany żadnym kryterium przy doborze sądu (w tym treścią wniosku Ministra Sprawiedliwości), z pewnością jednak powinien kierować się zasadą celowości. W praktyce będzie to najczęściej sąd właściwy według miejsca zdarzenia, co jest zasadne w aspekcie ekonomiki postępowania, z uwagi np. na dostępność materiału dowodowego w okręgu, w którym sprawa będzie się toczyć. Obecne rozwiązanie, przyznające kompetencje do ustalenia właściwości delegacyjnej Sądowi Najwyższemu, należy przyjąć z aprobatą, bowiem jest zgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, w myśl którego każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Ta zasada prawa do sądu wyklucza jakąkolwiek ingerencję organu administracji publicznej we wskazanie właściwego sądu, co miało miejsce w poprzednim stanie prawnym. Obecnie organ administracji, jako posiadający pełną wiedzę na temat liczebności osób zaginionych, ma jedynie inicjatywę w zakresie podjęcia czynności w tej materii przez Sąd Najwyższy.

Warto zasygnalizować, że odmiennie problem właściwości sądu w odniesieniu do postępowania w przedmiocie uchylecia postanowienia o uznaniu za zmarłego reguluje art. 540 k.p.c. stanowiący, iż sądem właściwym jest ten, który w pierwszej instancji orzekł uznanie za zmarłego.

Istotne znaczenie mają również przypadki spraw z elementem zagranicznym, co do których należy rozstrzygnąć problem jurysdykcji krajowej. Sprawy o uznanie za zmarłego osoby będącej obywatelem polskim lub cudzoziemca mającego ostatnie miejsce zamieszkania lub ostatnie miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej, należą do jurysdykcji krajowej sądów polskich (art. 1106 § 1 k.p.c.). Sąd polski może także uznać za zmarłego cudzoziemca mającego ostatnie miejsce zamieszkania i ostatnie miejsce zwykłego pobytu za granicą, jeżeli sprawa wykazuje wystarczający związek z polskim porządkiem prawnym. (art. 1106 § 2 k.p.c.)<sup>20</sup>.

Pismem procesowym wszczynającym omawiane postępowanie jest wniosek, który może złożyć każdy zainteresowany. Zgodnie

---

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat – choć na podstawie poprzedniego stanu prawnego – ale również w aspekcie prawnoporównawczym: A. Bartosiewicz, *Jurysdykcja krajowa w sprawach o uznanie za zmarłego*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 5, s. 76 i n.

z postanowieniami art. 510 § 1 *ab initio* k.p.c. zainteresowanym w sprawie jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania. W praktyce najczęściej czyni to najbliższa rodzina zaginionego (w szczególności jego spadkobiercy), jego wierzyciele albo wspólnicy, dla których stan zawieszenia w zakresie losów zaginionego jest wysoce niekorzystny. Z wnioskiem może wystąpić także prokurator, gdyż nie zachodzą tu ograniczenia z art. 7 k.p.c., Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Rzecznik Praw Dziecka. Odnosi się zwłaszcza do sytuacji, gdy uznanie za zmarłego jest w interesie publicznym, a zainteresowany nie składa wniosku. Ponadto, jak wskazuje B. Czech, uprawniony do wystąpienia z wnioskiem jest również przedstawiciel (kurator) zaginionego, przy czym działa on w tym zakresie w imieniu własnym, a nie w imieniu zaginionego, ma bowiem osobisty interes prawny w tym, aby uregulować stan prawny osoby reprezentowanej<sup>21</sup>.

Zgodnie z art. 528 k.p.c. wniosek o uznanie za zmarłego można zgłosić nie wcześniej niż na rok przed końcem terminu, po upływie którego zaginiony może być uznany za zmarłego. Gdy jednak uznanie za zmarłego może nastąpić po upływie roku lub krótszego niż rok terminu od zdarzenia, które uzasadnia prawdopodobieństwo śmierci zaginionego, wniosek o uznanie za zmarłego zgłosić można dopiero po upływie tego terminu. W doktrynie prowadzona jest dyskusja co do momentu oceny przedwczesności wniosku. J. Bodio stwierdza, że wniosek złożony przed upływem tych terminów podlega oddaleniu jako przedwczesny w chwili zamknięcia rozprawy, w braku rozprawy – decyduje chwila wydania orzeczenia. Wydaje się, że bardziej zasadne jest stanowisko E. Marszałkowskiej-Krześ, która podkreśla, że art. 528 k.p.c. wyraźnie wyznacza granicę czasową dla „zgłoszenia wniosku” – zatem przedwczesny wniosek będzie oddalony na posiedzeniu niejawnym. Należy odróżnić termin złożenia wniosku, limitowany przepisem art. 528 k.p.c., od terminu zakończenia postępowania, zastrzeżonego w art. 532 pkt 1 k.p.c.<sup>22</sup>. Co do samej treści wniosku, istotną kwestią jest również to, że sąd może uznać osobę za zmarłą, chociaż we wniosku żądano stwierdzenia jej zgonu<sup>23</sup>. Wiąże się to z większym zakresem działania sądu

<sup>21</sup> B. Czech, *Komentarz do art. 527 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis nr 2014 i wskazana tam literatura.

<sup>22</sup> E. Marszałkowska-Krześ, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach osobowych oraz rodzinnych*, Wrocław 2012, s. 91.

<sup>23</sup> Orzeczenie SN z 20 marca 1957 r. (I CR 119/57), OSNCK 1958, nr 1, poz. 27.

z urzędu w postępowaniu nieprocesowym w porównaniu z procesem cywilnym.

Wniosek powinien spełniać podstawowe wymogi formalne określone w art. 511 k.p.c., a ponadto musi zawierać dodatkowe elementy:

1) imię, nazwisko i wiek zaginionego, imiona jego rodziców oraz nazwisko rodowe matki; jak wskazuje E. Marszałkowska-Krześ, w doktrynie powszechnie przyjmuje się, że we wniosku powinna być podana dokładna data urodzenia zaginionego; rzeczywiście jest to niezbędne dla precyzyjnego zindywidualizowania osoby zaginionego; brak jest jednak podstaw do wykładni użytego w ustawie precyzyjnego terminu „wiek” jako „data urodzenia”; według tej autorki jest to błąd ustawodawcy, który wymaga zmiany – poprzez wprowadzenie w miejsce pojęcia „wiek”, określenia „data urodzenia”; obecne brzmienie przepisu nie daje bowiem podstaw do zwrotu wniosku, w którym podany będzie wiek, celem usunięcia braków – poprzez podanie daty urodzenia<sup>24</sup>;

2) ostatnie znane miejsce zamieszkania i pobytu zaginionego, co ma kluczowe znaczenie dla określenia właściwości miejscowej sądu.

Braki formalne wniosku o uznanie za zmarłego podlegają usunięciu w trybie art. 130 k.p.c. Kodeks nie wymaga dołączenia do wniosku wypisów akt stanu cywilnego, stąd brak takich wypisów nie uzasadnia zastosowania tego przepisu. W praktyce jednak mogą one ułatwić zebranie informacji o zaginionym, które należy zamieścić w postanowieniu orzekającym uznanie za zmarłego.

Wymogiem merytorycznym dla wniosku jest uprawdopodobnienie okoliczności, które go uzasadniają. Jak wskazuje B. Czech, obowiązek uprawdopodobnienia okoliczności faktycznych uzasadniających wniosek nie ma charakteru wymagania formalnego i brak w tym zakresie nie uzasadnia zastosowania art. 130 k.p.c. Jest to jednak wymaganie obligatoryjne w tym sensie, że dopóki nie nastąpi uprawdopodobnienie, dopóty nie jest dopuszczalne zarządzenie ogłoszenia przewidzianego w art. 530 k.p.c. Brak uprawdopodobnienia uniemożliwia nadanie sprawie dalszego biegu i może uzasadniać zawieszenie postępowania (art. 177 § 1 pkt 6 k.p.c.)<sup>25</sup>. Jednak w tym przypadku należy przyjąć,

---

<sup>24</sup> E. Marszałkowska-Krześ, *Komentarz do art. 529 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: E. Marszałkowska-Krześ (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis nr 2014.

<sup>25</sup> B. Czech, *Komentarz do art. 529 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks...*

że obowiązek uprawdopodobnienia okoliczności faktycznych uzasadniających wnioski o uznanie za zmarłego może być również wypełniony przez przesłuchanie wnioskodawcy<sup>26</sup>. Zasadnicze znaczenie ma art. 243 k.p.c., w myśl którego zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Takie określenie w znacznym stopniu łagodzi wymagania stawiane wnioskodawcy w zakresie przedstawianych przez niego twierdzeń i dowodów na ich poparcie.

Odnosząc się do zakresu uprawdopodobnienia A. Bartosiewicz trafnie stwierdza, że różni się on w zależności od tego, czy mamy do czynienia z zaginięciem prostym, czy też kwalifikowanym. W pierwszym przypadku wystarczy uprawdopodobnienie określonego czasu trwania nieobecności i jej niewyjaśnionego charakteru. Natomiast w drugim należy również uprawdopodobnić, że zaginiony znalazł się w rejonie działania określonego niebezpieczeństwa (np. płynął statkiem morskim, który uległ katastrofie)<sup>27</sup>.

W doktrynie podkreśla się, że zawarcie we wniosku okoliczności uprawdopodobniających, które nie zostaną uznane za uprawdopodobnione lub udowodnione, spowoduje oddalenie wniosku i to bez uprzedniego dokonania ogłoszenia, o którym mowa w art. 530 k.p.c. Literalna treść przepisu art. 530 § 1 k.p.c. wyraźnie stanowi, że sąd zarządzi ogłoszenie o wszczęciu postępowania, jeżeli według treści wniosku istnieją przesłanki do uznania zaginionego za zmarłego. Zatem dopiero uprawdopodobnienie okoliczności uzasadniających wnioski jest podstawą do zarządzenia ogłoszenia o wszczęciu postępowania<sup>28</sup>.

W myśl art. 530 § 2 k.p.c. ogłoszenie o wszczęciu postępowania powinno zawierać:

- 1) imię i nazwisko oraz adres wnioskodawcy;
- 2) dane dotyczące osoby zaginionego oraz istotne okoliczności znane z akt sprawy, które mogą przyczynić się do wykrycia zaginionego;
- 3) wezwanie skierowane do zaginionego, aby w oznaczonym

<sup>26</sup> Orzeczenie SN z 17 grudnia 1949 r. (C 186/49), OSN 1950, nr 2, poz. 35.

<sup>27</sup> A. Bartosiewicz, *Postępowanie o uznanie za zmarłego i stwierdzenie zgonu*, Warszawa 2007, s. 157.

<sup>28</sup> A. Góra-Błaszczkowska, *Komentarz do art. 529 Kodeks postępowania cywilnego*, w: H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Artykuły 506–729*, LEX/el. 2014.

terminie, nie krótszym niż trzy, a nie dłuższym niż sześć miesięcy, zgłosił się, gdyż w przeciwnym razie może być uznany za zmarłego;

- 4) wezwanie skierowane do wszystkich osób, które mogą udzielić wiadomości o zaginionym, aby w powyższym terminie przekazały je sądowi.

Jak już zasygnalizowano, ogłoszenie stanowi podstawowy instrument weryfikujący, czy osoba, której sprawa dotyczy rzeczywiście jest zaginioną i czy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że nie żyje. W ten sposób, przynajmniej częściowo, można wyeliminować postępowania o charakterze pozornym. Ponadto ogłoszenie może przynieść rezultat w postaci dodatkowych informacji, które pozwolą stwierdzić, że zgon tej osoby jest pewny, a w konsekwencji postępowanie zostanie przekształcone w postępowanie w sprawie o stwierdzenie zgonu (art. 534 k.p.c.). Z uwagi na swoją rolę ogłoszenie jest obligatoryjnym warunkiem wydania rozstrzygnięcia o uznaniu za zmarłego, bez ogłoszenia można wydać jedynie orzeczenie oddalające wniosek z uwagi na brak przesłanek do uznania za zmarłego już na etapie złożenia wniosku.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania umieszcza się w piśmie po czytym na całym obszarze państwa i podaje publicznie do wiadomości w miejscu ostatniego zamieszkania zaginionego w sposób na tym obszarze przyjęty. Z treści przepisu jednoznacznie wynika, że nie ma tu zastosowania publikacja w dziennikach lub czasopismach w innej formie, tj. w środkach upowszechniających publikacje periodyczne za pomocą wizji, fonii lub innej techniki rozpowszechniania (np. na stronach internetowych). Oba te sposoby publikacji muszą być stosowane łącznie, przy czym drugi odnosi się w głównej mierze do wywieszenia ogłoszenia w urzędzie, sądzie lub w innych miejscach, w których w danej miejscowości (gminie, powiecie, etc.) podaje się do wiadomości np. ogłoszenia urzędowe. Warto zaznaczyć, iż zgodnie z § 129 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych<sup>29</sup>, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, ogłoszenia sądowe wywiesza się w lokalu urzędu gminy właściwej ze względu na ostatnie miejsce zamieszkania lub pobytu osoby nieobecnej, a w braku tej podstawy – właściwej ze względu na siedzibę sądu.

---

<sup>29</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 30 czerwca 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 925).

Warto zwrócić uwagę na to, że pojęcie „pismo poczytne” ma charakter wysoce ocenny, bowiem nie sposób jednoznacznie uznać, o jakim udziale procentowym w rynku wydawniczym można mówić jako o granicy poczytności. Ponadto pojęcie to nie jest spójne z terminologią stosowaną w ustawie z 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe<sup>30</sup>, która w słowniczku posługuje się tylko pojęciami „czasopismo” i „dziennik”. Dziennikiem jest ogólnoinformacyjny druk periodyczny lub przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazujący się częściej niż raz w tygodniu (art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy), a czasopismem jest druk periodyczny ukazujący się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku (art. 7 ust. 2 pkt 3 ustawy). Warto byłoby tę kwestię uściślić, bowiem stosowanie kryterium jak największej liczby osób czytających periodyk bywa zawodne, zwłaszcza jeżeli będzie to dość rzadko ukazujące się czasopismo o profilu rozbieżnym z zainteresowaniami osoby potencjalnie zaginionej. Z pewnością nie mogą to być czasopisma specjalistyczne, rynkowe lub lokalne.

Ponadto sąd może zarządzić zamieszczenie ogłoszenia w innych jeszcze pismach oraz podać je do publicznej wiadomości również w inny sposób, jaki uzna za odpowiedni. Celem tych uregulowań jest niewątpliwie umożliwienie sądowi podjęcia działań jak najbardziej efektywnych, głównie ze względu na należyte zabezpieczenie interesu osoby, która ma być uznana za zmarłą. W tym przypadku, w zależności od profesji, środowiska i trybu życia, jakie ta osoba przed zaginięciem prowadziła, ogłoszenie może zostać opublikowane w formie pisemnej (np. w prasie zagranicznej), ale także w każdej formie, która może dotrzeć zarówno do zaginionego, jak i do osób, które mają wiedzę na temat jego losów (np. strony internetowe, lokalna stacja radiowa i telewizyjna).

Kolejnym elementem gwarantującym należyte przeprowadzenie postępowania co do losów osoby uważanej przez wnioskodawcę za zaginioną jest wprowadzenie przez ustawodawcę obostrzeń temporalnych dotyczących zakończenia postępowania. Zgodnie z art. 532 k.p.c. dalsze postępowanie może toczyć się przed upływem terminu podanego w ogłoszeniu, nie może jednak być zakończone wcześniej niż po upływie:

- 1) terminów przewidzianych w kodeksie cywilnym;
- 2) trzech miesięcy od ukazania się ogłoszenia;
- 3) miesiąca od końca terminu wyznaczonego w ogłoszeniu.

---

<sup>30</sup> Ustawa z 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).



Ponadto przed wydaniem postanowienia uznającego zaginionego za zmarłego sąd powinien wysłuchać w miarę możliwości osoby bliskie zaginionego. Ustawodawca nie określił w tym wypadku kręgu osób bliskich, więc należy przyjąć – ze względu na potrzebę wnikliwego wyjaśnienia sprawy – szeroką interpretację tego pojęcia, obejmującą obok stosunków prawnych i więzów krwi, również stosunki o charakterze faktycznym, takie jak konkubinaty czy przyjaźń. W tym przypadku kluczowe znaczenie ma wiedza co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia w przedmiocie uznania za zmarłego. Małżonek zaginionego i osoby spokrewnione, wstępni, zstępni i rodzeństwo powinni być uczestnikami postępowania, i sąd powinien wezwać ich do udziału w sprawie, gdy nie zostali wskazani we wniosku jako uczestnicy postępowania (art. 510 § 2 k.p.c.). Pozostali, niebędący uczestnikami, są przesłuchiwani w charakterze świadków. W braku rozprawy sąd może zarządzić złożenie wyjaśnień w formie pisemnej. Zarządzenie przesłuchania „w miarę możliwości” nie oznacza dowolności tej czynności procesowej, gdyż może być ona pominięta jedynie wtedy, gdy takie wysłuchanie nie jest zgoła niemożliwe lub szczególnie utrudnione<sup>31</sup>. Wszystkie te dodatkowe wymogi czasowe i proceduralne nie dotyczą sytuacji, gdy sąd chce wydać postanowienie oddalające wnioski o uznanie za zmarłego.

Warto dodać, że w tym postępowaniu przeprowadzenie rozprawy nie jest obligatoryjne (art. 514 § 1 k.p.c.), a postępowanie dowodowe toczy się na zasadach ogólnych, z wyjątkiem omówionego wyżej ogłoszenia.

#### **4. Orzeczenie w sprawie o uznanie za zmarłego**

Postanowienie o uznaniu za zmarłego jest postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie, a więc powinno zawierać wszystkie elementy składowe wymagane od tego rodzaju orzeczeń, a ponadto zawierać te elementy, które są szczególnie istotne z uwagi na charakter tego postępowania. W szczególności chodzi tu o dane niezbędne do późniejszego sporządzenia aktu zgonu, a w szczególności zawierać oznaczenie chwili śmierci. Chwila śmierci powinna być oznaczona poprzez datę dzienną i godzinę śmierci, najbardziej prawdopodobną na podstawie zebranego materiału dowodowego i stosowanych przez sąd domniemań faktycznych. Jak już wskazano, dopiero gdyby materiał zgromadzony w sprawie nie dawał żadnych podstaw do przyjęcia jakiejś daty jako najbardziej prawdopodobnej, stosuje się art. 31 § 2 k.c. – pierwszy dzień

---

<sup>31</sup> Postanowienie SN z 25 września 1975 r. (III CRN 222/75), LEX nr 7755.



terminu, z którego upływem uznanie za zmarłego stało się możliwe. Natomiast razie nieustalenia godziny, za chwilę śmierci uważa się koniec dnia oznaczonego w postanowieniu, stosownie do treści art. 31 k.c.

Natomiast wnioski o uznanie za zmarłą osoby zaginionej, co do której zgon został już wcześniej prawomocnie orzeczony, podlega oddaleniu, z uwagi na brak powagi rzeczy osądzonej<sup>32</sup>.

Postanowienie o uznaniu za zmarłego korzysta z rozszerzonej prawomocności (*erga omnes*), a także ma charakter konstytutywny, bowiem tworzy nowy stan prawny równoznaczny z naturalną śmiercią osoby fizycznej. Orzeczenie to działa *ex tunc*, tj. od określonej w nim chwili śmierci osoby uznanej za zmarłą. Konsekwencją takich skutków omawianego orzeczenia jest m.in. to, że w szczególnej sytuacji, jaką stanowi przypadek ubiegania się o rentę rodzinną po osobie, która została uznana za zmarłą zgodnie z art. 29 § 1 k.c., możliwe jest wypłacenie renty za okres wcześniejszy niż wynikający z art. 129 ust. 1 ustawy<sup>33</sup> z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych<sup>34</sup>.

W myśl art. 13 ust. 4 Prawa o aktach stanu cywilnego, W przypadku stwierdzenia zgonu albo uznania za zmarłego w postępowaniu sądowym zgon rejestruje kierownik urzędu stanu cywilnego właściwy dla miasta stołecznego Warszawy. Jednocześnie, jak słusznie zauważa A. Bartosiewicz, prawo polskie, w przeciwieństwie do wielu europejskich systemów prawnych, nie wymaga podania postanowień o uznaniu za zmarłego do publicznej wiadomości<sup>35</sup>.

Oczywistym jest, że postanowienie w przedmiocie uznania za zmarłego (zarówno uwzględniające wniosek w tej sprawie, jak i oddalające) jak każde rozstrzygnięcie merytoryczne podlega zaskarżeniu apelacją. W tym zakresie, z uwagi na brak szczególnych postanowień znajduje zastosowanie art. 518 k.p.c., zgodnie z którym od postanowień sądu pierwszej instancji orzekających co do istoty sprawy przysługuje apelacja. Na inne postanowienia sądu pierwszej instancji, w wypadkach wskazanych w ustawie, przysługuje zażalenie. Z uwagi na brak szczególnych postanowień dotyczących apelacji i postępowania apelacyjnego

<sup>32</sup> Postanowienie z 14 września 1995 r. (I CRN 138/95), LEX nr 1500926.

<sup>33</sup> Ustawa z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1440 ze zm.).

<sup>34</sup> Wyrok SN z 11 maja 2006 r. (I UK 320/06), OSNAPiUS 2007, nr 9–10, poz. 143.

<sup>35</sup> A. Bartosiewicz, *Postępowanie...*, s. 185.

w postępowaniu nieprocesowym należy uznać, że na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. mają w tym postępowaniu odpowiednie zastosowanie przepisy art. 367–391 k.p.c.

Interesującą kwestią, poruszoną przez A. Zielińskiego, jest ta, że o ile istnienie interesu prawnego we wniesieniu środka zaskarżenia (tzw. *gravamen*) wymagane jest rygorystycznie w postępowaniu procesowym, to rygoryzm ten ulega na pewno daleko idącemu rozluźnieniu w postępowaniu nieprocesowym, przynajmniej w zakresie niektórych typów postępowań toczących się w tym trybie z racji przedmiotu danego postępowania, funkcji zapadłego rozstrzygnięcia i zasięgu kognicji sądu. Dzieje się tak dlatego, ponieważ w postępowaniu nieprocesowym źródło interesu prawnego wynikać może z szerszego katalogu zdarzeń, a nie tylko (jak w procesie) z samego naruszenia lub zagrożenia sfery prawnej wnioskodawcy. W tej sytuacji nie zawsze decydujące znaczenie może mieć to, czy rozstrzygnięcie zapadło „zgodnie z wnioskiem” strony skarżącej, lecz czy jest ono w rzeczywistości zgodne z prawem i rzeczywistością istniejącymi stosunkami prawnymi, obligacyjnymi i rzeczowymi<sup>36</sup>. Tym samym uczestnik postępowania może mieć interes prawny w zaskarżeniu orzeczenia, mimo że uwzględni ono w całości zgłoszone przez niego żądanie. Dotyczy to w szczególności orzeczeń kształtujących bezpośrednio nowy stan prawny ze skutkiem wobec wszystkich (np. należy do nich uznanie za zmarłego)<sup>37</sup>.

Jednocześnie należy podkreślić, że w odniesieniu do orzeczeń co do istoty sprawy w tym postępowaniu znajdują również zastosowanie – w razie zaistnienia przesłanek ustawowych – nadzwyczajne środki zaskarżenia. W konsekwencji od orzeczeń wydanych w sprawach o uznanie za zmarłego (oraz w przedmiocie zmiany tych postanowień) przysługuje skarga kasacyjna, a także skarga o wznowienie postępowania. W przypadkach przewidzianych przez ustawodawcę uczestnik postępowania, a przede wszystkim osoba, której postanowienie dotyczy, może skorzystać ze specyficznego środka prawnego, jakim jest skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 519<sup>2</sup> k.p.c.).

Szczególnym przypadkiem jest sytuacja, gdy po uprawomocnieniu się postanowienia o uznaniu za zmarłego stwierdzono, że osoba uznana za zmarłą żyje, albo zmarła w innym momencie, niż chwila wskazana

<sup>36</sup> A. Zieliński, *Komentarz do art. 508 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis nr 2014.

<sup>37</sup> Orzeczenie SN z 9 kwietnia 1953 r. (ZC 3109/52), NP 1954, nr 5–6, s. 168.

w postanowieniu. Domniemanie, że osoba uznana za zmarłą nie żyje, jest przecież domniemaniem wzruszalnym. Możliwość wzruszenia domniemania jest jednak ograniczona, może to nastąpić jedynie przez uchylenie orzeczenia, na którym jest ono oparte. Uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego następuje na podstawie przepisów art. 539–543 k.p.c. umożliwiających przeprowadzenie postępowania zmierzającego do uchylenia postanowienia o uznaniu zmarłego, albo w przypadkach dopuszczalnych przez ustawę procesową poprzez rozpoznanie skargi o wznowienie postępowania.

Warto wskazać, że w razie osobistego pojawienia się w sądzie osoby, której dotyczyło to postanowienie i wykazania przez nią swojej tożsamości, czynności zmierzające do uchylenia postanowienia mają charakter uproszczony. W takiej sytuacji sąd, który wydał orzeczenie uchyla niezwłocznie postanowienie bez przeprowadzenia dowodowego (art. 543 w zw. z art. 540 i art. 541 § 1 zd. 2 k.p.c.). W tym trybie przyspieszonym jest konieczna nie tylko bezwzględnie obecność osoby uznanej za zmarłą, ale osoba ta musi wykazać swoją tożsamość w sposób niebudzący wątpliwości dla organu sądowego, w szczególności poprzez podanie swojego imienia, nazwiska i wieku<sup>38</sup>. W pozostałych przypadkach uwzględnienie wniosku o uchylenie postanowienia o uznaniu za zmarłego będzie możliwe po udowodnieniu przez zainteresowanego, że osoba, której orzeczenie dotyczy żyje, a więc wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego.

Z kolei w przypadku, gdy po uprawomocnieniu się postanowienia o uznaniu za zmarłego, pojawią się okoliczności wskazujące, że śmierć nastąpiła w innej chwili niż wskazana w tym orzeczeniu, sąd ma obowiązek wydania nowego postanowienia, zmieniającego pierwotnie ustaloną chwilę śmierci. Warto dodać, że zainteresowany, który nie był uczestnikiem postępowania zakończonym prawomocnym postanowieniem o uznaniu za zmarłego, może się domagać zmiany oznaczonej w tym postanowieniu chwili domniemanej śmierci, jeżeli brak jest przesłanek do stwierdzenia zgonu, tylko w drodze skargi o wznowienie postępowania<sup>39</sup>. Natomiast w razie ustalenia, że śmierć osoby uznanej za zmarłą jest niewątpliwa, sąd uchyla postanowienie o uznaniu za zmarłego,

---

<sup>38</sup> A. Arkuszewska, *Uchylenie postanowienia o uznanie za zmarłego w trybie przyspieszonym*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, nr 13, s. 111.

<sup>39</sup> Uchwała SN z 22 października 1968 r. (III CZP 78/68), OSNAPiUS 1969, nr 6, poz. 105.

a jednocześnie wydaje postanowienie o stwierdzeniu zgonu tej osoby (art. 542 zd. 2 k.p.c.). Jednocześnie, jak zauważa P. Sobolewski, że jeżeli akt zgonu został sporządzony, to art. 542 k.p.c. uniemożliwia podważenie postanowienia o uznaniu za zmarłego. Oznacza to, że jeżeli wydano postanowienie o uznaniu za zmarłego i sporządzono akt zgonu, a następnie okaże się, że zaginiony zmarł w innej chwili niż wskazana w postanowieniu (i akcie zgonu), nie może być ono uchylone w trybie art. 539 k.p.c., a jedynym środkiem pozostaje wznowienie postępowania (art. 524 k.p.c.)<sup>40</sup>.

Podstawową czynnością o charakterze materialno-technicznym, którą należy wykonać po uchyleniu postanowienia o uznaniu za zmarłego, jest przekazanie przez sąd odpisu prawomocnego orzeczenia uchylającego postanowienie o uznaniu za zmarłego do urzędu stanu cywilnego właściwego dla dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy (art. 26 w zw. z art. 13 ust. 4 Prawa o aktach stanu cywilnego), który skreśli na tej podstawie wcześniej sporządzony akt zgonu. Również w razie zmiany oznaczenia chwili śmierci, odpis nowego prawomocnego orzeczenia sąd przekaże do urzędu w celu wpisania do aktu zgonu wzmianki dodatkowej.

## **5. Wnioski**

Sprawy o uznanie za zmarłego stanowią, obok ubezwłasnowolnienia, jedną z podstawowych kategorii spraw z zakresu prawa osobowego rozpoznawanych w trybie postępowania nieprocesowego. Z uwagi na różnego rodzaju wypadki losowe, w szczególności zaginięcia związane z utratą pamięci lub z innych powodów, postępowania te są wszczynane w dość znacznej liczbie. W 2013 r. złożono 632 wnioski o uznanie za zmarłego, a jednocześnie w tym samym roku wydano w pierwszej instancji 316 orzeczeń, w których przychyłono się do wniosku o uznanie za zmarłego oraz 29 postanowień oddalających wnioski. W pozostałych przypadkach rozpoznawanych w 2013 r. wydano różnego rodzaju rozstrzygnięcia o charakterze formalnym. Na początku 2014 r. było jeszcze w toku 465 spraw na etapie postępowania w pierwszej instancji. Jednocześnie w 2013 r. wpłynęło 19 wniosków o uchylenie postanowień w sprawie uznania zmarłego lub stwierdzenia zgonu (w tej części dane statystyczne mają charakter zbiorczy). W tym czasie uwzględniono 8 wniosków w tej sprawie, a jednocześnie 17 wniosków pozostało

---

<sup>40</sup> P. Sobolewski, *Komentarz do art. 31 Kodeksu cywilnego*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*

do rozpoznania w kolejnym roku. W 2013 r. wpłynęło również 17 apelacji w sprawach o uznanie za zmarłego, a jednocześnie wydano 7 orzeczeń oddalających apelację. W pozostałych przypadkach pozostających w toku wydano różnego rodzaju rozstrzygnięcia o charakterze formalnym. Na początek 2014 r. pozostało 7 spraw do rozpoznania w II instancji. W 2013 r. nie prowadzono w drugiej instancji żadnej sprawy odnoszącej się do uchylenia postanowienia o uznaniu za zmarłego<sup>41</sup>.

Te dane statystyczne pokazują, że rozważania odnoszące się do problematyki uznania za zmarłego mają również istotne znaczenie praktyczne. Jak trafnie podkreśla P. Sobolewski, długotrwała nieobecność osoby fizycznej, o której nie wiadomo czy żyje, skutkować może poważnymi komplikacjami w obrębie stosunków osobistych i majątkowych. W celu zapobiegnięcia takim perturbacjom możliwe jest wyznaczenie dla osoby zaginionej kuratora (w trybie art. 601 k.p.c.). Jednak brak pewności, czy określona osoba żyje nie może trwać w nieskończoność, dlatego w art. 29–32 k.c. oraz art. XXVIII–XXXIV przepisów wprowadzających Kodeks cywilny ustawodawca uregulował problematykę uznania osoby zaginionej za zmarłą<sup>42</sup>. Tym samym oddzielne uregulowanie odnosi się do uznania za zmarłego osób, które zaginęły, biorąc udział w działaniach wojennych (art. XXVIII PWKC) lub zaginęły będąc w czasie wojny lub działań wojennych pozbawione wolności przez władze obcego państwa (art. XXIX PWKC) lub wreszcie zostały wywiezione przymusowo przez władze obcego państwa (art. XXX PWKC). Kwestie te ze względu na swój szczególny, a obecnie marginalny charakter, zostały pominięte w niniejszych rozważaniach.

## Streszczenie

Autorka w swoim opracowaniu zajęła się najważniejszymi aspektami postępowania sądowego w sprawach o uznanie za zmarłego, w ramach którego sąd może wydać orzeczenie równoznaczne w skutkach prawnych z naturalną śmiercią człowieka. Autorka przedstawiła zarówno kwestie

---

<sup>41</sup> Zob. <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2674,55.html>

<sup>42</sup> P. Sobolewski, *Komentarz do art. 29 Kodeksu cywilnego*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*

materialnoprawne dotyczące tej materii, odnoszące się do charakterystyki przesłanek pozwalających na uznanie osoby zaginionej za zmarłą, jak i problemy proceduralne, wynikające ze specyfiki tych spraw. W opracowaniu szczególną uwagę zwrócono właśnie na odmienności postępowania w sprawach o uznanie za zmarłego, w szczególności te, które mają zapewnić należyty poziom ochrony praw i wolności osoby zaginionej oraz wyeliminować przypadki postępowań o charakterze fikcyjnym.

Słowa kluczowe: postępowanie nieprocesowe, uznanie za zmarłego.

### **Abstract**

In her paper, the author addressed the most important aspects of litigation in cases for declaring a person dead in absentia, in which the court may issue a ruling equivalent in legal effects to natural death of man. The author presents both the substantive issues concerning this matter, relating to the characterization of conditions allowing for declaring a missing person dead, as well as procedural problems, stemming from the nature of these cases. In the study particular attention was paid to the different character of proceedings in cases for declaring a person death in absentia, in particular those designed to ensure appropriate level of protection of the rights and freedoms of the missing person and to eliminate cases of proceedings of a fictional nature.

Keywords: declaring a person dead in absentia, non-litigious proceedings.

Teresa Gardocka<sup>1</sup>

## Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika?

W świetle polskiego prawa zwłoki ludzkie<sup>2</sup> są rzeczą. Żaden ogólny przepis prawa nie określa w specyficzny sposób, czym są zwłoki. A jako że z pewnością nie są osobą, powszechnie przyjmuje się, że jest to rzecz. Pod wieloma względami jest to jednak rzecz specyficzna<sup>3</sup>. Nie odnosi się do zwłok ludzkich wiele przepisów prawa cywilnego, zaś mają do nich często zastosowanie regulacje specyficzne, ograniczające „rzeczowość” zwłok w wielu aspektach. Specyfika ta wymaga rozważenia z różnych punktów widzenia.

Po pierwsze, pozostając w zakresie regulowanym prawem cywilnym, z punktu widzenia prawa własności.

Czy zwłoki ludzkie są (mogą być) własnością? A jeżeli tak, to czyją? Prawo polskie nie wypowiada się co do własności zwłok, reguluje natomiast w art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>4</sup> kwestię ich pochowania i pierwszeństwo osób, które są do tego uprawnione (zobowiązane?). Prawo do zwłok osoby bliskiej czy też ich posiadanie ogranicza się do posiadania celem pochowania, czy też do prawa do pochowania. Ustawa wskazuje następujący krąg osób, którym przysługuje prawo

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie.

<sup>2</sup> Definicję zwłok ludzkich zawiera rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. Nr 153, poz. 1783). Par. 2 rozporządzenia stanowi, że za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, zaś par. 8 określa postępowanie ze szczątkami ludzkimi będącymi częściami ciała, odłączonymi od całości. Należy do nich stosować odpowiednio przepisy dotyczące postępowania ze zwłokami.

<sup>3</sup> W ustawie o ochronie zwierząt znajduje się przepis deklarujący, że zwierzę rzeczą nie jest, a następnie nakazujący stosować do zwierząt odpowiednio przepisy dotyczące rzeczy [por. art. 1 ustawy o ochronie zwierząt z 21 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 111, poz. 724 ze zm.)].

<sup>4</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. Nr 11, poz. 62 ze zm.).



pochowania zwłok ludzkich: małżonek, krewni zstępni, krewni wstępni, krewni boczni do czwartego stopnia pokrewieństwa (dzieci rodzeństwa), powinowaci w linii prostej do pierwszego stopnia. Przepis ten określa zarazem pierwszeństwo prawa w przypadku, gdyby powstał między uprawnionymi spór co do wykonania prawa pochowania, szczególnie, gdy z prawa tego chciałoby skorzystać więcej osób spośród uprawnionych, lub nie ta osoba uprawniona, która jest wymieniona przed innymi w art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>5</sup>. Uważam, że wyliczenie zawarte w ustawie stanowi, obok przyznania prawa do pochowania, określenie kolejności skorzystania z uprawnienia. Przemawiają za tym różne argumenty. Po pierwsze, wyliczenie przedstawia zwykłą, przyjętą także w innych normach prawnych, kolejność bliskości w stosunku do zmarłego (małżonek przed krewnymi, zstępni przed wstępnymi itd.). Podobna kolejność pojawia się np. w określeniu prawa do dziedziczenia z ustawy, w ustaleniu obowiązku alimentacyjnego. Można wprawdzie również wskazać normy, gdzie osoby najbliższe traktuje się równorzędnie, np. określenie kręgu uprawnionych do realizowania praw zmarłego pokrzywdzonego w procesie karnym (art. 52 k.p.k.). Tam jednak prawa tych osób z reguły nie pozostają w konflikcie, a gdy pozostają, ustawa rozstrzyga konflikt na rzecz możliwości dochodzenia praw, co leży w interesie wymiaru sprawiedliwości zwiększając kontradyktoryjność postępowania (np. oskarżenie prywatne lub posiłkowe) albo umożliwiając prowadzenie postępowania karnego (np. złożenie wniosku o ściganie). Natomiast zrealizowanie prawa do pochowania przez osoby równorzędnie uprawnione często byłoby źródłem konfliktu

---

<sup>5</sup> Stanowisko orzecznictwa sądów co do tej kwestii nie jest jednolite. I tak, wyrok WSA w Olsztynie z 28 kwietnia 2010 r. (II SA/OI 79/10), LEX nr 619943, w tej sprawie stanowi, że „1. Błędne jest stanowisko, że art. 10 ustawy z 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych należy wywodzić kolejność uprawnionych do żądania dokonania ekshumacji zwłok. 2. Uprawnienie do pochowania zwłok oraz do dokonania ekshumacji zwłok i szczątków jest prawem wspólnym m.in. wszystkich żyjących członków rodziny zmarłego. Do podjęcia tych działań wymagana jest zgoda wszystkich uprawnionych”. Podobnie wyrok WSA w Olsztynie z 30 marca 2010 r. (II SA/OI 70/10), LEX nr 57028; natomiast SN w wyroku z 25 września 1972 r. (II CR 353/72), OSNC 1973, nr 6, poz. 109, orzekł: „W myśl art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 roku o cmentarzach i chowaniu zmarłych, który to przepis ustala kolejność osób uprawnionych do pochowania zwłok, prawo pochowania zwłok danej osoby przysługuje osobie wymienionej w dalszej kolejności (np. krewnym w linii bocznej) dopiero wtedy, gdy brak jest osoby wymienionej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta prawa tego nie chce lub nie może wykonać”.

możliwego do rozstrzygnięcia tylko na drodze sądowej, jeżeli przyjmujemy, że najbliżsi poprzez godne pochowanie zwłok realizują swoje osobiste dobro polegające na czczeniu pamięci zmarłego. Argument praktyczny przemawia za ustawowym wykluczeniem możliwości takiego konfliktu, o ile jest to możliwe, chociażby ze względu na czas trwania postępowania przed sądem, podczas którego żaden z uprawnionych nie mógłby prawa wykonać. Chociaż uniknięcie konfliktu nie zawsze jest możliwe np. gdy chodzi o równorzędnie uprawnionych zstępnych zmarłego. Wówczas interwencja sądu wydaje się nieunikniona, a jej podstawą wydaje się być art. 23 i 24 k.c., dotyczący dóbr osobistych i ich ochrony. Przepis określający prawo do pochowania zwłok, jak się wydaje, nie ustanawia obowiązku ich pochowania, na co wskazuje art. 10 ust. 2 i 3, w których określa się, co się dzieje ze zwłokami niepochowanymi przez osoby uprawnione. Osoby uprawnione mogą wykonać swe prawo do pochowania zwłok w sposób ściśle określony w ustawie o cmentarzach, wybierając jeden z wymienionych w art. 12 ustawy sposobów pochówku. Ustawa dopuszcza złożenie zwłok w grobie ziemnym, w grobie mурowanym, w katakumbach lub zatopienie w morzu. Wszystkie te możliwości dotyczą zarówno zwłok jak szczątków po spopieleniu, z tym, że tylko szczątki mogą być również złożone w kolumbarium. Zatopienie zwłok w morzu dotyczy wyłącznie osób zmarłych na statkach morskich znajdujących się na pełnym morzu, na co wskazuje art. 16 ustawy, szczególnie w zd. 2 ust. 1 – „W przypadkach, kiedy okręt może w przeciągu 24 godzin przybyć do portu objętego programem podróży, należy zwłoki przewieźć na ląd i tam pochować.” Naruszenie przepisów w zakresie miejsca pochówku, np. przez pochowanie zwłok we własnym ogrodzie lub przechowywanie urny z prochami w mieszkaniu, stanowi wykroczenie (art. 18 ustawy), a zarazem można żądać przeniesienia zwłok lub urny w miejsce wskazane w ustawie, jako usunięcie stanu bezprawnego i przywrócenie stanu pożądanego przez prawo. Wszystkie miejsca złożenia zwłok mogą znajdować się tylko na cmentarzach<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Osoby dokonujące pochówku mają przy tym swobodne prawo wyboru cmentarza. Prawo miejscowe nie może tego ograniczyć, ustanawiając dodatkowe kryteria, jakie muszą spełniać osoby bliskie zmarłemu, żeby dokonać pochowania zwłok na cmentarzu podlegającym władzom miejscowym. Zob. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 24 grudnia 2013 r. (NK-N.4131.129.45.2013. JW1). Także w miejscowościach, gdzie znajdują się tylko cmentarze wyznaniowe, z reguły rzymsko-katolickie, pochówek na nich musi zostać umożliwiony także osobom, które nie są członkami wspólnoty wyznaniowej na równych prawach.

Inaczej jest np. w prawie australijskim, gdzie prochy pozostałe po spopieleniu ciała pozostają w dyspozycji osoby, która dokonała (zorganizowała) spopielenia i ona właśnie może decydować o miejscu ich przechowywania<sup>7</sup>. Osoby uprawnione do pochowania zwłok nie mają prawa przekazania ich dla celów naukowych, wydaje się natomiast, że mogą wnosić do starosty o dokonanie przekazania. Przekazanie zwłok dla tych celów może nastąpić na wniosek uczelni, ale tylko decyzją starosty (por. art. 10 ust. 2 ustawy). Niewykonanie prawa pochowania zwłok przez uprawnione osoby i konieczność ich pochowania przez gminę właściwą ze względu na miejsce zgonu nie wyłącza możliwości dochodzenia zwrotu kosztów pochówku od osób uprawnionych na podstawie innych ustaw (art. 10 ust. 4 ustawy o cmentarzach). Zatem kolejność uprawnionych określona w art. 10 ust. 1 to zarazem najbardziej prawdopodobna kolejność pierwszeństwa zobowiązania do pokrycia kosztów pochówku, ale nie zobowiązania do zorganizowania samego pogrzebu. Gdzie należy szukać podstawy prawnej dochodzenia pokrycia kosztów pochówku poniesionych przez gminę? Prawo reguluje kwestię kosztów przy pochówkach osób uwięzionych<sup>8</sup> i cudzoziemców, zmarłych w strzeżonych ośrodkach lub w areszcie dla cudzoziemców<sup>9</sup>. Z pewnością, gdy pochówku dokonała gmina, wyłącznie jej przysługuje zasiłek pogrzebowy, jeżeli zmarły był osobą korzystającą z ubezpieczenia społecznego. Zasiłek pogrzebowy przysługuje bowiem osobie, która pokryła

---

Zob. art. 45 ust. 3 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego (Dz. U. Nr 29, poz. 154 ze zm.).

<sup>7</sup> Zob. Halsbury's Laws of Australia/350-4020.

<sup>8</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 7 lipca 2010 r. w sprawie sposobu postępowania ze zwłokami osób pozbawionych wolności w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz. U. Nr 123, poz. 839) w § 7 stanowi, że koszty pochówku więźnia pokrywa się z jego środków, a gdy ich nie ma albo są niewystarczające z budżetu zakładu karnego. Osoby bliskie, których krąg jest identyczny jak w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych zawiadamia się o śmierci więźnia i mogą one w ciągu 72 godzin od momentu śmierci zadecydować, że zorganizują pogrzeb na własny koszt (§ 2).

<sup>9</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 26 października 2010 r. w sprawie postępowania ze zwłokami cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydania (Dz. U. Nr 213, poz. 1405), § 7 stanowi, że koszty pogrzebu pokrywa się ze środków zmarłego cudzoziemca, a gdy ich nie posiada lub są one niewystarczające, koszty pokrywa się z budżetu. O śmierci cudzoziemca zawiadamia się osoby bliskie określone w art. 10 ustawy o cmentarzach, które mogą odebrać zwłoki w ciągu 14 dni od śmierci i pochować je na własny koszt.

koszty pogrzebu, w tym także m.in. gminie, która takie koszty pokryła<sup>10</sup>. W pozostałych przypadkach gmina może domagać się zwrotu poniesionych kosztów pogrzebu od spadkobierców zmarłego, których krąg może być zupełnie różny od osób wymienionych w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych jako uprawnionych do pochowania. Na podstawie art. 922 kodeksu cywilnego koszty pogrzebu spadkodawcy należą do długów spadkowych<sup>11</sup>.

Człowiek ma także w stosunku do własnego ciała bardzo ograniczone możliwości decydowania, co stanie się z nim po śmierci. I tak, może zadysponować nim do celu pobrania narządów dla celów medycznych w formie niezłożenia sprzeciwu (ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z 2005 r. – art. 5), może zadecydować na piśmie o użyciu ciała do celów naukowych – badawczych lub dydaktycznych (ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych – art. 10 ust. ale nie może ze skutkiem rzeczywiście zobowiązującym zadysponować o formie pochówku (grób ziemny, a jeżeli tak, to gdzie, czy kremacja). Tym bardziej nie może zadysponować co do formy pochowania zwłok nie przewidzianej w ustawie. Nie można także za życia skutecznie zmienić ustawowej kolejności osób uprawnionych do pochowania zwłok, którą to kolejność określa ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 r. (w art. 10 ust. 1). Umieszczenie takich dyspozycji w testamencie może mieć wyłącznie charakter moralnego zobowiązania określonej osoby do zorganizowania pogrzebu i zarazem moralnego zobowiązania innych wyprzedzających go w kolejności ustawowej do ustąpienia mu tego prawa, nie można natomiast takiego zobowiązania wyegzekwować. Nie można także za życia zadecydować o oddzieleniu po śmierci człowieka określonej części jego zwłok<sup>12</sup>. Zwłoki w żadnym więc wypadku nie stanowią własności osoby zmarłej, nawet w sensie dysponowania nimi na przyszłość<sup>13</sup>. Możliwość dysponowania

---

<sup>10</sup> Artykuły 78–80 ustawy z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1440). Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 15 października 2013 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

<sup>11</sup> Zob. J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1541 i n.

<sup>12</sup> Zob. S. Rudnicki, *Głosa do wyroku SN z dnia 20 września 2007 (II CSK 237/07)*, OSP 2008, nr 9, poz. 94.

<sup>13</sup> W tej kwestii SN w wyroku z 14 maja 1982 r. (IV CR 171/82), OSNC 1983, nr 1, poz. 12, orzekł, że „O miejscu i sposobie pochowania zwłok, a także o wyborze

ogranicza się w zasadzie do przekazania dla celów naukowych lub niesprzeciwieniu się pobraniu narządów do przeszczepów.

Także pozostałości zwłok (szczątki ludzkie) w postaci popiołu po kremacji nie stanowią niczyjej własności, a ustawa określa, co można z owymi prochami zrobić, to jest, gdzie mogą być przechowywane (złożone). Według prawa australijskiego tylko w jednym przypadku zwłoki uznaje się za własność – mianowicie, gdy pochowane są w gruncie należącym do jakiejś osoby, stanowią przedmiot własności właściciela gruntu<sup>14</sup>. Wynika z tego przede wszystkim, że nie można przenieść zwłok w inne miejsce bez zgody właściciela gruntu, w którym spoczywają. W świetle prawa polskiego wydaje się, że przepisy odnoszące się do pochowania zwłok, np. że ma to mieć miejsce na cmentarzu, mają pierwszeństwo przed prawem właściciela gruntu do decydowania o tym, czy pochowane na jego gruncie zwłoki mają być przeniesione gdzie indziej. Zwłoki ludzkie są również szczególnym przedmiotem ochrony prawa karnego. Szczególny charakter tej rzeczy wymaga traktowania jej w odpowiedni sposób. Nieodpowiedni sposób traktowania kodeks karny nazywa znieważeniem zwłok lub prochów ludzkich (art. 262 § 1 k.k.)<sup>15</sup> i umieszcza ten czyn pośród przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Umieszczenie przestępstwa w tym rozdziale wskazuje, że przedmiotem ochrony jest należące do porządku publicznego powszechne wymaganie szacunku dla zwłok ludzkich, niezależnie od tego, jakie jest jego pierwotne uzasadnienie. Różne źródła uzasadnienia wskazała A. Rybak<sup>16</sup>. Rozważania te doprowadziły autorkę

---

osoby, która ma się tym zająć, decyduje przede wszystkim pozostawiona wola zmarłego; dopiero gdy zmarły takich dyspozycji nie pozostawił, zajęcie się pogrzebem i podjęcie koniecznych w związku z tym decyzji należy do osób wymienionych w art. 10 ustawy z 31 stycznia 1959 o cmentarzach i chowaniu zmarłych”. Natomiast w wyroku z 6 listopada 1978 r. (IV CR 359/78), LEX nr 8145, SN orzekł, że „Wola osoby zmarłej, gdzie ma być pochowana ma znaczenie, jednakże wiążące tylko w płaszczyźnie moralnej i tym samym mogące mieć wpływ na ocenę, czy w razie kolizji ze strony uprawnionych do pochowania zwłok z art. 10 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych postępowanie uprawnionego w pierwszej kolejności nie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”. Kwestie te rozważa P. Księżak, *Skuteczność woli zmarłego co do jego pochówku i sprawowania kultu jego pamięci*, „Palestra” 2012, nr 9–10.

<sup>14</sup> Halsbury’s Laws of Australia/350-4020.

<sup>15</sup> Kto znieważa zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

<sup>16</sup> A. Rybak, *Prawnokarna ochrona zwłok ludzkich*, „Palestra” 2004, nr 1–2, s. 99 i n.

do wniosku, że pierwotnym źródłem zakazu jest „godność człowieka, która nie ustaje również po śmierci, a przetrwała się w szacunek i cześć należne ciału zmarłego człowieka i miejscu jego spoczynku”<sup>17</sup>. Jest to pogląd oparty na podejściu religijnym, autorka powołuje się zresztą dla jego uzasadnienia na *Katechizm Kościoła Katolickiego*<sup>18</sup>. Trudno przyjąć takie rozwiązanie na gruncie ściśle prawnym, bo w żadnym innym aspekcie prawnym godność człowieka zmarłego nie jest chroniona wprost, a tylko poprzez ochronę uczuć osób bliskich zmarłemu.

Części zwłok ludzkich, jak już wskazałam wyżej, powinny być traktowane na równi ze zwłokami, tzn. należy je pochować w sposób przewidziany prawem. Wiadomo zarazem, że części zwłok ludzkich, pochodzące z różnych okresów historycznych, są przechowywane w sposób niemający nic wspólnego z pochówkiem, jak go określa ustawa. Warto tu wspomnieć rozmaite relikwie, także pochodzące z ostatnich lat, jak krew czy ząb papieża Jana Pawła II, przechowywane w świątyniach, a nawet rozdawane różnym ludziom (m.in. kierowca rajdowy Robert Kubica otrzymał fiolkę z krwią papieża). Relikwią bywa nawet całe ciało ludzkie (świętego) przechowywane w rozmaitych świątyniach. Warto wspomnieć części oddzielane od ciała celem pochowania w określonych miejscach, np. niedawno serce proboszcza ze Świebodzina, złożone w ziemi u stóp pomnika – wielkiej figury Chrystusa Zbawiciela, nie wspominając już o faktach historycznych jak serce Chopina czy Piłsudskiego, oddzielone od ciała i pochowane gdzie indziej niż reszta ciała. Wiemy też, że części ciała ludzkiego jako eksponaty bywają przechowywane w instytutach medycznych nie tylko w celach dydaktycznych (np. mózg Lenina), a nawet jeszcze niedawno bywały eksponowane jako ciekawostki dla zabawienia ludzi<sup>19</sup>. Nie jest tajemnicą,

---

<sup>17</sup> A. Rybak, *Prawnokarna...*, s. 100.

<sup>18</sup> *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Warszawa 1994 – autorka przywołuje s. 522, więc paragrafy 2300 i 2301, z których brzmienia trudno jednak wywodzić tego rodzaju wnioski. Paragraf 2300: Ciała zmarłych powinny być traktowane z szacunkiem i miłością wypływającą z wiary i nadziei zmartwychwstania. Grzebanie zmarłych jest uczynkiem miłosierdzia względem ciała; jest uczczeniem dzieci Bożych, będących świątynią Ducha Świętego. Paragraf 2301: Sekcja zwłok może być moralnie dopuszczalna dla celów dochodzenia sądowego lub badań naukowych. Bezpłatne przekazywanie narządów po śmierci jest dopuszczalne i może zasługiwać na uznanie. Kościół zezwala na kremację zwłok, jeśli nie jest ona przejawem podważania wiary w zmartwychwstanie ciała.

<sup>19</sup> Warto tu przytoczyć wyrok SN Australii z 1908 r., *Doodeward v Spence*, 6 CLR 406, który rozważa przypadek sprzedaży eksponatu zwanego „dwugłowe dziecko”.



że ludzie (bywa, że studenci medycyny) przechowują czaszki, piszczele czy inne fragmenty szkieletów ludzkich, przede wszystkim dla zabawy (być może podkreślenia swego oswojenia ze zwłokami ludzkimi). Są to z reguły części starych szkieletów niezidentyfikowanych zwłok. Czy wszystkie te części zwłok ludzkich należałoby odebrać ich posiadaczom i pochować zgodnie z prawem? Czy w pewnych sytuacjach (relikwie) mamy do czynienia z pozaustawowym kontratypem, a jeżeli tak, to z czego mógłby wynikać?

Czy z prawa wynika wyraźnie zakaz posiadania części ludzkich zwłok w innym celu niż ich pochowanie? Jeżeli nie wynika, to zapewne posiadacze tych eksponatów są ich właścicielami. A jeżeli są właścicielami, to mogą je sprzedać, a inni mogą kupić. Szczególnie nie wydaje się to budzić wątpliwości, gdy mamy do czynienia z częściami ludzkiego ciała o niezidentyfikowanym pochodzeniu (stare czaszki czy piszczele), nic nie stoi na przeszkodzie by posiadacza uznać za ich właściciela. Nie można uznać tego rodzaju posiadania za znieważenie zwłok. Sprzedający, kupujący czy posiadający te części zwłok nie ma żadnego zamiaru zniewagi. Zatem trudno zaprzeczyć, że rzeczy tego rodzaju stanowią przedmiot własności, mogą być sprzedane, kupione, a kradzież ich będzie przestępstwem, jak każda kradzież rzeczy ruchomej.

Jak wobec tego ustalić granicę między wyżej omówionymi sytuacjami, a ciałem ludzkim, co do którego istnieje obowiązek pochowania zgodnie z prawem. Jeżeli nie przyjmujemy krańcowego rozwiązania, że każda część ciała ludzkiego, nawet gdy pochodzi z niezidentyfikowanych zwłok i od dawna jest w posiadaniu określonej osoby, powinna zostać pochowana zgodnie z ustawą o cmentarzach i chowaniu zmarłych, należy szukać jakiejś przesłanki dyferencjacji pozwalającej w pewnych przypadkach pozostawić części zwłok niepochowane.

Obowiązek pochowania zwłok dotyczy nie rodziny, a w polskim prawie gminy (art. 10 ust. 3 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 r.), jeżeli niepochowane zwłoki nie zostały (decyzją starosty) przekazane publicznej uczelni medycznej. Ciało wymagające

---

Dziecko urodziło się martwe około 1868 r. Przybyły już po porodzie dr Donahoe zabrał ciało dziecka do swego gabinetu jako rzecz kuriozalna. Po śmierci doktora w 1870 r. eksponat został sprzedany na aukcji za kwotę między 30 a 40 funtów. Sąd Najwyższy stwierdził, że nie istnieje prawo własności do zwłok istoty ludzkiej, a także do części oddzielonych od zwłok, a z tego wynika, że zwłoki nie mogą być przedmiotem obrotu. Apelujący od tego wyroku podnosili argumenty przemawiające za istnieniem prawa własności do zwłok i ich części.



pochowania jest rzeczą, ale nikt nie jest jego właścicielem. W polskim prawie brak takiej wyraźnej normy, chociaż nikt nie ma co do tego wątpliwości. Natomiast wyraźną normę co do tej sytuacji znajdujemy w prawie australijskim, w brzmieniu: Zwłoki ludzkie oczekujące na pochowanie nie stanowią przedmiotu własności, natomiast posiadający je zachowuje prawo posiadania ograniczone do celu pochowania<sup>20</sup>. Można je więc zabrać bezkarnie, nie będzie to kradzieżą, a znieważeniem zwłok byłoby tylko wtedy, gdy sprawca uczyni to z zamiarem znieważenia lub w sposób znieważający. Pochowanie zwłok przez osobę nieuprawnioną także nie mogłoby zostać potraktowane jako przestępstwo, jeżeli dokonano tego w sposób nieznieważający zwłok, chociaż w świetle prawa cywilnego byłoby to z pewnością naruszeniem dobra osobistego osób najbliższych w postaci prawa do pochowania zwłok. Zapewne również ustalone ustawą o cmentarzach pierwszeństwo osób bliskich do pochowania zwłok jest wyłącznie ich dobrem osobistym, i jako takie uzyskuje ochronę prawa cywilnego. Przechowywanie relikwii lub eksponatów będących częściami ciała ludzkiego jest formalnie wykroczeniem z ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>21</sup>. Zapewne przechowywanie i wystawianie na widok publiczny relikwii I stopnia<sup>22</sup> uznano za czyn społecznie nieszkodliwy (art. 1 kodeksu wykroczeń). Postępowanie w sprawach o wykroczenia nie rządzi się zasadą legalizmu ścigania, jak jest to w postępowaniu karnym, formalnie nie ma obowiązku ścigania wykroczenia, nawet gdy cechuje się ono szkodliwością społeczną. Te formalne względy nie załatwiają jednak kwestii akceptacji dla przechowywania w świątyniach relikwii, będących częściami ciała ludzkiego. Może zasadne byłoby posłużenie się szczególnym kontraktem, odwołującym się do przedmiotu kultu. Mogłoby to dotyczyć części zwłok przechowywanych od jakiegoś czasu jako relikwie, należących do osób otoczonych kultem świętego, które z tego powodu nie podlegałyby

---

<sup>20</sup> Halsbury's Laws of Australia/315-80 wymienia ciało ludzkie wśród rzeczy, które nie mogą być przedmiotem własności.

<sup>21</sup> Ustawa w art. 18 ogólnie określa, że naruszenie jej przepisów lub przepisów rozporządzeń wydanych na jej podstawie podlega karze aresztu lub grzywny, a orzekanie następuje w trybie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia.

<sup>22</sup> Relikwie I stopnia oznaczają ciało ludzkie lub jego części. Wyróżnia się następnie w doktrynie Kościoła Katolickiego relikwie II stopnia, czyli przedmioty, z którymi ciało świętego miało bezpośredni kontakt (np. szaty noszone za życia), i relikwie III stopnia, czyli przedmioty, które miały kontakt z przedmiotami używanymi za życia przez świętego.

obowiązkowi pochowania. Wymagałoby to zapewne pewnej dawności kultu. Trudno odnieść takie wyłączenie do sytuacji mających miejsce współcześnie i dotyczących zwłok osób właśnie zmarłych. Zwłoki te powinny być pochowane w całości, prawo nie daje możliwości oddzielenia od nich części, a gdyby takie zostały oddzielone po śmierci lub za życia, należy je pochować zgodnie z wymaganiami ustawy.

Chciałabym zająć się również kwestią przedmiotów „przynależnych do zwłok ludzkich”, szczególnie kwestią prawa własności do tych przedmiotów. Chodzić może zarówno o przedmioty stanowiące za życia człowieka istotną, chociaż nienaturalną, część ciała człowieka (np. użytych do zabiegów chirurgicznych płyt czy śrub wykonanych z cennych metali), jak i przedmiotów nałożonych na zwłoki po śmierci człowieka np. cennej biżuterii. Co do pierwszego rodzaju przedmiotów, można zawrzeć umowę w momencie zabiegu z ich użyciem, że pozostają własnością instytucji leczniczej i służą człowiekowi tylko za życia. Oznaczałoby to, że instytucja lecznicza ma prawo na mocy umowy wyjąć te przedmioty ze zwłok po śmierci człowieka. Powołanie się na taką umowę byłoby, jak się wydaje, wystarczającą podstawą do naruszenia integralności zwłok ludzkich. Byłoby trudniej, gdyby te kosztowne przedmioty, związane z ciałem, były sfinansowane z własnych środków zmarłego. Kwestia jest warta rozważenia szczególnie w kontekście masy spadkowej. Za życia człowiek mógłby takimi przedmiotami swobodnie dysponować, są jego własnością i nie stanowią naturalnych części ciała, którymi swobodnie dysponować nie można. Właściciel mógłby te przedmioty sprzedać za życia np. z zastrzeżeniem, że zostaną wyjęte z ciała po jego śmierci na użytek kogoś innego. Mógłby je również zapisać w testamencie. Nie wydaje się, że można byłoby zakwestionować taką transakcję lub zapis i nie dopuścić do wyjęcia przedmiotu ze zwłok. Oczywiście z zachowaniem należytego szacunku dla zwłok. Czy zatem mogliby zrobić to także spadkobiercy ustawowi z uzasadnieniem, że przedmiot należy do masy spadkowej? Wydaje się, że nie byłoby to bezprawne. Nie ma wątpliwości, że w momencie śmierci przedmiot związany z ciałem zmarłego stanowił jego własność. Stanowi zatem część masy spadkowej i spadkobiercy zgodnie mogą zdecydować by wyjąć go ze zwłok.

Trudniejsza prawnie byłaby kwestia cennych przedmiotów, np. biżuterii włożonej na zwłoki ludzkie po śmierci człowieka. Gdy chodzi o biżuterię lub inne cenne przedmioty używane przez zmarłego za życia,

wchodzą one niewątpliwie w skład spadku, zatem spadkobiercy mogą je zdjąć z ciała po śmierci spadkodawcy. Inaczej jest z biżuterią włożoną na zwłoki po śmierci człowieka, np. pierścieniem włożonym na rękę zmarłej przez narzeczonego. Przyjmijmy, że zamiarem wkładającego było pochowanie kobiety z owym pierścieniem na ręku. Czyją jest on własnością? Nie osoby zmarłej, bo włożony został na rękę zwłok, a osoba nieżyjąca nie jest zdolna do nabycia własności. Nie spadkobierców, bo nie był własnością zmarłego w chwili śmierci. Ten, kto pierścień na rękę zmarłej włożył z zamiarem, by ją z owym pierścieniem pochowano, wyzbył się własności. Pierścień nie jest również własnością ofiarodawcy. Jest to więc rzecz porzucona? Jak zatem w świetle prawa wyglądałaby sytuacja, gdyby ktoś zdjął ze zwłok ów cenny przedmiot? Z pewnością według prawa karnego byłoby to przestępstwo z art. 262 par. 2 k.k. (Kto ograbia zwłoki, grób lub inne miejsce spoczynku zmarłego, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8). Pozostaje pytanie, kto jest wówczas pokrzywdzonym, komu należy taki cenny przedmiot zwrócić. Można uznać, że, wkładając cenną rzecz na zwłoki ludzkie, właściciel wyzbył się posiadania, wówczas zgodnie z art. 180 k.c. byłoby to wyzbycie się własności rzeczy ruchomej<sup>23</sup>. Rozważana sytuacja nie jest wprawdzie typowym przypadkiem wyzbycia się własności, bowiem szczególna sytuacja powoduje, że rzeczy, mimo, że nie ma ona właściciela, nie można legalnie (bez naruszenia przepisu karnego o ograbieniu zwłok) objąć w posiadanie. Właścicielem rzeczy porzuconej staje się z zasady ten, kto ją obejmie w posiadanie samoistne (art. 181 k.c.). Czy więc mimo popełnienia przestępstwa ograbienia zwłok, sprawca stałby się właścicielem takiego cennego przedmiotu i nie byłoby osoby, która mogłaby prawnie domagać się jego zwrotu? Byłby to dość nieoczekiwany rezultat. Można również twierdzić, że jako przedmiot pochodzący z przestępstwa ograbienia zwłok przepada on na rzecz Skarbu Państwa (art. 44 k.k.).

---

<sup>23</sup> Por. J. Ciszewski (red.), *Kodeks...*, s. 315: „Z uprawnienia właściciela do rozporządzenia rzeczą (art. 140) wynika możliwość zrzeczenia się jej własności. Zrzeczenie się prawa własności rzeczy ruchomej następuje przez jej porzucenie z zamiarem wyzbycia się jej własności. Porzucenie rzeczy to wyzbycie się posiadania w sposób umożliwiający zawładnięcie nią każdemu. Aby doszło do utraty własności, oba te elementy muszą wystąpić łącznie. Zatem samo wyzbycie się posiadania rzeczy (np. na skutek szczególnych zdarzeń) bez zamiaru wyzbycia się jej własności nie wywołuje skutków prawnych przewidzianych w art. 180. Rzecz ruchoma, której właściciel skutecznie się zrzekł, staje się rzeczą niczyją”.

Nie można natomiast znaleźć podstawy, która pozwalałaby domagać się zwrotu rzeczy temu, kto ją włożył na zwłoki. Osoba ta, wobec faktu porzucenia rzeczy ruchomej poprzez włożenie jej na zwłoki ludzkie, nie może być pokrzywdzonym w rozumieniu kodeksu postępowania karnego (art. 49 k.p.k.), nie może domagać się zwrotu rzeczy, ani ponownego włożenia tej rzeczy na zwłoki. Pokrzywdzonym nie może być także osoba zmarła, z której zwłok przedmiot zdjęto, bowiem nie była właścicielem cennego przedmiotu, ani osoby jej najbliższe, bowiem ich pokrzywdzenie musi być związane z pokrzywdzeniem tej osoby.

Istnieje również obszerna i wielowątkowa problematyka związana z pobieraniem ze zwłok ludzkich organów do przeszczepów. Ona także wiąże się z prawem do zwłok ludzkich i chociaż ustawa<sup>24</sup> kwestię prawa do pobrania organów reguluje zupełnie jasno, wciąż rodzi to w praktyce bardzo wiele problemów, których analiza wykracza poza zakres tego opracowania. Problemy te, jak się wydaje, wynikają z głęboko zakorzenionego poczucia, że naruszenie integralności zwłok ludzkich jest naruszeniem dobra osobistego pozostałych przy życiu osób dla niego najbliższych. Drugim możliwym uzasadnieniem faktu, że lekarze, mimo braku zarejestrowanego sprzeciwu osoby zmarłej, konsultują z najbliższymi zmarłego możliwość pobrania ze zwłok narządów do przeszczepu, może być obawa oskarżenia ich o przedwczesne (nieuzasadnione) stwierdzenie śmierci pacjenta celem zapewnienia sobie możliwości pobrania narządów do przeszczepienia.

## **Streszczenie**

Zwłoki ludzkie w świetle polskiego prawa są rzeczą. Istnieją jednak daleko idące ograniczenia w dysponowaniu nimi. Prawo wymaga także szczególnego traktowania zwłok ludzkich, ustanawiając przestępstwo ich zbeszczeszczenia. Istotne znaczenie ma kwestia przeszczepów organów zmarłego. Artykuł zawiera też rozważania dotyczące własności przedmiotów nałożonych na zwłoki ludzkie, prawa do tych przedmiotów, a także pokrzywdzonego przestępstwem obrabowania grobu.

---

<sup>24</sup> Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.) opiera się na zasadzie domniemanej zgody zmarłego (braku sprzeciwu) na pobranie narządów do przeszczepu (art. 5).

Słowa kluczowe: zwłoki ludzkie, przeszczep od zmarłego dawcy, własność zwłok, pochówek.

### **Abstract**

A human corpse is considered an object under Polish law. However, there are substantial and far-reaching restrictions on its handling and disposal. The law also requires a particular treatment of human corpses, by instituting the concept of desecration as a crime. Another important issue is the matter of transplants of bodily tissue and organs of a deceased person. The article discusses the ownership of items placed on the human corpse, the right to these items, as well as the situation of the party injured by an act of grave-robbing.

Keywords: human corpse, transplant from a deceased donor, ownership of a human corpse, burial.

Grzegorz Gorczyński<sup>1</sup>

## Istota polecenia testamentowego i jego zaskarżalność<sup>2</sup>

### 1. Wprowadzenie

Jest wiele sposobów, za pomocą których człowiek daje wyraz temu, że „nie wszystek umrze” (łac. *non omnis moriar*). Artysta, architekt, pisarz, czy inny twórca pozostawia swoje dzieła. Rodzic pozostawia dzieci. Nie każdy jednak jest twórcą. Nie każdemu też jest dane mieć dzieci. Każdy może natomiast sporządzić testament. W ten sposób może wyrazić, że także *post mortem* chce wpływać na bieg spraw, w które był zaangażowany za życia, że nie chce spraw tych pozostawić przypadkowi, czy woli żyjących. Właśnie ten aspekt testamentu miał zapewne na myśli Marek Porcjusz Katon Starszy (234–149 r. p.n.e.), uważany za wzór obywatela rzymskiego, kiedy żałował, że choć jeden dzień pozostawał bez sporządzonego testamentu<sup>3</sup>.

Testament w prawnym znaczeniu tego słowa obejmuje rozrządzenie majątkiem na wypadek śmierci (por. art. 941 k.c.)<sup>4</sup>. Klasycznymi instrumentami pozostającymi do dyspozycji testatora są w tym zakresie:

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

<sup>2</sup> Niniejszy artykuł został opracowany na podstawie referatu, wygłoszonego podczas międzynarodowej konferencji naukowej „*Non omnis moriar*. Prawne zagadnienia pochówku, dóbr osobistych zmarłego, wybrane zagadnienia dziedziczenia oraz swoboda działalności funeralnej”, która odbyła się na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 21 listopada 2014 r.

<sup>3</sup> Była to jedna z trzech rzeczy, których ponoć miał żałować. Pozostałe dwie to: że kobiecie powierzył jakąś tajemnicę; że popłynął (łodzią) tam, dokąd mógł zająć pieszo, zob. Plutarch, *Żywoty sławnych mężów*, [http://katedra.uksw.edu.pl/biblioteka/plutarch\\_zywoty\\_slawnych\\_mezow.pdf](http://katedra.uksw.edu.pl/biblioteka/plutarch_zywoty_slawnych_mezow.pdf), s. 105

<sup>4</sup> Zob. zamiast wielu: S. Wójcik w: *System Prawa Cywilnego*. t. 4: *Prawo spadkowe*, red. J. Piątowski, Wrocław 1986, s. 370; S. Wójcik, F. Zoll w: *System Prawa Prywatnego*. t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 305.

powołanie spadkobiercy (spadkobierców; art. 959 k.c.), a także ustanowienie zapisów zwykłych (art. 968 k.c.), czy zapisów windykacyjnych (art. 981<sup>1</sup> k.c.). Nie każdy jednak pozostawia po sobie majątek, który zasługuje na odpowiednią troskę; niekiedy też ten aspekt spuścizny nie jest dla autora testamentu najważniejszy. Przykładowo Jan Paweł II w swoim testamencie wprost stwierdza: „Nie pozostawiam po sobie własności, którą należałoby zadysponować”<sup>5</sup>. Istnieją zresztą zamiary, których po prostu nie da się ująć w ramy powołania spadkobiercy, czy zapisu.

Realizacja niektórych przynajmniej takich zamiarów jest możliwa dzięki „poleceniu”. Polega ono, zgodnie z art. 982 k.c., na nałożeniu na spadkobiercę lub na zapisobiercę obowiązku oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem (art. 982 k.c.). W przypadku ustanowienia wykonawcy testamentu wykonanie polecenia należy też do obowiązków tego ostatniego (art. 988 § 1 k.c. *in fine*). Ilustracją dla podobnych dyspozycji spadkodawcy niech będą kolejne zdania testamentu Jana Pawła II, który poprosił wykonawcę swojego testamentu, by rozdał „wedle uznania” rzeczy codziennego użytku, którymi się posługiwał, polecił, by spalić osobiste notatki oraz poczynił określone wytyczne co do pochówku i grobu. Ta ostatnia dyspozycja zasługuje na uwagę choćby z tego powodu, że podobne wskazówki dość często są i od dawna były elementem sporządzanych testamentów. Kilka słów należy też poświęcić życzeniu papieża, by spalić jego notatki. Życzenie to nie zostało bowiem spełnione, a same notatki ukazały się drukiem na początku 2014 r.<sup>6</sup> Podzieliły w tym zakresie losy „Eneidy” Wergiliusza, czy wszystkich powieści Franca Kafki („Ameryka”, „Proces” i „Zamek”). Dzieła te, wbrew wyraźnym instrukcjom autorów, zachowano w myśl zasady, że „rękopisy nie płoną” choćby sobie tego życzył ich autor<sup>7</sup>. Przywołane przykłady pozwalają postawić pytanie o to, czy wszystkie życzenia zmarłego należy bezwzględnie wypełnić<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Testament Jana Pawła II, „Gość Niedzielny” z 17 kwietnia 2005 r., [http://katedra.uksw.edu.pl/filozofowie/testament\\_jp2.pdf](http://katedra.uksw.edu.pl/filozofowie/testament_jp2.pdf)

<sup>6</sup> Zob. K. Wojtyła, Jan Paweł II, *Jestem bardzo w rękach Bożych. Notatki osobiste 1962–2003*, Kraków 2014.

<sup>7</sup> Zob. A. Dębiński, „Rękopisy nie płoną”. *Profesor Stanisław Popławski i jego testament*, w: F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 47 i n.

<sup>8</sup> Nasze prawo nie zna normy odpowiadającej art. 482 ust. 3 kodeksu cywilnego szwajcarskiego, zgodnie z którym polecenia „nierozsądne” (niem. *unsinnig*) należy uważać za niezastrzeżone.



Problematyka polecenia budzi szereg wątpliwości i kontrowersji. Stąd zresztą jej podjęcie w niniejszym szkicu. Poruszone tu będą jednak – zgodnie z tytułem – jedynie wątki zasadnicze i to w odniesieniu do polecenia testamentowego<sup>9</sup>. Symboliczne jest przy tym, że jedna z kilku zaledwie prac szerzej omawiających instytucję polecenia w polskim prawie, to ostatnia praca Fryderyka Zolla (syna; młodszego; 1865–1948), która została opublikowana już po śmierci autora, na podstawie materiałów pośmiertnych. Autor traktował ją jako niedokończoną, wymagającą „wypolerowania”<sup>10</sup>.

## 2. Polecenie (*modus*) i jego współczesne odpowiedniki

Nie jest możliwe przedstawienie istoty polecenia testamentowego bez krótkiej choćby prezentacji rzymskiego *modus* (łac. *modus* to „sposób”; „sposób użycia”<sup>11</sup>). Na wyrost jest jednak stwierdzenie, że instytucję polecenia „znało już prawo rzymskie”<sup>12</sup>, czy tym bardziej, że „została ona ukształtowana już w prawie rzymskim”<sup>13</sup>. W prawie rzymskim trudno bowiem mówić o ukształtowanej instytucji, a raczej o poleceniu w sensie techniczno-prawnym<sup>14</sup>. Terminem *modus* określano mianowicie

<sup>9</sup> Polecenie może bowiem towarzyszyć także umowie darowizny – zob. art. 893–895 k.c.

<sup>10</sup> Zob. F. Zoll, *Polecenie obciążające osobę odnoszącą korzyść z czynności pod tytułem darmym*, „Przegląd Notarialny” 1948, nr 5 oraz notka redakcyjna na s. 387. Na temat polecenia testamentowego w naszym piśmiennictwie zob. zwłaszcza: B. Walaszek, *Polecenie testamentowe w polskim prawie spadkowym*, „Studia Cywilistyczne” 1961, t. 1; M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia testamentowe*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2, s. 71–76; M. Niedośpiał, *Swoboda testowania*, Bielsko-Biała 2003, s. 100–107. Na temat darowizny obciążonej poleceniem zob.: A. Kubas, *Umowa na rzecz osoby trzeciej*, Kraków 1976, s. 134–137; A. Oleszko, *Szczegółne konstrukcje umowy darowizny*, „Palestra” 1976, nr 10, s. 24–29; K.P. Sokołowski, *Darowizna z poleceniem a negotium mixtum cum donatione w praktyce notarialnej*, „Rejent” 2011, nr 4; L. Stecki, *Darowizna*, Toruń 1998, s. 61–75, 140–154; M. Wilejczyk, *Darowizna obciążona poleceniem*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 5. Na temat polecenia w ogóle zob. też: E. Jurczak, *Polecenie w polskim prawie cywilnym*, w: W. Borysiak (red.), *Prace z prawa cywilnego*, Warszawa 2010; P. Książak, *Żądanie wykonania polecenia*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 4.

<sup>11</sup> Por. R. Sohm, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego*, tłum. R. Taubenschlag, W. Kozubski, Warszawa 1925, s. 231.

<sup>12</sup> M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 71; M. Niedośpiał, *Swoboda testowania...*, s. 100. Podobnie B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 153.

<sup>13</sup> E. Jurczak, *Polecenie...*, s. 77.

<sup>14</sup> Zob. np.: W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2003, s. 166; R. Sohm, *The Institutes of Roman Law*, Oxford 1892, s. 140.

dodatkową klauzulę, zastrzeżenie, towarzyszące darowiznom czy rozrządzeniom testamentowym. Zgodnie z tą klauzulą beneficjent otrzymanej nieodpłatnie korzyści miał ją, jej wartość lub jej część, przeznaczyć na określone cele<sup>15</sup>, to jest spożytkować („zużyć”<sup>16</sup>), w określony przez darczyńcę, czy testatora „sposób”. Zakres obowiązków nakładanych w podobnych sytuacjach niekiedy wykraczał poza właśnie zaprezentowany „sposób użycia”<sup>17</sup>, w wyniku czego zastrzeżenie zwane *modus* oznaczało określoną „powinność”<sup>18</sup>, obowiązek spełnienia „pewnych świadczeń”<sup>19</sup>, dodawany do darowizn, testamentów, czy wyzwoleń. Darowiznę, zapis testamentowy, czy wyzwolenie dokonane z podobnym zastrzeżeniem określano jako uczynione „z zastrzeżeniem polecenia” (*sub modo*<sup>20</sup>; „pod klauzulą zwaną *modus*”<sup>21</sup>). Obywatele rzymscy szczególnie upodobali sobie zamieszczanie w testamentach dyspozycji dotyczących wystawienia pomnika nagrobnego, co z kolei rodziło pytania o zaskarżalność takich postanowień. Takich właśnie kwestii dotyczy szereg fragmentów Digestów justyniańskich<sup>22</sup>.

Odpowiedniki rzymskiego *modus* czy polskiego polecenia testamentowego można odnaleźć w wielu współczesnych systemach prawnych<sup>23</sup>, pod różnymi zresztą nazwami<sup>24</sup> i z różnymi skutkami. Jednak stwierdzenie, że „instytucja polecenia” jest znana „w zasadzie wszystkim

<sup>15</sup> Zob. np.: W.W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law. From Augustus to Justinian*, Londyn 1921, s. 337; R. Sohm, *The Institutes...*, s. 140; R. Sohm, *Instytucje...*, s. 231.

<sup>16</sup> Co do aktualności takiego ujęcia „polecenia” zob. np.: J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, Warszawa 1967, s. 300; B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 156.

<sup>17</sup> Por. R. Sohm, *Instytucje...*, s. 231.

<sup>18</sup> Por. Zoll, *Polecenie...*, s. 387.

<sup>19</sup> Por. J. Zielonacki, *Pandekta czyli wykład prawa prywatnego rzymskiego, o ile ono jest podstawą prawodawstw nowszych*, Kraków 1863, s. 685.

<sup>20</sup> „Kiedy zapis jest komuś przyznany, by z nim coś uczynić, na przykład wystawić pomnik testatorowi albo sfinansować jakieś prace, czy ucztę miejską albo oddać go lub część jego osobie trzeciej, taki zapis należy uważać za ustanowiony z zastrzeżeniem polecenia” (*Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur; Gaius, libro secundo de legatis ad edictum praetoris; D 35.1.17.4*).

<sup>21</sup> J. Zielonacki, *Pandekta...*, s. 683.

<sup>22</sup> Por. D. 10.2.4.8; D. 35.1.27; D. 35.1.17.4; D. 35.1.40.5.

<sup>23</sup> Zob. np. M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 71, 83; M. Niedośpiał, *Swoboda testowania...*, s. 100.

<sup>24</sup> Zob. np. F. Zoll, *Polecenie...*, s. 389.

współczesnym ustawodawstwom”<sup>25</sup> stanowi daleko idące uproszczenie. Należałoby raczej powiedzieć, że większość współczesnych ustawodawstw, podobnie zresztą jak kiedyś prawo rzymskie, bierze pod uwagę, że podobne dyspozycje znajdują się w sporządzanych testamentach (czy też są do testamentów dołączone) i próbuje stworzyć dla nich jakieś prawne ramy.

W tym miejscu godzi się wspomnieć, że polski termin „polecenie”, znakomicie oddający sens dyspozycji tradycyjnie obejmowanych opisywaną tu instytucją, jest całkowicie oryginalny. Nie jest bowiem tłumaczeniem ani z łaciny ani z żadnego innego języka obcego. Autorem tego terminu jest wspomniany wyżej Fryderyk Zoll (młodszy)<sup>26</sup>, który w ten sposób w swoim podręczniku z prawa zobowiązań (wydanie z 1945 r.)<sup>27</sup> nazwał instytucję uregulowaną w art. 362–363 i n. kodeksu zobowiązań<sup>28</sup>. Do polskiego języka prawnego termin „polecenie” został wprowadzony przez przepisy dekretu o prawie spadkowym z 1946 r.<sup>29</sup> (art. 135–136), a następnie konsekwentnie już przez k.c. z 1964 r. (art. 893–894 k.c.; art. 982–985 k.c.).

### 3. Polecenie (*modus*) a warunek (*conditio*)

W systematycznym wykładzie prawa rzymskiego polecenie (*modus*) przeważnie omawiane jest wspólnie z warunkiem (*conditio*) i terminem (*dies*), jako tzw. elementy dodatkowe czynności prawnych (podmiotowo istotne; *accidentalialia negotii*)<sup>30</sup>. Tak też czyni się niekiedy na tle

<sup>25</sup> M. Niedośpiiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 71; M. Niedośpiiał, *Swoboda testowania...*, s. 100.

<sup>26</sup> Zob. F. Zoll, *Polecenie...*, s. 389, który określił wymyślony przez siebie termin jako „neologizm”.

<sup>27</sup> Zob. F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa 1945, s. 36.

<sup>28</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598). Kodeks zobowiązań używał tu rozbudowanej, opisowej nazwy „spełnienie świadczenia obciążającego obdarowanego” (tak zatytułowany był rozdział III tytułu VII kodeksu, poświęconego umowie darowizny).

<sup>29</sup> Dekret z 8 października 1946 r. – Prawo spadkowe (Dz. U. Nr 60, poz. 328), dalej: dekret o prawie spadkowym z 1946 r.

<sup>30</sup> Zob. np.: K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001, s. 214; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, s. 163; W. Osuchowski w: W. Litewski, J. Sondel (red.), *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1986, s. 208; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992, s. 107–108; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2000, s. 39–40.

obowiązującego prawa polskiego<sup>31</sup>. Przy takiej prezentacji wskazuje się, czym różni się polecenie od warunku. A mianowicie: nie zawiesza ono skuteczności dyspozycji (jak warunek zawieszający), ani nie ogranicza jej skuteczności (jak warunek rozwiązujący)<sup>32</sup>. W szczególności w razie niedopełnienia nałożonej w ramach polecenia powinności, osoba obciążona poleceniem zasadniczo nie traciła statusu spadkobiercy, zapisobiercy, czy wyzwoleńca<sup>33</sup>.

Pozostając na płaszczyźnie prawa rzymskiego warto mieć jednak na uwadze, że jednym ze sposobów, by nadać poleceniom sankcję prawną, było potraktowanie polecenia jako zapisu ustanowionego pod warunkiem<sup>34</sup>. Zgodnie z takim ujęciem zresztą cesarz Antoninus w 211 r. nakazał, by polecenie zamieszczone w legatach (formalnych zapisach) i fideikomisach (nieformalnych prośbach o dokonanie przysporzenia majątkowego na rzecz określonej osoby<sup>35</sup>) traktować na równi z warunkiem<sup>36</sup>.

W tym kontekście warto zauważyć, że w prawie austriackim zasadniczo polecenie testamentowe (*Auftrag*) wywołuje skutki tożsame z warunkiem rozwiązującym. Zgodnie z § 709 kodeksu cywilnego austriackiego, „Jeżeli spadkodawca przeznaczają komuś spadek z zastrzeżeniem wykonania polecenia, uważa się polecenie za warunek rozwiązujący

---

<sup>31</sup> Zob. Z. Radwański w: *System Prawa Prywatnego*. t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2009, s. 282 i n.

<sup>32</sup> Zob. zamiast wielu R. Sohm, *Instytucje...*, s. 231.

<sup>33</sup> Zob. np. F. Longchamps de Bériér w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie...*, s. 331.

<sup>34</sup> Zob. F. Longchamps de Bériér w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie...*, s. 331. Por. D. 35.1.40.5, gdzie Julian przywołuje stanowisko Trabacjusza Testy, który miał zaproponować, aby polecenie skierowane do spadkobiercy, by ten zapłacił określoną kwotę Luciuszowi, Publiszowi i Korneliuszowi, by ci wystawili spadkodawcy nagrobek, potraktować jako zapis uczyniony na rzecz tych osób, pod warunkiem, że ci ustanowią zabezpieczenie odpowiadające jego wartości. Jednak Julian, podobnie jak Labeo i Prokulus na których się powołuje, odrzuca taką interpretację, wskazując że po prostu przekazane pieniądze miały być przeznaczone na wystawienie pomnika nagrobnego.

<sup>35</sup> Co do rozróżnienia między legatami i fideikomisami zob. np.: F. Longchamps de Bériér w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie...*, s. 325–326; W. Osuchowski, *Rzymskie prawo...*, s. 486; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie...*, s. 224–225.

<sup>36</sup> *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur* (C. 6.45.1).

a niewypełnienie polecenia pociąga za sobą utratę spadku”<sup>37</sup>. Z kolei prawo szwajcarskie jednolicie traktuje o poleceniach testamentowych i warunkach (*Auflagen und Bedingungen*), dołączonych do rozrządzeń testamentowych. Zgodnie z art. 482 ust. 1 kodeksu cywilnego szwajcarskiego, „Spadkodawca może do swoich rozrządzeń dołączyć polecenia i warunki, których wykonania, jak tylko rozrządzenie dojdzie do skutku, może się domagać każdy, kto ma w tym interes”<sup>38</sup>.

Trafnie przy tym zauważono, że także na tle polskiego prawa dopuszczalne jest ustanowienie zapisu zwykłego pod warunkiem rozwiązującym tzw. potestatywnym, który odpowiadałby treścią poleceniu<sup>39</sup>. Zastrzeżenie warunku nie może natomiast towarzyszyć powołaniu spadkobiercy (art. 962 k.c.)<sup>40</sup>, ani ustanowieniu zapisu windykacyjnego (art. 981<sup>3</sup> k.c.). Nasze prawo, inaczej niż prawo austriackie czy szwajcarskie, zna jednak polecenie, jako odrębne rozrządzenie testamentowe (obok powołania spadkobiercy, obu postaci zapisu i ustanowienia wykonawcy testamentu). Oznacza to, że *de lege lata* kwalifikacja polecenia jako dodatkowego zastrzeżenia umownego (*accidentalium negotii*) jest poprawna jedynie w odniesieniu do polecenia towarzyszącego umowie darowizny. Stąd zapewne, wbrew sugestiom F. Zolla<sup>41</sup>, polecenie jednak nie zostało ostatecznie uregulowane w ramach części ogólnej k.c. z 1964 r.

#### 4. Polecenie a zapis

Jak wyżej zauważono, prawo rzymskie знаło jedynie polecenie w sensie techniczno-prawnym. Nie wykształcił się *modus* jako odrębna instytucja prawna z tego prostego powodu, że w swoim historycznym rozwoju polecenie zostało wchłonięte przez zapis. W szczególności cesarz Gordian III w 240 r. zrównał w skutkach polecenie (jak i warunek

<sup>37</sup> *Hat der Erblasser jemandem einen Nachlaß unter einem Auftrage zugewendet; so ist dieser Auftrag als eine auflösende Bedingung anzusehen, daß durch die Nichterfüllung des Auftrages der Nachlaß verwirkt werden solle.*

<sup>38</sup> *Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat.*

<sup>39</sup> Tak słusznie M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 76; M. Niedośpiał, *Swoboda testowania...*, s. 106–107.

<sup>40</sup> Podobnie zresztą było na tle prawa rzymskiego, zgodnie z zasadą *semel heres, semper heres* (kto raz został spadkobiercą ten będzie nim zawsze) – zob. np. J. Zielonacki, *Pandekta...*, s. 683.

<sup>41</sup> Zob. F. Zoll, *Polecenie...*, s. 389.

potestatywny) z fideikomisem, przyznając we wszystkich tych przypadkach odpowiednią skargę<sup>42</sup>. Trzeba tu pamiętać, że same fideikomisy (nieformalne zapisy) były zaskarżalne już od czasów pierwszego cesarza (Augusta)<sup>43</sup>, a kodyfikacja justyniańska kończy proces zrównywania legatu i fideikomisu<sup>44</sup>. Świadczą o tym odpowiednie fragmenty Digestów<sup>45</sup> i Instytucji. W tych ostatnich odnaleźć można zresztą także uzasadnienie tej decyzji<sup>46</sup>. Franciszek Longschamps de de Bérier uznaje „absorbującą” polecenia przez fideikomis, za „dokonaną w słabym prawniczo stylu”; dodaje jednak, że taka ewolucja „wydaje się zupełnie naturalna”<sup>47</sup>. Co ciekawe, stan prawny znany z kodyfikacji justyniańskiej odwzorowuje częściowo obowiązujące prawo rosyjskie. Do wykonania polecenia testamentowego (*завещательное возложение*) o charakterze majątkowym (*имущественного характера*) nakazuje bowiem stosować przepis o wykonaniu zapisu testamentowego (*завещательный отказ*; art. 1139 ust. 2 kodeksu cywilnego rosyjskiego)<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> C. 6.45.2.1.

<sup>43</sup> Zob. zamiast wielu: F. Longchamps de Bérier w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie...*, s. 325; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie...*, s. 225.

<sup>44</sup> Przy okazji zrównano w skutkach wszystkie rodzaje zapisów, to jest zapis windykacyjny, damnacyjny, *legatum aut sinendi modo* oraz *legatum per praeceptionem* – zob. I. 2.20.2.

<sup>45</sup> Prawdopodobnie aby nadać tej decyzji większy autorytet, w Digestach przywołuje się cytaty z komentarza do edyktu Ulpiana (Ulpian żył ponad dwieście lat wcześniej), w myśl którego „pod każdym względem zrównane są legaty i fideikomisy” (*per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*). Nie jest przy tym jasne, czy Ulpian w ten sposób wypowiedział się na tle *lex Falcidia*, czy też na temat interdytu *Quod legatorum* – zob. J.L. Barton, *Gentilis and the interpretatio duplex*, w: A.D.E. Lewis, J. Ibbetson (red.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge 1994, s. 112.

<sup>46</sup> „Bowiemy gdy odkryliśmy, że starożytność ograniczała legaty ścisłymi przepisami, pobrażając zaś bardzo obszernej naturze fideikomisów, które wywodziły się raczej z woli zmarłego, uznaliśmy za konieczne zrównać wszystkie legaty z fideikomisami, aby nie było żadnej między nimi różnicy” (*Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis per hoc crescat fideicommissi natura*; I. 2.20.3).

<sup>47</sup> Zob. F. Longchamps de Bérier w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie...*, s. 331.

<sup>48</sup> *К завещательному возложению, предметом которого являются действия имущественного характера, соответственно применяются правила статьи 1138 настоящего Кодекса.*



Wbrew tendencjom rozwojowym prawa rzymskiego, szereg współczesnych ustawodawstw przyznaje poleceniu odrębność i to nie tylko terminologiczną. Dotyczy to przykładowo prawa niemieckiego (*Auflage*; § 1940, 2192–2196 kodeksu cywilnego niemieckiego), którego tropem podążył nasz ustawodawca najpierw w art. 135–136 prawa spadkowego z 1946 r., a następnie w art. 982–985 k.c., a także ustawodawca holenderski (art. 4:130 kodeksu cywilnego holenderskiego). We wszystkich wskazanych porządkach prawnych polecenie ukształtowane jest niejako w opozycji do zapisu rodzącego skutki obligacyjne (rzymski *legatum per damnationem*), nazwanego przez polskiego ustawodawcę (dla odróżnienia od zapisu windykacyjnego), „zapisem zwykłym” (art. 968 § 1 k.c.). Prawo holenderskie wprost definiuje zresztą polecenie (*testamentaire last*) jako „rozrządzenie testamentowe, którym testator nakłada na spadkobiercę lub zapisobiercę obowiązek inny niż zapis”<sup>49</sup> (art. 4:130 kodeksu cywilnego holenderskiego).

Aby ustalić istotę polecenia testamentowego w prawie polskim, niemieckim, czy holenderskim, trzeba zatem przedstawić istotę zapisu zwykłego. Jest nią spowodowanie, by spadkobierca, ewentualnie zapisobierca, stał się dłużnikiem zapisobiercy co do spełnienia określonego przez testatora świadczenia majątkowego na rzecz zapisobiercy, który staje się wierzycielem co do tego świadczenia (art. 968 § 1 k.c., § 2147 w zw. z § 1939 kodeksu cywilnego niemieckiego). W prawie holenderskim wprost jest mowa o tym, że przez zapis przyznaje się zapisobiercy „roszczenie o wykonanie zobowiązania”<sup>50</sup> wobec spadkobierców lub zapisobierców” (art. 4:117 ust. 1 kodeksu cywilnego holenderskiego). Prawo holenderskie najwierniej oddaje zatem sens rzymskiego legatu damnacyjnego (*legatum per damnationem*; od *damnas esto* – niech będzie zasądzonym<sup>51</sup>). Dla odmiany istotą polecenia jest – jak to ujmuje § 1940 kodeksu cywilnego niemieckiego – „nałożenie obowiązku świadczenia bez przyznania drugiemu prawa żądania tego świadczenia”<sup>52</sup>. Polski kodeks cywilny ujmuje to zwięźle, definiując polecenie jako nałożenie na

<sup>49</sup> *Een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen of aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen een verplichting oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat.*

<sup>50</sup> *Een vorderingsrecht toekent.*

<sup>51</sup> Por. F. Longchamps de Bériér w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie...*, s. 321.

<sup>52</sup> *Zu einer Leistung verpflichten Ohne anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden.*



spadkobiercę lub zapisobiercę „obowiązku oznaczonego działania lub zaniechania”<sup>53</sup>, „nie czyniąc nikogo wierzycielem”.

Nie wszyscy właściwie rozumieją tę prostą formułę. Tymczasem, jak trafnie to ujął Fryderyk Zoll (młodszy) prawie 70 lat temu, w istocie chodzi tu o to, czy powinności nałożone przez testatora dadzą się zakwalifikować jako „świadczenie”, którego wierzyciel może żądać od dłużnika. W razie odpowiedzi twierdzącej mamy do czynienia z zapisem; w razie odpowiedzi przeczącej – z poleceniem<sup>54</sup>. W związku z powyższym można mieć poważne wątpliwości co do tego, czy istotnie zakresy zastosowania zapisu i polecenia w polskim prawie spadkowym się krzyżują, czy wręcz, że przedmiotem polecenia może być świadczenie, które może być przedmiotem zapisu<sup>55</sup>.

## 5. Polecenie testamentowe a życzenia wiążące tylko moralnie

W wypowiedziach, które na temat polecenia testamentowego można odnaleźć w polskim piśmiennictwie, dość powszechnie odróżnia się „polecenie” od rad, życzeń, zaleceń, z których wynikają dla spadkobiercy lub zapisobiercy wyłącznie obowiązki moralne<sup>56</sup>. Wypowiedziom tym nie towarzyszy jednak z reguły poważniejsza refleksja nad kryterium owego rozróżnienia. Co więcej, konsekwencją takiego ujęcia jest dość arbitralny i nietrafny sąd, że „nie są [...] rozrządzeniami zamieszczone nawet w testamencie dyspozycje spadkodawcy dotyczące np. jego pogrzebu”<sup>57</sup>. Gdzie indziej można natomiast przeczytać, że „jedynie w przypadku, gdy polecenie ma na celu wyłącznie korzyść obciążonego

<sup>53</sup> W § 1940 kodeksu cywilnego niemieckiego jest mowa, (podobnie zresztą jak była mowa we wzorowanym nań art. 135 prawa spadkowego z 1946 r.) o „świadczeniu”. Por. krytykę F. Zolla posłużenia się tu pojęciem „świadczenia” – F. Zoll, *Polecenie...*, s. 390, 392. Krytyka ta zaważyła, jak się wydaje, na ostatecznej redakcji art. 893 k.c. oraz art. 982 k.c.

<sup>54</sup> Zob. F. Zoll, *Polecenie...*, s. 393.

<sup>55</sup> K. Osajda w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2013, s. 646, 648, 656. Podobnie J.S. Piątoski, B. Kordasiewicz, *Prawo spadkowe...*, s. 141.

<sup>56</sup> Zob. np.: P. Księżak, *Żądanie wykonania...*, s. 51–52; M. Niedościał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 75; M. Niedościał, *Swoboda testowania...*, s. 104; B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 156; F. Zoll, *Polecenie...*, s. 388.

<sup>57</sup> S. Wójcik w: *System...*, s. 179. Odmienne, trafne, stanowisko zaprezentował Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 23 lutego 2006 r. (I ACa 890/05), OSA 2008 nr 2, poz. 14c, s. 73. Zob. też głosę do tego wyroku M. Niedościała, OSA 2010, nr 1, s. 65, a także S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999, s. 50 i n.

poleceniem, wynika z niego powinność o charakterze jedynie moralnym<sup>58</sup>. Ta ostatnia wypowiedź utożsamia wyłącznie moralny wymiar obowiązku wynikającego z polecenia z jego niezaskarżalnością, o której stanowi *expressis verbis* art. 985 § 1 zd. 1 k.c.

Pierwotnie w prawie rzymskim polecenia, jako prośby testatora niespełniające wymagań formalnych, odnoszących się do legatów, były niezaskarżalne<sup>59</sup>. Także wedle stanu prawnego ukształtowanego przez *Corpus Iuris Civilis* nie każde polecenie mogło być przymusowo wykonane. Dowodzi tego choćby następujący cytat z Pomponiusza, który odnaleźć możemy w Digestach: „to co jest zawarte w testamencie, a co odwołuje się jedynie do woli i powagi testatora nie tworzy zobowiązania”<sup>60</sup>. Warto jednak zauważyć, że przywołany fragment Digestów zawiera obszerniejszą wypowiedź Pomponiusza, który podaje przykład ustanowienia jedynego spadkobiercy, któremu polecono wydanie określonej sumy pieniędzy na wzniesienie nagrobka. Jurysta wskazuje dalej, że sytuacja wyglądałaby zupełnie inaczej, gdyby istniał współspadkobierca, który mógłby domagać się wykonania polecenia (w ramach tzw. skargi działowej – *actio familiae erciscundae*)<sup>61</sup>. Warto mieć na uwadze, że prawna ocena przedstawionego przykładu wygląda podobnie także na tle obowiązującego prawa polskiego. Gdy bowiem nie ma współspadkobiercy, ani wykonawcy testamentu, a polecenie nie ma na celu interesu społecznego, nikt nie może domagać się jego wypełnienia<sup>62</sup>.

Z pewnością są jednak dyspozycje testamentowe, które trudno uznać za polecenia w sensie prawnym. Przykładowo, zanim Jan Paweł II zajął się w swoim testamencie kwestiami „ziemskimi”, poruszył kwestie innej natury. „Wszystkim” podziękował i prosił o przebaczenie, a także poprosił o modlitwę. Właśnie takie „dyspozycje” można uznać za zalecenia o charakterze moralnym, podobnie zresztą jak życzenia spadkodawcy, które nie mogą być uznane za polecenie testamentowe ze względu na niezachowanie wymagań formalnych<sup>63</sup>. Gdy życzenia, czy zalecenia,

<sup>58</sup> S. Wójcik, F. Zoll w: *System...*, s. 418.

<sup>59</sup> Brak było bowiem skargi o wykonanie polecenia – zob. np.: W. Osuchowski, *Rzymskie prawo...*, s. 443; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie...*, s. 109.

<sup>60</sup> *In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt* (D.33.1.7).

<sup>61</sup> Zob. też D. 10.2.44.8.

<sup>62</sup> Por. B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 169.

<sup>63</sup> Por. stan faktyczny wyżej powołanego wyroku SA w Warszawie z 23 lutego 2006 r. (I ACa 890/05).

zawarte są w ważnym testamencie, należy zasadniczo traktować je jako polecenie testamentowe. Wymagają tego choćby szczególne dyrektywy wykładni testamentu, wynikające z art. 948 § 1–2 k.c. Zgodnie z tymi dyrektywami, „testament należy tak tłumaczyć, ażeby zapewnić możliwie najpełniejsze urzeczywistnienie woli spadkodawcy”, a „jeżeli testament może być tłumaczony rozmaicie, należy przyjąć taką wykładnię, która pozwala utrzymać rozrządzenia spadkodawcy w mocy i nadać im rozsądną treść”.

## 6. Zaskarżalność obowiązku wynikającego z polecenia testamentowego

Kontrowersje w naszym piśmiennictwie i judykaturze wzbudza możliwość przymusowej realizacji obowiązku wynikającego z polecenia, w tym polecenia testamentowego. Wydaje się, że zgłaszane w tym zakresie wątpliwości są całkowicie nieuzasadnione. Można wręcz uznać, że wynikają one z mniejszych lub większych nieporozumień. Prezentując kwestię zacząć wypada od wypowiedzi Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu postanowienia z 19 kwietnia 2002 r.<sup>64</sup>, stwierdził, że wprawdzie określony w art. 985 k.c. krąg osób może żądać wypełnienia polecenia<sup>65</sup>, tym niemniej „podmioty te nie mogą skorzystać z przymusu państwowego w celu zmuszenia obciążonego do takiego zachowania się”<sup>66</sup>. Orzeczenie to zasłużenie spotkało się z krytyką w piśmiennictwie<sup>67</sup>. W ślad za przywołaną wypowiedzią Sądu Najwyższego w piśmiennictwie

<sup>64</sup> Postanowienie SN z 19 kwietnia 2002 r. (III CZP 19/02) „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2002, nr 4, s. 11.

<sup>65</sup> Zgodnie z przywołanym przepisem, „Wykonania polecenia może żądać każdy ze spadkobierców, jak również wykonawca testamentu, chyba że polecenie ma wyłącznie na celu korzyść obciążonego poleceniem. Jeżeli polecenie ma na względzie interes społeczny, wykonania polecenia może żądać także właściwy organ państwowy”.

<sup>66</sup> Sąd Najwyższy przyjął też, że „stosunek łączący obdarowanego obciążonego poleceniem oraz osobę odnoszącą korzyść z tego polecenia, ma charakter zobowiązania naturalnego”. Wypowiedź SN wprawdzie miała jako swój kontekst polecenie przy darowiznie, tym niemniej zaznaczono tam, że odnosi się ona do obu poleceń.

<sup>67</sup> Zob.: P. Księżak, *Żądanie...*, s. 55 i n.; E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Tom 5*, Warszawa 2012, LEX/el., notka 2 do art. 982 oraz notka 1 do art. 985; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2014, Legalis, notka 4 do art. 985; K.P. Sokołowski, *Darowizna...*, s. 55, 56; S. Wójcik, F. Zoll w: *System...*, s. 417–418. Aprobująco jednak E. Jurczyk, *Polecenie...*, s. 136 oraz, jak się wydaje, M. Wilejczyk, *Darowizna...*, s. 73 (autorka uznaje uprawnienie do żądania wypełnienia polecenia za „niezaskarżalne roszczenie”).

skonstatowano jednak, że szereg autorów – komentatorów kodeksu cywilnego – odrzuca możliwość wymuszenia obowiązku objętego treścią polecenia testamentowego w drodze postępowania egzekucyjnego<sup>68</sup>. Problem w tym, że jest to nieprawda. W literaturze odnoszącej się do polecenia testamentowego możliwość przymusowej realizacji obowiązku objętego poleceniem zasadniczo nigdy nie została zakwestionowana, a w każdym razie nie przez przywołanych przez autorkę. Franciszek Błachuta, Józef Kremis i Elżbieta Skowrońska-Bocian<sup>69</sup> wypowiadają się jedynie przeciwko temu, by z odpowiednim żądaniem wystąpiła osoba wprowadzie wymieniona w art. 985 k.c. (głównie: spadkobierca), jednakże mająca odnieść korzyści z wykonania polecenia<sup>70</sup>.

W swojej wypowiedzi na temat polecenia testamentowego Michał Niedośpiał zasugerował, że do istoty polecenia należy to, że „osoba, na rzecz której uczyniono polecenie, nie może żądać jego wykonania”<sup>71</sup>. Opierając się na przedstawionym wyżej rozumieniu polecenia w prawie polskim, trzeba uznać, że wypowiedź ta wynika z niewłaściwego postrzegania instytucji polecenia. Gdy określony obowiązek, to jest określone działanie albo zaniechanie, jest uczynione w interesie określonej, konkretnej osoby, mamy raczej do czynienia z zapisem niż z poleceniem, ze wszystkimi tego konsekwencjami<sup>72</sup>. Stąd, jak się wydaje, nietrafne jest przykładowo dość powszechne kwalifikowanie nałożonego w testamencie obowiązku roztoczenia pieczy nad określoną osobą jako polecenia<sup>73</sup>. Rzecz w tym, że osoba ta może zostać z powodzeniem uznana za wierzyciela, a co za tym idzie sama dyspozycja testamentowa – za

<sup>68</sup> M. Wilejczyk, *Darowizna...*, s. 72.

<sup>69</sup> F. Błachuta w: J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, Warszawa 1972, s. 1904; J. Kremis w: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis, notka 4 do art. 985 k.c.; E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński w: J. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki*, Warszawa 2013, LexPolonica, notka 3 do art. 985 k.c.

<sup>70</sup> Odmienne jednak, trafnie, E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, notka 3 do art. 985; K. Osajda w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*, s. 668; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, notka 11 do art. 982 oraz notka 4 do art. 985; P. Księżak, *Żądanie...*, s. 55; S. Wójcik, F. Zoll w: *System...*, s. 418.

<sup>71</sup> M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 72; M. Niedośpiał, *Swoboda testowania...*, s. 101.

<sup>72</sup> Por. F. Zoll, *Polecenie...*, s. 393.

<sup>73</sup> Tak np. B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 155; M. Wilejczyk, *Darowizna...*, s. 68; S. Wójcik w: *System...*, s. 264; S. Wójcik, *Podstawy prawa spadkowego*, Warszawa 2002, s. 80; S. Wójcik, F. Zoll w: *System...*, s. 420.

zapis zwykły. Kontekst wypowiedzi M. Niedośpiała sugeruje przy tym, że ma ona walor ogólniejszy, prawnoporównawczy, to znaczy, że ujęcie wykluczające dochodzenia wykonania polecenia przez jego potencjalnego beneficjenta (czy beneficjariusza) jest wspólne tym wszystkim systemom prawnym, które znają instytucję polecenia. W tym jednak aspekcie wypowiedź ta nie odpowiada prawdzie. Wystarczy tu przywołać art. 1139 ust. 3 k.c. rosyjskiego, który prawo domagania się wypełnienia polecenia przyznaje *expressis verbis* „zainteresowanym stronom” (*зaintересованные лица*), czy art. 482 k.c. szwajcarskiego, który prawo takie przyznaje „każdemu, kto ma w tym interes” (*jedermann der an ihnen ein Interesse hat*).

Jak się wydaje, wątpliwości co do zaskarżalności obowiązku wynikającego z polecenia testamentowego wynikają z nie dość refleksyjnego podejścia do wypowiedzi takich autorów jak F. Zoll, który pisał, że powinność wynikająca z polecenia testamentowego „nie może być (...) w zwykły sposób wyegzekwowana sądownie”<sup>74</sup> czy zwłaszcza B. Walaszka, który – bez dostatecznych ku temu podstaw – pisał, że polecenie testamentowe „jest swoistą instytucją prawa spadkowego o łagodniejszych rygorach niż zapis”<sup>75</sup>. Rzecz jednak nie w „łagodniejszym rygorze”, a w braku wierzyciela, który mógłby na drodze sądowej dochodzić wykonania polecenia. Wierzyciela przy poleceniu po prostu nie ma, bo polecenie ma na względzie wyłącznie interes nieżyjącego już spadkodawcy: jak typowa dyspozycja co do pogrzebu czy nagrobka, dalszego losu jego ukochanego zwierzęcia<sup>76</sup>, czy interes niezidentyfikowany podmiotowo, jak „ubodzy”, czy „dobroczynność”, ewentualnie „wyłącznie interes zobowiązanego” (por. art. 985 zd. 1 k.c. *in fine*). Może być też tak, że powinność, będąca przedmiotem polecenia, nie jest określona dość wyraźnie, w związku z czym nie może być uznana za „świadczanie”, które przecież powinno być „oznaczone” (a przynajmniej: dające się oznaczyć)<sup>77</sup>. Powinność, będąca przedmiotem polecenia, może

<sup>74</sup> F. Zoll, *Polecenie...*, s. 387.

<sup>75</sup> B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 169.

<sup>76</sup> Por. wyraźną normę w tym zakresie w art. 1139 ust. 3 kodeksu cywilnego rosyjskiego, w art. 482 ust. 4 kodeksu cywilnego szwajcarskiego oraz w art. 629 k.c. włoskiego.

<sup>77</sup> Zob. zamiast wielu T. Dybowski, A. Pyrzyńska w: *System Prawa Prywatnego*. t. 5: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 202. Ten akurat aspekt polecenia można wyjaśnić, przyjmując, że osoba która dochodzi wykonania polecenia może je sprecyzować co do treści.

też mieć – w odróżnieniu od powinności będącej przedmiotem zapisu (por. art. 968 § 1 k.c.) – charakter niemajątkowy<sup>78</sup>.

W braku wierzyciela, który mógłby wytoczyć pozew o wykonanie obowiązku, prawna instytucja „polecenia” opiera się na przyznaniu ściśle określonym osobom prawa wytoczenia powództwa. Zaskarżalność polecenia należy przy tym do jego istoty, jako instytucji prawnej, zgodnie z historycznym rozwojem tej instytucji. Poglądy negujące tę zaskarżalność są głoszone całkiem *contra legem*<sup>79</sup>. Dotyczy to także sytuacji, gdy żądający ma (może) odnieść korzyści z wykonania polecenia. Przepis art. 985 k.c. przyznaje określonym osobom prawo domagania się wykonania polecenia, nie uzależniając tego prawa od tego, czy mają one jakikolwiek interes w jego wypełnieniu – *lege non distunguente, nec nostrum distinguere*. Warto odnotować, że także w prawie rzymskim nie widziano przeszkód, by z żądaniem wykonania polecenia wystąpiła osoba odnosząca z niego korzyść. Przeciwnie, w takim właśnie wypadku dopuszczano zwykłą skargę o wykonanie polecenia<sup>80</sup>. Stąd zresztą definicja rzymskiego polecenia testamentowego J. Zielonackiego, jako zobowiązania dziedzica „do spełnienia pewnych świadczeń, do których wykonania tenże zniewolonym być może, bądź przez tego, na czyją korzyść *modus* dołączony został<sup>81</sup>, bądź przez magistraturę<sup>82</sup>, bądź wreszcie przez współsukcesora”<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Zob. np.: M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 72; M. Niedośpiał, *Swoboda testowania...*, s. 101; K. Osajda w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*, s. 656; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, notka 3 do art. 982; J. S. Piątowski, B. Kordasiewicz, *Prawo spadkowe...*, s. 141; B. Walaszek, *Polecenie...*, s. 164; S. Wójcik, F. Zoll w: *System...*, s. 419. Odrębną kwestią jest, czy trafnie zakres zastosowania zapisu zwykłego ograniczony jest w k.c. do świadczeń majątkowych.

<sup>79</sup> Podobnie P. Księżak, *Żądanie...*, s. 61.

<sup>80</sup> Por. przywołany przez Ulpiana (komentarz do edyktu, księga XIX; D.10.2.18.3.), który powołuje się na Pomponiusza, przykład polecenia, którego treścią było wystawienie rodzinnego grobowca. Jak stwierdza jurysta, skoro wykonanie polecenia leży w interesie spadkobierców, którzy będą mieli swoje prawo do grobu (choćby w tym sensie, że będą mieli gdzie być pochowani), każdy z nich może wystąpić z wyraźnym żądaniem wystawienia grobowca (a nie tylko w ramach skargi działowej – *actio familiae erciscundae*).

<sup>81</sup> Jako fideikomis - zob. np. R. Sohm, *Instytucje...*, s. 231–232.

<sup>82</sup> Gdy wykonanie polecenia leżało w interesie publicznym – zob.: F. Longchamps de Bériér w: W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie...*, s. 331; W. Litewski, *Rzymskie prawo...*, s. 167; W. Osuchowski, *Rzymskie prawo...*, s. 208, 496; R. Sohm, *Instytucje...*, s. 232.

<sup>83</sup> J. Zielonacki, *Pandekta...*, s. 685.



## Streszczenie

Polecenie testamentowe pozwala spadkodawcy realizować cele, których nie można osiągnąć za pomocą klasycznych rozrządzeń testamentowych, jakimi są ustanowienie spadkobiercy czy zapis testamentowy. Przedstawienie samej istoty polecenia jest niemożliwe bez odniesienia do prawa rzymskiego. W systematycznym wykładzie tego prawa polecenie (*modus*) przeważnie omawiane jest wspólnie z warunkiem i terminem, jako tzw. elementy dodatkowe czynności prawnych (*accidentalia negotii*). W historycznym rozwoju prawa rzymskiego *modus* został jednak wchłonięty przez zapis. Poważne kontrowersje w naszym piśmiennictwie i judykaturze wzbudza możliwość przymusowej realizacji obowiązku wynikającego z polecenia, w tym polecenia testamentowego. Wątpliwości w tym zakresie są jednak całkowicie nieuzasadnione, a poglądy negujące zaskarżalność polecenia głoszone są *contra legem*. Przecież art. 985 k.c. przyznaje określonym osobom prawo żądania wypełnienia polecenia. Zaskarżalność polecenia należy przy tym do jego istoty, jako instytucji prawnej.

Słowa kluczowe: polecenie testamentowe; zaskarżalność polecenia testamentowego.

## Abstract

Testamentary burden enables the testator to realize objectives impossible to realize with help of traditional testamentary dispositions as appointment of heir or legacy. Depiction the essence of the testamentary burden is impossible without reference to Roman law. In systematic exposition of the Roman law testamentary burden (*modus*) is mostly presented commonly with condition and term, as the so called additional dispositions of legal acts (*accidentalia negotii*). In historical development of Roman law *modus* was however taken over by legacy. Enforceability of testamentary burden is highly controversial in Polish legal writing and judicature. However any doubts it this matter are ungrounded. Statements denying enforceability of testamentary burden can be simply evaluated as being *contra legem*. After all, art. 985 Polish



Civil Code allows for particular persons to demand the performance of a burden. Enforceability of testamentary burden is thus element of its nature as legal institution.

Keywords: testamentary burden; enforceability of testamentary burden.

Łukasz Goździaszek<sup>1</sup>

## Likwidacja tożsamości na portalu społecznościowym

### 1. Tożsamość internetowa

Internet jest wykorzystywany jako narzędzie komunikacji interpersonalnej. Jest również źródłem informacji na tyle obszernym, że odnalezienie konkretnych danych często stanowi problem. Zjawiskiem swoistym dla Internetu są portale społecznościowe. Łączą ze sobą zagadnienie relacji pomiędzy ludźmi oraz problematykę informacyjną. Tym samym portale społecznościowe odgrywają obecnie istotną rolę w cyberprzestrzeni. Jednocześnie świat wirtualny ma coraz większe znaczenie dla niemałej grupy ludzi.

Portale społecznościowe oferują różnego rodzaju funkcjonalności, w tym tworzenie grup znajomych i wzajemne wymienianie się informacjami w ramach tej grupy. Są to zarówno informacje na temat bieżących wydarzeń, ale też różnego typu utwory, w szczególności tworzone przez uczestników takiej grupy. Grupy znajomych czasami są na tyle liczebne, że samo pojęcie „znajomego” nabiera nowego znaczenia. Nie muszą to być osoby, z którymi faktycznie miało się styczność w świecie rzeczywistym, lecz osoby, które w pewien sposób są interesujące, podziwiane lub po prostu są to osoby, o których życiu posiada się spory zasób wiedzy i traktuje się je jako element swojej codzienności. W takim stanie rzeczy portale społecznościowe tworzą zorganizowaną strukturę, rozumianą jako obszar cyberprzestrzeni, ale też jako sferę, w ramach której funkcjonują konkretne osoby. Zarejestrowanie się na portalu społecznościowym (założenie konta) to wejście w wirtualny obszar. Konkretna osoba może w takiej przestrzeni dokonywać szeregu czynności, które są dość zbliżone do działań w realnym świecie.

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Wrocławski.

Problematyka poruszana na tle portali społecznościowym jest w znacznej mierze uniwersalna również dla innych zjawisk w cyberprzestrzeni. Szczególnie dotyczy to wirtualnych światów w grach komputerowych<sup>2</sup>. Jednak, jak się wydaje, w żadnym innym przypadku tak kluczowej roli nie odgrywa identyfikacja użytkownika i korelacja jego tożsamości internetowej ze światem pozawirtualnym.

Do elementów pozwalających wyróżnić tożsamości, przy ograniczeniu się do atrybutów zewnętrznych, zaliczyć należy przede wszystkim wizerunek, nazwisko oraz charakter i treść podejmowanych czynności. Wydaje się, że te trzy elementy definiują tożsamość, przynajmniej w takim rozumieniu, iż inna osoba kopiująca te elementy nie będzie odróżniała się od pierwowzoru w cyberprzestrzeni. Podobne elementy brane są pod uwagę przy analizie ochrony dóbr osobistych. Profil (konto) na portalu społecznościowym to zatem bardziej skomplikowana kwestia niż tylko elektroniczna wizytówka, ponieważ służy do dokonywania czynności prawnych w cyberprzestrzeni. Z poziomu profilu podejmowane są działania, przez co najczęściej wchodzi się w interakcje z innymi osobami. Profil stanowi zatem sposób identyfikacji konkretnej osoby, a tym samym można uznać, że jest tożsamością tej osoby w cyberprzestrzeni (tożsamością internetową). Wyrazem istnienia tej tożsamości jest zwłaszcza komentowanie zjawisk z poziomu profilu, a także wyrażanie „polubienia” czynności innych osób i podmiotów.

Z zasady tożsamość internetowa jest w pełni zgodna z tożsamością rzeczywistą, może jednak zaistnieć sytuacja, że tożsamość internetowa zacznie podejmować działania bez udziału danej osoby. Technicznie tożsamością internetową może kierować inna osoba, jak też związane z nią zdarzenia mogą zostać zaprogramowane na przeszłość. Niektóre

---

<sup>2</sup> Zob. szerzej: E.M. Walewska, *Bezcielesne społeczności. Marzenie o wolności a zasady obowiązujące mieszkańców wirtualnych światów na przykładzie second life*, w: K. Grzybczyk (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, s. 18–34; P. Gabor, P. Leszczyńska, *Pojęcie „magicznego kręgu”. Zakres obowiązywania prawa w grach MMORPR*, w: K. Grzybczyk (red.), *Prawo...*, s. 56–65; B. Pudo, *Treści tworzone przez użytkowników wirtualnych światów (user-generated content) a prawo autorskie i prawa pokrewne*, w: K. Grzybczyk (red.), *Prawo...*, s. 155–182; A. Gawlik, *Status prawny awatara w światach wirtualnych*, w: K. Grzybczyk (red.), *Prawo...*, s. 183–194; P. Gabor, P. Leszczyńska, *Prawa jednostki w wirtualnych światach*, w: K. Grzybczyk (red.), *Prawo...*, s. 286–296; A. Auleytner, *Dane osobowe w grach MMOG i innych grach online. Aktualne problemy*, w: K. Grzybczyk (red.), *Prawo...*, s. 312–321; I. Matusiak, *Postacie świata wirtualnego w prawie autorskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 7, s. 35–43.

czynności dzieją się niejako samoistnie – tożsamość internetowa sama je podejmuje, przykładowo rozsyłając informacje o urodzinach i przypominając internetowym znajomym o archiwalnych „polubieniach”. Nierzadko osoba może nieświadomie zgodzić się na używanie jej tożsamości internetowej przez inne osoby i podmioty, najczęściej w celach marketingowych. Wtedy nawet śmierć osoby nie prowadzi do zakończenia działalności przez tożsamość internetową.

## **2. Charakter prawny konta (profilu)**

Fundamentalnym zagadnieniem prawnym związanym z kontem na portalu społecznościowym jest określenie charakteru stosunku prawnego łączącego użytkownika (osoby zakładającej profil) i portal. Nieobejmowanie przez ustawodawcę wyobrażeniem tego typu stosunków prawnych w chwili tworzenia norm, stanowi sedno obecnego problemu z kwalifikacją prawną zakończenia takich stosunków. Tylko wtedy można byłoby jednoznacznie określić charakter prawny sytuacji, w której następuje rozłączenie rzeczywistej tożsamości z bytem w postaci tożsamości internetowej.

Relacje pomiędzy użytkownikiem i portalem to wiązka szeregu stosunków prawnych, a przy tym stosunków z różnych dziedzin prawa, w szczególności prawa cywilnego i ochrony danych osobowych. Problematyce profilu na portalu społecznościowym bliskie jest zagadnienie awatarów (wirtualnych postaci) w cyberprzestrzeni. Nie można przy tym wykluczyć, że w przyszłości profile na portalach w coraz większym stopniu upodabniać będą się do awatarów. Pierwotnie pojęcie awatara związane zresztą było z indywidualną grafiką przy nazwie użytkownika w cyberprzestrzeni, a w takim rozumieniu awatary są wciąż powszechne na portalach społecznościowych, pomimo, że raczej zaprzestało się używać tej nazwy w takim kontekście. Niemniej problematyka wirtualnych postaci jest daleko bardziej skomplikowana – jednak z drugiej strony konta na portalach społecznościowych są zdecydowanie w większym stopniu rozpowszechnione niż wirtualne postacie, a przez to stanowią istotniejszy problem w obrocie prawnym.

Likwidacja profilu na portalu społecznościowym jest na tyle problematyczna, że w niektórych krajach rozważa się wprowadzenie szczególnych uregulowań prawnych w tym zakresie<sup>3</sup>. Inicjatywy te mają

---

<sup>3</sup> Zob. w zakresie problemów spadkowych: M. Załucki, „Facebook”, „Twitter”, „My Space”... *wirtualny świat serwisów społecznościowych mortis causa. Zarys*

jednak marginalne znaczenie. Specjalne przepisy prawne najprawdopodobniej nie rozwiązałyby problemów, ponieważ cyberprzestrzeń jest dynamiczna – pomijając kwestię wielości i różnorodności portali społecznościowych, to w krótkich okresach przechodzą one niemałe ewolucje, co bezpośrednio rzutuje niejednokrotnie na kwalifikację prawną. Dobrym wyrazem dynamizmu jest okoliczność, że zazwyczaj w tym samym czasie różni użytkownicy korzystają z odmiennych wersji danego portalu. Wobec tego można stwierdzić, że portale ulegają zmianie w czasie, ale też w jednej chwili dany portal ma również różne odmiany. Użytkownik nie ma przy tym wpływu na wybór wersji portalu, ponieważ to właściciel portalu narzuca stosowną dla niego mutację oprogramowania. Ustanowienie zatem regulacji, która, jak się wydaje, byłaby dość kazuistyczna, mogłoby dodatkowo uczynić mniej klarowną sytuację prawną, ponieważ obok ogólnych przepisów, pojawiłyby się regulacje szczegółowe, a w efekcie do problemu wykładni, nieadekwatnych do współczesnego obrotu elektronicznego, przepisów ogólnych, dołączyłyby wątpliwości co do zakresu zastosowania norm szczególnych, które wprawdzie byłyby przystosowane do obrotu, lecz ich literalna treść stałaby na przeszkodzie stosowaniu ich wprost w przypadkach nieujętych bezpośrednio w dyspozycji.

### **3. Prawa osobiste i majątkowe**

Większość zagadnień prawnych związanych z wirtualną tożsamością koncentruje się wokół praw o charakterze osobistym, a zatem z zasady ustających wraz ze śmiercią posiadacza konta. Nie oznacza to jednak, o czym wcześniej wspomniano, dezaktywacji profilu, ponieważ konto na profilu społecznościowym, bez wyraźnej ingerencji, pozostaje wciąż czynne i jako takie może służyć do legitymowania tożsamości w cyberprzestrzeni. W takim przypadku nie jest wykluczony wariant, że niektóre prawa (roszczenia) powstaną dopiero po śmierci posiadacza konta. Nie jest wtedy jasne, kto byłby podmiotem tych praw. Z tych względów, zawieszenie konta, o którym mowa w dalszej części, przeciwdziała takim problemom.

Warto podkreślić, że profil nie prezentuje tylko i wyłącznie praw osobistych, ale może również mieć wartość majątkową. Konto na portalu społecznościowym może mieć konkretną cenę rynkową. Jeśli profil ma wielu fanów, może zostać przekazany innej osobie lub podmiotowi

w celu zwiększenia własnego zasobu fanów (swoista analogia do obrotu spółkami handlowymi „z historią”). Są to jednak sytuacje niezwiązane bezpośrednio z tożsamością internetową w sensie prawnym, choć ścisły jest związek w wymiarze technicznym (informatycznym).

Fundamentem funkcjonowania portali społecznościowych jest gromadzenie danych osobowych. Dla większości użytkowników jasne jest, że przetwarzanie danych przez właściciela portalu jest „ceną” za możliwość korzystania z portalu. Przeważa przy tym stanowisko w praktyce<sup>4</sup>, że regulacja ustawy o ochronie danych osobowych dotyczy tylko i wyłącznie osób żyjących. W efekcie ochrona danych osobowych nie obejmuje sytuacji, kiedy osoba umiera. Dane pozostają w tym zakresie w swoistej pustce prawnej. Niemniej dane nie są pozbawione całkowicie ochrony prawnej, ponieważ osobom bliskim zmarłego wciąż przysługują uprawnienia związane z ochroną ich dóbr osobistych, o ile związane są z tymi danymi osobowymi.

Wiodącym narzędziem ochrony prawnej, związanej z portalami społecznościowymi w kontekście śmierci posiadacza konta, są dobra osobiste osób bliskich w postaci poszanowania pamięci (kultu) osoby zmarłej. Wprawdzie mogą znaleźć zastosowanie regulacje prawa autorskiego, aczkolwiek nie odegrają one raczej istotniejszej roli w przypadku współczesnych portali społecznościowych. Niemniej nie jest wykluczone, że w przyszłości rola prawa autorskiego będzie wzrastać w tym zakresie. Byłoby to jednak równoznaczne z uznaniem, że w przyszłości większość użytkowników portali byłaby twórcami, gdy tymczasem wciąż znacząca część użytkowników pozostanie jedynie odbiorcami treści, ewentualnie będzie oceniać utwory tworzone przez innych. Krąg twórców, niezależnie od wartości artystycznej utworów, raczej wciąż pozostanie domeną wąskiej grupy osób. W każdym jednak razie, w przypadku osobistych praw autorskich kwestia działań związanych z profilem, w świetle art. 78 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>5</sup>, w znacznym stopniu wydaje się klarowna.

---

<sup>4</sup> Zob. przykładowo stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, [http://www.giodo.gov.pl/319/id\\_art/974/j/pl](http://www.giodo.gov.pl/319/id_art/974/j/pl)

<sup>5</sup> Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.).

#### 4. Podtrzymywanie i usunięcie konta

Pojawia się pytanie, czy osoby bliskie lub uprawnione do spadku (kwestia ta będzie kształtować się różnie w zależności od typu odpowiedzialności i zakwalifikowania działania bądź pod prawo autorskie, bądź inną dziedzinę), mogą dalej prowadzić konto zmarłego użytkownika? Hipotetycznie może to mieć wymiar majątkowy, jeśli profil na portalu ma cechy, które przekładałyby się na wymierne korzyści finansowe. Zacierać może się wtedy granica pomiędzy nazwiskiem jako marką, a nazwiskiem jako oznaczeniem konkretnej osoby fizycznej. Dla odbiorcy będzie niedostrzegalne, czy czynność podejmowana jest przez właściciela konta, czy przez inną osobę, używającą cudzego imienia i nazwiska jako marki. Nie chodzi tutaj przykładowo o oznaczanie dawnych utworów marką będącą imieniem i nazwiskiem zmarłej osoby, ale o dokonywanie czynności przez tożsamość internetową po śmierci osoby, do której ta tożsamość oryginalnie należała.

Utrzymywanie profilu na portalu społecznościowym jako aktywnego, po śmierci posiadacza tego profilu, może prowadzić do szeregu wątpliwych prawnie sytuacji. Nadmienić należy na marginesie, że niezależnie od ochrony prawnej, najczęściej funkcjonowanie konta, w szczególności z uwagi na pierwszorzędne zagadnienia związania prawem polskim w takich sytuacjach (problematyka prawa kolizyjnego), faktycznie będzie utrudniało sformułowanie roszczenia, a także nierzadko uniemożliwiało jego skuteczną realizację. Swoiste kontynuowanie życia w świecie wirtualnym poprzez utrzymywanie aktywności konta, rodzi problemy natury moralnej i etycznej dla osób bliskich. Nie można wykluczyć, że już samo podjęcie działania przez nowego posiadacza konta narazi go na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dóbr osobistych osób bliskich, które czułyby się pokrzywdzone wskutek naruszenia kultu osoby zmarłej. Skoro niejednokrotnie wywodzi się, że wskutek przetwarzania danych osobowych w celach marketingowych i w efekcie przykładowo wysłania drogą papierową reklam do osoby zmarłej, może dojść do naruszenia dóbr osobistych osób bliskich<sup>6</sup>, to tym bardziej jakiegokolwiek działanie profilu zmarłego, jako konta wciąż aktywnego na portalu społecznościowym, rodziłoby taką odpowiedzialność. Sytuacja byłaby tutaj nader krzywdząca dla osób bliskich, ponieważ pomimo wiedzy o śmierci bliskiego, jego internetowa tożsamość wciąż funkcjonowałaby

---

<sup>6</sup> Zob. wyrok SR dla Wrocławia-Krzyków we Wrocławiu z 17 stycznia 2014 r. (I C 220/13), <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl>



w cyberprzestrzeni, a nawet mogłaby wykonywać zaprogramowane wcześniej czynności, ewentualnie być sterowana przez inną osobę.

Niezależnie jednak od konsekwencji takich działań, problemem jest rozstrzygnięcie, w jaki sposób ktoś mógłby stać się posiadaczem uprawnień do konta osoby zmarłej. Jeżeli osoba taka zna login i hasło do profilu zmarłego (przykładowo, zmarły przed śmiercią przekazał jej stosowne dane), to problematyka prawna przesuwana się na dalszy etap – podejmowania czynności z poziomu takiego konta. Jeśli jednak dane dostępne nie zostały przekazane przez zmarłego, to gdyby hipotetycznie dopuścić możliwość poznania tych danych w inny sposób, ale już po śmierci użytkownika, to należałoby wyjaśnić na jakiej podstawie i jakie osoby mogłyby od właściciela portalu uzyskać dane dostępowe. Przywołane problemy skłaniają do przyjęcia stanowiska, że powinno się dążyć, aby w każdej sytuacji po śmierci użytkownika, dochodziło do zawieszenia konta lub jego likwidacji. Nie powstaje wtedy problem uzyskania dostępu do takiego konta przez inne osoby. Przede wszystkim eliminowana jest możliwość naruszenia dóbr osobistych osób bliskich zmarłemu.

Gdyby jednak konto osoby zmarłej funkcjonowało jako zwykłe konto, to rodzi się problem ustalenia osoby odpowiedzialnej za ewentualne naruszenia – czy odpowiedzialnym byłby tylko ten, kto faktycznie ma dostęp do konta, czy też jedynie właściciel (administrator) portalu. Wydaje się, że działalność właściciela portalu podlegałaby zazwyczaj ochronie w oparciu o art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną<sup>7</sup>. Właściciel portalu nie powinien ponosić odpowiedzialności, dopóki nie uzyska wiarygodnych informacji o faktycznej śmierci użytkownika w świetle bezprawnego charakteru działalności związanej z danymi w postaci tożsamości internetowej. Uzyskanie takiej informacji powinno skutkować co najmniej zawieszeniem konta, o ile dalsze istnienie konta przyczyniałoby się do naruszenia dóbr prawnie chronionych.

Nie istnieją, jak się wydaje, przekonujące argumenty prawne przemawiające za „dziedziczeniem” profilu na portalu społecznościowym. Odrębną kwestią są ewentualne prawa autorskie związane z tym profilem, a także prawa majątkowe, przy czym oba te przypadki nie dotyczą bezpośrednio tożsamości internetowej jako swoistej (autonomicznej) całości. Analizowane jest w tym miejscu wyłącznie konto jako takie

---

<sup>7</sup> Ustawa z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1422 ze zm.).

– rozumiane jako tożsamość internetowa w ramach świata wirtualnego określonego przez zakres działania danego portalu społecznościowego, na którym konto stało założone. Osoby bliskie nie powinny zatem wchodzić w posiadanie profilu zmarłej osoby.

Faktycznie konto może podejmować działania samoistnie (samodzielnie). W takiej sytuacji inne osoby byłyby narażone na naruszenie dóbr osobistych. Jeżeli jednak te samoistne czynności konta zostały z góry zaprogramowane, to trudno byłoby przypisać komukolwiek odpowiedzialność za takie działania. Jako jedynym odpowiedzialnym można byłoby faktycznie uczynić właściciela portalu społecznościowego, przy czym, o czy w poprzednim akapicie, jego odpowiedzialność byłaby znacząco ograniczona, ponieważ dopóki nie uzyska wiarygodnych informacji, przykładowo o potrzebie zawieszenia konta z uwagi na śmierć użytkownika, to jego odpowiedzialność jest wyłączona.

Odmierna sytuacja od przedstawionych zachodzi, kiedy nowy posiadacz konta zmarłego użytkownika, zmienia tożsamość (nazwę) tego konta. W takim przypadku nowy posiadacz zrywa powiązanie ze starą tożsamością. Wprawdzie zagadnienie to również jest interesujące pod względem prawnym – kluczową kwestią byłoby określenie przedmiotu takiego stosunku prawnego – to jednak wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Sytuacja taka zbliżona jest do zasygnalizowanej wcześniej tzw. sprzedaży fanów.

Niezasadnym byłoby stworzenie mechanizmów do automatycznej likwidacji konta. Na profilu zmarłego mogą przecież znajdować się choćby utwory. Skasowanie konta byłoby jednoznaczne ze skasowaniem tych utworów. Co więcej, niektórym osobom mogą przysługiwać prawa majątkowe do tych utworów. Szczególnie jest to dostrzegalne w przypadku portali społecznościowych, gdzie głównym elementem wymiany informacji są fotografie. Całkowita likwidacja konta budzi wątpliwości nie tylko z powodu ewentualnego zniszczenia utworów, ale przede wszystkim rodzi problem co do osoby uprawnionej do dokonania takiej likwidacji (zgłoszenia żądania w tym zakresie).

Kwestia likwidacji profilu na portalu społecznościowym przez inną osobę niż jego posiadacz była przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego<sup>8</sup>, aczkolwiek sprawa toczyła się na gruncie prawa karnego. W sprawie tej żona usunęła konto byłemu mężowi, przy czym sytuacja nie była

---

<sup>8</sup> Wyrok SR w Dzierżoniowie z 17 grudnia 2014 r. (II Kp 438/14), <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl>

zwyczajna, ponieważ to ona założyła profil mężowi, jak też prowadziła to konto poprzez zamieszczanie nowych fotografii. Niemniej konto było legitymowane tożsamością męża. Sprawa nie koncentrowała się jednak na tożsamości, lecz jej przedmiotem było usunięcie danych. Przy takim rozłożeniu akcentów w sprawie, gdyby przenieść ją na grunt prawa cywilnego, bliżej byłoby jej do materii prawa autorskiego, aniżeli naruszenia dóbr osobistych. W ocenie Sądu Rejonowego w Dzierżoniowie żona ta w rozumieniu art. 268a § 1 k.k. nie była osobą nieuprawnioną do usunięcia przedmiotowych danych informatycznych. Nie jest jasne, w jaki sposób sąd doszedł do takiego wniosku. Decydującą rolę odegrał fakt, że to żona założyła i prowadziła profil, a nie powiązania małżeńskie. Przydano zatem wiodącą rolę nie tożsamości, ale swego rodzaju obecności w Internecie. Nie miało znaczenia, komu w cyberprzestrzeni przypisanie były działania (uwidoczniana tożsamość podmiotu), lecz kto danymi faktycznie rozporządzał poprzez ich wprowadzenie do Internetu i zarządzanie nimi.

## 5. Zawieszenie konta

Skoro pozostawienie konta aktywnego, czyli w stanie nienaruszonym, jak również jego całkowita likwidacja, nie jest adekwatnym rozwiązaniem w przypadku śmierci użytkownika, to wydaje się że stosowany przez większość portali mechanizm pozwalający na zawieszenie konta (tzw. status *in memoriam*) jest godny uznania. Wspomniane zawieszenie konta ma różne postacie, zazwyczaj sprowadza się do oznaczenia konta jako należącego do osoby nieżyjącej i pozbawianie szeregu funkcjonalności, co jednak najistotniejsze – dotychczasowe czynności profilu zostają zachowane, a nadto nierzadko wciąż dopuszcza się zamieszczanie treści na tym profilu przez osoby zewnętrzne.

Kluczowym zagadnieniem jest odpowiedź na pytanie o wpływ zawieszonego konta na poszanowanie kultu osoby zmarłej rozumianej jako dobro osobiste innych osób. Funkcjonowanie konta na zwykłych zasadach niewątpliwie rodzi możliwość dokonywania takich naruszeń. Jak jednak wyżej wskazano, całkowita likwidacja również byłaby problematyczna. Podkreślić należy, że zawieszenie konta rozwiązuje problem z uprawnieniem do konta. Jako że konto jest zawieszona, nie można z jego poziomu dokonywać żadnych czynności, stąd ewentualny dostęp do konta jako posiadacza nie jest celowy. Konto takie funkcjonuje jedynie jako odbiorca treści. Naraża to je jednak wciąż na możliwość

stania się środowiskiem (przestrzenią), w którym osoby postronne będą naruszały dobra osobiste.

Zawieszona konto może też posłużyć do naruszenia dóbr osobistych innych niż związanych z poszanowaniem osoby zmarłego. W takiej sytuacji istnieje potrzeba określenia, kto jest odpowiedzialny za treści umieszczone na zawieszonym koncie. Odpowiedzialnym można uznać tego, kto faktycznie posiada możliwość ingerencji w zawartość konta. Takim podmiotem jest prowadzący dany portal społecznościowy oraz ten, kto bezpośrednio naruszył dobra osobiste (zamieścił treści na portalu społecznościowym). Jak wyżej wspomniano, właściciel portalu chroniony jest przez art. 14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Wydaje się, że nie bez znaczenia prawnego może być brak działań osób bliskich zmierzających do zawieszenia lub likwidacji konta na portalu społecznościowym. Zawiadomienie o śmierci użytkownika portalu skierowane do właściciela portalu społecznościowego miałyby nie tylko wpływ na odpowiedzialność właściciela tego portalu. Podobnie jak w sprawie, o której wcześniej wspomniano – dotyczącej wysyłania zmarłym korespondencji – fundamentalnym zagadnieniem byłoby niedochowanie należytej staranności przy weryfikacji bazy adresowej. Analogicznie zagadnienie to można odnieść do weryfikacji bazy użytkowników portalu. W obu przypadkach kluczowe znaczenie ma zawiadomienie skierowane do właścicieli. W przywołanej sprawie Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Krzyków uznał, że skutek działania strony pozwanej została naruszona sfera uczuciowa powódki związana z jej prawem do kultuwowania pamięci zmarłego męża. Pomimo zawiadomienia pozwanego przez powódkę, strona pozwana wygenerowała i wysłała na jej adres pismo adresowane do zmarłego męża. W ocenie Sądu, nie ulegało wątpliwości – jak zaakcentowano – iż takie zachowanie strony pozwanej pozostawało w sprzeczności nie tylko z obowiązującymi przepisami prawa, ale także z zasadami współżycia społecznego. Zdaniem Sądu generowanie nowych dokumentów zawierających dane zmarłego, a następnie automatyczne ich wysyłanie nacechowane jest rażącym niedbalstwem, nieodpowiedzialnością i brakiem szacunku dla osób bliskich zmarłego. Zwłaszcza, gdy osoba bliska zmarłego wielokrotnie informuje o jego śmierci. Sąd trafnie zwrócił uwagę, że tłumaczenie się automatycznym wygenerowaniem korespondencji świadczy

jedynie o tym, że pozwany nie panuje nad informacjami otrzymywanymi od swoich klientów i że istnieje u niego informacyjny bałagan<sup>9</sup>.

Jednak problematyka przedstawiona w poprzednim akapicie dotyczy nie tylko odpowiedzialności właściciela portalu. Niezwykle interesującym zagadnieniem jest rozważenie wpływu na odpowiedzialność zaniechania zgłoszenia przez osoby bliskie żądania zawieszenia lub likwidacji konta na portalu społecznościowym w kontekście dochodzenia roszczenia względem osoby, która posiadała dostęp do konta po śmierci jego użytkownika i z poziomu konta dokonywała czynności. Jak wcześniej wspomniano, takie działania zazwyczaj będą ingerowały w dobra osobiste osób bliskich zmarłego w zakresie poszanowania pamięci zmarłej osoby. Jednak w sytuacji, kiedy osoby bliskie mają świadomość funkcjonowania konta na portalu, a jednocześnie nie występują z żądaniem zawieszenia lub usunięcia takiego konta, to również im ewentualnie przypisać można, jak się wydaje, co najmniej współodpowiedzialność (współprzyczynienie się) poprzez zaniechanie.

## 6. Konkluzje

Obecnie wywodzenie kategorycznych twierdzeń, a tym bardziej postulatów *de lege ferenda*, w zakresie portali społecznościowych wydaje się przedwczesne. Po pierwsze, nie wiadomo jeszcze, czy w dłuższej perspektywie czasu portale te będą odgrywały podobną rolę jak aktualnie, czyli powszechnego forum wymiany myśli oraz w niemałym zakresie obszaru utrzymywania relacji towarzyskich. Po drugie, portale już obecne mają tak zróżnicowaną konstrukcję informatyczną, a w ślad za tym skomplikowaną problematykę prawną, że nie sposób określić jednolitego standardu, względem którego można byłoby stawiać określone tezy. Gdyby jednak założyć, że trend rozwoju portali społecznościowych utrzyma się lub przynajmniej zachowany zostanie obecny stan rzeczy, to zagadnienia przedstawione w pracy warte byłyby zainteresowania prawodawcy. Nie jest wykluczone, że właśnie wskutek funkcjonowania portali społecznościowych zmianie powinno ulec prawo, ale też poglądy doktryny w zakresie ochrony dóbr osobistych po śmierci. Wydaje się, iż aktualnie uniwersalnym instrumentem w odniesieniu do funkcjonowania konta po śmierci użytkownika jest jedynie teoria naruszenia dóbr osobistych osób bliskich zmarłemu (kult zmarłego). Jednak takie

---

<sup>9</sup> Wyrok SR dla Wrocławia-Krzyków we Wrocławiu z 17 stycznia 2014 r. (I C 220/13), <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl>

rozwiązanie koncentruje się na prawie osób bliskich, a nie na pierwotnym posiadaczu konta. Jeśli zaś przyjąć, że prawu towarzyszą obowiązki (obciążenia), to być może należałoby rozważyć również, czy osoby bliskie względem zmarłego, po jego śmierci nie powinny zadbać o jego tożsamość internetową tak, jak dbają o sprawy w rzeczywistym świecie. W takim stanie rzeczy, korzystanie z ochrony przez osoby bliskie w cyberprzestrzeni mogłoby uwzględniać konieczność uprzedniego wywiązania się z powinności w środowisku świata wirtualnego.

### **Streszczenie**

Portale społecznościowe odgrywają obecnie znaczącą rolę w cyberprzestrzeni. Dla wielu osób kontakt z innymi osobami w ramach portali stanowi niemałą część relacji interpersonalnych. W takim stanie rzeczy powstaje tożsamość internetowa, będąca cyfrowym odzwierciedleniem rzeczywistej tożsamości. Śmierć nie powoduje dezaktywacji profilu. Dochodzi wtedy do rozdzwieńki pomiędzy tożsamością rzeczywistą i wirtualną. Aktualnie uniwersalnym instrumentem ochrony tożsamości po śmierci użytkownika jest teoria naruszenia dóbr osobistych osób bliskich zmarłemu. Szereg prawnych problemów rozwiązuje oferowana przez popularne portale opcja zawieszenia konta (nadanie kontu statusu *in memoriam*).

Słowa kluczowe: prawo IT, portale społecznościowe.

### **Abstract**

An account of the social networking site user after death. Currently, social networking sites play a significant role in the cyberspace. For many people, the contact with other people within the sites is a considerable part of the interpersonal relationships. A web identity, being a digital reflection of the actual identity, is created in such a state of affairs. Death does not deactivate the profile. This causes a significant gap between the real and virtual identity. Currently, the universal instrument to protect the identity after the member's death is only a theory of a breach of the personal rights of persons close to the deceased. A range of legal problems is solved by the option of account suspension (account status "In memoriam") offered by popular portals.

Keywords: IT Law, social media.

Joanna Haberko<sup>1</sup>

## **Realizacja kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej w zakresie decydowania o sposobie pochówku osoby pozostającej w związku partnerskim**

Realizacja kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej jest dobrem osobistym<sup>2</sup>. Każdy człowiek, któremu przysługuje zdolność prawna może realizować uprawnienia w zakresie ochrony dóbr osobistych<sup>3</sup>. Wprawdzie ustawodawca nie wyraża dobra w postaci kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej w katalogu zamieszczonym w przepisie kodeksowym (art. 23 k.c.) niemniej jednak w doktrynie i orzecznictwie dopuszczalność powołania tego dobra i ochrona prawa podmiotowego z nim związanego nie budzi wątpliwości<sup>4</sup>. Problem zakreślony w tytule niniejszego tekstu odnosi się do kultu pamięci i pogrzebu osoby bliskiej pozostającej za życia w związku partnerskim, i tylko pozornie może być kwalifikowany jako kwestia ostateczna w życiu człowieka. Obejmuje on wiele płaszczyzn badawczych i kilka wzajemnie przenikających się materii, w tym niezwykle istotnych kwestii rodzinnoprawnych oraz spadkowych<sup>5</sup>. Problem, który będzie przedmiotem analizy, będzie dotyczył zwłaszcza konfliktu w kwestii rozstrzygnięcia

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu.

<sup>2</sup> M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 111 i powołany tam A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978, nr 8, s. 28 i n.

<sup>3</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 157 i n. oraz literatura tam powołana.

<sup>4</sup> Zob. w kontekście naruszenia dóbr osobistych członków rodziny zmarłego wyrok SR dla Wrocławia-Krzyków z 17 stycznia 2014 r. (I C 220/13), niepubl.

<sup>5</sup> Niedościgniony w zakresie szczegółowości analiz i kompletności dzieła pozostaje przykład zaproponowany przez J. Mazurkiewicza, który w pracy: *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 904, szczegółowo analizuje wszelkie aspekty sytuacji prawnej zmarłego w zakresie ochrony jego dóbr osobistych.



miejsca pochówku zmarłego, który przed śmiercią pozostawał w związku partnerskim (niezależnie od tego, czy jest to związek konkubencki czy homoseksualny). Problem będzie szczególnie widoczny wówczas, jeżeli zmarły nie pozostawił testamentu, a pomiędzy osobami, które chcą realizować kult pamięci po tej osobie istnieje rozbieżność zdań co do sposobu realizacji tego kultu i pierwszeństwa w tym zakresie. Chodzi o rozstrzygnięcie, komu należy przyznać decydujący głos w zakresie rozstrzygnięcia, gdzie zmarły konkubent albo partner ma zostać pochowany, w jakim obrządku pochówek ma nastąpić, czy jak ma wyglądać nagrobek<sup>6</sup>. Oczywiście chodzi o sytuacje, gdy osoby bliskie mają w tym zakresie odmienne zdanie<sup>7</sup>.

O tym, że podejmowanie decyzji o sposobie pochówku i dalsze czynności objawiające się np. pielęgnacją grobu i oddawaniem hołdu i czci zmarłemu, można zaliczyć do grupy zdarzeń składających się na realizację dobra osobistego w postaci kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej, nie ma potrzeby, w świetle doświadczenia życiowego, przekonywać kogokolwiek<sup>8</sup>. Każda z osób bliskich zmarłemu może ten kult realizować na swój sposób i niezależnie od innych osób uprawnionych. By powyższe zobrazować przykładem: każdy z członków rodziny może kult realizować w wyznawanym przez siebie religijnym obrządku i w nim np. wznosić modlitwy za spokój duszy zmarłego; podobnie przyjaciele mogą podejmować działania w tym zakresie; każdy w wyznawanej przez siebie religii. Realizacja kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej przez konkretnego uprawnionego, zaliczanego do członków rodziny, musi jednak uwzględniać interes innych osób, dla których zmarły za życia również był osobą bliską<sup>9</sup>. Inaczej mówiąc chodzi o takie zachowania objawiające się kultem, które stanowiąc egzemplifikację realizacji własnego dobra nie naruszają jednocześnie dobra innych osób realizujących takie samo, ale własne dobro osobiste. Nie można zatem wykonując własnego uprawnienia czynić tego tak, by zagrażać wykonywaniu dobra przez inne osoby.

Mogłoby się wydawać, że realizacja tego samego dobra nie będzie w przypadku kilku osób szczególnie utrudniona. Chodzi wszak

---

<sup>6</sup> M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...* i orzecznictwo tam powołane.

<sup>7</sup> O pojmowaniu osoby bliskiej w prawie cywilnym zob. wcześniejsze J. Haberko, *Pojęcie osoby bliskiej w polskim prawie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 3.

<sup>8</sup> Zob. wyrok SN z 24 lutego 2004 r. (III CK 329/02), OSNC 2005, nr 3, poz. 48; wyrok SN z 8 listopada 2007 r. (III CSK 151/07), OSP 2009, nr 1, poz. 8.

<sup>9</sup> Wyrok SN z 20 września 1997 r. (II CSK 237/07), OSP 2008, nr 9, poz. 94.

o podejmowanie takich działań, które nie będą godzić w spokój spoczynku zmarłego ani wywoływać u innych osób negatywnych odniesień ani do samego zmarłego ani do jego relacji z innymi osobami<sup>10</sup>. Oddaje to nawet szanowana w wielu środowiskach tradycja, iż o zmarłych mówi się wyłącznie dobrze, nigdy źle, a w ostateczności nie mówi się wcale. Można przyjąć, że kierowani tą zasadą członkowie rodziny i osoby bliskie powinni dojść do porozumienia w zakresie sposobów realizacji kultu, tak by minimalizować wzajemne konflikty, unikać niesnasek na tym polu i nie „wyrwać sobie” pamięci zmarłego. Może się jednak zdarzyć tak, że dojdzie do porozumienia w tym zakresie nie jest możliwe, co więcej, wzajemne konflikty nasilają się wcale nie na tle spraw spadkowych i roszczeń o zachówek, ale właśnie w zakresie dopuszczalnych przejawów realizacji kultu pamięci zmarłego.

Widocznym przejawem realizacji kultu jest od wieków grób członka rodziny. I choć trudno wyobrazić sobie, by kwestia grobu i miejsca oraz sposobu pochówku osoby bliskiej mogła stanowić przedmiot rozstrzygnięć sądowych, to jednak nie można w konfliktowych sytuacjach wyłączyć tego rodzaju ewentualności. Nie ma problemu tylko wówczas, gdy członkowie rodziny i osoby bliskie wykonując przejawy kultu wzajemnie nie przeszkadzają sobie w tych czynnościach<sup>11</sup>. Dotyczy to także sytuacji, w której w granicznym momencie życia (śmierć osoby bliskiej czy członka rodziny) osoby bliskie zmarłemu potrafią zjednoczyć siły i zapomnieć o wzajemnych animozjach. Jeżeli jednak nieporozumienia i negatywne nastawienie, które manifestowało się za życia zmarłego, będzie miało miejsce także po śmierci, rozstrzygnięcia oparte na przepisach prawa nie będą dla osób bliskich, ale nie związanych żadnym formalnym węzłem z osobą zmarłego, korzystne.

Doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, że podejmowanie decyzji o sposobie pochówku nie stanowi przedmiotu szczegółowych rozważań człowieka za życia, pozostaje ono także poza zakresem teoretycznych dociekań przedstawicieli nauki prawa cywilnego<sup>12</sup>. Człowiek rzadko myśli o własnym pogrzebie i jeszcze rzadziej układa jego scenariusz, nie wskazuje też osobom bliskim, jak chce być pochowany i jaki kształt

---

<sup>10</sup> W tym kontekście zob. M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, s. 111.

<sup>11</sup> Dotyczy to także sytuacji, w której są skonfliktowani, ale nie wchodzą sobie wzajemnie „w drogę”, tylko po to by maksymalizować napięcia.

<sup>12</sup> Zob. w szczególności w ogólnym ujęciu o podejmowaniu decyzji o sposobie pochówku J. Haberko, D. Ossowska, *Podjęcie decyzji o sposobie pochówku*, „Themis Polska Nova” 2012, nr 1, s. 96–111 oraz literatura tam powołana.

powinien przybrać nagrobek. Jeżeli podejmuje w tym zakresie pewne decyzje, przybierają one zazwyczaj postać rozrządzeń testamentowych w zakresie polecenia, przy czym chodzi w tym przedmiocie zazwyczaj o rozstrzygnięcia majątkowe, dla których te, nieobejmujące skutków majątkowych, stanowią jedynie pewne tło. To chęć zadecydowania o losach majątku stanowi dla człowieka impuls do sporządzenia testamentu: podejmuje on bowiem w tym zakresie decyzję zazwyczaj zmieniającą ustawowy porządek dziedziczenia; zazwyczaj też nie chce, by zgromadzony za życia majątek trafił do osób wskazanych w ustawie jako spadkobiercy ustawowi<sup>13</sup>. Tych zmian przyszły spadkodawca nie musi nikomu wyjaśniać i uzyskiwać w tym zakresie niczyjej akceptacji. Podejmuje on autonomiczną decyzję kierowaną swobodą testowania<sup>14</sup>.

Kwestia decyzji w zakresie sposobu pochówku i tego, co zrobić z ciałem zmarłego pozostawiona jest członkom jego rodziny czy innym osobom bliskim<sup>15</sup>. Pojawia się jednak pytanie o charakter podejmowanej decyzji oraz dopuszczalność zastosowania konkretnych rozwiązań w tym zakresie. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których podejmowane są rozstrzygnięcia pozostające w sprzeczności z wolą zmarłego, którą manifestował on jeszcze za życia, ewentualnie gdy między osobami zaliczającymi się do grupy bliskich istnieje rozbieżność co do charakteru i postaci tych decyzji. Wreszcie, konieczne wydaje się rozstrzygnięcie możliwej konfliktowej sytuacji wówczas, gdy kto inny miałby decydować o sposobie pochówku a kto inny ponieść koszty tej decyzji, oczywiście chodzi o koszty zaliczane do długów spadkowych<sup>16</sup>.

Rodzi się tu także kolejna wątpliwość dotycząca osób uprawnionych i zobowiązanych do dokonania pochówku i podjęcia decyzji o sposobie i charakterze przeprowadzenia pogrzebu. Nie ulega wątpliwości, że koszty pogrzebu, kremacji zwłok, trumny bądź urny, nagrobka, ceremonii, opłacenia miejsca na cmentarzu obciążają spadkobierców i należą

---

<sup>13</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 1595 i n. oraz literatura tam powołana; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, t. II, s. 799.

<sup>14</sup> S. Wójcik, F. Zoll w: *System Prawa Prywatnego*. t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, s. 274 i n.

<sup>15</sup> Por. T. Węclawski, *Śmierć jako miara istnienia*, referat wygłoszony na Konferencji naukowej: *Zgon – problematyka prawna i etyczna*, Warszawa 29–30 marca 2007 r., <http://www miesiecznik.znak.com.pl/620weclawski.html>

<sup>16</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1549.

do długów spadkowych<sup>17</sup>. Jednak to nie spadkobiercy są w świetle ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>18</sup> uprawnionymi do podjęcia decyzji o sposobie dokonania pochówku wówczas, gdy zmarły nie wyraził swej woli. Wprawdzie takie rozumowanie wydaje się naturalną konsekwencją przyjęcia, że skoro spadkobiercy ponoszą koszty pogrzebu, to powinni mieć możliwość decydowania o sposobie tego pochówku, to jednak nie ma tu prostego przełożenia kwestii finansowych na decyzyjną<sup>19</sup>.

Czasem o sposobie pochówku decyduje jednak sam spadkodawca. Dotyczy to, jak się wydaje, zarówno sytuacji rozrządzenia testamentowego w postaci polecenia jak i innych form manifestowania swej woli na wypadek śmierci. Osoba fizyczna może za życia podjąć pewne kroki co do określenia sposobu pochówku i przeprowadzenia pogrzebu. Najpewniejszym prawnie (co nie znaczy, że najskuteczniejszym i zapewniającym pełne poszanowanie woli zmarłego) jest określenie sposobu pochówku w testamencie w postaci polecenia testamentowego z nałożeniem na wykonawcę testamentu obowiązku realizacji tego polecenia, najlepiej z zabezpieczeniem środków finansowych w postaci zapisu<sup>20</sup>. Oczywiście, w świetle art. 985 k.c. każdy ze spadkobierców może żądać wykonania polecenia, niemniej jednak spadkodawca (przyszły zainteresowany sposobem pochówku) musi zdawać sobie sprawę, iż nie ma właściwie żadnych (poza moralnymi) sankcji za niewykonanie polecenia ze strony spadkobierców<sup>21</sup>. Ustanowienie wykonawcy testamentu daje w tym zakresie większe poczucie spełnienia woli testatora aniżeli pozostawienie polecenia bez tego rozrządzenia testamentowego<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> J. S. Piątowski, H. Witczak, A. Kawałko w: *System...*, s. 110 i powołana tam literatura i orzecznictwo.

<sup>18</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 ro. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. Nr 11, poz. 62 ze zm.).

<sup>19</sup> Sytuacja ta, zdaje się – w świetle doświadczenia życiowego – będzie jeszcze bardziej czytelna wówczas, gdy spadkobiercy przyjmą spadek bez ograniczenia odpowiedzialności za długi spadkowe a wartość pasywów spadkowych przewyższy wartość aktywów.

<sup>20</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1669; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, t. II, s. 878 i n.

<sup>21</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1670; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, t. II, s. 895.

<sup>22</sup> J. Kremis, E. Gniewek w: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny Komentarz*, Warszawa 2011; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, t. II, s. 895 i n.

Niepozostawienie jakichkolwiek dyspozycji co do sposobu przeprowadzenia własnego pochówku uprawnia osoby wskazane w ustawie do podejmowania decyzji w omawianym zakresie wedle ich uznania. Pojawia się oczywiście wątpliwość, czy jeżeli zmarły za życia nie pozostawił wiążącego polecenia w zakresie pochówku, a osoby ustawowo zobowiązane do pochowania zwłok podejmą decyzję w tym zakresie pozostającą w oczywistej sprzeczności z wyrażanym ustnie stanowiskiem, to czy inne osoby bliskie zmarłemu mogą dochodzić zadośćuczynienia z tytułu naruszenia dóbr osobistych. Wątpliwość ta wymaga wyjaśnienia i to dwojakiego rodzaju.

W pierwszej mierze należy zauważyć, że osobą uprawnioną do podjęcia decyzji o sposobie pochówku nie musi być spadkobierca, niemniej jednak to właśnie on (w braku stosownych rozrządzeń testamentowych, w szczególności zapisów) ponosić będzie koszty podejmowanych działań w zakresie wyboru miejsca na cmentarzu, charakteru ceremonii, rodzaju trumny czy ceny nagrobka. Granice działań osób uprawnionych do podejmowania decyzji w tym zakresie wyznacza art. 922 § 3 k.c. i zwyczajowy sposób przeprowadzenia pogrzebu<sup>23</sup>. Chodzi o to, by osoby uprawnione do dokonania pochówku nie podejmowały działań, które umniejszałyby majątek spadkowy w stopniu znacznym skoro spadkodawca sobie tego nie życzył, a przynajmniej nie pozostawił w tym zakresie wyraźnych testamentowych rozrządzeń. Po wtóre, osoby bliskie niezaliczane ani do kręgu osób uprawnionych do podejmowania decyzji o sposobie pochówku ani nienależące do kręgu spadkobierców (testamentowych czy ustawowych) mogą realizować własne prawo kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej<sup>24</sup>. O ile zatem byłoby tak, że zmarły za życia wyrażał wolę, by zostać pochowanym w konkretnym miejscu bądź, by pochówek odbył się w konkretnym obrządku, nieposzanowanie woli zmarłego (nawet jeżeli nie pozostawił on polecenia testamentowego w tym zakresie) może skutkować żądaniem zadośćuczynienia ze strony osób bliskich. Oczywiście w grę wchodzić będzie tu konieczność oceny, czy niemożność sprostania woli zmarłego wiąże się z obiektywnymi trudnościami, czy odbywa się na zasadzie „nie, bo nie” czy może

---

<sup>23</sup> Por. z bogatego orzecznictwa np. wyrok SN z 7 marca 1969 r. (II PR 641/68), OSNCPiUS 1970, nr 2, poz. 33; wyrok SN z 25 lipca 1967 r. (I CR 81/67), OSNCPiUS 1968, nr 3, poz. 48; wyrok SN z 8 maja 1969 r. (II CR 114/69), OSNCPiUS 1970, nr 7–8, poz. 129 i inne podane przez M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, t. II, s. 778.

<sup>24</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 165.

z chęci dokuczenia zobowiązanym do pokrycia kosztów pochówku, spadkobiercom<sup>25</sup>.

Niepozostawienie przez zmarłego żadnej dyspozycji co do sposobu pochówku rodzi konieczność posłużenia się rozstrzygnięciem ustawowym w tym zakresie. Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych określa krąg osób, którym przysługuje prawo pochowania zwłok ludzkich. Linia orzecznicza SN nie jest jednak w tej kwestii jednolita<sup>26</sup>. Jak wskazał SN w wyroku z 7 czerwca 1966 r. art. 10 ust. 1 u.cm. nie zastrzega na rzecz pewnych osób prawa pochowania zwłok z pierwszeństwem przed prawem innych osób. Art. 10 ust. 1 tej ustawy stanowi jedynie, komu przysługuje prawo (i kogo obciąża obowiązek) pochowania. W zakresie, w którym art. 10 ust. 1 u.cm. dotyczy prawa osobistego, podlega reżimowi art. 24 § 1 k.c. Wynika z tego, że każda z osób wymienionych w art. 10 ust. 1 u.cm. władna jest przystąpić do wykonania prawa pochowania, a inna z osób należących do tego kręgu może skutecznie domagać się stosownego zaniechania jedynie wtedy, gdy wspomniane działanie przedstawia się jako bezprawne<sup>27</sup>. Warto wskazać także inne orzeczenie SN, w którym SN wskazał, że krąg osób uprawnionych do pochowania zwłok osoby zmarłej oraz do pamięci o niej, nie ogranicza się do osób wskazanych w art. 10 ust. 1 u.cm.<sup>28</sup>. Przeciwnie orzekł SN w orzeczeniu z 25 września 1972 r. stanowiąc, że w myśl art. 10 ust. 1 u.cm., który to przepis ustala kolejność osób uprawnionych do pochowania zwłok, prawo pochowania zwłok danej osoby przysługuje osobie wymienionej

<sup>25</sup> Wydaje się, że wątpliwości może rozwiązać następujący przykład: zmarły nie pozostawił testamentu jednak było wiadomym członkom rodziny i osobom bliskim, że pragnął by po śmierci nastąpiła kremacja jego zwłok. Zarówno zmarły jak i jego rodzina zamieszkiwali w małej miejscowości oddalonej o 200 kilometrów od najbliższego krematorium. Względ na zasady współżycia społecznego i brak technicznych możliwości dokonania kremacji skłoniły najbliższych do przeprowadzenia tradycyjnego pochówku i złożenia zwłok w grobie. Zgoła inaczej przedstawiałaby się sytuacja, gdy żona pozostająca w chwili otwarcia spadku ze spadkodawcą w faktycznej separacji zdecydowałaby o sposobie pochówku wbrew stanowisku konkubiny jako jedynej spadkobierczyni testamentowej wyłącznie dla dokuczenia i szynany. Por.: wyrok SN z 23 maja 1975 r. (II CR 193/75), Lex Polonica nr 318380; wyrok SN z 7 marca 1974 r. (I CR 54/74), Lex Polonica nr 318378.

<sup>26</sup> T. Gardocka, *Zwłoki ludzkie w kontekście pobieranie komórek, tkanek i narządów w celach transplantacyjnych i nie tylko*, „Medyczna Wokanda” 2011, nr 3, s. 98–99; J. Haberko, *Koniec życia...*, s. 79; J. Kaczor, *Status prawny zmarłego*, „Gazeta Prawna” 2000, nr 14, s. 30.

<sup>27</sup> Wyrok SN z 7 czerwca 1966 r. (I CR 346/65), Lex Polonica nr 318326.

<sup>28</sup> Wyrok SN z 31 marca 1980 r. (II CR 88/80), Lex Polonica nr 318287.



w dalszej kolejności (np. krewnym w linii bocznej) dopiero wtedy, gdy brak jest osoby wymienionej w bliższej kolejności, albo gdy osoba ta prawa tego nie chce lub nie może wykonać<sup>29</sup>. Cytowany wyższej przepis może być zatem, jak pokazuje brak wyraźnej linii orzeczniczej SN, wykładany w dwojaki sposób: czy to wskazując krąg osób uprawnionych i zobowiązanych, ale nie wyznaczając ich pierwszeństwa, bądź też wskazując krąg osób z wyraźnym określeniem pierwszeństwa tych podmiotów tak jak wskazuje to przepis. Przyjmijmy, że do kręgu osób uprawnionych do pochowania zwłok należy w pierwszej mierze zaliczyć osoby wymienione w katalogu określonym w ustawie<sup>30</sup>. Jednocześnie przyjąć chyba trzeba, że wskazany w ustawie katalog osób nie ma zamkniętego charakteru w zakresie osób, które mogą realizować kult pamięci bliskiej osoby zmarłej.

Zgodnie z art. 10 u.cm. prawo to ma najbliższa pozostała rodzina osoby zmarłej, a mianowicie:

- 1) pozostały małżonek(ka);
- 2) krewni zstępni;
- 3) krewni wstępni;
- 4) krewni boczni do 4 stopnia pokrewieństwa;
- 5) powinowaci w linii prostej do 1 stopnia.

Przepis nie wskazuje wprawdzie wyraźnie podstaw do przyjęcia kolejności w zakresie decydowania o sposobie pochówku, ale jak się wydaje, kolejność wskazana w przepisie jest oparta na doświadczeniu życiowym i pozwala przyjąć, że w istocie w przypadku pochówku osobą, która najbardziej odczuwa stratę jest małżonek i to on będzie zwykle pierwszym uprawnionym i zainteresowanym w zakresie podjęcia decyzji o miejscu i sposobie pochówku. Jak się wydaje, ma to swoje uzasadnienie także w zakresie oddawania kultu – to właśnie małżonek będzie ten kult najsilniej przejawiał chodząc na cmentarz i pielęgnując miejsce spoczynku zmarłego małżonka. Następnie, jak można sądzić, ustawodawca kierowany tym samym doświadczeniem życiowym przyjmuje, że w sytuacji, w której czynności związanych z pochówkiem nie podjąłby małżonek zmarłego, uczynią to jego pełnoletni zstępni. W razie braku krewnych określonych w art. 10 pkt 1 i 2 u.cm., np. w sytuacji śmierci dziecka, pochówku dokonają rodzice ewentualnie dziadkowie, a zatem krewni wstępni. Oparcie kolejności na doświadczeniu życiowym nie pozwala

---

<sup>29</sup> Wyrok SN z 25 września 1972 r. (II CR 353/72), Lex Polonica nr 296303.

<sup>30</sup> Podobnie wcześniej J. Haberko, D. Ossowska, *Podejmowanie...*



jednak jednoznacznie przyjąć rozstrzygnięcia na wypadek konfliktu. Jak się wydaje, w razie takowego, np. braku zgodności między małżonkiem zmarłego a jego dorosłymi dziećmi, pierwszeństwo należy dać małżonkowi wnioskując z wyjątkowego charakteru relacji między małżonkami. Rozstrzygnięcie konfliktu między zstępnyymi a wstępnyymi już tak oczywiste jednak być nie musi. Jeszcze więcej wątpliwości będzie wówczas, gdy decyzję o sposobie pochówku będzie chciał podjąć bliski niezaliczony do kręgu osób wymienionych w katalogu z art. 10 u.cm. Przepis statuuje tu bowiem prawo do pochówku i wymienia osoby, którym prawo to przysługuje. Nie wydaje się jednak celowe przyjęcie, że krąg osób wskazanych art. 10 u.cm. jest zamknięty i że inne osoby prawa tego nie mają. Można to wnosić z wskazanej w przepisie dopuszczalności podjęcia działań zmierzających do pochówku przez pewne organizacje. Skoro ustawodawca dopuszcza możliwość dokonania pochówku przez organizację, która oczywiście mogła być zmarłemu bliska, ale która relacji emocjonalnej raczej nie realizowała<sup>31</sup>, to tym bardziej wydaje się dopuszczalne wykładanie przepisu w kierunku przyjęcia, że pochówku dokonać mogą inne osoby, które mają miano osób bliskich i które ze zmarłym za życia łączył stosunek emocjonalny<sup>32</sup>.

W tym kontekście pojawia się jednak wątpliwość, co zrobić w sytuacji, w której najbliższa rodzina wskazana w katalogu z art. 10 u.cm. nie jest spadkobiercą, a dyspozycja testamentowa nie obejmuje rozrządzenia na wypadek śmierci w postaci rozstrzygnięcia o sposobie pochówku. Przedmiotem analiz pozostaną te sytuacje, w których wobec konfliktu między rodzicami a osobą partnera lub między dziećmi a osobą partnera, ewentualnie między małżonkiem a konkubentem, nie jest możliwe rozstrzygnięcie polubowne i wypracowanie wspólnej decyzji co do sposobu pochówku zmarłego.

---

<sup>31</sup> Jak się wydaje organizacja nie będzie też w stopniu, w jakim robi to człowiek bliski, realizować kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej. Nie można oczywiście wyłączyć realizacji tego dobra, niemniej jednak jego realizacja nie będzie taka jak w przypadku człowieka bliskiego (osoby bliskiej).

<sup>32</sup> Kwestia dowodu w tym zakresie pozostanie oczywiście wtórna dla dopuszczalności przyjęcia dokonania pochówku, niemniej jednak należy zauważyć, że ustawodawca niekiedy decyduje się oprócz uprawnienia osób niezwiązanych z uprawnionym węzłem formalnym na szczególnych względach osobistych. Por. dla przykładu dopuszczalność pobrania tkanek, komórek lub narządów od osoby, którą z biorcą łączą szczególne względy osobiste (art. 12 ust. 1 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów). Także J. Haberko, „Szczególne względy osobiste” a przeszczep od żywego dawcy, „Państwo i Prawo” 2011, nr 7–8, s. 44–54.

Każda ze wskazanych wyżej osób może oczywiście własne dobro osobiste realizować. W sytuacji, w której zmarły partner lub konkubent pozostawał we wspólnym pożyciu z osobą domagającą się teraz dopuszczenia do decydowania o sposobie pochówku, istnieje większe prawdopodobieństwo (zwłaszcza w sytuacji konfliktu z rodzicami lub małżonkiem), że to właśnie pozostały przy życiu partner ma większą wiedzę na temat tego, jak zmarły życzyłby sobie zostać pochowanym. Rozpatrzyc tu jednak należy kilka sytuacji.

Pierwszy przypadek obejmuje sytuacje, w których pozostający za życia w związku konkubenckim lub partnerskim człowiek nie pozostawił testamentu ani w zakresie rozrządzeń dotyczących majątku ani w zakresie rozrządzeń dotyczących pochówku zwłok. W takiej sytuacji porządek dziedziczenia ustawowego określać będzie krąg osób zobowiązanych do pokrycia kosztów związanych z pochówkiem zmarłego. Pokrycie kosztów pogrzebu nie jest jednak równoznaczne z podjęciem decyzji o sposobie jego przeprowadzenia. Nawet jeśli krąg spadkobierców ustawowych nie będzie „modelowy”, to znaczy nie będzie uprawnionych z grupy wskazanej w art. 931 § 1 k.c. lub okazałoby się, że nie chcą oni dziedziczyć<sup>33</sup> i tak właśnie oni będą jako pierwsi uprawnieni do podjęcia decyzji o sposobie pochówku. Decyzja o pochówku nie jest zatem związana z tym, kto ma pokryć koszty pogrzebu i nagrobka oraz inne koszty związane z pochowaniem zwłok zmarłego. Decyzja ta zostaje oddzielona od tego, kto jest spadkobiercą. Jednocześnie należy zauważyć, że zapewne – w sytuacji konfliktowej – najbliższa rodzina zmarłego zechce skorzystać z uprawnienia do podjęcia decyzji o sposobie pochówku. W sytuacji dziedziczenia z ustawy problem osoby konkubenta lub partnera właściwie nie powstaje, jeśli wziąć pod uwagę wyłącznie aspekt ekonomiczny podejmowanych decyzji. Skoro konkubent lub partner nie jest spadkobiercą dziedziczącym z ustawy, zatem nie ponosi kosztów, o których mowa w związku z pochówkiem, nie powinien domagać się decydowania o tym pochówku. To jednak bardzo uproszczone rozumowanie, gdyż oprócz aspektu ekonomicznego związanego z dziedziczeniem jest jeszcze aspekt emocjonalny, równie ważny, o ile nie ważniejszy w pewnych sytuacjach, zwłaszcza zaś w chwili utraty kogoś bliskiego<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Mowa o przypadku małżonka, który odrzuca spadek lub zstępny, który zrzekł się dziedziczenia.

<sup>34</sup> Por. J. Haberko, *Status rodzinnoprawny zmarłego*, w druku.

I tu pojawia się problem, który trzeba mieć na uwadze, dotyczący tego, że prawo spadkowe jest tak pomyślane, że poza instytucją wydziedziczenia stanowi refleks, w sumie wyłącznie teoretyczny, prawa rodzinnego i wzajemnych relacji prawnych między członkami rodziny. Prawo spadkowe w zakresie ujęcia przesłanek podmiotowych dziedziczenia „nie widzi” relacji emocjonalnych między uprawnionymi do dziedziczenia i innymi osobami, które w tej konfiguracji chciałyby realizować na swój sposób kult pamięci osoby zmarłej, choćby poprzez decyzję o pochówku czy pokryciu kosztów pogrzebu.

Drugą grupę sytuacji faktycznych będą stanowiły te, w których konkubent lub partner zostali powołani do dziedziczenia z testamentu jako jedyni uprawnieni, przy czym nie ma w testamencie rozrządzenia na wypadek śmierci w postaci polecenia odnośnie sposobu pochówku. Ta sytuacja jest inna niż analizowana wyżej. Konkubent lub partner przyjmując spadek zostają zobowiązani do pokrycia kosztów pogrzebu jednak bez możliwości podejmowania decyzji o sposobie pochówku. Decyzja ta pozostaje bowiem ponownie oddzielona od relacji prawno-spadkowej. Jeżeli zatem za życia między rodzicami i partnerem lub między małżonką a konkubiną nie występowały przyjazne stosunki, co więcej, jeżeli osoby te były traktowane gorzej przez bliską im osobę (dziecko lub małżonka), prawdopodobnie w analizowanej sytuacji będzie to, że tak rodzice jak i małżonka nie będą ułatwiać realizacji kultu pamięci zmarłego partnera lub konkubenta. W sytuacji, w której stosunki przyjacielskie i wzajemna akceptacja miały miejsce za życia, można przypuszczać, że również po śmierci wskazane wyżej podmioty w imię spokoju i realizacji własnych dóbr osobistych dojdą do porozumienia i wypracują kompromis. Kompromis ten może się przejawiać na przykład w tym, że wskazane wyżej osoby wspólnie zdecydują o sposobie pochówku w myśl zasady, że ten, kto pokrywa koszty pogrzebu i nagrobka powinien mieć możliwość decyzji w tym zakresie, nawet jeżeli ustawa wyraźnie nie wskazuje tego uprawnienia po jego stronie.

Kolejna sytuacja obejmuje przypadki, w których osoba konkubenta lub partnera otrzymuje polecenie testamentowe dokonania pochówku w zakresie, w jakim zmarły sobie tego życzył. Wyrażenie woli w testamencie w zakresie polecenia będzie o tyle korzystne dla konkubenta lub partnera, o ile wraz poleceniem nastąpi zapis testamentowy na pokrycie kosztów pogrzebu, w przeciwnym razie istnieć będzie niebezpieczeństwo podniesienia przez spadkobierców ustawowych, że o ile ponoszą

oni koszty spadkowe związane z pochówkiem, powinni decydować o jego przeprowadzeniu. W tym miejscu pojawia się jednak konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rozrządzenie testamentowe określające sposób przeprowadzenia pochówku będzie „silniejsze” niż uprawnienie wskazanie w art. 10 u.c.m.? Innymi słowy, kto będzie „uprawniony bardziej” do podjęcia decyzji o sposobie pochówku. Nie ma prostej odpowiedzi na tak postawione pytanie. Wydaje się jednak, że pierwszeństwo przyznać należałoby zobowiązanemu w tym zakresie konkubentowi lub partnerowi. Ich pierwszeństwo będzie wynikało z polecenia testamentowego, czyli rozrządzenia, przez które testator chciał zmienić pewien przewidziany ustawą porządek. Można w tym zakresie przyjąć, że skoro swoboda testowania pozwala testatorowi zmienić porządek dziedziczenia i skoro do rozrządzeń testamentowych zalicza się także takie rozrządzenia, które mają charakter niemajątkowy i nie czynią nikogo wierzycielem, to celowe jest przyjęcie, że poczynione przez testatora polecenie testamentowe pozwala zmienić krąg osób uprawnionych do podjęcia decyzji o sposobie pochówku, o czym mowa w art. 10 u.c.m. Warto jednak pamiętać, że proponowane w tym zakresie rozwiązanie nie odbiera uprawnionym możliwości realizowania kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej, minimalizuje jednak ryzyko konfliktów związanych z pochówkiem, przy czym ich zupełnie nie wyłącza, choćby w zakresie zwrotu kosztów pogrzebu i realizacji roszczeń z tytułu zapisu.

Na koniec, jak się wydaje, sytuacja dla konkubenta lub partnera najkorzystniejsza w zakresie podejmowania decyzji o miejscu i sposobie pochówku. Powołanie do dziedziczenia w testamencie oraz polecenie testamentowe w zakresie dyspozycji co do pogrzebu i nagrobka a także innych związanych z zewnętrznymi przejawami kultu pozwoli zrealizować uprawnienie do w miarę „nieskrępowanego” i nieograniczonego woli innych osób decydowania o pochówku zmarłego konkubenta lub partnera. Przemawiać będzie za tym zarówno wola objawiona w poleceniu testamentowym jak i ekonomiczne jej odzwierciedlenie w postaci powołania do dziedziczenia<sup>35</sup>. Osoby bliskie będą jednak nadal uprawnione do realizacji kultu.

---

<sup>35</sup> Wszystkie analizowane sytuacje można oczywiście dodatkowo komplikować, gdyż proza relacji międzyludzkich pisze scenariusze nie tylko na potrzeby akademickich kazusów. Można oczywiście zastanawiać się czy zmiana w zakresie odrzucenia spadku lub stwierdzenia niegodności zmienia czy też nie zakres uprawnień po stronie spadkobiercy lub uprawnionego z tytułu zapisu.

Przechodząc do podsumowania prezentowanych w tym tekście wywodów należy zauważyć, że sytuacja osób bliskich zmarłemu, po jego śmierci zależy od kilku czynników, z których nie wszystkim można przypisać prawne znaczenie. Pierwszym czynnikiem, od którego zależy będzie możliwość podejmowania decyzji o sposobie pochówku zmarłego bliskiego będzie to, by za życia nie być skonfliktowanym z innymi osobami, dla których zmarły również pozostawał osobą bliską. Zdecydowanie najkorzystniejszą wydaje się być sytuacja, w której osoby chcące realizować kult po bliskiej osobie zmarłej mogą w tym zakresie przyjąć jakieś wspólne rozwiązania i działać na zasadzie porozumienia. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że dojście do porozumienia w zakresie podejmowania decyzji w analizowanym zakresie może być postrzegane jako przejaw kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej. Chodzi o to, że kult ten realizuje się przez zgodne współdziałanie wszystkich zainteresowanych. Przyjmując dodatkowo argumentację pozaprawną można powiedzieć kierując się doświadczeniem życiowym, że przejaw kultu będzie tym większy im bardziej osoby go realizujące muszą zrezygnować z własnych wyobrażeń o jego dopuszczalnej realizacji na rzecz pewnych kompromisów.

W sytuacji, w której realizacja wspólnych zamierzeń członków rodziny i osób bliskich nie jest możliwa należy przyjąć, że każdemu z uprawnionych przysługuje prawo do realizacji kultu we własnym zakresie, przy czym musi on zważać, by realizując własne prawo nie naruszać prawa innych uprawnionych. Pewne decyzje w zakresie sposobu pochówku, nagrobka czy przejawów pamięci powinny być podejmowane z uwzględnieniem sytuacji innych osób. Każdy z członków rodziny czy osoby bliskie chcąc realizować kult pamięci zmarłego powinny zatem uwzględnić to, czy sposób realizacji prawa nie będzie naruszać prawa innych osób przez to, że wiązać się będzie ze wzmożeniem odczuwania bólu i cierpienia po stracie członka rodziny. Nie wydaje się, by należało tu powoływać jakiegokolwiek kategorie prawne dopuszczalnych działań. Trzeba po prostu zachować takt, umiar i delikatność. Ważniejsze w tym zakresie będą zatem ogólnoludzkie wzorce postępowania jednych ludzi wobec innych niż powoływanie prawnych przesłanek i granic dla realizacji kultu.

Nie ulega na koniec wątpliwości, że decydujące zdanie *mortis causa* w analizowanym zakresie przeprowadzenia pogrzebu i związanych z tym czynności, zwłaszcza w sytuacji potencjalnego konfliktu, będzie

miał sam spadkodawca i najlepiej, żeby wyraził je tak co do sposobu pochówku jak i pokrycia jego kosztów, w testamencie sporządzając w tym zakresie zarówno polecenie, jak i zapis.

## **Streszczenie**

Tekst obejmuje rozważania na temat kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej objawiającego się poprzez podejmowanie decyzji o miejscu pochówku i pogrzebie osoby bliskiej. Analizowany problem odnosi się zwłaszcza do sytuacji konfliktu w kwestii rozstrzygnięcia miejsca pochówku zmarłego, który przed śmiercią pozostawał w związku partnerskim (niezależnie od tego czy jest to związek konkubencki czy homoseksualny) jeżeli między partnerem (konkubentem) a rodziną istnieje różnica zdań. Autorka analizuje zagadnienie w kontekście uprawnienia do podejmowania decyzji o pochówku w świetle ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych z uwzględnieniem odpowiedzialności za długi spadkowe, do których koszty pogrzebu zostają zaliczone. Problem jest szczególnie widoczny wówczas, gdy zmarły nie pozostawił testamentu, a pomiędzy osobami, które chcą realizować kult pamięci po tej osobie istnieje rozbieżność zdań co do sposobu realizacji tego kultu i pierwszeństwa w tym zakresie. Chodzi o rozstrzygnięcie, komu należy przyznać decydujący głos w zakresie rozstrzygnięcia, gdzie zmarły konkubent albo partner ma zostać pochowany, w jakim obrzędzie pochówek ma nastąpić, czy jak ma wyglądać nagrobek. Tekst obejmuje cztery możliwe sytuacje realizowania kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej z uwzględnieniem decyzji o sposobie pochówku.

Słowa kluczowe: pogrzeb, pochówek, kult pamięci bliskiej osoby zmarłej, partner.

## **Abstract**

The text includes a discussion of the cult of the deceased which can be manifested by deciding on the funeral and the place of burial. The problem relates to a decision about the place of burial of the deceased, who remained in a partnership (whether it is a concubinage or homosexual), while the partner and the family do not agree in the matter. The author

analyses the issue in the context of decision-making powers in the light of the Law on cemeteries and burials taking in consideration the debts of the succession. The problem is particularly evident when the deceased has not left a will, and between those who want to pursue the cult of the memory is a difference of opinion how this cult should be manifested. Another problem is a priority in this regard. It should be determined where the deceased cohabitant or partner has to be buried, in what rite the funeral should be done or how his tombstone should look like. The text includes four possible situations of the cult of the deceased, taking into account the decision of the funeral.

Keywords: cult of the memory, died close person, partner, burial.



Олег Анатольевич Халабуденко<sup>1</sup>

## Правовой режим органов, тканей и клеток человека после смерти

Распоряжение органами, тканями и клетками человека при жизни и после смерти представляет собой частный случай реализации так называемых «соматических прав». В широком смысле эти права охватывают: свободу человека самостоятельно делать выбор между продолжением или прекращением своего физического существования, право человека относительно органов, тканей и клеток, возникающие у донора и реципиента, право распоряжения органами и тканями, удаленными в целях отличных от целей донорства, репродуктивные и сексуальные права и т.д. Выделение названной группы прав основывается на представлении о том, что каждый человек вправе самостоятельно распоряжаться своим телом. Эти права имеют персонифицированный характер, они не отчуждаемы от правообладателя.

Отметим, что телесную оболочку человека нельзя признать отдельным самостоятельным объектом, поскольку при жизни человека она не существует сама по себе, а является неотъемлемой частью индивида. Физическое лицо не является собственником тела до тех пор, пока тело олицетворяет лицо<sup>2</sup>. Соответственно, пользование и распоряжение физическим лицом своим организмом происходит не путем осуществления правомочий собственника, а посредством совершения иных правомерных действий по осуществлению права на физическую неприкосновенность. Последнее, наряду с правом на психическую неприкосновенность, составляет единое неимущественное по своей природе **право на целостность личности**. Физическая неприкосновенность предполагает автономное решение физическим лицом

---

<sup>1</sup> Dr, conferențiar universitar, Universitatea Liberă Internațională din Moldova, Chișinău (doc. dr, Wolny Międzynarodowy Uniwersytet Moldawii w Kiszyniowie).

<sup>2</sup> O. Ungureanu, C. Jugustru. *Drept civil. Persoanele*. – București, 2003. P. 29.

вопросов, связанных с его телом, а также отделенными от организма органами, тканями и клетками. В свою очередь психическая неприкосновенность – свободное совершение поступков в соответствии со своим сознанием и волей<sup>3</sup>. Таким образом, после заключения, например, договора донорства или в результате совершения одностороннего акта о распоряжении органом на случай смерти, объектом будет физическая неприкосновенность лица, рассматриваемая как компонента права на целостность личности. Наряду с правом на жизнь, право на целостность личности относится к основополагающим конституционным правам. Так, в соответствии с ч. (1) ст. 24 Конституции Республики Молдова<sup>4</sup> (далее также – РМ) государство гарантирует каждому человеку право на жизнь и на его физическую и психическую неприкосновенность.

Право на целостность личности закреплено в ст. 3 Хартии об основных правах Европейского Союза<sup>5</sup> (далее – Хартия), согласно которой каждый человек имеет право на собственную физическую и психическую целостность. При этом Хартией признается, что в области медицины и биологии необходимо обеспечить, в частности: добровольное и свободное согласие заинтересованного лица в соответствии с установленным законом порядком; запрещение евгенической практики, прежде всего той, которая направлена на селекцию человека; запрещение использования тела человека и его частей как таковых в качестве источника финансовой выгоды; запрещение репродуктивного клонирования человеческих существ.

Интересующие нас соматические права, будучи составной частью права на целостность личности, относятся к телу организма. Сам термин «сома» (от др.-греч. *σῶμα* – тело) был введен в науку немецким зоологом А. Вейсманом в XIX в. для обозначения тела организма («смертной части»), в противоположность зародышевой плазме, передающейся из поколения в поколение через половые клетки. Из деления организма на соматическую составляющую и зародышевую плазму (наследственное вещество) следует справедливое утверждение о принципиальной невозможности наследования

---

<sup>3</sup> Малеина М.Н. *Личные немущественные права граждан: понятие, осуществление, защита.* – 2-е изд., испр. и доп. – М., 2001. С. 86-87.

<sup>4</sup> Конституция Республики Молдова от 29.07.1994// Monitorul Oficial Nr. 1 от 12.08.1994, статья № 1.

<sup>5</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01)// Official Journal of the European Communities, 18.12.2000.

свойств, приобретаемых организмами под влиянием условий жизни в процессе их индивидуального развития<sup>6</sup>. В настоящее время прилагательное «соматический» широко применяется для обозначения телесных явлений в отличие от явлений психического характера. Данный термин получили распространение в научной сфере (например, в медицине традиционно выделяются соматические и психические заболевания, в биологии соматология занимается вопросами исследования человеческого тела) и т.д. Использование понятия «соматические права» в юридической науке признается дискуссионным<sup>7</sup>.

Выделение в составе соматических прав, наряду с неприкосновенностью психики, права на физическую неприкосновенность восходит к традиционной для европейской культуры дихотомии тела и души, а точнее – к известному конфликту между идейными течениями, отвергавшими благость телесного начала, и учениями, рассматривающими *corpus* как благо, которое, следовательно, с юридической точки зрения способно быть объектом субъективного права, поскольку оно подчинено воле лица<sup>8</sup>. Признание телесного начала благом позволяет утверждать, что право на физическую

---

<sup>6</sup> БСЭ, 1969-1978 гг. [Электронный ресурс]// режим доступа: <http://bse.sci-lib.com/article104448.html> (дата доступа: 21.06.2015); Лаврик М.А. *К теории соматических прав человека* // «Сибирский юридический вестник» 2005. № 3. С.18.

<sup>7</sup> См., например: Крусс В. И. *Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы* // «Государство и право.» 2000. № 10. С. 43.; Крусс В. И. *Соматические права человека в соотношении православной антропологии С. Л. Франка и философии экологического кризиса В. Хесле* // *Медицина, этика, религия и право: материалы конф.* М., 2000. С. 171-189; Крусс В. И. *Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека* // «Государство и право.» 2002. № 7. С. 46–53; Крусс В. И. *К теории пользования конституционными правами* // «Государство и право;» Дмитриев Ю. А. [Отклики] // «Государство и право.» 2003. № 1. С. 126-127; Лаврик М.А. *К теории соматических прав человека* // «Сибирский юридический вестник.» 2005. № 3. С. 16-26; Лаврик М.А. *Конституционные основания соматических прав человека: вопросы теории и практики зарубежных государств* // «Сибирский юридический вестник.» 2006. №1. С.44-62.

<sup>8</sup> Представление о субъективном праве как благе восходит к философии стоиков, которые разрешали вопрос о благодности мира в зависимости от того, находится ли объект присвоения – фрагмент действительности – в собственной власти лица или нет. Все, что находится во власти лица – благостно, а независимое от его власти – «ничтожно, низменно, непостоянно, не верно». (См. подробнее: Халабуденко О.А. *Имущественные права. Книга 1. Вещное право.* Кишинев, 2011. С. 26).

неприкосновенность есть социальное благо, которым его обладатель волен распоряжаться, и что это право выступает объектом правовой охраны (защиты).

По своей природе это права – *sui generis*, они относятся к группе прав, определенных действием *inalienability rule*; возмездное отчуждение этих прав в принципе невозможно даже при наличии согласия управомоченного лица. Исключение из оборота объектов рассматриваемых прав определено действием морально-нравственных императивов, фиксирующих границы возможности применения соответствующих имущественных конструкций к пересадке органов, тканей и клеток человека, как при жизни донора, так и после его смерти. Не случайно, теоретическое осмысление теории устойчивых распределений при трансплантологии почек, предложенное нобелевскими лауреатами Элвином Ротом (Alvin E. Roth) и Ллойдом Стауэллом Шепли (Lloyd Stowell Shapley), основывается на квазирыночном механизме обмена органами с несовместимыми парами доноров<sup>9</sup>.

Объектами рассматриваемых прав служат органы, ткани и клетки человека. Следует согласиться с мнением исследователей, считающих целесообразным выделить несколько групп органов, тканей и клеток человека, положив в основу деления причину их отторжения (отчуждения) и цель дальнейшего использования<sup>10</sup>. Первую группу составляют трансплантаты – органы, ткани и клетки, которые изымаются в медицинских целях для дальнейшей пересадки. Забор этих органов и тканей влечет временное или постоянное ухудшение состояния здоровья и (или) риск такого ухудшения. По поводу трансплантатов могут быть заключены договоры донорства, комплексные договоры хранения и дальнейшей пересадки; оформляются односторонние распорядительные акты по распоряжению телом после смерти. Частноправовые акты<sup>11</sup> в отношении трансплантатов не направлены на приобретение имущественных прав и не являются актами по отчуждению имущественных прав. Однако донор

---

<sup>9</sup> См.: Нобелевские лауреаты-2012 [Электронный ресурс] // <http://орес.ru/1432260.html> (дата доступа: 21.06.2015).

<sup>10</sup> См.: Малеева М.Н. *Статус органов, тканей, тела человека как объектов права собственности и права на физическую неприкосновенность*. // «Законодательство», 2003. № 11, ноябрь. С. 22-49.

<sup>11</sup> Актом в данном случае именуется волеизъявление лица, направленное на правовой результат, признаваемый и защищаемый правом порядком.

вправе получить вознаграждение, размер которого ограничивается покрытием расходов и неудобств, причиненных ему, в частности: на возмещение потерь доходов и других обоснованных расходов живых доноров, вызванных донорством или связанными с ним медицинскими обследованиями, а также выплату обоснованных расходов на законные медицинские или технические услуги, связанные с донорством. Ко второй группе следует отнести органы и ткани, отчуждаемые в результате оказания медицинской помощи. К ним относятся, например, ампутированные по причине заболевания или травмы части тела пациента. Наконец, третью группу составляют органы и ткани, отторжение которых не связано с заболеванием и (или) медицинским вмешательством и может не иметь определенной цели дальнейшего использования. К этой группе можно отнести, например, остриженные волосы.

Представляется, что любые органы, ткани и клетки человека с момента их отделения от организма, а также тело (прах) после смерти – это объекты материального мира, относящиеся к категории вещей со специальным правовым режимом<sup>12</sup>. «Неотделенные же части человеческого тела, составляя принадлежность личности, не могут подчиняться чужой власти»<sup>13</sup>, а следовательно, не могут рассматриваться в качестве объектов прав. Правопорядок не признает право на чужое тело или на отдельные его части до момента их отделения от тела.

Одной из форм реализации права на физическую неприкосновенность является право человека относительно его органов, тканей и клеток на случай смерти. Согласно Закону Республики Молдова «О трансплантации органов, тканей и клеток человека»<sup>14</sup> (далее – Закон РМ «О трансплантации»), органом является жизненно важная отдельная часть человеческого тела, сформированная из различных тканей, которые поддерживают ее структуру, васкуляризацию и выполняют физиологические функции со значительной степенью автономии. Это та часть тела человека, которая, будучи полностью удалена, не может быть воспроизведена организмом человека.

<sup>12</sup> Халабуденко О.А. *Имущественные права*. Книга 1. *Вещное право*. С.74-75.

<sup>13</sup> Коркунов Н.М. *Лекции по общей теории права* /Н. М. Коркунов; [сост., автор вступ. ст., коммент. А. Н. Медушевский]. – М.: *Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН)*, 2010. С. 157.

<sup>14</sup> Закон о трансплантации органов, тканей и клеток человека Nr. 42 от 06.03.2008//Monitorul Oficial от 25.04.2008 Nr. 81, статья № 273.

Тканями признаются все части (анатомические образования) человеческого тела, сформированные из клеток, в свою очередь клетками – отдельные клетки или конгломерат клеток, не связанные каким бы то ни было видом ткани. Органы, ткани и клетки человека используются для трансплантации (пересадки) от донора реципиенту в лечебных и других определенных законом целях. При этом следуют различать гомотрансплантаты – ими признаются анатомические материалы человека, предназначенные для трансплантации; биоимплантаты – средства медицинского назначения, изготовленные из анатомических материалов умерших людей, ксенотрансплантаты – анатомические материалы животного, предназначенные для трансплантации; а также фетальные материалы – анатомические материалы мертвого эмбриона (плода) человека.

Вопросам трансплантации посвящены, в частности, Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине<sup>15</sup> (далее – Конвенция), совершенная в Овьедо 4 апреля 1997 года и Дополнительный протокол к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека<sup>16</sup> (далее – Протокол), подписанный в Страсбурге 25 января 2005 года. Указанные акты действуют в отношении государств – членов Совета Европы, Европейского Союза и иных Государств, присоединившихся к ним. Основная цель Конвенции состоит в принятии ее сторонами обязанности защиты достоинства человека и гарантии каждому без исключения соблюдение целостности личности и других прав и основных свобод в связи с применением достижений биологии и медицины. Протокол применяется в отношении трансплантации органов, тканей и клеток человеческого происхождения.

---

<sup>15</sup> Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине [электронный ресурс]/The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community entered into force on 1 December 2009//<http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/164.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

<sup>16</sup> Дополнительный протокол к Конвенции о правах человека и биомедицине в области биомедицинских исследований [электронный ресурс] //режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/195.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

Трансплантация в соответствии с Законом РМ «О трансплантации» является медицинской деятельностью, имеющая целью восстановление функции человеческого организма путем пересадки органов, тканей и клеток от донора реципиенту. Трансплантация может производиться от одного лица другому (аллогенная) или собственными клетками, тканями и органами (аутогенная). Термин «аллогенная трансплантация» означает полный процесс удаления органа или ткани у одного лица и имплантацию этого органа или ткани другому лицу, включая все процедуры по подготовке, сохранности и хранению. Речь идет об удалении органов и тканей из организма родившегося человека, живого или умершего на момент операции, и имплантации органов и тканей человеческого происхождения другому человеку, который также уже родился. Аллогенная трансплантация возможна как от живого, так и от мертвого донора, а также от лица, проходящего медицинские процедуры для своего блага, давшего свое согласие на имплантацию своего удаленного органа другому лицу. Трансплантация определяется как целостный процесс, начинающийся с удаления органа или ткани у одного человека и заканчивающийся имплантацией данного органа или ткани другому человеку. Человек, у которого удалили материал, называется «донором», а человек, которому материал имплантирован, – «реципиентом»<sup>17</sup>.

Конвенция, Протокол, равно как и национальное законодательство, регулирующие вопросы трансплантации, не применяется в отношении половых органов и тканям, служащим передаче генетического материала, эмбриональным органам и тканям и органам и тканям плода, в том числе эмбриональным стволовым клеткам. Дело в том, что трансплантация таких органов и тканей представляется имеющей последствия, отличные от последствий репродукции с использованием медицинских методов, и регулируется специальными правилами. В частности, в соответствии с Законом РМ «О репродуктивном здоровье»<sup>18</sup> донорство половых клеток и эмбрионов представляет собой медицинскую технологию, посредством

---

<sup>17</sup> Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека // <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/186.htm>

<sup>18</sup> Закон о репродуктивном здоровье Nr. 138 от 15.06.2012 // Monitorul Oficial от 28.09.2012. Nr. 205-207, статья № 673.



которой лицо предоставляет свои гаметы (сперматозоиды или яйцеклетки) либо эмбрионы другим лицам для наступления беременности. Законодательство, действующее в рассматриваемой сфере, не применяются к донорству крови и ее производным материалам, включая кровь и продукты, полученные из крови для использования при лечении переливанием крови в трансфузийной медицине. Переливание крови и использование производных от крови продуктов регулируются специальными нормативно-правовыми актами. Так, согласно Закону РМ «О донорстве и переливании крови»<sup>19</sup> донорство крови и ее компонентов является добровольным и безвозмездным актом. Донор крови и ее иммунных и изоиммунных компонентов, осуществляющий донорство после предварительной инокуляции соответствующих антигенов, имеет право на денежное вознаграждение, выплачиваемое в размере и порядке, установленном правительством.

Нормативные положения, регулирующие вопросы трансплантации, не распространяются также на: ауто трансплантацию – пересадку человеку взятого у него анатомического материала, имплантацию – пересадку биоимплантатов и искусственно изготовленных заменителей органов, взятие анатомических материалов для диагностических исследований. Трансплантация в традиционном понимании не включает использования тканей человеческого происхождения в форме медицинских препаратов или фармацевтической продукции. Не являются объектами трансплантации волосы, ногти, плацента и продукты жизнедеятельности человека.

Аллогенная трансплантация осуществляется при соблюдении специальных правил, установленных законом. Отметим, что особый правовой режим органов, тканей и клеток человека предполагает установление **специального режима их распределения**. Такое распределение должно производиться в соответствии с медицинскими критериями. Данное понятие следует толковать в широком смысле в свете соответствующих профессиональных стандартов и обязательств и как распространяющееся на любую ситуацию, способную повлиять на состояние здоровья пациента, качество трансплантируемого материала или результаты трансплантации. В частности, при распределении должно учитываться совместимость

---

<sup>19</sup> Закон о донорстве и переливании крови Nr. 241 от 20.11.2008 // Monitorul Oficial от 13.01.2009. Nr. 1-2, статья № 2.

органа или ткани с организмом реципиента, медицинская неотложность, время на транспортировку органа, время нахождения на листе ожидания, те или иные трудности в поиске подходящего органа для некоторых пациентов (например, пациентов с высокой степенью иммунизации или редкими характеристиками тканей) и ожидаемые результаты трансплантации.

Органы, удаленные у умерших лиц, должны предоставляться только пациентам, стоящим в **официальном листе ожидания** (данное требование не обязательно в отношении тканей). Так, Закон РМ «О трансплантации» предусматривает, что органы, ткани и клетки распределяются пациентам согласно листу ожидания в соответствии с правилами распределения. В случае отсутствия в списках совместимого получателя Агентство по трансплантации разрешает передачу органа, тканей, клеток другому признанному на национальном или международном уровне учреждению трансплантации, с которым оно заключило двусторонние соглашения. Агентство по трансплантации наделяется исключительным правом разрешать на основе двусторонних международных соглашений обмен органами, тканями и клетками для трансплантации и принимает все возможные меры, чтобы они соответствовали стандартам качества и безопасности.

Протоколом установлено правило, что система трансплантации должна предусматривать сбор и запись информации, требующейся для обеспечения отслеживания органов и тканей. Другими словами, организация трансплантации должна обеспечивать **возможность отслеживания** пути всех органов или тканей от донора к реципиенту. В пояснительном докладе к Протоколу отмечается, что это необходимое требование, поскольку невозможно полностью предотвратить риск передачи заболевания от донора к реципиенту и заражение законсервированного материала. Более того, могут появиться новые заболевания или риски их возникновения. Таким образом, как в целях общественного здравоохранения, так и по причине необходимости информировать доноров или реципиентов о потенциальных проблемах, которые могут возникнуть после трансплантации, важно иметь возможность проследить путь любого трансплантируемого материала от донора к реципиенту и наоборот. Если передаваемое заболевание было обнаружено у реципиента не в самом начале, а позднее, необходимо найти доноров для определения

источника заражения и отозвать неиспользованные продукты. При получении согласия, как доноры так и реципиенты должны быть предупреждены о таких долгосрочных последствиях трансплантации и возможной необходимости продолжительного наблюдения. Кроме того, может возникнуть необходимость в анализе того, как использовались органы и ткани, для определения незаконного или неэтичного использования такого материала, предотвращения незаконной торговли органами и тканями и валидации системы распределения. В этих целях система трансплантации должна предусматривать всеобъемлющую систему, позволяющую отслеживать весь трансплантируемый материал, без ущерба для положений о конфиденциальности<sup>20</sup>.

Удаление органов и тканей у умерших физических лиц имеет свои, урегулированные правом особенности. В частности, органы и ткани не могут быть удалены у умершего лица, если это лицо не признано умершим в соответствии с законодательством (ст. 16 Протокола). Закон РМ «О трансплантации» предусматривает, что органы, ткани и клетки могут быть изъяты у умершего лица лишь в случае констатации смерти согласно критериям, установленным Министерством здравоохранения. Таким образом, **смерть лица должна быть засвидетельствована** до того, как органы или ткани могут быть удалены в соответствии с законом. Известные сложности вызывает определение конкретной процедуры декларирования смерти, в то время как основные функции человека искусственно поддерживаются. В соответствии со ст. 11 Закона РМ «О трансплантации» смерть должна быть констатирована одним из следующих способов:

- в случае полной и необратимой сердечно-дыхательной остановки у человека с нормальной или близкой к нормальной температурой смерть констатируется при проведении в течение не менее пяти минут всех реанимационных мероприятий, на протяжении которых все тесты однозначно показывают отсутствие кровоснабжения мозга и жизненно важных органов;

---

<sup>20</sup> Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека [электронный ресурс]// режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/186.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

- у лица с необратимыми изменениями в жизненно важных центрах мозга при искусственной поддержке сердечно-дыхательной функции смерть констатируется специальными тестами (критериями), утвержденными Министерством здравоохранения.

Факт наступления смерти подтверждается врачами в рамках принятой процедуры, и только такая форма засвидетельствования смерти может сделать возможной процедуру трансплантации. Группа медиков, занимающаяся удалением, должна удостовериться, что требуемая процедура была выполнена, до начала операции по удалению. Данная процедура засвидетельствования смерти отлична от формальной выдачи свидетельства о смерти. Важной защитной мерой для засвидетельствования смерти служит требование того, чтобы группа врачей, констатирующих смерть, была отлична от группы, участвующей в процессе трансплантации на каких-либо стадиях. Согласно ст. 12 Закона РМ «О трансплантации» врачи, констатирующие смерть потенциального донора, должны быть иными, нежели врачи, которые непосредственно участвуют в изъятии какого-либо органа, ткани или клетки у умершего лица, участвуют в последующих процедурах трансплантации или несут ответственность за потенциального получателя.

Для удаления органов, тканей и клеток после смерти принципиальное значение имеет **согласие потенциального донора** или разрешение иных указанных в законе лиц. Руководящими принципами Всемирной Организации Здравоохранения по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов<sup>21</sup> предусмотрено, что для проведения трансплантации клетки, ткани и органы могут быть изъяты из тел умерших в случае, если получено согласие в форме, требуемой законом, и если нет оснований полагать, что умершее лицо возражало против такого изъятия.

Обратим внимание, что в зависимости от социальных, медицинских и культурных традиций каждой страны, а также от того, каким образом семьи участвуют в процессе принятия решений

---

<sup>21</sup> Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестьдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: [http://www.who.int/transplantation/Guiding\\_PrinciplesTransplantation\\_WHA63.22ru.pdf](http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf) (дата доступа: 21.06.2015).

относительно своего здоровья в целом, согласие на получение органов и тканей от умерших может быть «четко выраженным» или «предполагаемым». В обеих системах любое надежное свидетельство неприятия человеком посмертного изъятия его клеток, тканей или органов воспрепятствует такому изъятию. В системе четко выраженного согласия, которую иногда называют системой «презумпции несогласия» („*opting in*”), клетки, ткани и органы могут быть изъяты из тела умершего в случае, если умершим при жизни было недвусмысленно заявлено согласие на такое изъятие. В зависимости от существующего в стране закона изъятие согласия допускается в устной форме или может быть зафиксировано в карте донора, водительских правах или удостоверении личности, либо в медицинской карте или в реестре доноров<sup>22</sup>.

Следует отметить, что презумпция несогласия таит в себе ряд определенных недостатков. Во-первых, необходимость выражения согласия относительно трансплантации на случай смерти объективно уменьшает число потенциальных доноров, тогда как количество потенциальных реципиентов – значительно, что обуславливает высокую смертность среди них. Во-вторых, недостаток донорских органов приводит к криминализации рассматриваемой сферы деятельности, к провоцированию роста преступных деяний, связанных с «насильственным донорством». В-третьих, в случае, если умерший при жизни не оставил ни положительного, ни четко отрицательного отношения к изъятию органа, разрешение должно быть получено от уполномоченного в правовом порядке лица, каковым обычно является член семьи<sup>23</sup>. Другими словами, если лицо не предоставило согласия при жизни на донорство органов, то после его смерти это могут сделать ее супруг (супруга) или близкие родственники. Очевидно, неуместно и несколько аморально предлагать подписывать заявление членам семьи на трансплантацию органов от умершего, учитывая состояние, в котором находятся родные умершего<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестидесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: [http://www.who.int/transplantation/Guiding\\_PrinciplesTransplantation\\_WHA63.22ru.pdf](http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf) (дата доступа: 21.06.2015).

<sup>24</sup> Стасіна Я. *Презумпція згоди* // «Одеська обласна громадсько-політична газета 2013» № 089 (21457) 9 листопада 2013» р. – с. 1 [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://chornomorka.com/archive/a-3093.html>

Итак, Протокол (ст. 17) прямо предусматривает, что органы и ткани не удаляются у умершего лица, если требующееся в соответствии с законодательством согласие или разрешение на такое удаление не будет получено. Удаление не может быть осуществлено, если умершее лицо возражало против этого. В соответствии со ст. 13 Закона РМ «О трансплантации» изъятие органа (ткани, клеток) у умершего для целей трансплантации возможно в случае наличия предсмертного согласия умирающего, выраженного в соответствии с законом. Во всяком случае, не допускается изъятие ни в какой форме, если при жизни умершее лицо выразило возражение против донорства посредством собственноручно написанного или иного законно составленного акта отказа. Однако при отсутствии согласия потенциального донора донорство возможно, если **не имеется письменного возражения** против донорства со стороны хотя бы одного из совершеннолетних членов семьи, других родственников первой степени родства или законного представителя умершего. Таким образом, презумпция несогласия потенциального донора в этом случае компенсируется презумпцией согласия (отсутствие возражений) названного круга лиц. Заметим также, что Закон РМ «О трансплантации» предусматривает, что донорство возможно без согласия близких родственников или законного представителя, если после законной констатации смерти никто из близких родственников или законный представитель не обратились с целью выражения мнения в отношении донорства, а сведения о близких родственниках или законном представителе умершего отсутствуют. Таким образом, в отношении родственников и иных близких лиц умершего законодательство Республики Молдова устанавливает презумпцию согласия.

Противоположная презумпции несогласия система предполагаемого согласия (“*opting (or contracting) out*”) позволяет осуществить изъятие материала из тела умершего для трансплантации (в ряде стран также для анатомического изучения либо в научных целях) в случае, если умерший при жизни не выразил своего возражения против изъятия органа, которое должно быть зафиксировано в официальном документе в установленном порядке, или в случае, если информированная сторона не поставит в известность

о возражении, высказанном при жизни умершим против изъятия органа для трансплантации<sup>25</sup>.

Принцип презумпции согласия донора узаконен, в частности, в Российской Федерации (далее – РФ). Так, согласно ст. 8 Закона РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека»<sup>26</sup> изъятие органов и (или) тканей у трупа не допускается, если учреждение здравоохранения на момент изъятия поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о своем несогласии на изъятие его органов и (или) тканей после смерти для трансплантации реципиенту. Очевидно, что для реализации «презумпции согласия» в случае отсутствия выраженных или имплицитных возражений против донорства должна быть предусмотрена соответствующая процедура намерений, отраженных в соответствующем реестре возражений, выраженных потенциальными донорами.

Во всяком случае, независимо от системы, если имеются сомнения в отношении воли умершего, группа врачей, ответственная за удаление органов, должна сначала предпринять попытку получения свидетельства родственников умершего. Если национальное законодательство не предусматривает обратного, такое разрешение не должно зависеть от предпочтений самих ближайших родственников в отношении донорства органов и тканей. Ближайшим родственникам должны быть заданы вопросы только о выраженных или предполагаемых пожеланиях умерших лиц. Важнейшим фактором при решении вопроса об удалении органов или тканей являются выраженные взгляды потенциального донора. Стороны должны четко определить, может ли быть произведено удаление органа или ткани, если пожелания умершего неизвестны и не могут быть определены на основании опроса родственников или друзей<sup>27</sup>. Конечно, иде-

---

<sup>25</sup> Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестьдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: [http://www.who.int/transplantation/Guiding\\_PrinciplesTransplantation\\_WHA63.22ru.pdf](http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf) (дата доступа: 21.06.2015). *Ibid.*

<sup>26</sup> Закон Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» № 4180-1 от 22 декабря 1992 года (в редакции Федеральных законов от 20.06.2000 № 91-ФЗ, от 16.10.2006 № 160-ФЗ, от 09.02.2007 № 15-ФЗ).

<sup>27</sup> Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей



альной моделью регулирования вопроса посмертной трансплантации анатомических материалов человека может служить отказ от презумпций согласия/несогласия потенциального донора с соответствующей фиксацией твердого волеизъявления в едином регистре<sup>28</sup>. Однако нельзя не заметить, что ведение регистра, позволяющего зафиксировать волеизъявления всех потенциальных доноров, хотя и возможно, но технически затруднительно, а главное – что позиция самого донора по данному вопросу в течение жизни, а тем более в критические минуты накануне смерти может быть изменена, тогда как сведения, внесенные в регистр, останутся неизменными

Органы, ткани и клетки умершего **не могут выступать объектом купли-продажи или иной материально-правовой сделки**, совершаемой его близкими родственниками. Имущественная компенсация таким лицам запрещена. Таким образом, закон прямо запрещает торговлю органами, тканями и клетками человека, а также получение финансовой выгоды или преимуществ от торговли телом человека и его частями. Торговля органами, тканями и клетками человека признается преступлением и преследуется в соответствии с уголовным законодательством. Законом также запрещена пропаганда необходимости трансплантации органов, тканей и (или) клеток с целью предложения или получения финансовой выгоды или преимуществ, связанных с этим. Руководящими принципами Всемирной Организации Здравоохранения по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов отмечается, что идея оплаты клеток, тканей и органов чревата опасностью недобросовестного использования беднейших и наиболее уязвимых групп населения, при этом подрывается идея безвозмездного донорства, что в конечном итоге ведет к спекуляции и торговле людьми. Подобные

---

человека [электронный ресурс]// режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/186.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

<sup>28</sup> Улиганец В.Є. *Основоположні засади механізму правового регулювання посмертного донорства трансплантатів людини // Закарпатські правові читання. Матеріали науково-практичної конференції молодих вчених та студентів (17-19 квітня 2015 р. м. Ужгород) / Ужгородський національний університет; За заг. ред. В.І. Смоланки, Я.В. Лазура, О.Я. Рогача, М.І. Полюжина – Ужгород: Видавництво УжНУ “Говерла”, 2015. – Т. I. – С. 68.*

выплаты подразумевают, что некоторые люди лишены достоинства и являются всего лишь объектами для использования другими<sup>29</sup>.

Изъятие органов (тканей, клеток) должно совершаться с **учетом уважения к телу умершего**. Закон обязывает врачей, осуществивших изъятие органов, тканей и клеток у умершего, произвести реставрацию трупа и его лица с применением специальных методов и средств, в том числе при необходимости хирургических, с целью придания достойного вида телу умершего (ст. 14 Закона РМ «О трансплантации»).

Итак, права на органы, ткани и клетки человека относятся к группе особого рода неотчуждаемых прав. Распорядительные действия, совершаемые физическим лицом в отношении своих органов, тканей и клеток на случай смерти, представляют собой форму реализации права на целостность личности. Осуществление такого рода действий регламентировано специальными нормативно-правовыми актами, устанавливающими особую процедуру их осуществления в рамках трансплантационных процедур, исключающую возможность получения имущественной выгоды от их совершения. Возможные режимы презумпции согласия или напротив – презумпции несогласия потенциального донора, а также круга близких лиц на посмертное донорство имеют определенные морально-нравственные и процедурные недостатки, которые не может игнорировать право, что предполагает дальнейший поиск путей совершенствование правового регулирования исследуемой сферы.

## **Аннотация**

В работе анализируется правовой режим органов, тканей, клеток и тела человека. Автор утверждает, что права в отношении названных объектов относятся к особой группе прав *sui generis* – соматических прав. Утверждается, что в отношении объектов этих

---

<sup>29</sup> Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестьдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: [http://www.who.int/transplantation/Guiding\\_PrinciplesTransplantation\\_WHA63.22ru.pdf](http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf) (дата доступа: 21.06.2015).

прав действуют специальный правовой режим. Проводится анализ действующего национального и международного законодательства, регулирующего вопросы трансплантации органов, тканей и клеток человека. Отмечается, что права в отношении рассматриваемых объектов могут быть объектом частноправовых актов *causa mortem* с учетом специального правового режима, установленного по отношению к ним. На примере национального и международного законодательства демонстрируются особенности совершения таких актов.

Ключевые слова: правовой режим органов, тканей и клеток человека; соматические права; национальное и международное законодательство по вопросам трансплантации органов человека; пожертвование; распорядительные действия на случай смерти.

### **Abstract**

The paper is devoted to the analysis of the legal regime of human organs, tissues, cells and body. The author argues that the rights in respect of these objects belong to a special group of rights *sui generis* - somatic rights. It is alleged that a special legal regime acts in regard to the objects of these rights. The paper examines the existing national and international legislation on transplantation of human organs, tissues and cells. It is noted that the rights in respect of the objects may be the object of private legal acts *causa mortem* taking into account the special legal regime established in relation to them. On the basis of national and international legislation the author demonstrates specifics of such acts.

Keywords: legal regime of human organs, tissues, cells and body; somatic rights; national and international legislation on human organs transplantation; donation; *causa mortem* legal act.

Adam Jakuszczyk<sup>1</sup>

## **Problematyka pochówków oraz kultu zmarłych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka**

### **1. Prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego jako podstawa prawna uprawnień jednostki związanych z pochówkiem osoby bli- skiej oraz kultem zmarłych**

Zgodnie z artykułem 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja), każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego, życia rodzinnego, domu i korespondencji. W świetle utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał) poszczególne pojęcia składające się na treść przywołanego przepisu mają otwarty charakter i nie poddają się wyczerpującemu zdefiniowaniu, co umożliwia ich szeroką wykładnię. Pojęcie „życie prywatne” obejmuje nie tylko prawo jednostki do swobodnego funkcjonowania w tak zwanej sferze wewnętrznej, wolnej od ingerencji władz publicznych oraz innych osób, lecz także prawo do prowadzenia trybu życia zgodnego z wolą jednostki i bez rozgłosu. Oprócz tego pojęcie to do pewnego stopnia obejmuje prawo do nawiązywania i rozwijania relacji z innymi osobami, zwłaszcza w sferze emocjonalnej, niezbędnych do zaspokajania indywidualnych potrzeb jednostki<sup>2</sup>. Natomiast „życie rodzinne odnosi się do zespołu relacji międzyludzkich, wynikających z trwałej więzi krwi lub prawa”<sup>3</sup>. O życiu rodzinnym można jednak mówić wyłącznie w sytuacji, gdy istnieje faktyczny i bliski kontakt między określonymi osobami. „Życie rodzinne”

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy.

<sup>2</sup> B. Granowska i in., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 355.

<sup>3</sup> L. Garlicki, *Omówienie artykułu 8*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010, s. 518; aprobowano: J. Sobczak, *Omówienie artykułu 7*, w: A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 246.

może więc być utrzymywane między osobami, których pokrewieństwo jest dość odległe<sup>4</sup>. Chociaż pojęcie „życia prywatnego” oraz „życia rodzinnego” *prima facie* dotyczy relacji pomiędzy osobami żyjącymi, w świetle orzecznictwa Trybunału artykuł 8 Konwencji znajduje zastosowanie także w sprawach dotyczących sfery związanej z uczuciami, pamięcią i szacunkiem dla zmarłych osób bliskich, przy czym Trybunał powstrzymuje się od jednoznacznego określenia, czy w sprawach tego rodzaju wchodzi w grę prawo do poszanowania życia prywatnego, czy też prawo do poszanowania życia rodzinnego<sup>5</sup>. Ścisłe rozgraniczenie pomiędzy „życiem prywatnym” oraz „życiem rodzinnym” nie jest zresztą konieczne, ponieważ wiele sytuacji, które nie są objęte zakresem ochrony „życia rodzinnego” pozostaje w zakresie pojęcia „życia prywatnego” i w ten sposób podlega ochronie na podstawie art. 8 Konwencji<sup>6</sup>.

Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego pełni przede wszystkim funkcję ochronną przed arbitralną ingerencją ze strony władz publicznych. W celu zapewnienia efektywności tego prawa, w niektórych sytuacjach na władzach mogą również ciążyć obowiązki pozytywne, które polegają m.in. na stworzeniu należytego systemu regulacji prawnych oraz na czuwaniu nad ich właściwym wykonywaniem<sup>7</sup>. Obowiązki tego rodzaju są szczególnie istotne w sprawach dotyczących kultu zmarłych, w okolicznościach związanych ze śmiercią człowieka od władz należy bowiem oczekiwać szczególnej staranności. Jednocześnie Trybunał podkreśla, że w konkretnym przypadku niekiedy trudno dokonać ścisłego rozgraniczenia wskazanych rodzajów obowiązków. Rozgraniczenie to nie jest jednak istotne dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, ponieważ przy ocenie zachowania władz publicznych pod kątem zapewnienia przez nie ochrony prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w odniesieniu zarówno do obowiązku nieingerencji w sferę prywatności jednostki, jak i do obowiązku podjęcia przez władze określonych działań pozytywnych, znajdują zastosowanie podobne zasady, zwłaszcza zasada proporcjonalności. Aby ustalić, czy w danym przypadku na państwie ciąży negatywny obowiązek powstrzymywania się od ingerencji

---

<sup>4</sup> J. Sobczak, *Omówienie...*, s. 251.

<sup>5</sup> I. Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks*, Strasbourg 2012, s. 15; L. Garlicki, *Omówienie...*, s. 521.

<sup>6</sup> L. Garlicki, *Omówienie...*, s. 521.

<sup>7</sup> M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 508; J. Sobczak, *Omówienie...*, s. 247.

w prawo do prywatności lub pozytywny obowiązek podjęcia określonych działań, zmierzających do zapewnienia poszanowania tegoż prawa, należy w sposób uczciwy wyważyć (*fair balance has to be struck*) kolidujące interesy, przy czym w obu przypadkach państwu przysługuje w tej kwestii określony margines swobody<sup>8</sup>.

## 2. Prawo do wzięcia udziału w pogrzebie osoby najbliższej

Wśród uprawnień związanych z pamięcią o zmarłych w orzecznictwie Trybunału najczęściej pojawia się prawo do wzięcia udziału w pogrzebie osoby najbliższej, przy czym w niektórych sytuacjach uprawnienie to może obejmować swoim zakresem także prawo do pożegnania się z umierającym członkiem rodziny. W świetle orzecznictwa Trybunału, rozważając prawo do udziału w pogrzebie osoby najbliższej należy wyróżnić dwa rodzaje spraw: przypadki, w których ciało zmarłego jest w posiadaniu władz, np. gdy śmierć nastąpiła w szpitalu lub gdy ciało zmarłego jest przetrzymywane przez władze dla celów dowodowych w postępowaniu sądowym, oraz sytuacje, gdy z prawa do udziału w pogrzebie pragną skorzystać osoby pozbawione wolności.

Ilustracją pierwszego rodzaju spraw jest orzeczenie w sprawie Pannullo i Forte p. Francji<sup>9</sup> dotyczące sytuacji, gdy ciało dziecka skarżących zmarłego w trakcie pobytu w szpitalu było przetrzymywane przez władze przez okres około siedmiu miesięcy dla celów postępowania karnego prowadzonego przeciw pracownikom służby zdrowia. W opinii Trybunał uznał tak długie zwlekanie z wystawieniem aktu zgonu oraz z wydaniem skarżącym ciała ich dziecka za naruszenie prawa do życia prywatnego i rodzinnego, nieuzasadnione koniecznością podjęcia środków mających na celu zapobieganie przestępstwom. Trybunał oparł się przy tym na treści pisma skierowanego w dniu autopsji do prokuratora przez biegłego podejmującego czynności zmierzające do ustalenia przyczyny śmierci dziecka, zgodnie z którym po przeprowadzeniu autopsji i pobraniu niezbędnych tkanek ciało mogło zostać przekazane rodzinie. Powyższe stanowisko biegłego zostało także przedstawione sędziemu śledczemu, który jednak czekając na końcową opinię wstrzymał się z wydaniem nakazu wystawienia aktu zgonu oraz wydania ciała rodzinie<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Wyrok ETPCz z 13 lipca 2006 r. *Jäggi p. Szwajcarii*, skarga 58757/00§.33.

<sup>9</sup> Wyrok ETPCz z 30 października 2001 r. *Pannullo i Forte p. Francji*, skarga 37794/97.

<sup>10</sup> Wyrok ETPCz z 30 października 2001 r. § 31.

Z kolei w sprawie Hadri-Vionnet p. Szwajcarii<sup>11</sup> Trybunał uznał, że z prawa do poszanowania życia prywatnego można wyprowadzić prawo rodziców do udziału w pogrzebie ich martwo urodzonego dziecka. W świetle ustaleń Trybunału na pytanie położnej skierowane do rodziców, czy przed autopsją chcą zobaczyć ciało ich dziecka, zarówno skarżąca, będąca w stanie szoku, jak i ojciec dziecka udzielili odmownej odpowiedzi. Następnie na mocy decyzji pracownika socjalnego podjętej wraz z urzędnikiem stanu cywilnego w oparciu o powyższe stanowisko rodziców, wieku płodu (poród nastąpił w 27 tygodniu ciąży) oraz psychicznego stanu skarżącej, ciało zostało pochowane na cmentarzu we wspólnym grobie dla martwo urodzonych dzieci, bez ceremonii pogrzebowej oraz pod nieobecność rodziców. O decyzji rodzice zostali poinformowani dopiero po pochówku, nie mieli więc możliwości ani wzięcia udziału w pogrzebie, ani podjęcia decyzji dotyczącej jego miejsca i formy. Oprócz tego skarżąca zarzucała, że ciało dziecka zostało przewiezione na cmentarz nieprzystosowanym do tego celu samochodem dostawczym, nie zaś karawanem. Rozpatrując przedmiotową skargę Trybunał podkreślił, iż istnienie dobrej wiary urzędników, którzy sądzili, że zarządzając pogrzeb dziecka, działali zgodnie z wolą rodziców, nie zwalnia państwa-strony Konwencji z obowiązku jej przestrzegania. Na władzach spoczywa bowiem obowiązek odpowiedniego przeszkolenia funkcjonariuszy, urzędników i służb, aby działania przez nie podejmowane były zgodne z wymaganiami Konwencji. Obowiązek ten ma szczególne znaczenie w odniesieniu do czynności związanych ze śmiercią określonej osoby (*death management*), przy podejmowaniu których wymagany jest od władz wysoki stopień staranności i roztropności<sup>12</sup>.

Istnienie prawa do zorganizowania pogrzebu martwo urodzonemu dziecku Trybunał potwierdził także w sprawie Nesrin Yildirim p. Turcji<sup>13</sup>. W postępowaniu przed Trybunałem władze podniosły argument, że rodzice wyrazili jednoznaczną zgodę na zorganizowanie pogrzebu przez szpital, gdyż sami nie byli w stanie ponieść jego kosztów, czego skarżący nie zdołali podważyć. Z tego względu Trybunał nie dopatrywał się naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

---

<sup>11</sup> Wyrok ETPCz z 14 maja 2008 r. *Hadri-Vionnet p. Szwajcarii*, skarga 55525/00.

<sup>12</sup> Wyrok ETPCz z 14 maja 2008 r., § 56.

<sup>13</sup> Decyzja ETPCz z 11 września 2007 r. *Nesrin Yildirim p. Turcji*, skarga 25327/02.



Również w sprawie *Marić p. Chorwacji*<sup>14</sup> rodzice martwo urodzonego dziecka zdecydowali, że nie będą organizować jego pogrzebu, lecz zwrócili się o to do władz szpitala. Wobec tego ciało dziecka zostało poddane kremacji wraz z innymi odpadami szpitalnymi, przy czym rodzice nie zostali poinformowani o sposobie i miejscu jego pogrzebu. Władze cmentarza, na którym dokonano kremacji, nie posiadały dokumentacji poświadczającej pochowanie dziecka, z tego względu miejsce jego spoczynku pozostało nieznane. Sądy krajowe ustaliły, iż wprawdzie ciało zostało poddane kremacji w sposób niezgodny z obowiązującym prawem, szpital nie miał prawnego obowiązku poinformowania rodziców o sposobie oraz miejscu pochówku ich dziecka. Podobnie argumentował rząd w postępowaniu przed Trybunałem, twierdząc, że zrzeczenie się przez skarżącego prawa do zorganizowania pogrzebu dziecka jest równoznaczne z utratą prawa do informacji o miejscu jego pochówku. Trybunał uznał jednak, że sytuacja, w której w odniesieniu do pochówku zastosowano procedury regulujące postępowanie z odpadami szpitalnymi, wskutek czego rodzice nie mogli uzyskać informacji miejscu pochówku, objęta jest zakresem ochrony artykułu 8 Konwencji<sup>15</sup>. Biorąc pod uwagę, że poród martwego dziecka jest dla rodziców przeżyciem niezwykle wstrząsającym, Trybunał wytknął władzom, iż nie dostarczyły skarżącemu dokumentacji zawierającej informacje, w jaki sposób szpital zamierza postąpić z ciałem jego dziecka, zwłaszcza że informacje udzielone rodzicom nie były jednoznaczne i mogły być różnie rozumiane. Ponadto Trybunał przypomniał, że postępowanie władz w przypadkach związanych ze śmiercią powinna cechować szczególna roztropność i staranność, dlatego odrzucił stanowisko rządu, który argumentował, że skoro rodzice zawarli ustne porozumienie ze szpitalem, według którego szpital miał zająć się organizacją pogrzebu ich dziecka, należy wnosić, że w sposób dorozumiany wyrazili zgodę na to, że ciało zostanie potraktowane jako odpad kliniczny oraz że miejsce jego spoczynku nie zostanie udokumentowane<sup>16</sup>.

Istnienie po stronie władz pozytywnych obowiązków w okolicznościach związanych ze śmiercią, niewykonanie których stanowi naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, Trybunał

---

<sup>14</sup> Wyrok ETPCz z 12 czerwca 2014 r. *Marić p. Chorwacji*, skarga 50132/12.

<sup>15</sup> Wyrok ETPCz z 12 czerwca 2014 r., § 56–60.

<sup>16</sup> Wyrok ETPCz z 12 czerwca 2014 r., § 66–72.

potwierdził także w wyroku w sprawie *Zorica Jovanović p. Serbii*<sup>17</sup>. Personel szpitala poinformował skarżącą, że jej nowonarodzone dziecko zmarło w szpitalu, jednocześnie odmówiono jej możliwości zobaczenia ciała. Ponadto nigdy nie wydano skarżącej ciała dziecka, nie poinformowano jej o miejscu ewentualnego pogrzebu, ani nie sporządzono aktu zgonu. Trybunał uznał, iż władze naruszyły ciężące na nich pozytywne obowiązki podjęcia efektywnych środków zmierzających do ustalenia losu zaginionego.

Drugą kategorię spraw rozstrzyganych przez Trybunał, w których w grę wchodzi prawo do wzięcia udziału w pogrzebie osoby najbliższej, tworzą orzeczenia dotyczące korzystania z tego prawa przez osoby pozbawione wolności. Przede wszystkim należy zauważyć, że oprócz prawa do wolności osobistej, osobom pozbawionym wolności co do zasady przysługują wszystkie prawa zagwarantowane w Konwencji. Przysługuje im więc też prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Z drugiej strony korzystanie z praw i wolności w warunkach detencji z natury rzeczy podlega różnego rodzaju ograniczeniom dotyczącymi zwłaszcza wolności nawiązywania kontaktów z innymi osobami. Skoro więc status osoby pozbawionej wolności nie uzasadnia całkowitego pozbawienia jej możliwości korzystania z praw i wolności, w każdym przypadku należy prawidłowo wyważyć kolidujące interesy<sup>18</sup>. Zgodne z Konwencją są jedynie ograniczenia uznane za konieczne w demokratycznym społeczeństwie, przy czym obowiązkiem władz jest udowodnienie, że taka konieczność rzeczywiście zaistniała<sup>19</sup>.

Z powyższych rozważań wynika, że odmowa zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego w celu złożenia wizyty choremu członkowi rodziny lub uczestniczenia w jego pogrzebie stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia rodzinnego<sup>20</sup>. Prawo do przepustki losowej

---

<sup>17</sup> Wyrok ETPCz z 26 marca 2013 r., *Zorica Jovanović p. Serbii*, skarga 21794/08, zwłaszcza § 72.

<sup>18</sup> I. Roagna, *Protecting...*, s. 46; L. Garlicki, *Omówienie...*, s. 533.

<sup>19</sup> Wyroki ETPCz: z 20 stycznia 2009 r., *Czarnowski p. Polsce*, skarga 28586/03 § 26; z 6 grudnia 2007 r., *Lind p. Rosji*, skarga 25664/05, § 94; z 21 października 2014 r., *Császay p. Węgrom*, skarga 14447/11, § 18; z 12 listopada 2002 r., *Płoski p. Polsce*, skarga 26761/95, § 35.

<sup>20</sup> Wyrok ETPCz z 29 listopada 2011 r., *Giszczyk p. Polsce*, skarga 40195/08, § 27. Zob. też powoływane już wyroki w sprawach: *Płoski p. Polsce*, § 32; *Lind p. Rosji*, § 92; oraz wyrok ETPCz z 18 października 2005 r., *Schemkamper p. Francji*, skarga 75833/01, § 31.

w takich okolicznościach nie ma jednak bezwarunkowego charakteru. W szczególności ograniczenie prawa do życia rodzinnego osoby pozbawionej wolności może być uznane za uzasadnione, jeżeli umożliwiono jej alternatywną formę pożegnania się z bliskim, np. poprzez możliwość odbycia rozmowy telefonicznej<sup>21</sup>. W opinii Trybunału każdy wniosek w tego rodzaju sprawach powinien zostać rozpatrzony z uwzględnieniem szczególnych okoliczności konkretnego przypadku, zaś merytoryczna ocena nakładanych ograniczeń należy przede wszystkim do sądów krajowych. Kontrola decyzji władz krajowych przez Trybunał ogranicza się do oceny środków krajowych w świetle ich zgodności z prawami gwarantowanymi na mocy Konwencji, z uwzględnieniem przysługującego władzom krajowym marginesu oceny konieczności ich zastosowania w konkretnym przypadku. Dokonując kontroli środków krajowych Trybunał bierze pod uwagę szereg czynników, jak stadium postępowania karnego przeciwko skarżącemu czy też rodzaj popełnianego przez niego przestępstwa lub stawianych mu zarzutów, na przykład czy w grę wchodzi popełnienie przestępstwa z użyciem przemocy lub przynależność sprawcy do zorganizowanej grupy przestępczej<sup>22</sup>. Ponadto istotną rolę odgrywają ustalenia dotyczące charakteru skarżącego oraz jego kryminalnej przeszłości, zwłaszcza czy jest on recydywistą. Trybunał uwzględnia także stopień pokrewieństwa pomiędzy skarżącym a zmarłym, w którego pogrzebie pragnie on uczestniczyć, ewentualnie pomiędzy skarżącym a jego chorym krewnym, którego chce odwiedzić. W tym ostatnim przypadku istotne jest ustalenie, czy stan zdrowia członka rodziny jest na tyle poważny, że nie pozwala mu na samodzielne udanie się do zakładu karnego w celu odwiedzenia skarżącego. Wreszcie Trybunał bierze pod uwagę ryzyko, że skazany może nie powrócić do więzienia, w przypadku jego występowania Trybunał bada jednak, czy przepustka mogłaby zostać udzielona pod eskortą policji.

Stosując powyższe zasady w sprawie Sannino p. Włochom<sup>23</sup> Trybunał uznał za uzasadnioną odmowę udzielenia przepustki w celu odwiedzenia dziadka osobie o „wątpliwym charakterze”, skazanej za morderstwo, przy czym wyraził pogląd, że relacji pomiędzy dziadkiem a wnukiem nie

---

<sup>21</sup> C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights. Commentary*, München 2014, s. 201.

<sup>22</sup> Np. w opinii ETPCz nie może być traktowana jako niebezpieczny przestępca osoba, która popełniła przestępstwo znęcania się (*Czarnowski p. Polsce*, § 29).

<sup>23</sup> Decyzja ETPCz z 3 maja 2005 r., Sannino p. Włochom, skarga 72639/01.

można określić jako bliskie pokrewieństwo, co można uważać za kontrowersyjne. Ponadto Trybunał uwzględnił fakt, że stan zdrowia dziadka skarżącego nie uniemożliwił odwiedzenia go w więzieniu. Podobne rozumowanie Trybunał przyjął w sprawie *Schemkamper p. Francji*<sup>24</sup>, w której stwierdził, że stan ojca skarżącego nie był na tyle poważny, żeby uniemożliwił odwiedzenie go w zakładzie karnym, odmowa przepustki w tym przypadku była więc uzasadniona. W omawianym kontekście szczególnie interesujące jest orzeczenie w sprawie *Császy p. Węgrom*<sup>25</sup> dotyczącej odmowy zwolnienia skarżącego w celu umożliwienia mu udziału w pogrzebie macochy mającym miejsce w dniu zatrzymania. Zaraz na początku przesłuchania skarżący poinformował policję, że chciałby wziąć udział w uroczystości, jednakże prośba o przepustkę została odrzucona, gdyż, jak argumentowała policja, jej uwzględnienie „byłoby sprzeczne z celami zatrzymania”. Powyższa decyzja została podtrzymana przez prokuratora generalnego, który wskazał, że w świetle obowiązujących przepisów prawo uczestniczenia w pogrzebie przysługuje osobom przebywającym w areszcie, natomiast nie mogą z niego korzystać osoby zatrzymane. W postępowaniu przed Trybunałem rząd podniósł argument, że udzielenie przepustki nie byłoby do pogodzenia z samą naturą aresztu policyjnego. Trybunał stwierdził jednak, że skoro skarżący został zatrzymany w dniu pogrzebu, można było rozsądnie oczekiwać, że władze umożliwią mu wzięcie udziału w uroczystości pod eskortą policji. Chociaż z uwagi na nieprzewidywany charakter sytuacji zorganizowanie takiej eskorty mogło nastęrczać władzom pewnych trudności, czynnikiem ułatwiającym realizację tego zadania była niewielka odległość między cmentarzem, na którym odbył się pogrzeb, a miejscem przesłuchania skarżącego. Ponadto Trybunał zauważył, że władze w gruncie rzeczy nie dokonały wyważenia kolidujących interesów rozpoczynającego się śledztwa z prawem skarżącego do poszanowania jego życia rodzinnego, zaś ogólne uzasadnienie odmowy odwołujące się do celów aresztowania nie pozwala na rekonstrukcję zawartego w niej rozumowania. Wobec powyższego Trybunał uznał, że władze dopuściły się naruszenia artykułu 8 Konwencji.

Prawo osób pozbawionych wolności do uczestniczenia w pogrzebie osoby najbliższej stało się przedmiotem kilku orzeczeń przeciwko

---

<sup>24</sup> Wyrok ETPCz z 18 października 2005 r., *Schemkamper p. Francji*, skarga 75833/01.

<sup>25</sup> Wyrok ETPCz z 21 października 2014 r., *Császy p. Węgrom*, skarga 14447/11.

Polsce. Sprawa *Giszczak p. Polsce*<sup>26</sup> dotyczyła odmowy wydania zgody na udzielenie skarżącemu przepustki w celu odwiedzenia 11-letniej córki, która po wypadku samochodowym została przyjęta na oddział intensywnej terapii. W uzasadnieniu decyzji władze oparły się na negatywnej opinii kryminologicznej, w której stwierdzono, że skarżący zachowuje się arogancko wobec strażników więziennych oraz uczestniczy w więziennej subkulturze. Ponadto władze wzięły pod uwagę ciężar gatunkowy przestępstwa popełnionego przez skarżącego (podżegania do zabójstwa). Powyższe argumenty nie przekonały jednak Trybunału, który wyważając konkurujące interesy stwierdził, że w tej sytuacji właściwym rozwiązaniem byłoby zezwolenie na opuszczenie zakładu karnego pod konwojem<sup>27</sup>. Kolejny zarzut podniesiony przez skarżącego dotyczył warunków uczestniczenia w pogrzebie córki. Sąd Penitencjarny udzielił stosownej zgody, o czym skarżący został poinformowany ustnie przez dyrektora zakładu karnego na dzień przed pogrzebem. Skarżący utrzymywał przed Trybunałem, że wówczas poprosił, aby mógł uczestniczyć w uroczystości w garniturze i w kajdankach oraz by eskortujący go policjanci byli ubrani po cywilnemu, jednakże jego prośba została odrzucona, wskutek czego zrezygnował z udziału w pogrzebie. Uważał bowiem, że jego pojawienie się na uroczystości w kajdankach, z łańcuchami na rękach i nogach oraz pod konwojem umundurowanych i uzbrojonych funkcjonariuszy mogłoby zakłócić porządek ceremonii. Rozstrzygając przedmiotową sprawę Trybunał zauważył istotne uchybienia proceduralne, które przesądziły o tym, że ograniczenie prawa do poszanowania życia rodzinnego, choć zgodne z prawem i służące realizacji celów wskazanych w art. 8 ust. 2 Konwencji (ochrona porządku publicznego, zapobieganie przestępstwom), nie mogło zostać uznane za uzasadnione w demokratycznym społeczeństwie. Mianowicie pisemna decyzja sądu została dostarczona skarżącemu 4 dni po pogrzebie córki, przy czym jej uzasadnienie było bardzo ogólne. Z kolei rząd argumentował, iż zgodnie z obowiązującym prawem dyrektor zakładu karnego nie mógł odmówić skarżącemu prawa do uczestniczenia w ceremonii we własnej odzieży, skarżący musiał więc źle go zrozumieć. Trybunał zauważył jednak, iż fakt, że skarżący nie został poinformowany na czas w jasny i jednoznaczny sposób o warunkach jego udziału w pogrzebie, mógł

---

<sup>26</sup> Wyrok ETPCz z 29 listopada 2011 r., *Giszczak p. Polsce*, skarga 40195/08.

<sup>27</sup> Sprawa *Giszczak p. Polsce*, § 29.

wpłynąć na jego rezygnację z uczestniczenia w ceremonii z obawy przed zakłóceniem jej porządku<sup>28</sup>.

Z kolei przedmiotem sprawy *Płoski p. Polsce*<sup>29</sup> była odmowa udzielenia skarżącemu przepustki w celu uczestniczenia w pogrzebach rodziców mających miejsce w ciągu jednego miesiąca, przy czym decyzja odmowna została podjęta mimo pozytywnej opinii wychowawców zakładu karnego. W uzasadnieniu decyzji podniesiono, iż skarżący, skazany za kradzież, jest recydywistą i nie daje gwarancji powrotu do zakładu karnego. Odnosząc się do powyższych argumentów Trybunał zauważył, że władze nawet nie rozważyły możliwości udzielenia przepustki w asyście policji, co zapobiegłoby ucieczce skarżącego. Ponadto drugi wniosek o przepustkę został oddalony w dzień po pogrzebie ojca. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał podkreślił, że jest świadomy problemów natury finansowej i logistycznej, jakie wywołuje organizowanie przepustek pod eskortą policji, jak i kłopotów z niedoborem funkcjonariuszy policji i służby więziennej. Jednakże uwzględniając powagę tego rodzaju spraw oraz dolegliwość decyzji, na mocy której skarżący zostaje pozbawiony prawa do wzięcia udziału w pogrzebie osoby najbliższej, pozwane państwo mogłoby odmówić zgody na przepustkę tylko wówczas, gdyby istniały ku temu przekonujące powody i gdyby nie można było zastosować alternatywnego rozwiązania jakim jest właśnie udzielenie przepustki w asyście policji<sup>30</sup>.

Podobne stanowisko Trybunał zajął także w sprawie *Feldman p. Ukrainie (nr 2)*<sup>31</sup> dotyczącej odmowy przeniesienia tymczasowo aresztowanego do zakładu śledczego w innej miejscowości w celu umożliwienia mu wzięcia udziału w pogrzebie ojca. Władze uzasadniały swą decyzję powołując się na brak odpowiednich przepisów krajowych, które regulowałyby tego rodzaju przypadki. Trybunał jednak nie zaakceptował tego argumentu wskazując, że brak odpowiednich przepisów nie zwalnia władz z obowiązku dokonania merytorycznej oceny każdego wniosku w sprawach dotyczących ograniczenia praw gwarantowanych w Konwencji oraz wykazania, że ograniczenia nałożone na jednostkę były konieczne w demokratycznym społeczeństwie<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Sprawa *Giszczyk p. Polsce*, § 38–40.

<sup>29</sup> Sprawa *Płoski p. Polsce*.

<sup>30</sup> Sprawa *Płoski p. Polsce*, § 39; zob. także *Czarnowski p. Polsce*, § 32.

<sup>31</sup> Wyrok ETPCz z 12 stycznia 2012 r., *Feldman p. Ukrainie (nr 2)*, skarga 42921/09.

<sup>32</sup> Sprawa *Feldman p. Ukrainie (nr 2)*, § 35.



Powyższe przypadki różnią się od stanu faktycznego w sprawie Lind p. Rosji<sup>33</sup>, dotyczącej odmowy przebywającemu w rosyjskim areszcie śledczym obywatelowi holenderskiemu udzielenia przepustki w celu udania się do Holandii i odwiedzenia nieuleczalnie chorego ojca. Dla rozstrzygnięcia sprawy szczególnie istotny był fakt, że ojciec skarżącego zwrócił się z wnioskiem o eutanazję, który został rozpatrzony pozytywnie, data jego śmierci była więc określona. Sądy rosyjskie uzasadniały odmowę wskazując na duże prawdopodobieństwo, iż skarżący nie powróci do Rosji lub że będzie wywierał niedozwolony wpływ na przebieg śledztwa. Skarżącemu umożliwiono jedynie odbycie z ojcem rozmowy telefonicznej na koszt ambasady Holandii, przy czym zastrzeżono, iż rozmowa może odbywać się wyłącznie w języku rosyjskim, choć ojciec skarżącego nie znał dobrze tego języka. Po minucie rozmowy połączenie zostało przerwane przez administrację aresztu śledczego bez podania jakiegokolwiek powodu<sup>34</sup>. Następnie skarżący zwrócił się z wnioskiem o tymczasowe zwolnienie z aresztu w celu umożliwienia mu udziału w pogrzebie ojca. Wniosek został odrzucony w oparciu o argumenty przytoczone w uzasadnieniu prośby o przepustkę w celu pożegnania się z ojcem, przy czym dodatkowo wskazano na fakt, że skarżący widywał swego ojca rzadko oraz że pogrzeb ojca skarżącego w ogóle nie był przewidziany, ponieważ zgodnie z wolą zmarłego jego ciało miało zostać przekazane dla celów badań naukowych, Wypowiadając się w kwestii, czy poprzez decyzję odmowną w sprawie pierwszego wniosku nastąpiło naruszenie prawa skarżącego do poszanowania jego życia rodzinnego, Trybunał podkreślił, że ze względu na szczególne okoliczności sprawy, a zwłaszcza z uwagi na fakt, iż skarżący miał ostatnią okazję spotkania się ze swoim ojcem, istniały silne względy humanitarne uzasadniające konieczność rozpatrzenia jego wniosku ze szczególną starannością. Jednocześnie Trybunał wyraził zrozumienie dla obaw władz, iż skarżący mógłby wymknąć się spod rosyjskiej jurysdykcji. Z jednej strony Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że władze rosyjskie nie rozważyły możliwości wystąpienia do władz holenderskich o pomoc w celu zapewnienia, aby skarżący powrócił do Rosji (zwłaszcza, że w przedmiotowej sprawie przynajmniej trzykrotnie interweniował ambasador Holandii). Z drugiej strony jednak uznał, że władze krajowe są w większym stopniu niż sąd międzynarodowy predysponowane do tego, aby

---

<sup>33</sup> Wyrok ETPCz z 6 grudnia 2007 r., *Lind p. Rosji*, skarga 25664/05.

<sup>34</sup> Sprawa *Lind p. Rosji*, § 30–33 oraz 90–91.



dokonać właściwej oceny okoliczności sprawy i z tego względu nie jest w stanie stwierdzić, że w tym przypadku władze przekroczyły przysługujący im margines oceny. Poza tym Trybunał wyraził pogląd, że wobec odrzucenia wniosku o przepustkę, z prawa do poszanowania życia prywatnego wynikał obowiązek umożliwienia skarżącemu pożegnania się z jego umierającym ojcem w inny sposób. Jednocześnie podkreślił, że za odpowiednią formę kontaktu z ojcem skarżącego trudno uznać jednominutową rozmowę telefoniczną prowadzoną w języku obcym, zwłaszcza że władze nie podały żadnych powodów usprawiedliwiających przerwanie połączenia. W konsekwencji Trybunał uznał, iż prawo skarżącego do poszanowania życia rodzinnego zostało naruszone<sup>35</sup>.

Szczególne znaczenie, jakie Trybunał przypisuje prawu do zorganizowania pogrzebu osoby najbliższej oraz do wzięcia w nim udziału, obrazuje kilka spraw o podobnym stanie faktycznym wniesionych przeciwko Rosji, dotyczących ograniczenia tego prawa w sytuacji nadzwyczajnej, a mianowicie w kontekście konfliktów etnicznych i walki z terroryzmem. Na mocy rosyjskiego prawa ciała terrorystów zabitych w trakcie popełniania przez nich czynu uznanego przez prawo za akt terrorystyczny nie są wydawane rodzinie, zaś miejsce ich spoczynku nie podlega ujawnieniu. W opinii Trybunału powyższy środek jest szczególnie surowy, zwłaszcza że jego stosowanie nie wiąże się z określonym zachowaniem skarżącego. Jest on bowiem nie tylko pozbawiony możliwości uczestniczenia w pogrzebie osoby najbliższej, lecz ponadto następuje trwałe „zerwanie łączności pomiędzy skarżącym a miejscem pochówku zmarłego”<sup>36</sup>. Uwzględniając zaangażowanie zmarłych w działalność terrorystyczną, okoliczności ich śmierci, oraz „niezmiernie delikatny kontekst etniczno-religijny w tym regionie Rosji” (Czeczenia, Inguszetia), Trybunał stwierdził, iż nie można wykluczyć, że określone ograniczenia praw odnoszących się do organizacji i udziału w pogrzebie osoby najbliższej mogłyby zostać uzasadnione na podstawie art. 8 ust. 2 Konwencji<sup>37</sup>. Trybunał wziął przy tym pod uwagę, że władzom przysługuje pewien margines swobody oceny konieczności wprowadzenia określonych ograniczeń, uznał jednak, że margines ów jest węższy

---

<sup>35</sup> Sprawa *Lind p. Rosji*, § 92–99.

<sup>36</sup> Wyrok ETPCz z 16 stycznia 2014 r., *Abdulayeva p. Rosji*, skarga 38552/05 § 39.

<sup>37</sup> Wyroki ETPCz: z 16 stycznia 2014 r., *Kushtova i inni p. Rosji*, skarga 21885/07, § 46; z 6 czerwca 2013 r., *Sabanchiyeva i inni p. Rosji*, skarga 38450/05, § 140; z 6 czerwca 2013 r., *Maskhadova i inni p. Rosji*, skarga 18071/05, § 230.

w sytuacji, gdy w grę wchodzi ograniczenie skutecznej realizacji praw kluczowych dla jednostki, dotyczących intymnej sfery jej życia, czy też związanych ze szczególnie istotnym aspektem jej istnienia oraz tożsamości<sup>38</sup>. W szczególności władze są uprawnione do podjęcia środków mających na celu zapobieżenie zamieszkom lub innym działaniom niezgodnym z prawem, które mogłyby być podjęte przez zwolenników lub przeciwników działalności zmarłego, zarówno w trakcie ceremonii pogrzebowej jak i po jej zakończeniu. Ponadto władze są uprawnione do pojęcia środków mających na celu „minimalizację informacyjnego oraz psychologicznego oddziaływania aktu terrorystycznego na ludność oraz ochronę uczuć krewnych ofiar działań terrorystycznych”. Władze mogły więc wprowadzić ograniczenia dotyczące prawa wyboru przez skarżącego czasu, miejsca oraz sposobu pochówku zmarłego, a nawet bezpośrednio te kwestie uregulować<sup>39</sup>. W omawianych sprawach Trybunał nie zaakceptował jednak argumentu rządu, że wskazane cele uzasadniały brak możliwości uczestniczenia przez skarżących w pogrzebie ich osób najbliższych lub przynajmniej pożegnania się ze zmarłymi w inny sposób<sup>40</sup>. Trybunał wytknął władzom, że nie dokonały jakiegokolwiek oceny istotnych elementów konkretnego przypadku, zwłaszcza okoliczności odnoszących się do zmarłych oraz skarżących, gdyż według prawa krajowego okoliczności te w ogóle nie były relewantne. Biorąc pod uwagę znaczenie omawianych praw dla skarżących, automatyczne stosowanie kwestionowanych środków stoi w sprzeczności z obowiązkiem podjęcia przez władze właściwych starań (*appropriate care*) zmierzających do poszanowania ich życia rodzinnego. Niedopełnienie wskazanego obowiązku skutkuje tym, iż ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego nie może zostać uznana za uzasadnioną oraz proporcjonalną<sup>41</sup>. Podjęty środek może być natomiast postrzegany jako próba przeniesienia ciężaru skutków prawnych działalności zmarłego na jego bliskich, ponadto został zastosowany w sposób arbitralny, miał więc w stosunku do skarżących czysto represyjny charakter<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Zob. np. *Kushtova i in. p. Rosji*, § 40.

<sup>39</sup> Sprawy: *Abdulayeva p. Rosji*, § 43; *Kushtova i inni p. Rosji*, § 47-48.

<sup>40</sup> Np. sprawa *Abdulayeva p. Rosji*, § 44.

<sup>41</sup> Sprawy: *Abdulayeva p. Rosji*, § 45; *Sabanchiyeva i inni p. Rosji*, § 144; *Maskhadova i inni p. Rosji*, § 235.

<sup>42</sup> Sprawy: *Abdulayeva p. Rosji*, § 46; *Sabanchiyeva i inni p. Rosji*, § 145; *Maskhadova i inni p. Rosji*, § 236.

### 3. Poszanowanie miejsca spoczynku zmarłych a inne prawa jednostki

Zagadnienia związane z poszanowaniem zmarłych oraz miejsca ich spoczynku mogą łączyć się także z innymi prawami i interesami jednostki. Na podstawie orzecznictwa Trybunału można wyróżnić przede wszystkim sprawy dotyczące ustalenia pochodzenia osoby żyjącej oraz sprawy związane z ustaleniem ojcostwa zarówno osoby zmarłej, jak i osób żyjących. Ponadto przed Trybunałem pojawiła się sprawa dotycząca prawa do przeniesienia prochów zmarłego członka rodziny na cmentarz położony w innej miejscowości.

Sprawa *Znamenskaya p. Rosji*<sup>43</sup> dotyczyła odmowy uznania przez władze ojcostwa martwo urodzonego dziecka zgodnie z rzeczywistością biologiczną i dokonania stosownej korekty akt stanu cywilnego. Dokonując wpisu władze nie uwzględniły stanowiska skarżącej, że dziecko pochodzi od jej partnera, lecz oparły się na domniemaniu pochodzenia dziecka z małżeństwa. Jako ojciec został więc wpisany mąż skarżącej. Wobec powyższego skarżąca nie umieściła nazwiska dziecka na kamieniu nagrobnym. Rozstrzygając sprawę Trybunał wyszedł z założenia, że skoro dziecko urodziło się martwe, zaś jego ojciec przebywał w tym czasie w więzieniu, gdzie niedługo potem zmarł, relacja pomiędzy skarżącą, jej partnerem oraz ich dzieckiem nie może być określana jako „życie rodzinne”. Istnienie „życia rodzinnego” w rozumieniu Konwencji zasadniczo zależy bowiem od tego, czy między określonymi osobami wytworzyły się bliskie więzi osobiste. Niemniej jednak zgodnie ze stałą linią orzecniczą organów strasburskich, jeżeli brak podstaw do zakwalifikowania określonych relacji osobistych do kategorii „życia rodzinnego”, wówczas, co do zasady, stanowią one element „życia prywatnego” jednostki i z tego względu podlegają ochronie na podstawie art. 8 Konwencji. W omawianej sprawie Trybunał podkreślił, że między skarżącą a jej martwo urodzonym dzieckiem istniała silna więź, której skarżąca dała wyraz nadając mu imię oraz organizując jego pochówek. Ustalenie pochodzenia martwo urodzonego dziecka mieści się więc w zakresie ochrony życia prywatnego jego matki<sup>44</sup>. Ponieważ nie istniały żadne przekonujące powody, dla których domniemanie pochodzenia dziecka z małżeństwa miałyby przeważać nad rzeczywistością biologiczną, brak możliwości uznania ojcostwa zgodnie z życzeniem

---

<sup>43</sup> Wyrok ETPCz z 2 czerwca 2005 r., *Znamenskaya p. Rosji*, skarga 77785/01.

<sup>44</sup> Sprawa *Znamenskaya p. Rosji*, § 27.

zainteresowanych oraz niekwestionowanym przez nikogo stanem faktycznym stanowi naruszenie obowiązku poszanowania życia prywatnego skarżącej, niemające uzasadnienia koniecznością ochrony innych interesów<sup>45</sup>.

Przedmiotem sprawy *Jäggi p. Szwajcarii*<sup>46</sup> był natomiast konflikt między prawem skarżącego do poznania własnego pochodzenia a zasadą nienaruszania miejsca spoczynku zmarłych. Skarżący złożył wniosek o pozwolenie na ekshumację zwłok domniemanego ojca w celu pobrania próbek DNA, aby w ten sposób uzyskać całkowitą pewność dotyczącą swojego pochodzenia. Wobec negatywnego rozpatrzenia wniosku skarżący po wyczerpaniu środków krajowych złożył skargę do Trybunału, twierdząc, że wskutek odmowy pozwolenia na ekshumację władze naruszyły jego prawo do poznania własnej tożsamości, wynikającego z prawa do poszanowania życia prywatnego. Rząd argumentował, że prawo do poznania pochodzenia nie jest prawem absolutnym, lecz należy je wyważyć z innymi konkurującymi interesami, mianowicie z wynikającym z godności człowieka prawem zmarłego do nienaruszania jego ciała w sposób sprzeciwiający się moralności i ustalonym zwyczajom, które wiąże się z prawem osób bliskich do poszanowania zmarłego członka rodziny. Ponadto rząd twierdził, iż należy także wziąć pod uwagę okoliczność, że skarżący był już człowiekiem w podeszłym wieku i nie odniósł widocznego uszczerbku psychicznego z powodu niepewności dotyczącej swego pochodzenia<sup>47</sup>.

Rozpatrując skargę Trybunał wyszedł z założenia, że prawo do ustalenia własnej tożsamości stanowi istotny składnik prawa do prywatności, dlatego margines swobody oceny konieczności wprowadzania ograniczeń tego prawa przysługujący władzom krajowym podlega skrupulatnemu nadzorowi Trybunału. Odmiennie od rządu Trybunał stwierdził, że wraz z upływem lat interes osoby w podeszłym wieku w poznaniu swojego pochodzenia nie tylko nie maleje, lecz wręcz wzrasta. Trybunał wziął także pod uwagę, że rodzina zmarłego nie zgłaszała zastrzeżeń

---

<sup>45</sup> Sprawa *Znamenskaya p. Rosji*, § 30–32. Warto odnotować także zdanie odrębne, w którym zakwestionowano stanowisko większości sędziów, że prawo do poszanowania życia prywatnego skarżącej, wynikające z więzi, jaka wytworzyła się między nią a jej martwo urodzonym dzieckiem, rozciąga się na kwestię uznania ojcostwa, skoro w czasie podejmowania decyzji w tej sprawie zarówno dziecko jak i jego ojciec, a więc osoby w pierwszej kolejności zainteresowane ustaleniem ojcostwa, już nie żyły.

<sup>46</sup> Wyrok ETPCz z 13 lipca 2006 r., *Jäggi p. Szwajcarii*, skarga 58757/00.

<sup>47</sup> Sprawa *Jäggi p. Szwajcarii*, § 19, 31.

natury religijnej czy filozoficznej dotyczących nienaruszania spokoju zmarłego, zaś jego grób nie został użyty w celu pochowania ciała innej osoby wyłącznie z inicjatywy skarżącego, który uiszczając stosowną opłatę przedłużył umowę jego dzierżawy. Ponadto Trybunał nie zgodził się ze stanowiskiem władz, które twierdziły, że pobranie próbki DNA stanowiłoby naruszenie praw zmarłego. Zakaz naruszania spoczynku zmarłych doznaje bowiem czasowych ograniczeń i z tego względu nie ma charakteru absolutnego<sup>48</sup>. Jedynym istotnym interesem, z którym należało wyważyć prawa skarżącego, było utrzymanie pewności stanu prawnego. Skoro jednak w przedmiotowej sprawie ustalenie ojcostwa skarżącego wywoływałoby skutki prawne jedynie dla niego samego i nie spowodowałoby konieczności wprowadzenia zmian zapisu w aktach stanu cywilnego, ogólny interes polegający na utrzymaniu pewności prawnej musi ustąpić wobec prawa skarżącego do uzyskania pewności w sprawie o kluczowym znaczeniu dla jego tożsamości. W konsekwencji Trybunał uznał, iż wskutek odmowy władz wyrażenia zgody na pobranie próbek DNA z ciała domniemanego ojca skarżącego władze naruszyły prawo do poszanowania jego życia prywatnego<sup>49</sup>.

Z kolei w sprawie *Estate Kresten Filtenborg Mortensen p. Danii*<sup>50</sup> skarżący, występujący jako administrator masy spadkowej, twierdził, iż ekshumacja zwłok jego ojca w celu pobrania próbek DNA, które zostały wykorzystane jako materiał dowodowy w sprawie o ustalenie ojcostwa pozamałżeńskich dzieci zmarłego, stanowiło naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego zarówno jego jak i zmarłego ojca. Rząd argumentował m.in., iż skarga jest niedopuszczalna *ratione personae*, ponieważ w odróżnieniu od innych spraw rozstrzyganych przez Trybunał, w których skarżący zmarł po tym, jak nastąpiło naruszenie jego prawa lub w których skarga została złożona w imieniu osoby żyjącej, która zmarła w trakcie trwania postępowania przed Trybunałem,

---

<sup>48</sup> Należy jednak zauważyć, że stanowisko, iż zmarły nie posiada prawa do nienaruszalności miejsca jego spoczynku, które miałyby stanowić aspekt prawa do prywatności nie jest podzielane jednomyślnie. W zdaniu odrębnym do omawianego orzeczenia nie wykluczono bowiem, że prawo takie istnieje, choć jest kwestią otwartą, czy jest ono związane z uprawnieniami rodziny do kultu zmarłych, czy samoistnym prawem zmarłego. W omawianej sprawie istnienie prawa zmarłego do nienaruszalności miejsca jego spoczynku potwierdził także szwajcarski Sąd Federalny.

<sup>49</sup> Sprawa *Jäggi v. Szwajcaria*, § 38–43.

<sup>50</sup> Decyzja ETPCz z 15 maja 2006 r., *Estate Kresten Filtenborg Mortensen p. Danii*, skarga 1338/03.

przedmiotem niniejszej sprawy jest prawo zmarłego do poszanowania jego życia prywatnego w związku ze sprawą o ustalenie ojcostwa wszczętą po jego śmierci. Poza tym w opinii rządu skarga była niedopuszczalna *ratione materiae*, ponieważ termin „życie prywatne” odnosi się wyłącznie do żyjących osób fizycznych, za podmiot prawa do poszanowania życia prywatnego nie może zaś zostać uznana osoba zmarła. Koncepcja prawna kultu zmarłych oraz poszanowania grobu (*sanctity of the grave*) została stworzona ze względu na ochronę praw członków ich rodzin, nie zaś w celu ochrony „praw” osób zmarłych.

Skarżący z kolei podtrzymywał, że beneficjentem prawa do poszanowania miejsca spoczynku jest zarówno sam zmarły, jak i członkowie jego rodziny. Rozstrzygając sprawę Trybunał przypomniał, że pojęcie „życie prywatne” jest szerokie i nie poddaje się wyczerpującemu określeniu. Przedmiotem ochrony tego prawa jest m.in. fizyczna i psychiczna integralność jednostki, z tego względu ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego stanowi obowiązek poddania się badaniu lekarskiemu, także w sytuacjach, gdy charakter ingerencji lekarskiej jest nieznaczny. Niemniej jednak prawa do poszanowania życia prywatnego nie można rozumieć w ten sposób, że w zakresie jego ochrony mieszczą się przypadki takie jak pobranie próbek DNA z ciała zmarłego. Ze względu na niespełnienie warunków dopuszczalności skargi, Trybunał nie mógł natomiast zbadać, czy pobranie próbek z ciała zmarłego stanowiłoby naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego jego syna.

W omawianym kontekście istotne jest także orzeczenie w sprawie Elli Poluhas Dödsbo p. Szwecji<sup>51</sup>, która dotyczyła odmowy zgody na przeniesienie urny z prochami zmarłego męża z cmentarza położonego w miejscowości, gdzie zmarły mieszkał przez wiele lat przed śmiercią, do grobu rodzinnego na cmentarzu w Sztokholmie, w którym skarżąca chciała być pochowana. Według prawa krajowego oraz zgodnie z praktyką orzecniczą przeniesienie urny może mieć miejsce wyłącznie, gdy przemawiają za tym ważne powody, przy czym ze względu na prawo zmarłego do nienaruszania miejsca jego spoczynku wskazany wymóg należy interpretować restrykcyjnie. Oprócz tego przepisy krajowe wymagają istnienia związku pomiędzy zmarłym a miejscowością, do której jego prochy miałyby być przeniesione, czego w przedmiotowej sprawie skarżącej nie udało się wykazać. W opinii rządu restrykcyjna

---

<sup>51</sup> Wyrok ETPCz z 17 stycznia 2006 r., *Elli Poluhas Dödsbo p. Szwecji*, skarga 61564/00.



wykładnia przepisów regulujących pozwolenie na przeniesienie ciała zmarłego ma na celu ochronę porządku oraz moralności publicznej. Szacunek dla zmarłych oraz nienaruszalność miejsca ich spoczynku stanowi zasadę przestrzeganą przez całą ludzkość, zaś jej realizacja leży w interesie osób żyjących, ponieważ w ten sposób zyskują one pewność, że po śmierci ich ciała będą traktowane z należnym szacunkiem. Poza tym jednym z celów kwestionowanych przepisów jest zapobieganie powstawaniu ewentualnych konfliktów między krewnymi dotyczących określenia miejsca pochówku zmarłego członka rodziny. Rozstrzygając sprawę Trybunał wyszedł z założenia, że odmowa przeniesienia urny stanowi wprawdzie ingerencję w prawo skarżącej do poszanowania jej życia prywatnego i/lub rodzinnego, wziął jednak pod uwagę, że skarżąca organizując pogrzeb swego męża miała możliwość zdecydowania, że zostanie on pochowany wraz z innymi jej krewnymi w Sztokholmie, mimo to zdecydowała o założeniu nowego grobu rodzinnego w miejscowości, w której małżonkowie zamieszkiwali przez cały czas trwania ich małżeństwa. Ponadto Trybunał przychylił się do argumentu rządu, że podejmowanie decyzji w sprawach związanych z nienaruszalnością miejsca spoczynku zmarłych jest zadaniem o szczególnie delikatnym charakterze, dlatego przy wyważaniu konkurujących interesów władzom krajowym przysługuje szeroki margines oceny. Zdaniem Trybunału w przedmiotowej sprawie władze starannie rozważyły wszystkie okoliczności, wobec czego nie doszło do naruszenia artykułu 8 Konwencji. Warto jednak zauważyć, iż sędziowie, którzy nie zgodzili się z wyrokiem, wskazali, że urna miała być przeniesiona z jednego cmentarza na inny, nie dostrzegli więc zagrożenia ani dla zasady nienaruszalności grobu, ani dla moralności publicznej, zwłaszcza że w niniejszej sprawie nie było konfliktu pomiędzy skarżącą a pozostałymi krewnymi dotyczącego miejsca pochówku ich zmarłego.

#### **4. Prawo do decydowania w kwestii własnego pogrzebu**

Elementem prawa do poszanowania życia prywatnego jednostki jest prawo do rozwoju i wyrażania własnej osobowości, także poprzez podejmowanie decyzji dotyczących własnego pogrzebu, mimo że odnoszą się one do okresu, w którym życie zainteresowanej jednostki dobiegnie końca. Powyższy pogląd wyraziła Europejska Komisja Praw Człowieka w sprawie X. p. Niemcom<sup>52</sup> dotyczącej zgodności z prawem do po-

---

<sup>52</sup> Decyzja ETPCz z 10 marca 1981 r., X. p. *Niemcom*, skarga 8741/79, 24 European



szanowania życia prywatnego obowiązującego w tym kraju przymusu cmentarnego. Komisja zauważyła jednak, że znaczna część obowiązujących w danym państwie przepisów prawnych determinuje – bezpośrednio lub pośrednio – zakres możliwości rozwoju i realizacji osobowości jednostki, jednakże nie każdy taki przepis stanowi ingerencję w prawo do prywatności w znaczeniu Konwencji. Odnosi się to także do regulacji dotyczących pochówków, zwłaszcza że jednostka zachowuje w tym zakresie pewien margines swobody, gdyż może zdecydować na przykład o charakterze religijnym lub świeckim swojego pogrzebu, dekoracji nagrobka, oraz o tym, czy jego ciało ma zostać poddane kremacji.

Oprócz zarzutu naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego skarżący twierdził, iż przymus bycia pochowanym w bezpośredniej bliskości symboli religijnych stanowi naruszenie jego prawa do wolności sumienia i wyznania. Odnosząc się do tego zarzutu Komisja zauważyła, że życzenie skarżącego dotyczące własnego pogrzebu wpływało wprawdzie „z silnej osobistej motywacji”, nie może być ono jednak postrzegane jako wyraz „przekonania” objętego zakresem ochrony wolności sumienia i wyznania gwarantowanej w art. 9 Konwencji. Życzenie to nie odzwierciedla bowiem „spójnego poglądu w sprawach o fundamentalnym znaczeniu”.

Przytoczone orzeczenie należy do nielicznych przykładów spraw, w którym organy strasburskie stwierdziły, że zachowanie skarżącego nie może zostać uznane za formę uzewnętrzniania wolności sumienia i wyznania. Należy však zauważyć, że w orzecznictwie zarówno Trybunału jak i nieistniejącej już Komisji zazwyczaj nie podejmuje się prób zdefiniowania religii lub światopoglądu, lecz za miarodajne w tej kwestii przyjmowane są twierdzenia skarżącego<sup>53</sup>. Organ strasburskie nie stworzyły więc jasnych kryteriów, w oparciu o które można by rozstrzygnąć, czy w danym przypadku chodzi o „światopogląd” podlegający ochronie na podstawie art. 9 Konwencji, czy raczej jedynie o opinię lub preferencję, która pozostaje poza zakresem ochrony wolności sumienia i wyznania. Z tego względu zwolennikom mniej znanych ruchów religijnych lub filozoficznych trudno będzie przekonać Trybunał, że określone

---

Commission of Human Rights, Decisions and Reports 1981, s. 137 i n. Skarżący nie chciał być pochowany na cmentarzu wśród grobów z chrześcijańskimi symbolami, lecz życzył sobie, aby jego ciało zostało poddane kremacji a jego prochy zostały rozsypane na jego posesji.

<sup>53</sup> D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *The Law of the European Convention on Human Rights*, London 1995, s. 357.

dyspozycje dotyczące własnego pogrzebu stanowią formę uzewnętrznienia religii lub światopoglądu podlegającą ochronie na mocy Konwencji. Trudności dowodowe tego rodzaju są jeszcze większe do przewyżczenia w przypadku osób wyznających przekonania indywidualistyczne, które wszak podlegają niemniejszej ochronie niż przekonania podzielane przez określone zbiorowości. Gdyby więc w omawianej sprawie skarżący był wyznawcą jakiejś sformalizowanej religii, której wyznawcy mieliby obowiązek przestrzegania określonych zasad dotyczących pochówków (np. zakazu grzebania wyznawców w bliskim sąsiedztwie symboli chrześcijańskich), wówczas być może skarżący miałby większe szanse przekonania Trybunału, że jego życzenie jest wyrazem nie tylko silnej osobistej motywacji, lecz stanowi manifestację przekonania zasługującego na ochronę na mocy Konwencji<sup>54</sup>. Warto w tym miejscu dodać, że już A. Krishnaswami w swym raporcie dotyczącym dyskryminacji ze względu na przekonania religijne sporządzonym w 1960 roku dla Komisji Praw Człowieka NZ zwrócił uwagę na fakt, że przepisy dotyczące grzebania zmarłych mają duże znaczenie w przypadku wielu religii, dlatego życzenia w tym zakresie powinny być w miarę możliwości uwzględniane przez władze publiczne<sup>55</sup>.

## 5. Podsumowanie

Przyjmując szeroką i dynamiczną wykładnię prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego Trybunał wyprowadził z niego szereg uprawnień przysługujących jednostce w okolicznościach związanych ze śmiercią osoby bliskiej. Poczesne miejsce w orzecznictwie Trybunału zajmuje prawo do udziału w pogrzebie członka rodziny mające szczególne znaczenie w przypadku osób pozbawionych wolności oraz w sytuacji organizowania pochówków martwo urodzonych dzieci. Kwestie związane z poszanowaniem zmarłych mogą łączyć się także z innymi uprawnieniami jednostki wchodzącymi w zakres szeroko rozumianego prawa do prywatności, jak np. z prawem do poznania własnej tożsamości, czy też z prawem do korekty zapisu w aktach stanu cywilnego. Trybunał podkreślił, że w sprawach dotyczących kultu zmarłych na władzach spoczywają pozytywne obowiązki działania, przy podejmowaniu których

---

<sup>54</sup> C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, New York 2001, s. 59.

<sup>55</sup> A. Krishnaswami, *Study of discrimination in the matter of religious rights and practices*, New York 1960, s. 34 i n.

wymagany jest od nich wysoki stopień staranności i roztropności. Ze względu na kluczowe znaczenie wskazanych uprawnień dla jednostki margines oceny konieczności wprowadzanych ograniczeń przysługujący władzom krajowym jest raczej wąski, wskutek czego władzom trudno jest wykazać przed Trybunałem zasadność nakładanych ograniczeń.

### **Streszczenie**

W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka uprawnienia jednostki związane z kultem zmarłych, w tym przede wszystkim prawo do udziału w pogrzebie osoby najbliższej, są integralnym elementem prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Podczas wszystkich czynności podejmowanych w związku ze śmiercią określonej osoby na władzach spoczywa obowiązek dochowania szczególnej staranności i roztropności.

Słowa kluczowe: prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, kult zmarłych, prawo do udziału w pogrzebie osoby najbliższej, prawna ochrona miejsca spoczynku zmarłych.

### **Abstract**

In the jurisprudence of the European Court of Human Rights the rights connected with respect for the dead, especially the right to attend the funeral of a close relative by prisoners, are perceived as an integral part of the right to respect for private and family life. When undertaking any action related to the death of a person, public authorities should proceed with special diligence and prudence.

Keywords: respect for private and family life, respect for the dead, right to participate in the funeral of a close family member, legal protection of the resting places of the dead.

Julian Jezioro<sup>1</sup>

## Ochrona prawa do integralności utworu architektonicznego *post mortem auctoris* – wybrane zagadnienia

### 1. Wprowadzenie

Praktyka obrotu wskazuje, że wynikające z uregulowania prawa autorskiego, instrumenty ochrony prawnej prawa do integralności, w odniesieniu do budowli będących utrwaleniami utworów architektonicznych, niejednokrotnie okazują się nieskuteczne. Niejednokrotnie też nie są wykorzystywane przez uprawnionych. Jak można ocenić, dotyczy to zwłaszcza utworów stworzonych przez autorów już nieżyjących.

W pewnym zakresie ilustruje to przykład Domu Turysty im. Mariusza Zaruskiego w Zakopanem. Budynek ten w pierwotnej postaci powszechnie uznawany jest za wzorcową realizację projektu utworu architektonicznego w tzw. „stylu nowozakopiańskim” (inaczej w stylu „regionalizmu”). I w tym zakresie należy dopatrywać się podstaw objęcia go ochroną przez prawo autorskie jako utrwalenie wyniku wkładu twórczego. W tej postaci zewnętrznie wyróżniał się m. in. największym w Europie dachem krytym gontem. Obiekt ten powstał w latach pięćdziesiątych XX w., a autorami jego projektu byli aktualnie nieżyjący – Zbigniew Kupiec<sup>2</sup> i Tadeusz Brzoza<sup>3</sup>. Można też dodać, że jego wnętrza projektowane były m.in. przez Władysława Hasiora<sup>4</sup>. Obiekt w tej postaci w zakresie swojej podstawowej funkcji użytkowej powszechnej ocenie – łączył cechy taniego miejsca noclegowego z ośrodkiem kultury<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Urodzony 5 stycznia 1905 r. w Krakowie, zmarł 10 grudnia 1990 r. w Krakowie.

<sup>3</sup> Urodzony 16 maja 1911 r. w Zakopanem, zmarł tragicznie 14 marca 1985 r.

<sup>4</sup> Urodzony 14 maja 1928 r. w Nowym Sączu, zmarł 14 lipca 1999 r. w Krakowie.

<sup>5</sup> Miała tu siedzibę galerię sztuki Pegaz, kabaret Zaskroniec, a ponadto odbywały się Konfrontacje Kabaretowe.

Pod koniec pierwszego dziesięciolecia XXI w., właściciel (PTTK) postanowił dokonać i zrealizował przebudowę tego obiektu. Zasadniczym celem tej przebudowy była zmiana dotychczasowego charakteru użytkowego. Aktualnie w obiekcie mieści się trzygwiazdkowy hotel. Spowodowało to istotne zmiany pierwotnej postaci utrwalenia utworu. W zakresie elementów wpływających na wartości estetyczne – z pierwotnej realizacji zachowany został ogólny kształt obiektu. Zbyt drogi w utrzymaniu - w ocenie właściciela – dach gontowy, został zastąpiony imitującą go blachodachówką; zmieniono ilość i rozkład okien, a także dokonana została całkowita zmiana „aranżacji” wnętrza oraz jego częściowa przebudowa.<sup>6</sup>

Bez głębszej analizy można przyjąć, że działania te bezpośrednio zmieniły elementy obiektu, które wyznaczają zakres wyłączności chronionej na rzecz projektantów – przez prawo do integralności<sup>7</sup>. Działania takie wywołały też sprzeciw i dość szeroką krytykę oraz podjęcie działań zmierzających do zachowania w podstawowej postaci obiektu (m.in. podjęto próbę objęcia obiektu ochroną jako zabytku). Okazały się jednak nieskuteczne. Z doniesień prasowych wynika, że zamierzona przez właściciela działalność hotelarska zostanie podjęta w tak zmienionym obiekcie w najbliższym czasie<sup>8</sup>.

Opracowanie to nie ma jednak na celu szczegółowej analizy tego przypadku. Został on przywołany jedynie jako przykład szerszego zjawiska występującego w obrocie objętym m. in. uregulowaniem prawa autorskiego i stanowi punkt wyjścia do rozważań prawnych związanych z zagadnieniem zakresu ochrony udzielanej w odniesieniu do interesów związanych z dobrem prawnym, jakim jest utwór architektoniczny. Prowadzona analiza dotyczy tezy, że przedstawiony tu problem praktyczny, jest w głównej mierze wynikiem specyfiki wartości stanowiącej podstawę wyodrębnienia tej kategorii utworów. Specyfikę tę należy określić jako ściśle współwystępowanie (w tej kategorii utworów), jako prawnie chronionych elementów jednolitego dobra prawnego, odrębnych w swojej istocie wartości kulturowych – w tym zwłaszcza

---

<sup>6</sup> Zob. *Zakopane: Dom Turysty przeszedł już do historii. Będzie tu hotel*, „Gazeta Krakowska”, <http://www.gazetakrakowska.pl/artykul/3568507,zakopane-dom-turysty-przeszedl-juz-do-historii-bedzie-tu-hotel,id,t.html>

<sup>7</sup> Zob. art. 16 pkt 3 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), dalej: „prawo autorskie”.

<sup>8</sup> Zob. *Zakopane: Dom Turysty...*

stosunkowo stabilnych wartości estetycznych i bardziej labilnych użytkowych (w zakresie „użytkowości” pozaestetycznej).

Ta wewnętrzna „sprzeczność” nie znajduje jednoznacznego rozstrzygnięcia w uregulowaniu prawnym i jak oceniam, bywa podstawową przyczyną nieskuteczności ochrony prawnej prawa do integralności w odniesieniu do obiektów (w znaczeniu utrwaleń) utworów architektonicznych, jeśli „konkuruje” ono z prawem własności obiektu jako przedmiotu materialnego. Wydaje się, że można na tym tle sformułować także ocenę, że prawo autorskie okazuje się skutecznym narzędziem ochrony interesów osobistych autorów w stosunku do utworów jednolitych pod względem, zawartych w nich wartości. W sytuacji współwystępowania w takim ucieleśnieniu różnych rodzajowo wartości kulturowych, instrumenty prawne okazują się zwykle w praktyce obrotu zawodne.

## **2. Obiekt architektoniczny jako ucieleśnienie wartości kulturowych**

„Stosunek prawny własności może istnieć tylko wtedy, gdy istnieje rzecz”<sup>9</sup>. W ślad za A. Kleinem, uogólniając tę konstatację, należy na wstępie stwierdzić, że stosunek prawny skonstruowany na „wzór” własności może istnieć tylko wtedy, kiedy istnieje w sferze faktycznej dobro, do którego odnosi się odpowiednia regulacja prawna. W strukturze stosunku własności element ten określony został jako „przedmiot dozwolonego zachowania się właściciela, który jest jednocześnie elementem przedmiotu powiniących zachowań obowiązanych”<sup>10</sup>.

Stwierdzenia te można odpowiednio odnieść do utworów architektonicznych postrzeganych jako elementy stosunku prawnego objętego uregulowaniem prawa autorskiego. W tym przypadku podstawowe znaczenie mają postanowienia art. 1 ust. 1 tej ustawy. Z uregulowania tego wynika, że podstawą wyodrębnienia utworu jako dobra prawnego jest przede wszystkim ustalenie, że stanowi on „przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze”. Na tej podstawie należy przyjąć, że prawo autorskie chroni efekt działalności człowieka, który cechuje tak normatywnie określoną doniosłość. Trafnie w literaturze określana ogólnie jako skonkretyzowaną „doniosłość kulturową”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Tak A. Klein, *Elementy stosunku prawnego prawa rzeczowego*, Wrocław 1976, s. 40.

<sup>10</sup> A. Klein, *Elementy...*

<sup>11</sup> Zob. W. Machała, *Przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 2013, s. 150 i n. oraz przywołana tam literatura.

Określenie to jednak jest zbyt ogólne, aby mogło być podstawą do oceny sytuacji prawnych związanych z różnymi rodzajami utworów. Sytuacje te niejednokrotnie wymagają odrębnego uregulowania. Stąd też doniosłość kulturowa, w przypadku poszczególnych rodzajów utworów, podlega zróżnicowaniu ze względu na ich obiektywne w stosunku do uregulowania prawnego cechy. Wskazanie tych cech stanowi też podstawę do wyodrębnienia poszczególnych rodzajów utworów. Jest to bardzo istotne w odniesieniu do kategorii określanej w literaturze jako „utwory nazwane”, a więc takie, które objęte zostały szczegółową regulacją – w stosunku do pozostałych. Za takie też należy uznać utwory architektoniczne.

Dlatego w tym opracowaniu przyjmuję założenie, że szczególna wartość kulturowa w utworach wyodrębnionych normatywnie wyraża się w specyficznych wartościach (w pewnym uproszczeniu - korzyściach) społecznych jakich są nośnikami. W przypadku utworów architektonicznych wartości te są przede wszystkim przedmiotem refleksji estetyków, historyków sztuki oraz architektów zajmujących się problemami estetyki. Stąd w dalszej części opracowanie oparte zostało przede wszystkim o tego rodzaju wypowiedzi sformułowane w literaturze. Przy czym, dokonany tu wybór takich wypowiedzi, ma charakter subiektywny i nie pretenduje do roli wypowiedzi będącej wynikiem pogłębionych badań literatury „estetycznej” dotyczącej architektury. W podstawowym zakresie prezentowane tu oceny oparte zostały o opracowanie A. Basisty, *Architektura i wartości*<sup>12</sup>, który je w tym zakresie oparł m. in. o oceny dokonywane przez R. Ingardena.

### **3. Ogólna hierarchia wartości kulturowych „oferowanych” przez dzieła architektoniczne**

W oparciu o systematykę wartości opracowaną przez R. Ingardena, A. Basista dzieli wartości, jakie potencjalnie architektura „może oferować” na kilka grup uszeregowanych hierarchicznie od wartości „najniższych” po „najwyższe”. W pierwszej kolejności (co oznacza wartości hierarchicznie najniższe) wskazuje na wartości „użytecznościowe” – techniczne, użytkowe, ekologiczne, ekonomiczne, następnie „kulturowe” – ideologiczne, polityczne, społeczne, historyczne, obyczajowe i dydaktyczne, w dalszej kolejności na wartości „estetyczne”, „etyczne” i jako wartość najwyższą wskazuje na wartości „religijne”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> A. Basista, *Architektura i wartości*, Kraków 2009

<sup>13</sup> Tamże, s. 39.



Dla prowadzonych tu rozważań – wstępnie – istotna jest konstatacja, że w uregulowaniu prawnym dotyczącym utworów architektonicznych istnieje zróżnicowanie, zwłaszcza pomiędzy wartościami określonymi tu jako „użytecznościowe” oraz „estetyczne”. Te ostatnie zdają się być zasadniczą podstawą wyodrębnienia utworów jako przedmiotów prawa autorskiego i zastrzeżenia wyłączności w zakresie związanych z nimi interesami na rzecz podmiotów autorskich praw majątkowych i osobistych. Natomiast wartości „użytecznościowe” zawarte w konkretnym obiekcie, objęte są przede wszystkim i bezpośrednio ochroną uregulowania prawa publicznego oraz wyłącznością zastrzeżoną na rzecz właściciela konkretnego obiektu, w którym ucieleśniony został utwór architektoniczny. A więc zasadniczo prowadzą do powstania praw majątkowych.

Odmienności te, już w takim ujęciu, zdają się pokrywać z prezentowaną w tym opracowaniu tezą o odrębności utworów architektonicznych w uregulowaniu prawa autorskiego w odniesieniu do pozostałych rodzajów utworów i wskazują podstawową „sferę” możliwych konfliktów w płaszczyźnie prawa prywatnego, jaką jest realizacja niezbywalnych praw osobistych ze zbywalnymi prawami majątkowymi.

Co do pozostałych wyróżnionych przez A. Basistę wartości, w tym zwłaszcza etycznych i religijnych, to zasadniczo omawiane tu uregulowanie prawne, w takim zakresie, w jakim dotyczy utworów architektonicznych, zdaje się obejmować je jedynie pośrednio, a powstanie ochrony prawnej jest wynikiem naruszenia dóbr niejako zewnętrznych w stosunku do konkretnego obiektu. Przykładowo, ingerencja w obiekt sakralny polegająca na profanacji kultu tam sprawowanego, który jest jednocześnie utworem, spowoduje odpowiedzialność na podstawie przepisów prawa chroniących wartości religijne, a nie odpowiedzialność wynikającą z prawa autorskiego. A więc tylko wtedy, gdy jednocześnie będzie to stanowiło ingerencję w prawa autorskie.

Pozornie wyjątków od tej oceny można dopatrywać się w odniesieniu do wartości historycznych i dydaktycznych (co bardzo często jest ściśle powiązane z wartościami ideologicznymi i politycznymi), które objęte są uregulowaniem publicznoprawnym wpływającym np. na możliwość dysponowania konkretnym obiektem architektonicznym przez właściciela, ale także uprawnionego do niego w ramach autorskich praw majątkowych i osobistych. Bardzo często przepisy takie petryfikują określoną postać obiektu, którego dotyczą, np. wprowadzają zakaz lub istotne ograniczenia w zakresie rozbiórki, remontów itp. działań.

Jednak także wtedy wartości te także mają charakter „zewnątrzny” – w stosunku do elementów, z jakich skonstruowany jest konkretny obiekt – i ochrona prawna w tym zakresie nie powstaje przez sam fakt zaistnienia określonego przedmiotu prawa autorskiego w zmaterializowanej postaci, ale poprzez związek tej postaci dzieła architektury ze zdarzeniami historycznymi (często zresztą przypadkowy), które „rozgrywają się” w istocie w sposób obiektywnie niezależny od skonkretyzowanych działań twórczych. Tak więc także te wartości nie stanowią bezpośredniej podstawy powstania ochrony utworów architektonicznych na podstawie przepisów prawa autorskiego. Uregulowanie to pomieścić należy raczej jako „kolizyjne” z ochroną powstającą, co do zasady, pierwotnie na rzecz konkretnego twórcy (por. art. 8 prawa autorskiego). Zwykle postrzegać je należy jako ograniczające wyłączość podmiotu (podmiotów) praw autorskich, a więc jako określające granice tej wyłączości.

#### **4. Współwystępowania wartości kulturowych w utworze architektonicznym**

Zgodnie z zaprezentowanym tu zarysowo ujęciem, w konkretnych obiektach architektonicznych wymienione wyżej wartości występują równocześnie i przeplatają się tworząc swoistą jedność, stąd ich skonkretyzowane wyodrębnienie jest jedynie wynikiem teoretycznej analizy, a ponadto trudno jest znaleźć obiekt, który reprezentuje tylko jeden lub też określony dający się *a priori* ustalić zestaw z wyróżnionych rodzajów wartości.

Ponadto punktem odniesienia dla tych wartości są oceny dokonywane przez konkretnych użytkowników i tu następuje dalsze zróżnicowanie ocen, jest bowiem oczywistym, że poszczególni obserwatorzy, czy też użytkownicy, dostrzegają ze swojego punktu widzenia odmienną hierarchę „wartości”.

Dobrze ilustruje to przywołany przez A. Basistę przykład obiektów zabytkowych – „jedni dostrzegają w nich głównie, lub jedynie, wartości historyczne, inni komercyjne; gdy pierwsi przeciwstawiają się jakimkolwiek zmianom, drudzy nalegają na takie czy inne adaptacje”<sup>14</sup>. W przywołanym na wstępie przykładzie jest to konflikt pomiędzy właścicielem obiektu (Domu Turysty), który jak można uważać, realizuje zamiar zmiany obiektu przede wszystkim ze względu na cele komercyjne, a jego oponentami, którzy kierują się zapewne głównie chęcią

<sup>14</sup> Tamże, s. 41.

ochrony wartości estetycznych zawartych w pierwotnym ucieleśnieniu utworu architektonicznego.

Stawia to problem możliwości obiektywizacji dokonywanych ocen. Niewątpliwym narzędziem i zgodnie z prezentowanym tu poglądem tylko narzędziem, takiej obiektywizacji może być (i zapewne zwykle jest) uregulowanie prawne, w takim zakresie, w jakim obejmująca określoną „wartość” reglamentacja wprowadza system jej ochrony. Przykładowo: wartości historyczne konkretnych obiektów chronione są przede wszystkim przez uregulowania dotyczące ochrony zabytków, a estetyczne poprzez przepisy prawa autorskiego. Uregulowania te obejmują jednak odrębne konstrukcyjnie narzędzia ochronne. Jak można uważać, niekształtowane przypadkowo, ale dostosowane do rodzaju „wartości” jaka jest przez nie chroniona.

I tak, ochrona zabytków architektury w przeważającej mierze objęta jest regulacją prawa publicznego i w efekcie dominują tu stosunki, w których podmiotem uprawnionym jest państwo, a w efekcie system ten wykazuje się pewnego rodzaju „sztywnością” typową dla prawa publicznego, wyrażającą się w niemożliwości kształtowania praw i obowiązków związanych z konkretnym obiektem poprzez porozumienie np. z właścicielem konkretnego obiektu, który jest i przedmiotem własności i jednocześnie zabytkiem. Prowadzi to do petryfikacji określonej sytuacji prawnej w takim zakresie, w jakim wolą ustawodawcy jest to uzasadnione interesem publicznym. Zewnętrznym przejawem takiego stanu jest np. brak możliwości modyfikowania przez właściciela elementów, z jakich składa się zabytkowy obiekt architektoniczny, bez uzyskania zgody władz państwowych (tu konserwatorskich), bo taka modyfikacja doprowadziłaby do zatarcia przesłania jakie w sobie ucieleśnia. Wynika to z tego, że ucieleśniona w konkretnym obiekcie „wartość historyczna” wiąże się z najszerszym w kategoriach prawnych interesem publicznym, jaki reprezentuje państwo.

Mając na względzie wypowiedzi dotyczące istoty ontologicznej utworów architektury oraz uregulowanie prawa autorskiego, trudno oprzeć się ocenie, że utwory te w płaszczyźnie wartości, jakie mogą być chronione przez to uregulowanie, postrzegane są podobnie jak utwory plastyczne, jako utwory artystyczne, a więc doniosłe ze względu na wartości estetyczne postrzegane przez środki wyrazu typowe dla tej kategorii dzieł<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Zob. zwłaszcza G. Świtek, *Gry sztuki z architekturą. Nowoczesne powinowactwa i współczesne integracje*, Warszawa 2013, s. 201 i n.

A uregulowanie prawne chroni wyłącznie sposób wyrażenia tej wartości<sup>16</sup>. Jednocześnie elementem odróżniającym utwory architektoniczne od innych artystycznych jest właśnie ich „użytkowość”<sup>17</sup>. Jest to jednak jedynie cecha „definitywna” – odróżniająca ten rodzaj utworów od pozostałych. Prawo autorskie, zgodnie z prezentowanym w tej pracy poglądem, chroni *de lege lata* przede wszystkim wartości estetyczne współwystępujące z „pozaestetycznymi” w utrwaleniu konkretnego utworu architektonicznego.

Przy czym realizowane to jest głównie przy pomocy instrumentów prawa prywatnego, co wprowadza bardziej „elastyczny” – w porównaniu z ochroną publicznoprawną – model ochrony prawnej, ale nie oznacza, że jest on równie skuteczny. W większości przypadków ingerencja w elementy obiektu tak chronionego, zależy tylko i wyłącznie od zgody konkretnego, uprawnionego ramach praw autorskich, podmiotu (podmiotów przy wspólności tych praw). W przypadku dzieł autorów, którzy zmarli – osób i podmiotów wskazanych w art. 78 ust. 2–4 prawa autorskiego. Przykładowo dotyczy to wkroczenia w sferę integralności konkretnego utworu, co zależy zasadniczo<sup>18</sup> od zgody autora, a nie organów państwa. Rola tych ostatnich sprowadza się do ochrony tak określonych interesów prywatnych autora. Wymaga jednak pewnej aktywności zainteresowanych, a wcześniej - dostrzeżenia zagrożenia tych interesów. A w dalszej kolejności poniesienia ryzyka procesowego podejmowanych działań.

Podstawowe problemy prawne, na przedstawionym tu zarysowo tle instrumentów prawnej ochrony wartości zawartych w utworze architektonicznym, są przede wszystkim wynikiem opisanego powyżej przeplatania się w konkretnym obiekcie różnych wartości i „możliwości” ochronnych wynikających z instrumentów prawa autorskiego. Na gruncie prawnym prowadzi to do konfliktu wyrażającego się często w pytaniu jaka wartość jest ważniejsza. Często jest bowiem tak, że realizacja ochrony konkretnej wartości jest kolizyjna z innymi. Czy istotniejsze jest przywiązanie autora do formy elewacji, jaką nadał pierwotnie zaprojektowanemu przez siebie obiektowi, czy też odczucia estetyczne

<sup>16</sup> Zob. art. 1 ust. 2<sup>1</sup> prawa autorskiego.

<sup>17</sup> Szerzej co do określenia prawnego pojęcia utworu architektonicznego J. Jezioro, *Utwór architektoniczny – próby zdefiniowania pojęcia prawnego*, „Zeszyty Naukowe Prawa własności Intelektualnej Uniwersytetu Śląskiego” 2014, nr 2, s. 42 i n.

<sup>18</sup> Także osób wskazanych w art. 78 ust. 2 prawa autorskiego na wypadek śmierci autora

aktualnego właściciela, który pragnie aby przybrała ona inną postać (np. zgodną z aktualnymi upodobaniami, modą), a dodatkowo zwiększyła swoje „wartości” użytkowe poprzez poprawienie izolacyjności termicznej konkretnego obiektu. Czy istotniejsze jest zachowanie w niezmienionej postaci „niemodnego” aktualnie wystroju wnętrza obiektu usługowego, czy też jego zmiana zmierzająca do wzrostu popularności prowadzonej w nim działalności. W praktyce następuje w takiej sytuacji zwykle „zderzenie” bardzo wymiernych, a tym samym czytelnych w obrocie interesów majątkowych właściciela obiektu, z interesami osobistymi, które dla osób bezpośrednio niezainteresowanych takiej wyrażonej „czytelności” nie posiadają.

Powinno być oczywistym, że problemy te ulegają pogłębieniu w sytuacji, w której autor pierwotnej realizacji obiektu architektonicznego nie żyje. Stan taki, dodatkowo stawia problem swobodnego „punktu odniesienia” w postaci podmiotu, na rzecz którego następuje realizacja ochrony prawnej. Prawo do integralności utworu, jako autorskie prawo osobiste, chroni w takim wypadku interesy mające swoje źródło w psychice podmiotu, który wszak już nie istnieje. I jakkolwiek uregulowanie zawarte w art. 78 ust. 2–4 prawa autorskiego stwarza podstawę prawną realizacji ochrony prywatnoprawnej (m.in. wskazuje podmioty, które mogą dochodzić ochrony i wykonywać autorskie prawa osobiste zmarłego twórcy), to siłą faktów mamy do czynienia jedynie z wyobrażeniem innych osób o postrzeganiu tych interesów przez ich podmiotowy „punkt odniesienia”, a nie z nim samym<sup>19</sup>. Stan taki musi wpływać na rozstrzygnięcia ewentualnych sporów dokonywane przez sądy, a tym samym na ewentualne decyzje podmiotów uprawnionych co do podjęcia konkretnych środków ochrony prawnej.

Można dodać, że stan taki jest niezależny od tego czy uznamy, że polskie prawo realizuje w przywołanym tu uregulowaniu<sup>20</sup> konstrukcję trwałości dóbr osobistych po śmierci autora, czy też przeciwnie, że bardziej zasadna jest ocena, że dobra te ustają w chwili śmierci autora. Przy czym, zdaniem autora tego opracowania, za trafną należy uznać ocenę, że aktualna regulacja prawna przystaje do rzeczywistych skutków społecznych śmierci autora, które należy postrzegać jako proces swobodnej „emancypacji” dzieła ze sfery interesów majątkowych i osobistych konkretnego autora do sfery interesów publicznych i oceny tej nie może

<sup>19</sup> Zob. też art. 6 [bis] ust. 2 konwencji berneńskiej.

<sup>20</sup> Zob. też art. 16 prawa autorskiego.

przesądzić ocena, li tylko kwestii skuteczności prawnej w praktyce obrotu, narzędzi ochrony tych interesów.

W efekcie opowiadam się, jak oceniam – w duchu postanowień art. 6 [bis] ust. 2 konwencji berneńskiej – za koncepcjami uznającymi trwałość dóbr osobistych po śmierci autora; należy też podkreślić, że prawa je chroniące są niezbywalne i nie podlegają dziedziczeniu. W takim ujęciu, uregulowanie zawarte w art. 78 ust. 2–4 prawa autorskiego, stanowi konieczny w płaszczyźnie prawnej – etap regulacji tego procesu. Co nie wyłącza oceny, że jako w swojej istocie „statyczne” w stosunku do „dynamicznego” procesu, jaki reguluje, narzędzie prawne ochrony interesów zmarłego twórcy posiada swoje ograniczenia. Jest to jednak problem niedoskonałości formalnej „konstrukcji” narzędzia prawnego, a nie problem jego przystawalności do rzeczywistych stosunków społecznych. Jak postaram się wykazać w dalszej części tego opracowania, ograniczenia te jedynie „zastrzają” problemy, jakie w odniesieniu do ochrony prawa do integralności utworu są niezależne od tego, czy realizuje ją twórca żyjący, czy też osoby wskazane w art. 78 ust. 2–4 prawa autorskiego po jego śmierci.

## **5. Prawna ochrona wartości estetycznych w utworze architektonicznym**

Jako istotne jawi się postawienie pytania o to, w jaki sposób powinien być kształtowany „mechanizm” prawny rozwiązywania przedstawionych tu konfliktów. I czy pomocna może być metoda odwołująca się do przedstawionej tu hierarchii wartości ucieleśnionych w konkretnym obiekcie architektonicznym, co jest prostą konsekwencją przyjętego założenia, iż prawo autorskie stanowi narzędzie ochrony określonych wartości przejawiających się w utworach architektonicznych. Podstawowe znaczenie dla prezentowanego tu rozumowania ma założenie, że w ujęciu prawa autorskiego są to wartości estetyczne.

Należy zastrzec, że rozmiary tego opracowania nie pozwalają na więcej niż zarysowanie podstawowych problemów dotyczących wartości estetycznych zawartych w utworze architektonicznym. Wydaje się jednak celowe podjęcie nawet takiej analizy „cząstkowej”. W praktyce obrotu to właśnie odwołanie się do tej wartości ma stanowić uzasadnienie dla sprzeciwu wobec zmian istniejącego obiektu będącego utrwaleniem dzieła architektury. Podstawowym celem badawczym tej części opracowania jest ocena możliwości sformułowania ocen wartościujących



przydatnych dla konstruowania ochrony utworów architektonicznych w zakresie nienaruszalności ich treści i formy. Należy też podkreślić, że problem jest o tyle istotny, że niewłaściwe „rozpoznanie” znaczenia określonej „wartości”, w odniesieniu do wielu obiektów architektonicznych, może prowadzić do nieodwracalnych skutków będących wynikiem unicestwienia ich utrwałeni (budowli) lub daleko idących przekształceń takich ucieleśnień.

Przykłady negatywnych, w aktualnej ocenie, skutków legalizacji takich działań są liczne i dotyczą nie tylko Polski. Być może najlepiej ilustruje skalę problemu fakt dotkliwych ubytków spowodowanych w XX w., w czasie tzw. „rewolucji kulturalnej” w ChRL. Ale nie jest to przypadek całkowicie odosobniony<sup>21</sup>. Z drugiej strony za „negatywne” należy też uznać rozwiązania prawne prowadzące do nieuzasadnionej petryfikacji istniejącego stanu, choćby z tego powodu, że prowadzi to do zahamowania postępu, a w efekcie także zatrzymania pojawiania się nowych wartości. Postulatywnie rysuje się tu konieczność stworzenia swoistego *modus vivendi*, którego źródła można dopatrywać się w hierarchii wartości objętych ochroną prawną.

Jeśli ocena wartości estetycznych zawartych w utworze architektury ma być „narzędziem” prawnym określającym zakres ochrony wynikającej z prawa do integralności utworu, to na wstępie pojawia się problem jej zdolności weryfikacyjnej (obiektywności). Pozytywna odpowiedź wymaga opowiedzenia się za poglądem o obiektywnym charakterze wartości estetycznych<sup>22</sup>, a więc za trafnością oceny, iż wartości powodujące, że uznamy konkretny obiekt za utwór (dzieło sztuki), jakie reprezentuje konkretny obiekt, zawarte są w nim samym, a nie są li tylko refleksją perceptora takiego obiektu. Jak oceniam, stanowisko takie da się obronić.

Przywołajmy w tym miejscu za A. Basistą, pogląd sformułowany przez Michaela H. Mitias: „Estetyczne właściwości występują w dziele sztuki *potencjalnie*. To ten właśnie sposób ich istnienia wyróżnia dzieło architektury spośród zwykłych budynków. Jedność wartości

---

<sup>21</sup> Być może najbardziej spektakularnym tego przykładem spoza architektury jest los zbiorów zgromadzonych w bibliotece aleksandryjskiej. Z przekazów (co prawda podawanych w wątpliwość przez historyków) wynika, iż pomimo niewątpliwej wartości estetycznej i kulturowej, co najmniej dwukrotnie uległy one zniszczeniu z przyczyn religijnych w 391 r. przez chrześcijan i w 642 r. przez muzułmanów.

<sup>22</sup> Jeśli chodzi o wartości „użytecznościowe”, ich tożsamość z konkretnym obiektem zdaje się być oczywista.



estetycznych przynależących do budynku konstytuuje estetyczną domenę dzieła. Wydaje mi się, że duża liczba estetyków skłania się ostatnio do poglądu, że wartości estetyczne ujawniają się w trakcie estetycznego przeżycia dzieła sztuki<sup>23</sup>. Tak więc nie decyduje subiektywny akt percepcji, ale potencjalna możliwość estetycznego przeżycia w trakcie percepcji obiektu architektonicznego. Koncepcja ta realistycznie zakłada, że akt percepcji wymaga także pewnego, jak to określa R. Ingarden, „ukwalifikowania”, czyli istnienia subiektywnej możliwości recepcji tych wartości, w efekcie nie każdy jednostkowy akt takiej percepcji prowadzi do przeżycia estetycznego. Można tu dodać, że ujęcie to pozwala też na stwierdzenie, że wartości estetyczne zawarte są w danym obiekcie architektury, w jego całościowej kompozycji oraz w każdym z jej elementów<sup>24</sup>.

Przyjęcie koncepcji, że prawo autorskie chroni wartości estetyczne ucieleśnione w konkretnym utworze architektonicznym wyjaśnia dyalemat różnic w praktycznym „odczytywaniu” wartości dokonywanych przez perceptorów. To odczytywanie zdeterminowane jest różnicami postaw wobec architektury. Postawy te umiejscowione są więc niejako poza utworem jako nośnikiem wartości estetycznych. A. Basista<sup>25</sup> wskazuje na typowe takie postawy – „naturalnego obserwatora” (np. turysty), „osoby zainteresowanej” (np. historyka sztuki, potencjalnego nabywcy obiektu, który ucieleśnia utwór) i „uczestnika aktywności rozgrywającej się w danym obiekcie” (np. uczestnika nabożeństwa w kościele). Każda z tych postaw determinuje nieco odmienne oczekiwania dotyczące realizacji zawartych w konkretnym obiekcie wartości, natomiast regulacja prawna określa możliwości oraz sposoby i zakres ich realizacji.

Prawo autorskie stanowi w tym zakresie element szerszej regulacji i wyznacza te parametry jedynie w takim zakresie, w jakim wiążą się one z chronioną przez przepisy wartością. W efekcie dla uregulowania prawnego, ściślej, dla skutków jakie ono przewiduje w odniesieniu do zachowań konkretnych perceptorów, obojętne jest mylne przypisywanie istnienia określonych wartości lub ich braku. Skutki te wyznaczone są więc niezależnie od dokonywanych w praktyce obrotu subiektywnych ocen. Przykładowo, bez znaczenia dla powstania ochrony prawnej jest

---

<sup>23</sup> H. Mitias’a, *Expression in Architecture*, s. 100, za A. Basista, *Architektura...*, s. 43.

<sup>24</sup> A. Basista, *Architektura...*, s. 43.

<sup>25</sup> Tamże, s. 51.

przekonanie o braku wartości estetycznych, a tym samym ochrony udzielanej przez prawo autorskie, w sytuacji, jeśli powoduje to podjęcie przez konkretny podmiot działań naruszających zastrzeżoną na rzecz autora wyłączność. Podobnie dotyczy to także innych wartości, np. zniszczenie obiektu architektury w przekonaniu, iż nie posiada on żadnej wartości rynkowej nie uchroni sprawcy takiej szkody przed odpowiedzialnością za naruszenie w ten sposób własności obok praw autorskich.

Istotna dla prowadzonych tu rozważań jest konstatacja, że jakkolwiek ogólnie wartości zawarte w przekazie jakim jest utwór architektoniczny są stopniowalne, to inne wartości niż określone tu jako „użytecznościowe” można oceniać tylko przez porównanie<sup>26</sup>. Wynika z tego, że kryteria oceny wartości użytkowościowych dla potrzeb regulacji prawnej posiada „łatwiejszy” do określenia punkt odniesienia. A w efekcie także zakres takiego uregulowania może być bardziej szczegółowy. Ponadto istnienie możliwości takiej obiektywizacji parametrów czyni te cechy możliwymi do objęcia szczegółowym parametrycznym uregulowaniem prawa publicznego, w takim zakresie, w jakim wiąże się to z interesem chronionym przez to uregulowanie. Przykładowo dotyczy to takich elementów jak parametry termiczne określonego obiektu, właściwości w zakresie ochrony przeciwpożarowej, czy wielkości pomieszczeń.

Odpowiednio – oceny wartości estetycznych (także większości kulturowych, etycznych i religijnych) nie dają takiej „obiektywizacji parametrycznej”. W efekcie także uregulowanie prawne będzie musiało posługiwać się bardziej relatywnymi kryteriami – zwykle prowadzającymi do ocen opartych na specjalistycznej wiedzy spoza dziedziny prawa. Przykładowo dotyczy to oceny, czy konkretny utwór zawiera „cechy indywidualnej twórczości” określonej w art. 1 ust. 1 prawa autorskiego. W praktyce ustalenie istnienia tej cechy wymaga znajomości kontekstu wyznaczonego przez już istniejące utwory tego rodzaju, jakich konkretna ocena dotyczy, co w typowych sytuacjach przekracza możliwości przeciętnego uczestnika obrotu, a na wypadek sporu także sądu, jako organu rozstrzygającego tę kwestię. Nie wyłącza jednak możliwości dokonania odpowiednich ustaleń, a tym samym włączenia ich do systemu oceny prawnej zdarzeń objętych taką regulacją.

Kolejnym aspektem wartości estetycznych jaką należy rozważyć – jest ich zmienna trwałość. Tutaj też występuje dająca się zaobserwować

---

<sup>26</sup> Tamże, s. 45.

labilność. A. Basista<sup>27</sup> wskazuje na dwie podstawowe przyczyny wystąpienia tych zmian – przemiany samego obiektu (np. wywołane jego przebudową) oraz na zmiany kryteriów ocennych (np. wywołane postępem technicznym, zmianami upodobań, rozumienia symboliki przesłania obiektu itp.).

Odnosząc to do uregulowania prawnego zdarzeń związanych z powstawaniem utworów architektonicznych, również w tym aspekcie dostrzec można swoistą „podatność” na zmiany wartości użytecznościowych i trwałość wartości estetycznych. Przy czym, jak można sądzić, w płaszczyźnie prawnej istotniejsze są zmiany kryteriów ocennych – one bowiem decydują o prawnej możliwości „przemiany” obiektu. W konkretnym przypadku taka przebudowa jest dopuszczalna (w znaczeniu legalna) lub nie – dopiero jeśli planowane w tym zakresie działania nie przekroczą granic wyznaczonych przez oceny wynikające z uregulowania prawnego. Tak więc także w tym aspekcie wartość estetyczna zawarta w konkretnym utworze może być punktem odniesienia zobiektywizowanych ocen, a więc spełnia wymogi „narzędzia” prawnego.

Oczywiście nie wyczerpuje to wszystkich możliwych zdarzeń, niektóre z nich następują w oderwaniu od uregulowania prawnego i są następstwem faktów, na które zachowanie ludzkie możliwe do objęcia regulacją prawną nie ma istotnego wpływu. A. Basista wskazuje na specyficzną przemianę wartości, która prowadzi do powstania nowego dobra wyrażającego się w wartości ruin jako obiektu architektonicznego. Odwołuje się przy tym do przykładu kompleksu upamiętniającego tragedię Hiroszimy, który składa się z Pomnika Pokoju i Muzeum (projekt Kenzo Tange), basenu wodnego z płonącym wiecznym płomieniem, a także z pozostawionej ruiny kopuły niegdysiejszej izby handlowej. Zgodnie z przytoczoną tu dosłownie za A. Basistą wypowiedzią R. Ginsberga: „Oto dzieło architektury. Można by powiedzieć, że kiedyś było ono dziełem architektury, lecz już nim nie jest. Lecz, utraciwszy swą pierwotną tożsamość, stało się nowym rodzajem architektury. Nie zostało na nowo zbudowane, lecz zniweczone do nowości. To, czym jest obecnie, jest nieodłączne od tego, czym było przedtem”<sup>28</sup>.

W tym ujęciu istota ruiny dzieła architektury jawi się jako „nowa jakość” estetyczna, która zachowuje „całkowicie oryginalne wartości

<sup>27</sup> Tamże, s. 47

<sup>28</sup> R. Ginsberg, *Aesthetics of Hiroshima: The Architecture of Remembrance*, w: *Philosophy and Architecture*, s. 223, cytując za: A. Basista, *Architektura...*, s. 49.

historyczne, wartości zaś innego rodzaju, na przykład dydaktyczne, zależą od stopnia zniszczenia”<sup>29</sup>. Jest to przemiana pierwotnego utworu architektonicznego ucieleśnionego w postaci budynku izby handlowej w Hiroszynie w nową kategorię dobra prawnego – ruinę. Jej aktualna „wartość”, także w ujęciu prawnym, wyznaczona jest nie tyle przez wkład twórcy pierwotnego projektu budynku izby handlowej (wszak nie mógł on nawet przewidywać skutków, jakie wywoła wybuch bomby atomowej w Hiroszynie), ale przez obiektywne zdarzenia faktyczne (historyczne) i to, że stała się przez nie elementem kompleksu upamiętniającego tragedię Hiroszimy, który należy uznać za odrębny utwór w rozumieniu prawa autorskiego. W efekcie mamy także do czynienia wraz ze zmianą, czy też zniszczeniem pierwotnej wartości pochodzącej od autora, ze zmianą sytuacji prawnej pierwotnego utworu architektonicznego. Wraz z przekształceniem w ruinę ustaje ochrona prawa autorskiego w odniesieniu do jego utrwalenia, które ucieleśniały pierwotny wkład wartości estetycznych pochodzący od autora projektu budynku izby handlowej w Hiroszynie. A „w to miejsce” powstaje ochrona prawna ruiny jako elementu kompleksu upamiętnienia. Odwołując się do pojęć właściwych prawu polskiemu, potencjalnie może ona mieć dwa źródła – ochrona samej ruiny jako zabytku (zasadniczo realizowana przez uregulowanie prawa publicznego) oraz ruiny jako elementu utworu obejmującego kompleks upamiętnienia tragedii Hiroszimy. Ta pierwsza realizowana jest na rzecz państwa uosabiającego interes publiczny, ta druga na rzecz autora (autorów) kompleksu upamiętnienia jako całości obejmującej ruinę budynku izby handlowej – zasadniczo poprzez instrumenty prawa prywatnego.

Tak więc i w takich sytuacjach ocena prawna dotycząca np. ustalenia, że doszło do naruszenia prawa do integralności utworu, oparta o wartości estetyczne, jest możliwa i prowadzi do sytuacji, w której ewentualne spory mogą być rozstrzygane według weryfikowalnych kryteriów. Prowadzi to do ogólniejszego wniosku, że w konkretnej sprawie ustalenie istnienia wartości estetycznych umożliwia odniesienie ich zgodnie z koncepcją „hierarchii wartości” do kolizyjnych z nimi innych wartości zawartych w utworze architektonicznym.

## **6. Wnioski – koncepcja „hierarchii wartości” jako narzędzie prawne**

Dla sformułowania wniosków z prowadzonej tu analizy konieczne jest odniesienie jej wyników do przyjętych na wstępie założeń.

---

<sup>29</sup> A. Basista, *Architektura...*, s. 49.

Istotą prezentowanej tu koncepcji hierarchii wartości, która – podkreślmy – sformułowana została niezależnie od uregulowania prawnego<sup>30</sup> jest uznanie, że określone, współwystępujące w konkretnym utworze różne wartości można uszeregować hierarchicznie od wartości „najniższych” po „najwyższe”. Jeśli zaakceptować ocenę, że wartości „użytecznościowe” (w tym techniczne, użytkowe, ekologiczne, ekonomiczne) są w tej hierarchii niższe niż wartości „estetyczne”, to ewentualny spór dotyczący ich kolizji powinien być w płaszczyźnie pozaprawnej rozstrzygany na korzyść tych ostatnich. Podkreślmy ponownie, że jest to ocena pierwotna w stosunku do skutków obowiązywania uregulowania prawnego, a więc zawierająca wnioski sformułowane „słusznościowo” dotyczące rzeczywistych stosunków – w oderwaniu od tego, jak są one uregulowane ustawowo. Jednocześnie analiza aktualnego uregulowania prawnego prowadzi do wniosku, że prawo autorskie traktuje w zakresie realizacji ochrony prawa do integralności utwory architektoniczne tak jak pozostałe utwory artystyczne. Stąd *de lege lata* brak jest podstaw do formułowania odmiennych wniosków w odniesieniu do stosowania przepisów obowiązujących.

Jednocześnie jednak praktyka obrotu – paradoksalnie – zdaje się wskazywać, że przedstawione tu instrumenty prawne okazują się nieskuteczne i niezależnie od ocen słusznościowych, to wartości użytkowe w przypadku obiektów architektonicznych, a więc jednostkowych utrwałeń utworów architektonicznych okazują się wartościami ważniejszymi. Prowadzi to do następujących wniosków ogólnych.

Prawo autorskie w odniesieniu do poszczególnych rodzajów utworów jest przede wszystkim narzędziem ochrony przejawiających się w nich wartości kulturowych. W przypadku utworów artystycznych są to zasadniczo wartości estetyczne. Utwory architektoniczne, choć traktowane są powszechnie jako utwory artystyczne, cechuje współwystępowanie wartości estetycznych i pozaestetycznych (w tym takich, które określane są zwykle jako „użytkowe”). Specyfika ta ma charakter faktyczny, ale nie znajduje odbicia w uregulowaniu prawa autorskiego, które zasadniczo jednolicie reguluje zasady ochrony prawa do integralności – nie uwzględniając w tym zakresie rzeczywistej specyfiki utworów architektonicznych<sup>31</sup>. Efektem tego jest dostrzegalna w praktyce obrotu nieskuteczność

<sup>30</sup> Tamże, s. 39.

<sup>31</sup> Wyjątek dotyczy programów komputerowych i wynika z uregulowania art. 77 oraz 74 ust. 4 pkt 2 prawa autorskiego.

instrumentów chroniących interesy osobiste twórców utworów architektonicznych (w tej analizie dotyczy to ochrony prawnej integralności utworów).

Taka sytuacja wpływa bardzo negatywnie na ocenę jakości uregulowania prawnego i nie może, nie być niedostrzeżona przez doktrynę. W prezentowanej tu ocenie jej podstawowym źródłem jest brak dostosowania aktualnego uregulowania prawa autorskiego do rzeczywistych stosunków społecznych, tak więc do rozważenia jest podjęcie dyskusji nad zmianą tej regulacji.

W innym miejscu już wskazywałem na ewolucyjne kształtowanie się swoistej kategorii utworów, które tak jak utwory architektoniczne stwarzają problemy w zakresie realizacji ochrony prawnej ze względu na wartości użytkowe, które stanowią element ich istoty (odrębności od innych) – określiłem je ogólnie jako „utwory użytkowe” w zmodyfikowanym, jak oceniam, od dotychczas występującego w literaturze znaczeniu<sup>32</sup>. Do rozważenia jest pytanie o zasadność objęcia ich regulacją szczególną, przystającą do rzeczywistych stosunków, jakich dotyczy uregulowanie prawa autorskiego, a tym samym zmiany dotychczasowego uregulowania.

## **Streszczenie**

Praktyka obrotu wskazuje, że wynikające z uregulowania prawa autorskiego instrumenty ochrony prawnej prawa do integralności w odniesieniu do budowli będących utrwaleniami utworów architektonicznych, niejednokrotnie okazują się nieskuteczne. W ocenie autora jest to m. in. wynikiem specyfiki wartości stanowiącej podstawę wyodrębnienia tej kategorii utworów. Specyfikę tę należy określić jako ścisłe współwystępowanie (w tej kategorii utworów) prawnie chronionych elementów jednolitego dobra prawnego, odrębnych w swojej istocie wartości kulturowych – stosunkowo stabilnych wartości estetycznych i bardziej labilnych użytkowych (w zakresie „użytkowości” pozaestetycznej). W ocenie autora ta wewnętrzna „sprzeczność” nie znajduje odzwierciedlenia

---

<sup>32</sup> Zob. J. Jezioro, *Utwór architektoniczny jako dzieło użytkowe i dobra osobiste jego twórcy*, w: J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI w. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012, s. 295–312.

w uregulowaniu prawnym i jest podstawową przyczyną nieskuteczności ochrony prawnej prawa do integralności utworów architektonicznych.

Słowa kluczowe: własność intelektualna, utwór architektoniczny, integralność utworu, użyteczność dzieła architektury, wartości nieestetyczne.

### **Abstract**

Business practice pinpoints that stemming from intellectual property law legal protection instruments of right to integrity regarding buildings as imprints of architectural work are often ineffective. In author's opinion it's a consequence of e.g. specific values that gave base to separate such kind of works. This specific values are determined as close co-existence (in this category of works) of legally protected elements of uniform legal good, cultural values individual in their core – rather stabile esthetical values and more labile usable ones (a non-esthetical “usability”). In authors opinion this inner “diversity” has no reflection in legal regulation and is main cause of ineffectiveness of legal protection on right to integrity of architectural works.

Keywords: intellectual property, copyright, architectural work, integrity of the work, utility of architectural work, non-aesthetic values.



Piotr Jurek<sup>1</sup>

## **„Zgon” czy zanikanie przedmiotu „Historia państwa i prawa Polski” na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego**

Pamięć o przeszłości wymaga ciągłego odświeżania. Dla prawnika humanisty dzieje ustrojowe polskiego państwa oraz prawa politycznego i sądowego są istotnym elementem wykształcenia. Rada Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, w podjętej uchwale w sprawie nowego programu studiów na kierunku prawo usunęła z programu studiów przedmiot „Historia państwa i prawa Polski”<sup>2</sup>. Zmiana powinna zostać przekonywująco uzasadniona, gdyż odcinanie się od „polskości” może być kwestionowane. Warto wspomnieć, że gdy zmieniano słowa pieśni legionów, napisanej w 1797 r., a mianowicie *Jeszcze Polska nie umarła... na: jeszcze Polska nie zginęła...* dobitnie uzasadniono zmianę wykazując, że słowo „zginęła” bardziej pasuje do rytmu mazura niż słowo „umarła”. Ustalono wówczas harmonizację pieśni „Jeszcze Polska nie zginęła” na fortepian, wraz z nutami, którą uznano za hymn narodowy<sup>3</sup>.

Celem nowego programu studiów była modernizacja wielu dotychczas nauczanych przedmiotów, między innymi w związku z dostosowaniem ich do tzw. krajowych ram kwalifikacyjnych. Usunięty z programu, dotychczas samodzielny przedmiot związany z ojczyściami dziejami,

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Protokół nr 6/2013 z posiedzenia Rady Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego z 27 maja 13, uchwała nr 88/IV/2013, <http://www.prawo.uni.wroc.pl> Za nowym programem opowiedziało się 70 osób głosujących, przy dwóch głosach wstrzymujących i braku głosów przeciwnych.

<sup>3</sup> Okólnik Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego z 2 kwietnia 1927 r., Dziennik Urzędowy Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego 1928, poz. 90, s. 183 i n.

mający głęboką tradycję, zwraca jednak szczególną uwagę. Warto wspomnieć, że przedmiot ten, przez krótki okres był nawet realizowany w ramach dwóch dyscyplin dydaktycznych, a mianowicie „historii ustroju Polski na tle powszechnym” i „historii prawa Polski na tle powszechnym”<sup>4</sup>. Dokonana zmiana była między innymi uzasadniana koniecznością podniesienia jakości kształcenia, która w tej materii może być dyskusyjna, gdyż wyraża się przede wszystkim w przesunięciu punktu ciężkości z ojczystych dziejów ustroju państwa i prawa na historię ogólną, czyli powszechną, zgodnie z tendencją globalizacji.

Eliminacja przedmiotu akcentującego narodowe dzieje ustroju i prawa to merytoryczna zmiana w zakresie edukacji prawniczej. Bez znajomości własnych dziejów trudno jest zrozumieć teraźniejszość. Wszystkie współczesne instytucje ustrojowe i prawne są zakorzenione w przeszłości. Ich poznanie i stosowanie w praktyce, wymaga często tzw. wiedzy historycznej. Tak samo jak dla lekarza przydatna bywa wiedza z historii medycyny, przedmiotu, który nie ma racji bytu bez znajomości współczesnej medycyny, tak samo dla współczesnego prawnika istotna jest geneza, ewolucja i uwarunkowania rodzimych instytucji ustrojowych i prawnych. Ogromne znaczenie w tym zakresie miał dotychczas samodzielny przedmiot omawiający ojczyście dzieje ustroju i prawa.

Problemem godnym rozważenia pozostaje sprawa kultury państwowej i prawnej w związku z naszą tożsamością narodową. W ramach nowego przedmiotu jakim obecnie jest „historia państwa i prawa” dostrzec można zarówno zagrożenie związane z ewentualną obawą rozmycia, a nawet eliminacji istotnych treści z zakresu tej tożsamości, jak również atut, który może przyczynić się do wyakcentowania polskich walorów na tle powszechnym. Charakterystyczne, typowo polskie instytucje z dziejów ustroju czy prawa sądowego Rzeczypospolitej są jednak naszym dziedzictwem i wymagają szczególnego potraktowania. Gdy będą wpisane w przedmiot ogólny, a mianowicie „historię państwa i prawa”, która dotychczas była uzupełniana przymiotnikiem „powszechna” albo „doktryny polityczne i prawne”, to istnieje obawa marginalizacji swoistych polskich treści. Transpozycja nazwy nie jest jednak automatycznie powiązana ze zmianą wykładanych zagadnień, raczej wskazuje że, dzieje polskiego ustroju i prawa mogą być omawiane w ramach ogólnego przedmiotu. Spowodować to może niedogodność z wyodrębnieniem

---

<sup>4</sup> Było to w latach 1975–1980, gdy programy ustalano decyzją ministerialną, wyeliminowano wówczas przedmiot „prawo rzymskie” i lektorat z łaciny.

istotnych, historycznie polskich, instytucji prawnych i ustrojowych. Specyficzne polskie instytucje, ważne dla Polaków fakty i wydarzenia mogą zostać porównawczo powiązane z dziejami innych państw i porządków prawnych, ale mogą się także w nich zagubić.

Porządkowanie procesu kształcenia przyszłych prawników na wrocławskim wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu może rodzić określone niebezpieczeństwa. Przede wszystkim rezygnacja z dotychczasowej nazwy przedmiotu, w której wyraźnie podkreśla się polskość, nie jest do końca racjonalna. Polskości nie musimy się wstydić. Istnieje poważna obawa rozmycia rodzimych dziejów instytucji ustrojowych i prawnych w przedmiotach o uniwersalnym charakterze, a mianowicie „historii państwa i prawa” oraz „doktrynach politycznych i prawnych”. Usunięcie przedmiotu prowadzi do marginalizowania treści, które dotychczas były wyraźnie wyodrębnione i dobitnie odzwierciedlały się w przymiotnikowym dopełnieniu „polska”. Eliminacja „polskości” destabilizuje przekonanie o istotnej wartości dyscypliny, która dotychczas akcentowała macierzystą kulturę państwowoprawną. Kultura ta, także ze względu na długoletni brak naszej państwowości, powinna pozostać trwałą i rozwiniętą wartością w naszej świadomości narodowej. Wspomniano już, że brak gruntownej wiedzy o własnej tożsamości państwowej i prawnej może utrudnić pełniejsze zrozumienie współczesnego ustroju i prawa Rzeczypospolitej. Polska treść historyczna kształtuje postawę prawnika-humanisty i umożliwia specyficzne przeżywanie historii jako patriotycznej wartości. „Patriotyzm oznacza umiłowanie tego co ojczyście, umiłowanie historii, tradycji, języka (...) Nasze dzieje uczą, że Polacy byli zawsze zdolni do wielkich ofiar dla zachowania tego dobra albo też dla jego odzyskania. Świadczą o tym tak liczne mogiły żołnierzy, którzy walczyli za Polskę na różnych frontach świata”<sup>5</sup>.

Meritum polskich instytucji ustrojowych i prawnych nie powinno się rozmywać w powszechnie funkcjonujących uogólnieniach bądź uproszczonych interpretacjach. Szczególnie bogate polskie dzieje różnorodnych ustrojów politycznych państwa, a także różnych porządków prawnych, pozwalają analizować dynamikę ewolucji instytucji w czasie i przestrzeni. Liczne źródła pisane z dziejów polskiego ustroju i prawa, zwłaszcza o większej doniosłości prawnej, nie tylko dla Polaków, ale i dla całej ludzkości, powinny być przedstawione studiującym prawo

---

<sup>5</sup> Jan Paweł II, *Pamięć i tożsamość. Rozmowy na przełomie tysiącleci*, Kraków 2005, s. 29.

tak, aby zdobywający wiedzę mógł uchwycić pełen ich obraz i docenić ich znaczenie. Nasze narodowe dzieje, ukazują wielobarwność interpretacji poszczególnych kwestii. Istnieje obawa, że po modyfikacji nowy przedmiot, będzie akcentował historię w sposób globalny, co może się wiązać z znamionami antypolocentryzmu. Ukształtowane poczucie historycznej wspólnoty jest dla każdego narodu konkretnym fundamentem, który daje temu podmiotowi wsparcie. Świadomość przynależności do określonego społeczeństwa nie określi w sposób wyczerpujący wykształcenie, religia, czy język, bądź zamieszkanie, lecz przede wszystkim wiedza o faktach z ojczystej przeszłości państwa i prawa i określony stosunek do tej historycznej wartości. Własne poczucie historycznej wspólnoty jest oparciem dla osoby wykształconej. W ten sposób tworzony jest fundament odzwierciedlający ciągłość państwa i prawa polskiego, które jest zakorzenione w dziejach przez sumę doświadczeń wyniesionych także z omyłek i klęsk.

Usunięty z programu studiów prawniczych przedmiot uświadamiał studiującemu, że wydarzenia z przeszłości naszego państwa i prawa niejednokrotnie wyprzedzały tzw. zachodnią cywilizację europejską. Klasycznym przykładem jest wielowiekowe wspólne, unijne państwo polsko-litewskie (1569 r.), wzór który dał i miał swój ogólnoeuropejski kontekst, a z czasem wręcz odpowiednik w dziejach innych społeczeństw, a także współczesnej wspólnoty europejskiej. Modelowym, zapomnianym przykładem z doby średniowiecza jest, nieznane w innych państwach, faktyczne rozdzielanie w dawnej Polsce władzy wykonawczej od sędziowskiej (dwupodział władzy), już od późnego średniowiecza (1422 r.). Warto też pamiętać o polskim pakcie praw człowieka, a mianowicie o przywileju Władysława Laskonogiego z 1228 r., gdzie przyrzeczono rządy wyłączające ucisk, nienależne podatki i każdego zachowanie w jego prawie<sup>6</sup>. O tym istotnym dla naszego narodu dokumencie prawiono się posiadać taką samą wiedzę jak o Wielkiej Karcie Wolności z 1215 r. czy węgierskiej Złotej Bulli z 1222 r. Epokowe znaczenie ma Konstytucja sejmku radomskiego *nihil novi z 1505 r.*, ustanawiająca fundamentalną dla demokracji zasadę, że król nie może stanowić praw ani nakładać podatków bez zgody parlamentu<sup>7</sup>. Symptomatycznym

<sup>6</sup> J. Sawicki, *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, t. 1, cz. 1, Warszawa 1952, przywilej ziemski wydany w Cieni z 1228 r., s. 33.

<sup>7</sup> W konstytucja sejmku radomskiego czytamy: „odtąd na przyszłe, wieczne czasy nic nowego stanowione być nie ma przez nas i naszych następców bez wspólnej zgody

i doskonałym przykładem jest akt Konfederacji Warszawskiej z 1573 r., zakazujący dyskryminacji wyznaniowej, wydany w czasach, gdy zachodnią Europę pustoszyły wojny religijne. Nasze prawne gwarancje tolerancji religijnej z doby Odrodzenia to jeden z trzech istotnych polskich pisanych dokumentów, który został wpisany na światową listę dziedzictwa kultury UNESCO<sup>8</sup>. Duchową wartością, która kształtowała europejskość przez setki lat był stosunek Polaków do Żydów. Polskę określano od średniowiecza „*paradisus Judeorum*” (raj dla Żydów), w latach 1581–1764 funkcjonował w Polsce *Waad Arba Racot* (sejm czterech ziem, Małopolski, Wielkopolski, Rusi i Litwy), który był samorządnym parlamentem polskich Żydów, wieńczącym ich autonomię funkcjonującą w zbierających się cyklicznie kahałach. Z dumą powinniśmy też podkreślać polską tradycję dwuinstancyjności sądownictwa utrwaloną po utworzeniu Koronnego i Litewskiego Trybunału (1578 i 1581), jak również spisane podstawy funkcjonowania państwa w Konstytucji z 1791 r., którą nazwano oficjalnie Ustawą Rządową. Te i inne istotne fakty i wydarzenia z ojczystej państwowości i rodzimego prawa niezmiernie trudno postrzegać i analizować na tle ogólnej historii państwa i prawa. Uwagę na to zwrócił prof. Andrzej Zoll, pisząc że: „Istnieje obawa marginalizacji (polskich faktów i wydarzeń – P.J.) podobnie jak mało istotne w skali globalnej są dla świata i były polskie powstania narodowyzwoleniczych czy fakt dwukrotnego powrotu Polski na mapę demokratycznych państw”<sup>9</sup>. Nie należy zapominać, że: „znakomicie ludzie, będący drogowskazami, wpisani w poczet wybitnych prawników polskich, z estymą odnosili się do naszych dziejów ustrojowoprawnych, gdyż ich znajomość wskazywała drogę jaką należy podążać, aby wysoko trzymać głowę w rozmowach z innymi”<sup>10</sup>. Warto wspomnieć, że wśród zamieszczonych przez K. Pola biografów

---

senatorów i posłów ziemskich”, F. Połomski, P. Jurek, *Historia państwa i prawa Polski. Źródła*, Wrocław 1997, s. 81.

<sup>8</sup> Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Wychowania, Nauki i Kultury (UNESCO) utworzyła Listę Światowego Dziedzictwa zarówno dla dóbr materialnych, gdzie wymieniono między innymi np. niemiecki nazistowski obóz koncentracyjny i zagłady Auschwitz-Birkenau jak i wartości intelektualnych, gdzie mamy Akt Konfederacji Warszawskiej z 1573 r.; Ustawę Rządową z 3 maja 1791 r. oraz 21 postulatów sierpniowych z 17 sierpnia 1980 r.

<sup>9</sup> Pierwszą odzyskana niepodległość przyniósł 1918 r., drugą odzyskuje naród dzięki wyborczemu zwycięstwu „Solidarności” 4 czerwca 1989 r.

<sup>10</sup> A. Zoll, *Przedmowa*, w: K. Pol, *Poczet prawników polskich*, Warszawa 2000, s. XV.

prominentnych polskich prawników jedna czwarta to wybitni prawnicy, którzy byli historykami przeważnie polskiego ustroju i prawa<sup>11</sup>.

Podjęmowane reformy programu studiów prawniczych, odnoszące się do przedmiotu, prowadziły już dawniej do zawężenia dyscypliny tworząc dualizm, gdzie osobno omawiano historię polskiej problematyki ustrojowej i osobno historię źródeł prawa i prawo sądowe. W bogatych w wydarzenia dziejach Polski wyraźne oddzielenie problematyki ustrojowej od prawnej jest rzadko kiedy możliwe, ze względu na eklektyczną ich treść. Dokonywanie precyzyjnego podziału jest raczej jednym z zadań naukowych historyków państwa i prawa.

Znamienne jest, że gdy z innych dyscyplin dydaktycznych wyodrębniają się nowe przedmioty to polska historia państwa i prawa, umarła jako samodzielny przedmiot. dydaktyczny. Warto pamiętać, że każda dzisiejsza gałąź prawa pozytywnego ma także ojczyście korzenie. Mniej więcej do połowy XX w. podstawową i często jedyną dostarczycielką wiedzy, na tematy dziś tak szczegółowo przedstawianych instytucji prawnych w ramach poszczególnych gałęzi prawa, było prawo rzymskie i właśnie polska historia państwa i prawa. Obecnie geneza prawa pozytywnego omawiana jest w ramach poszczególnych gałęzi prawa. Zlikwidowany przedmiot jako pierwszy uzmysławiał przyszłym prawnikom, że obowiązujące zasady, pojęcia i instytucje nie były dla Polaków obce i niejednokrotnie były naszym rodzimym dorobkiem w zakresie kultury prawnej. Ich elementarna znajomość składa się na wykształcenie prawnika-humanisty. O istocie polskiej, głębokiej tradycji ustrojowo-prawnej i jej naukowym wyjaśnianiu Wacław Komarnickiego pisał: „narody historyczne o własnej tradycji państwowej nie przyjmują obcych idei i instytucji biernie, lecz je przetwarzają na modłę własną. Każde państwo i każdy porządek prawny potrzebuje fundamentu, czyli podstawy wspierającej, którą są przede wszystkim rodzime dzieje historii ustroju i prawa”<sup>12</sup>. Polacy są uważani za naród o tradycji państwowej, a własna historia ustroju i prawa była dla nich wielokrotnie nauczycielką życia pozwalając na wyciąganie wniosków. Potrzebę wzmocnienia więzi

---

<sup>11</sup> K. Pol, *Poczet...*, Opracowanie zawiera 80 biogramów wybitnych prawników, a historycy prawa polskiego zajmują tu poczesne miejsce: T. Czacki, J.W. Bandkie-Stężyński, I. Daniłowicz, W.A. Maciejowski, W. Dutkiewicz, R. Hube, A.Z. Helcel, F. Smolka, F. Zoll (starszy), A. Kraushar, M. Bobrzyński, A. Parczewski, L. Dargun, O. Balzer, B. Ulanowski, H. Konic, S. Estreicher, J.J. Litauer, S. Kutrzeba, R. Taubenschlag, J. Rafach.

<sup>12</sup> K. Pol, *Poczet...*, XIV, s. 1227 i n.



społecznych tworzy krytyczne myślenie w oparciu o znajomość ojczy-  
stej historii państwa i prawa. Historia Polski stworzyła do dziś aktualne  
dla społeczeństwa uniwersalne zasady, zatem w pierwszej kolejności z  
niej powinniśmy czerpać doświadczenia.

Zmiany w zakresie nauczania historii ustroju i prawa polskiego  
na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu  
Wrocławskiego zbiegły się w czasie z reformą nauczania historii w szko-  
łach. Według nowej podstawy programowej<sup>13</sup> szkolne nauczanie historii  
trwa tylko cztery lata (trzy klasy gimnazjum i pierwsza klasa liceum).  
W drugiej i trzeciej klasie liceum historię zastępują bloki tematyczne,  
które nie zawsze dają możliwość przekazania pełnej wiedzy historycz-  
nej. W ramach przedmiotu uzupełniającego „historia i społeczeństwo”  
(przedmiot jest od roku szkolnego 2013/2014) realizowany jest wątek  
„Ojczysty panteon i ojczyste spory”<sup>14</sup>. Reforma sposobu nauczania hi-  
storii w szkołach ponadgimnazjalnych wywołała liczne protesty (gło-  
dówki protestacyjne, miasteczko namiotowe przed Ministerstwem  
Edukacji Narodowej, krytykę części środowiska naukowego). Protesty  
do Ministra Edukacji przeciwko rozporządzeniu nowelizującemu pod-  
stawy programowe nauczania podpisały: Rady Instytutów Historii  
Uniwersytetu Jagiellońskiego i Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego,  
Rada Wydziału Historycznego Uniwersytetu Wrocławskiego, Rada  
Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, kilkudziesięciu history-  
ków Instytutu Historii Uniwersytetu Warszawskiego i Instytutu Historii  
Polskiej Akademii Nauk<sup>15</sup>. Protest ten dotyczył przede wszystkim ogra-  
niczeniu nauczania historii w gimnazjum i liceum. Uczestnicy protestu  
podnosili, że ograniczenie nauczania dziejów ojczystych może podważać  
wspólny (polski) jednoznaczny stosunek do niepodległości, suwerenno-  
ści państwa i narodu, demokracji oraz praw i wolności obywatelskich.  
W zasadzie nie kwestionuje się, że historia Polski jest rdzeniem edukacji  
patriotycznej, kształtuje umiejętność formułowania samodzielnych są-  
dów i buduje postawę obywatelskiej odpowiedzialności. Realizowany  
w klasach starszych, w ramach przedmiotu uzupełniającego „historia

---

<sup>13</sup> Nowa podstawa programowa nauczania weszła w życie 1 października 2012 r.  
(nowelizacja rozporządzenia Ministra Edukacji).

<sup>14</sup> Zob. [www.deon.pl/wiadomosci/polska/art.14663,men-reforma-nauczania-historii-w-szkolach.htm](http://www.deon.pl/wiadomosci/polska/art.14663,men-reforma-nauczania-historii-w-szkolach.htm)

<sup>15</sup> Zob. <http://wpolityce.pl/dzienniki/dziennik-kazimierza-m-ujazdowskiego/26576-ustawa-dotyczaca-nauczania-historii-gotowa-historia-musi-byc-obowiazkowa-przez-caly-rok>



i społeczeństwo” wątek tematyczny „ojczysty panteon i ojczyste spory”, moim zdaniem – powinien być realizowany przede wszystkim na studiach licencjackich lub magisterskich. Dojrzałość do dyskusji, debaty na tak sformułowane zagadnienie wymaga dużej wiedzy historycznej i umiejętności, które nie zawsze cechują przedmaturalną młodzież. Podnieść należy, że w ministerialnym założeniu akcentuje się zarówno panteon ojczysty jak i spory dotyczą spraw narodowych. Dobrą stroną jest zatem, że nie uciekamy w historię ogólną (powszechną) lecz akcentujemy wątek ojczysty. Szkoda więc, że ta szlachetna idea nie jest kontynuowana na studiach i nie ma miejsca w aktualnym programie studiów prawniczych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego.

Kompetencja Rady Wydziału do decydowania o przedmiotach i ich podstawie programowej jest oczywista. Uczelnie oferują kandydatom na studia prawnicze przede wszystkim takie przedmioty, które dają rzetelne przygotowanie do wykonywania zawodu prawnika<sup>16</sup>. Absolwent dostaje magisterski dyplom, a także suplement, gdzie jest wykaz przedmiotów jakich się uczył i oceny za nie. Z perspektywy europejskiej, obecne ramy kwalifikacji preferują uczenie się przez całe życie i zakładają, że zdobyte w trakcie studiów wykształcenie odzwierciedlać będzie wiedzę, umiejętności i kompetencje. Dyplom absolwenta prawa wydany przez polską uczelnię powinien być porównywalny z dyplomami uzyskanymi w innych krajach Unii Europejskiej. Nie oznacza to jednak, że należy bagatelizować wagę własnej historii ustroju i prawa. Zwrócił na to uwagę były Prezes Trybunału Konstytucyjnego, Jerzy Stępień, który uważa że „Polska historia potrzebuje reklamy i dostrzega zbyt uproszczony obraz Polski i Europy Środkowo-Wschodniej w anglosaskich podręcznikach akademickich”<sup>17</sup>. Zatem przede wszystkim prawnicy muszą mówić właściwym językiem ukazując obiektywnie dorobek rodzimej historii, ta aby nie zdarzały się lapsusy, takie jak np. „polskie obozy śmierci”. Można stwierdzić, że znajomość historii polskiego państwa i prawa buduje postawę odpowiedzialności za formułowane sądy i uczy

---

<sup>16</sup> W roku akademickim 2012/2013 w Polsce 35 uczelni kształciło na kierunku prawo (studia jednolite pięcioletnie i uzupełniające), za: U. Mirowska-Łoskot, *Fizjoterapeuta będzie prawnikiem*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 9 lipca 2013 r., s. A1.

<sup>17</sup> R. Woś. *Edukacja, jak się promować za granicą*, rozmowa z J. Stępnem, „Dziennik Gazeta Prawna” z 31 maja–2 czerwca 2013, s. A 24. Czytamy tam np. że w amerykańskim podręczniku do obowiązkowego przedmiotu „Cywilizacja zachodu” praktycznie nie ma wzmianek o Polsce.

jakie doświadczenia współczesne są zakorzenione w doświadczeniach poprzednich pokoleń.

W studiowaniu ojczystych dziejów państwa i prawa ważna jest historyczna ciągłość. Wpisanie tej ciągłości w ogólną historię ustrojów państw i różnych porządków prawnych może utrudnić jasny obraz własnej historii państwa i prawa. Nowa nazwa dyscypliny z której usunięto zarówno określenie „powszechna” jaki i nazwę „Polska” rodzi obawę daleko idącego uogólnienia przedmiotu. W ramach przedmiotu „powszechna historia państwa i prawa” omawia się przede wszystkim prawo i ustrój pięciu organizmów politycznych (Niemiec, Francji, Anglii, Rosji i Stanów Zjednoczonych Ameryki). Wykładana osobno „historia państwa i prawa Polski” była zatem przedmiotem uprzywilejowanym. Moim zdaniem ojczyście dzieje państwa i prawa wymagają szczególnego potraktowania, gdyż Polacy i państwo polskie, o głębokich historycznych doświadczeniach, niejednokrotnie musieli zmagać się z prawdą, dla której wiedza o rodzimych faktach i wydarzeniach jest szczególnie istotna.

Warto pamiętać, że funkcjonująca przez kilka wieków w dawnej Polsce demokrację, aczkolwiek tylko szlachecką, nie znana była w tym czasie w większości w systemów politycznych państw. Stworzyła ona szlacheckie społeczeństwo obywatelskie mające oparcie we wspólnocie terytorialnej jaką były sejmiki. Demokracja służyła wówczas wolnym obywatelom tj. szlachcie (nie władzy). Polacy w Rzeczypospolitej szlacheckiej nie musieli demokracji uczyć się od innych. Te zasady szlachta powinna tylko rozszerzać, co niestety opornie następowało w stanowym społeczeństwie, przynosząc tylko skromny efekt wobec mieszczan dopiero w reformach Sejmu Czteroletniego.

Pamięć dla wielkich, pisanych źródeł prawa, które znalazły się na liście dokumentów światowego dziedzictwa kultury UNESCO zobowiązuje. Polskie źródła umieszczono wśród nielicznych ważnych dla świata dokumentów dla pamięci przyszłych pokoleń. O źródłach z historii polskiego państwa i prawa (Akt Konfederacji Warszawskiej z 1573 r., Ustawa Rządowa, prawo uchwalone 3 maja 1791 r. oraz 21 postulatów sierpniowych z 1980 r.), powinniśmy rozważać z należą estymą. Warto permanentnie przypominać, że Polacy mieli zagwarantowaną prawnie, już od 1573 r. tolerancję religijną, gdy w ówczesnej Europie kierowano się zasadą „czyja władza tego religia” oraz o tym, że przepisy ustawy zasadniczej z 1791 r., najwcześniej w Europie pisanymi

przepisami prawa zagwarantowały trójpodział władzy i suwerenność narodu, a strajkowe postulaty robotnicze dały podmiotowość społeczeństwu wobec rządzących. Skoro dla dziedzictwa światowego dokumenty te mają tak istotną wagę, retorycznym pytaniem jest, czy dogłębnie je poznamy studiując ogólną historię państwa i prawa. Źródła te i wiele innych im podobnych są osadzone w polskim kontekście i poznać je należy poprzez doświadczenia ówczesnych pokoleń. Uogólnianie, globalne postrzeganie, czy analiza oderwanych faktów, nie daje pełnego obrazu istotnych polskich instytucji, przedstawianych nawet na tle powszechnym, gdyż zagubieniu ulec może narodowa ciągłość.

Przedmiot, który odszedł do lamusa historii to utrata możliwości kształtowania niezwykle cennej patriotycznej postawy Polaka, dającej przede wszystkim kapitał na przyszłość. Są sprawy, którymi trzeba się chwalić, są sztandarowe i powinniśmy dbać o ich pamięć, gdyż taka jest właśnie nasza historia, która daje nam atut we współczesnym świecie. Skutecznemu kwestionowaniu chlubnych zdobyczy poprzednich pokoleń najbardziej może się przeciwstawić znajomość polskiej historii państwa i prawa. Warto przypominać, że polskie państwo jako pierwsze sprzeciwiło się hitlerowskiej Trzeciej Rzeszy, Polska z nikim nie kolabowała, nie braliśmy udziału w Holokauście, sprzeciwił się obu totalitaryzmom i skutecznie najwcześniej zmagaliśmy się z komunizmem. Wolność i godność człowieka, jak uczy nasza historia, była odwieczną polską wartością.

Forsowanie ogólnej historii państwa i prawa jako kierunkowego przedmiotu, bez dumy z istotnych, podstawowych narodowych treści, godzi w polską wspólną tradycję i może zasiać zwątpienie, zwłaszcza wówczas gdy działania w sferze europejskiej, wymierzone przeciw polskości, będą przybierały na sile. Zlikwidowanie przedmiotu historycznego, w nazwie którego desygnatem była polskość, może oznaczać rezygnację z akcentowania tradycyjnej polskiej wartości, jaką była wolność. Polskości nie możemy się wstydić, gdyż w ten sposób zaprzeczymy wysokiej wartości, jaką jest wolność. Polacy w ramach europejskiej wspólnoty nie mogą wyrzekać się swojej narodowości, gdyż w miejsce polskiego państwa i prawa może zostać stworzona próżnia. Realne zagrożenie wyraża się w obecnie zlikwidowanym przedmiocie. Pouczenia barskich konfederatów, wyryte na ich pierścieniach *pro lege et Patria* (za prawo i ojczyznę) wskazuje, że historia niedużo nas nauczyła i niekiedy trudno z niej wyciągać wnioski. Wiedza i zrozumienie

zasad ujętych w historii polskiego państwa i prawa należy do elementarnej przygotowana humanisty-prawnika. Oryginalną prezentacją tych zasad jest świeży podręcznik do tego przedmiotu<sup>18</sup>.

Znajomość historii naszego państwa podtrzymuje wytrwałość ludzi w obronie podstawowych wartości. Wiedza ta pozwala też poznać przyszłościowe tendencje. Wyeliminowanie przedmiotu wskazuje na preferencje ogólnej historii państwa i prawa, przedmiotu w który wpisano polskie dzieje ustroju i prawa sądowego.

Wspomniano, że trwałe osiągnięcia kultury politycznej i prawnej dawnej Polski oraz ewolucja zjawisk składających się na nasze dzieje, pozwalają zrozumieć współczesne instytucje prawne, które w większości wywodzą się z przeszłości jak parlamentaryzm, samorząd, własność i inne prawa rzeczowe, małżeństwo, umowy itd. Opowiadając się za odrębnym przedmiotem historycznym w którego nazwie jest „polskość” ustroju i prawa, wyraziście podkreślamy własną przeszłość. W interesie każdej społeczności i każdego organizmu politycznego jakim jest państwo jest szanowanie tradycji. Unia Europejska zapewnia wolność w kulturze i tradycji łacińskiej, czyli poszanowanie wartości, jakich po integracji ze Wschodem w czasach PRL-u, w praktyce nie było. Są to duchowe walory, które kształtowały europejskość przez setki lat. Zawsze na tożsamość europejską składało się między innymi prawo, filozofia i przede wszystkim historia każdego narodu. Ta „europejskość” znalazła określenie art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej i oznacza, że: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości oraz równości kobiet i mężczyzn”<sup>19</sup>. Wymieniając uniwersalne aksjomaty, pominięto wiele szczytnych, szczególnie dla Polaków, tradycyjnych wartości. Dla nas taką zlekceważoną wartością jest właśnie tożsamość narodowa, którą można uważać za trwałą wartość cywilizacji europejskiej. Z Traktatu szacunek do tradycyjnej polskiej tożsamości

---

<sup>18</sup> Dla poszczególnych okresów w dziejach Polski zasady ustrojowe wyodrębnia W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego, tom 1 (966-1975)*, Warszawa 1913. Np. dla okresu Rzeczypospolitej Obojga Narodów, z aktów prawnych o randze fundamentalnej wyprowadzono aż 22 zasady ustrojowe, zob. s. 190–191.

<sup>19</sup> Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C 236/11), art. 2.

narodowej wywieść można tylko pośrednio, a mianowicie z unormowania o „poszanowaniu praw człowieka w tym praw osób należących do mniejszości”. Wylimitowanie w traktacie lizbońskim z 2007 r.<sup>20</sup> przepisu o poszanowaniu tożsamości narodowej państw członkowskich z katalogu wartości, którymi kieruje się Unia, może zmierzać do stopniowej negacji państwowości jako fundamentu życia politycznego. Taka tendencja może się umacniać wraz z brakiem wiedzy z zakresu polskiej historii państwa i prawa. Z czasem może to doprowadzić do wkroczenia na prostą drogę do negocjowania polskiej państwowości w ogóle.

Wiedza z zakresu polskiej historii państwa i prawa nie może być uznana za drugorzędną czy nawet zbędną. Polemizować można z dziekańską opinią że: „programy studiów powinny ograniczać kształcenie obowiązkowe do prawoznawstwa ogólnego i najbardziej podstawowych specjalności prawniczych, a w pozostałym zakresie dawać studentom szerokie możliwości wyboru przedmiotów”<sup>21</sup>. Przedmiot historia państwa i prawa Polski należał i na innych uczelniach nadal należy do obowiązkowego prawoznawstwa ogólnego. Niestety zmieniony na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego program studiów prawniczych nie daje studentom prawa wyboru ani w zakresie przedmiotów prawoznawstwa ogólnego ani z zakresu podstawowych gałęzi prawa. W uniwersyteckim kształceniu prawników nauki historycznoprawne uznaje się za coraz mniej przydatne

Z punktu widzenia polskiego interesu państwowego istotne jest, aby uwypuklać te wątki historii państwa i ustroju Polski, które budują dobry wizerunek naszego narodu i naszego państwa. Usunięty z programu studiów przedmiot służył kreacji własnej prawdziwej polityki historycznej i nie sprzyjał, niekiedy kłamliwym, wizjom niejednokrotnie tragicznej dla Polaków historii. Próby zmierzenia się z przeszłością, także z punktu widzenia prawa, to trudna i złożona materia, która bywa wielokrotnie poddawana krytyce. Pomimo faktu, że coraz mniej jest problemów wynikających z interpretacji kluczowych wydarzeń historycznych, nadal istnieje niekiedy skłonność do jednostronnego przedstawiania przeszłości. Właśnie wiedza z zakresu polskiej historii państwa

---

<sup>20</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13 grudnia 2007 r. (Dz. Urz. UE C 306/01 z 2007 r.).

<sup>21</sup> P. Machnikowski, *Szkoły bezrobotnych prawników*, „Na Wokandzie” 2013, nr 4, s. 49.

i prawa oparta o fakty, jest podstawą do wyrażenia sprzeciwu wobec odradzającej się niekiedy antypolskich wypowiedzi. Klasycznym przykładem mogą tu być elementy polityki historycznej państw ościennych zmierzające od rozmywania odpowiedzialności za zbrodnie nazizmu i komunizmu. Oczywistych faktów z przeszłości nie można bagatelizować, tworzą one wspólną dla narodu, także polską tożsamość, o której powinno się pamiętać i dbać jak o dobro własne.

Skoro świadomość naszego społeczeństwa wyrasta z historii, zatem obowiązkiem dydaktycznym powinno być koncentrowanie się na rzetelnej wiedzy o państwie i prawie polskim. Ojczysta przeszłość nie wymaga drobiazgowego opanowania pamięciowego. Jednak znajomość faktów, a zwłaszcza ich selekcja, wyrabia samodzielność myślenia i umiejętność oceny dawnych zjawisk z uwagi na ich znaczenie, co pozwala następnie na formułowanie uogólnień i wyciągnięcie wniosków.

Historia państwa i prawa Polski była i będzie zawsze częścią powszechnej historii państwa i prawa. Jednak dopóki istnieje państwo polskie i naród polski dla ojczystej historii ustroju i prawa należy się szczególne miejsce wśród przedmiotów historycznych. Jako osobna dyscyplina dydaktyczna przedmiot ten wyodrębnił i ukształtował się już w początkach XIX w. W dobie zaborów przedstawiciele polskiej szkoły historycznej (Jan Wincenty Bandtkie, Wacław Aleksander Maciejowski, Romuald Hube, Antoni Zygmunt Helcel – założyciel Katedry Historii Prawa Polskiego na Uniwersytecie Jagiellońskim – i jego uczniowie: Michał Bobrzyński, Franciszek Piekosiński, Bolesław Ulanowski) „uważali za konieczne pokazywanie instytucji prawnych w rozwoju, a nie tylko w ich aktualnym kształcie, widząc w prawniku nie tylko znawcę prawa ale szermierza podstawowych wartości społecznych”<sup>22</sup>. Pierwsze syntetyczne podręcznikowe opracowanie *Historii ustroju Polski* wydał na początku XX w. Stanisław Kutrzeba<sup>23</sup>. Jeden z najznakomitszych profesorów tego okresu, Przemysław Dąbkowski, wydał pomnikowe opracowanie systemu staropolskiego prawa sądowego<sup>24</sup>. W Drugiej Rzeczypospolitej na państwowych uniwersytetach były katedry historii państwa i prawa polskiego (historii ustroju i historii prawa sądowego), które kontynuowały badania naukowe i prowadziły dydaktykę w tym

<sup>22</sup> W. Uruszczak, *Historia...*, s. 22.

<sup>23</sup> S. Kutrzeba, *Historia ustroju Polski, t. I: Korona*, Kraków 1906, opracowanie miało osiem wydań, ostatnie w 1948 r.

<sup>24</sup> P. Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie*, t. I i II, Lwów 1910/1911.



zakresie oraz katedry historii prawa na zachodzie Europy<sup>25</sup>. Dyscyplina dydaktyczna, której podstawą jest wiedza z historii ustroju i prawa sądowego Polski ma bogatą literaturę naukową, liczne zbiory drukowanych tekstów źródłowych i kilkadziesiąt podręczników<sup>26</sup>.

Obszerna synteza *Historii państwa i prawa Polski* wydana przez Instytut Historii Polskiej Akademii Nauk pod ogólną redakcją Juliusza Bardacha, oparta wprawdzie na metodologii marksistowskiej, wskazywała jak istotnym elementem prawniczego wykształcenia była wiedza historyczna<sup>27</sup>. Podręcznikowe ujęcie polskiej historii państwa i prawa uznano wówczas za „podbudowę dla zrozumienia obowiązującego prawa”<sup>28</sup>. Zadaniem przedmiotu było wówczas „uwydatnić specyficzne cechy ustroju i prawa Polski, które dają obraz zalet i wad, osiągnięć i słabości, które zaważyły na dalszych losach narodu i państwa. Poznanie przeszłości własnego państwa i prawa umożliwia też kształtowanie nowoczesnej patriotycznej świadomości”<sup>29</sup>. Nawet w Polsce Ludowej programowe treści przedmiotu, akcentowały czynnik patriotyczny jako ważny element zespalandia społeczeństwa. Patriotyzm rozumiało jako umiłowanie ojczyzny i poczucie odpowiedzialności za losy wspólnoty

---

<sup>25</sup> Rozporządzenie nr 8416-IV/20, wykonawcze Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego z 16 października 1920 r. w sprawie organizacji studiów prawnych w uniwersytetach państwowych (Dziennik Urzędowy Ministerstwa Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego RP z 1920 r. Nr 22, poz. 140), szerzej: G.M. Kowalski, *O miejsce historii prawa w programie studiów uniwersyteckich. Polemika między Oswaldem Balzerem a Juliuszem Makarewiczem (1919-1923)*, CPH, 2004, nr 2, s. 360.

<sup>26</sup> Zob. np. T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, Warszawa 2003, s. 21 i n.; ostatnie zestawienie w: L. Krzyżanowski, *Historia ustroju i prawa w Polsce, repetytorium*, Bielsko-Biała, 2013, s. 279 i n.

<sup>27</sup> J. Bardach (red.), *Historia państwa i prawa Polski*, t. I – do połowy XV w., opracowany przez J. Bardacha, wyd. 3, poprawione i uzupełnione, Warszawa 1965; t. II – od połowy XV w. do 1795 r. w opracowaniu Z. Kaczmarczyka i B. Leśnodorskiego, wyd. 2 Warszawa 1966; t. III – od rozbiorów do uwłaszczenia pod red. J. Bardacha i M. Senkowskiej-Gluck, Warszawa 1981; t. IV – od uwłaszczenia do odrodzenia państwa, opracowany przez K. Grzybowskiego, uzupełniony i przygotowany do druku przez J. Bardacha, S. Grodziskiego, M. Senkowską-Gluck, Warszawa 1982; t. V – 1918–1939, część 1 pod red. F. Ryszki w opracowaniu zbiorowym, Warszawa 1962; cz. 2, Warszawa 1968.

<sup>28</sup> W. Sobociński, *Pierwsza synteza historii państwa i prawa Polski*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 10, s. 526 i n.

<sup>29</sup> J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia państwa i prawa polskiego*, Warszawa 1979. s. 8.



narodowej. Przedmiot nie był bezkrytycznym odzwierciedleniem kultu własnej przeszłości, nie kształtował cech nacjonalistycznych ani nie deprecjonował macierzystej przeszłości przez nieuznawanie własnych osiągnięć i sukcesów. Należy mieć nadzieję, że i obecnie, w ramach ogólnej historii państwa i prawa, nie ulegnie zatarciu atencja dla własnej ojczyzny.

W ramach programowych przedmiotu „historii państwa i prawa polskiego” najlepiej odzwierciedlała się ewolucja polskiego ustroju, zmieniające się źródła prawa i organizacja ustroju sądów oraz instytucje prawa sądowego. Omawianie przedmiotowych aspektów pozwala na ich scharakteryzowanie, porównanie i odróżnienie od innych instytucji w ościennych państwach i społeczeństwach. Eliminacja przedmiotu przyczynia się do bagatelizowania istotnych dla Polaków wartości oraz zacierania ewentualnych treściowych odrębności między nimi. Różnorodność też jest wartością, którą należy szanować. Przykładem mogą być tu działania, które nie powiodły się – zmierzające do stworzenia narodu radzieckiego. Warto wspomnieć słynne zdanie z Manifestu Komunistycznego, które było ongiś tezą programową, a mianowicie: „Robotnicy nie mają ojczyzny”<sup>30</sup>. Wyrzekanie się ojczyzny to odrzucanie przez naród szczególnie cennych, tradycyjnych własnych wartości. Jednym z zadań zlikwidowanego przedmiotu było właśnie reaktywowanie tych wartości, aby nie ulegały zapomnieniu bądź zatarciu, gdyż one pozwalają odróżnić Polaków od innych narodów. Znajomość przede wszystkim polskiej historii państwa i prawa tworzy więź, a jej niszczenie, czy osłabianie sprzyja jej zacieraniu. Nie jest banałem powiedzenie, iż historia Rzeczypospolitej spaja naród polski, który – podobnie jak angielski – ma wielowiekowe przywiązanie do demokracji. Jej wyrazem była elekcyjność polskiego tronu, jest nim nadal powszechny wybór najważniejszego urzędu w państwie (prezydenta) czy deliberacyjna demokracja parlamentarna. Polaków nie trzeba uczyć zrozumienia demokracji, patriotyzmu czy gotowości do poświęceń bo są to elementy naszej tradycji o których nie tylko należy pamiętać ale i z dumą o nich mówić. Poczucie wartości własnych walorów, które wypływają z historii państwa i prawa polskiego jest podstawą dobrze funkcjonującego państwa, suwerenności, obrony własnych interesów, ale i fundamentem naszego dobrego samopoczucia. Żadne wartości nie są wrodzone ani dane raz na zawsze,

---

<sup>30</sup> Za: J. Kuczyński, *Historia filozofii i świadomość narodowa*, w: W. Wesołowski (red.), *Historia i świadomość narodowa i świadomość narodowa*, Warszawa 1970, s. 61.

historia dowodzi, że się przeobrażają czy zanikają. Wartości te kształtują się przede wszystkim wraz z doświadczeniem osoby, zdobytą wiedzą i umiejętnościami. Polska świadomość narodowa, ponad wszelką wątpliwość, najdobitniej odzwierciedlała się w ramach dydaktyki z historii ustroju państwa i prawa polskiego. Macierzyste wartości składające się na polską historię ustroju i prawa nie były i nie są przeciwstawiane tożsamości globalnej (europejskiej). W ustanowionym przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Narodowym Programem Rozwoju Humanistyki, uznaje się że: „kultura narodowa wymaga szczególnej opieki państwa”<sup>31</sup>. Polska historia państwa i prawa domaga się zatem takiej kurateli, aby przedmiot był uznany za „nauczycielkę życia”. Wówczas prezydencka sentencja „patriotyzm nas inspiruje”<sup>32</sup>, czyli nowoczesny patriotyzm, nie będzie oderwana od rzeczywistości. Dyscyplina o której mowa uwydatnia polskie niezbywalne wartości i wyraziście kształtuje charakter przyszłego prawnika. Chodzi tu o coś więcej niż o wiedzę i umiejętności. W ramach tego przedmiotu niekoniecznie za wiedzę i umiejętności należy wystawiać notę. Ważniejszym walorem jest ukształtowanie właściwej postawy obywatelskiej, a mianowicie wychowanie obywatelskie w duchu patriotycznym, poczucia sprawiedliwości, honoru, prawdy, wolności, odwagi, nieugiętości, szlachetności itd. Ocenę z realizacji tych aksjomatów każdemu z nas wystawia życie.

Aktualnie w programie uniwersyteckich studiów prawniczych we Wrocławiu nie ma przydatnego, odrębnego przedmiotu „historia państwa i prawa Polski”, a połączenie go z „powszechną historią państwa i prawa” osłabiło jego znaczenie. „Śmierć” samodzielności przedmiotu, poprzez wpisanie go do ogólnej „historię państwa i prawa” jest wymowna. Dowodzi braku preferencji dla ojczystych dziejów ustroju i prawa i może prowadzić do kryzysu tożsamości narodowej. Przedmiot tworzył przede wszystkim niezbędną pamięć o Polsce, dla osób które powinny być „państwowcami”, także wykonując zawód zaufania publicznego i powinni, służąc przyszłości Polski. Należy mieć nadzieję, że samodzielny przedmiot o nazwie „historia państwa i prawa polskiego”, wchodzący w skład tzw. prawoznawstwa, czyli nauki o państwie i prawie, powróci jeszcze jako istotna dla prawniczego wykształcenia dyscyplina

---

<sup>31</sup> Zob. <http://www.nauka.gov.pl/narodowy.program.rozwoju.humanistyki>

<sup>32</sup> Akcja pod honorowym patronatem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Bronisława Komorowskiego, <http://www.naszemiasto.pl/patriotycznie/zakreceni>

dydaktyczna.

### **Streszczenie**

Połączenie „historii państwa i prawa Polski” z „powszechną historią państwa i prawa” w jedną dyscyplinę „historia państwa i prawa” zrodziło obawę rozmycia polskich instytucji ustrojowych i prawnych w historii ogólnej. Brak samodzielnego przedmiotu, w którego nazwie odzwierciedlała się polskość, może przyczynić się do osłabienia – kształtowanego dotychczas przez przedmiot – poczucia historycznej wspólnoty polskiego społeczeństwa. Dla prawnika humanisty znajomość przede wszystkim dziejów własnego ustroju, ewolucji instytucji politycznych wraz z prawem sądowym, to istotny element wykształcenia. Modyfikacja procesu edukacji przyszłych prawników na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego może doprowadzić do marginalizacji zagadnień, które akcentowały macierzystą kulturę prawnopañstwową. Z ojczystej historii ustroju i prawa czerpiemy w pierwszej kolejności doświadczenie. Zlikwidowano przedmiot, o bogatej historioGRAFII, który akcentował historyczną ciągłość polskiego państwa i prawa.

Słowa kluczowe: ewolucja ustroju i prawa, dziedzictwo narodowe, kultura prawa, dzieje państwa i prawa Polski.

### **Abstract**

Combining „the history of state and polish law” with „the general history of state and law” into one discipline „the history of state and law” has raised concerns that Polish political and legal systems might become diluted in general history. The absence of a standalone subject, whose name would reflect Polish identity, may lead to a decreased sense of historical belonging to Polish society which this subject has been responsible for creating. Knowledge of the continuity of the national system and of the evolution of political institutions and case law constitute is a significant part of the education for future lawyers-humanists. However, by modifying students’ education at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, we may marginalize issues that have underpinned Polish legal and state culture.

People gain experience, in the first place, from their national history of the system and law. However, we have eliminated a subject with a rich historiography emphasizing historical continuity of the Polish nation and law.

Keywords: the evolution of a nation and law, national heritage, legal culture, the history of a nation and Polish law.

Мария Александровна Капустина<sup>1</sup>

## Посмертное донорство: проблемы правового регулирования

Нормативно-правовое регулирование отношений в сфере трансплантологии органов и тканей человек, в том числе лечения людей путем пересадки (трансплантации) здоровых анатомических сегментов, изъятых из организма донора посмертно, основано в Российской Федерации на статье 41 Конституции РФ, а также Законе РФ от 22.12.1992 N 4180-1 (с изменениями на 29.11.2007 г.) «О трансплантации органов и (или) тканей человека» (Далее – Закон «О трансплантации»). Концепция правового регулирования медицинской деятельности, связанной с трансплантацией (от латинского *transplantare* – пересаживать), т.е. хирургической заменой (изъятием и пересадкой путем хирургической операции органов, тканей человека) погибшей или дефектной части организма человека (реципиента) трансплантатами – здоровыми органами или тканями, изъятими из тела (организма) донора, должна соответствовать положениям статьи 41 Конституции РФ, которая содержит три важных взаимосвязанных положения, а именно:

- 1) Конституция Российской Федерации закрепляет право человека на охрану здоровья и медицинскую помощь, в том числе бесплатную в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения;
- 2) Конституция прямо указывает на финансирование в Российской Федерации федеральных программ охраны и укрепления здоровья населения, необходимость принятия мер по развитию систем здравоохранения разных форм

---

<sup>1</sup> К.ю.н., доц., Санкт-Петербургский государственный университет (doc. dr, Sankt-Petersburski Uniwersytet Państwowy).

собственности (государственной, муниципальной, частной), поощрение деятельности, способствующей укреплению здоровья человека;

- 3) Конституция Российской Федерации устанавливает, что «сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей, влечет за собой ответственность в соответствии с федеральным законом».

В соответствии с данными положениями статьи 41 Конституции РФ отрасль законодательства о здравоохранении должна представлять собой систему нормативных актов, обеспечивающих, во-первых, правовое регулирование общественных отношений в связи с реализацией человеком своего права на охрану здоровья и медицинскую помощь; во-вторых, принятие и надлежащую реализацию федеральных программ и мер по развитию системы здравоохранения, новых областей медицинской науки и практики, охране и укреплению здоровья населения, поощрение деятельности, направленной на разработку методов снижения заболеваемости и смертности людей, увеличение продолжительности жизни, периода трудовой активности человека; в-третьих, действенный механизм привлечения к ответственности должностных лиц за сокрытие фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей. Фактически, в части 3 статьи 41 Конституции Российской Федерации сформулирована специальная юридическая гарантия, направленная на обеспечение ценности жизни и здоровья людей.

Следует признать, что в настоящее время в России существует большое количество федеральных законов, постановлений Правительства РФ и иных нормативных актов, которые в своей совокупности образуют комплексную отрасль российского законодательства о здравоохранении. Одни из них – так называемые специальные акты, регулирующие непосредственно вопросы охраны здоровья и медицинской помощи в России, например, Федеральный закон от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», Федеральный закон от 12.04.2010 г. № 61-ФЗ (в редакции от 06.12.2011 г.) «Об обращении лекарственных средств», другие – содержат отдельные положения, обеспечивающие правовое регулирование в сфере здравоохранения, например, устанавливают вид и меру юридической ответственности

за правонарушения в сфере здравоохранения (отдельные статьи Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, ряд статей Уголовного кодекса Российской Федерации).

Применительно к законодательному регулированию трансплантации органов и (или) тканей человека специальным законом следует признать Закон «О трансплантации», согласно преамбулы которого «трансплантация (пересадка) органов и (или) тканей человека является средством спасения жизни и восстановления здоровья граждан и должна осуществляться на основе соблюдения законодательства Российской Федерации и прав человека в соответствии с гуманными принципами, провозглашенными международным сообществом, при этом интересы человека должны превалировать над интересами общества или науки». Забор, заготовка, трансплантация органов и тканей человека осуществляется в России исключительно в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения (статья 4 Закона «О трансплантации»), т.е. в России существует государственная монополия на трансплантацию органов и тканей человека.

В статье 1 Закона «О трансплантации» установлены условия и порядок трансплантации органов и (или) тканей человека, а именно возможность пересадки анатомических сегментов как от живого донора, так и от трупа. При этом согласие живого донора является обязательным условием трансплантации органов и (или) тканей. Что же касается хирургических операций по трансплантации органов и (или) тканей от трупа, то изъятие органов и (или) тканей посмертно (*ex mortuo*), согласно статье 8 Закона «О трансплантации», не допускается, если «учреждение здравоохранения на момент изъятия поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о своем несогласии на изъятие его органов и (или) тканей после смерти для трансплантации реципиенту».

Российский законодатель назвал правило статьи 8 Закона «О трансплантации» – специального закона в сфере трансплантологии органов и (или) тканей человека – «презумпцией согласия на изъятие органов и (или) тканей». В случае наличия бесспорных доказательств факта смерти, зафиксированного консилиумом врачей-специалистов на основе констатации ими



смерти мозга, изъятие органов и (или) тканей у трупа производится с разрешения главного врача учреждения здравоохранения (статья 9 Закона «О трансплантации»). Таким образом, для изъятия органов и (или) тканей у трупа для трансплантации необходимо, согласно действующему Закону «О трансплантации», чтобы на момент изъятия анатомических сегментов у трупа в учреждении здравоохранения (точнее у главного врача учреждения) отсутствовала информация о прижизненном несогласии лица либо его близких родственников или законного представителя после его смерти на посмертное изъятие органов, тканей для трансплантации реципиенту. Важно, что, с точки зрения современной технологии получения биообъектов для трансплантации, изъятие частей тела человека *ex mortuo* для их последующей консервации производится сразу же после констатации смерти человека, так как сами органы и (или) ткани на момент изъятия должны еще действовать, должны быть еще живыми. Конституционный суд Российской Федерации признал статью 8 Закона «О трансплантации», закрепляющую презумпцию согласия на посмертное донорство, соответствующей Конституции Российской Федерации в том числе, ссылаясь на современный уровень развития медицинских технологий в области трансплантологии, которые не позволяют обеспечить выяснение воли умершего, его близких родственников или законного представителя после кончины человека в сроки, обеспечивающие сохранность трансплантата<sup>2</sup>.

Однако вопрос о согласии или несогласии лица на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти урегулирован в российской правовой системе не только специальным в сфере здравоохранения Законом «О трансплантации», но и статьей 5 «Волеизъявление лица о достойном отношении к его телу после смерти» Федерального закона РФ от 08.12.1995 г. N 8-ФЗ (с изменениями от 04.06.2014 г.) «О погребении и похоронном деле» (Далее – Закон «О погребении»). Согласно статье 5 Закона «О погребении», человек может в устной форме в присутствии свидетелей или в письменной форме выразить свое согласие или несогласие на изъятие органов

---

<sup>2</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2003 г. № 459-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Саратовского областного суда о проверке конституционности ст.8 Закона Российской Федерации „О трансплантации органов и (или) тканей человека”».

и (или) тканей из его тела после смерти. Положения статьи 5 Закон «О погребении» следует рассматривать общим правилом, закрепляющим принцип достойного отношения к телу умершего и являющимся в этом смысле юридической гарантией права человека на достойное отношение к его телу после смерти в соответствии с прижизненным волеизъявлением. Закон «О погребении», согласно статье 1, «регулирует отношения, связанные с погребением умерших», а не отношения по охране здоровья граждан. Поэтому положения данного закона нельзя включать в отрасль российского законодательства о здравоохранении, в частности, руководствоваться Законом «О погребении» в целях правового урегулирования отношений по трансплантологии.

Таким образом, одна из актуальных проблем правового регулирования отношений в сфере трансплантологии – новой сфере медицинской науки и практики – заключается в том, что более поздний по сравнению со специальным Законом «О трансплантологии» (1992 года) российский Закон «О погребении» (1995 года) установил общий принцип достойного отношения к телу умершего, включающий в себя, в том числе, требование о полном соответствии действий по изъятию органов и (или) тканей из тела после смерти волеизъявлению умершего о его согласии или несогласии на такое изъятие в принципе (статья 5), т.е. о согласии или несогласии человека на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти не только в целях трансплантологии, но и, например, в научных, исследовательских и иных целях. При этом в части 2 статьи 5 Закона «О погребении» сказано о возможном исключении из общего правила о полном соответствии действий по достойному отношению к телу умершего его волеизъявлению в случае, если иное правило установлено законодательством Российской Федерации. Таким «иным правилом», вероятно, и надлежит рассматривать статью 8 Закона «О трансплантологии», устанавливающую презумпцию согласия на посмертное донорство, т.е. презумпцию согласия на изъятие органов и (или) тканей из тела умершего в целях трансплантологии (для спасения жизни и восстановления здоровья граждан).

С подобным толкованием законодательных положений, регулирующих отношения по пересадке анатомических сегментов, изъятых *ex mortuo*, можно было бы согласиться с точки зрения правил

юридической (законодательной) техники, утверждающих приоритет специального правила в соотношении с общей нормой (законом установленное исключение из общего правила). Однако, согласно статьи 2 Закона «О трансплантологии», действие данного закона (специального закона в сфере здравоохранения) распространяется на сердце, легкое, почку, печень, костный мозг и другие органы и (или) ткани, перечень которых определяется Министерством здравоохранения Российской Федерации, вырабатывающим государственную политику и нормативно-правовое регулирование в сфере здравоохранения, совместно с Российской академией медицинских наук. Действие Закона «О трансплантологии» «не распространяется на органы, их части и ткани, имеющие отношение к процессу воспроизводства человека, включающие в себя репродуктивные ткани (яйцеклетку, сперму, яичники или эмбрионы), а также на кровь и ее компоненты» (статья 2 Закона «О трансплантологии»).

Специальное правило-исключение о презумпции согласия на посмертное донорство (презумпции согласия человека на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти для трансплантологии) не распространяется на все органы и ткани человека, и следовательно, в нормативно-правовом регулировании отношений по пересадке анатомических сегментов, изъятых *ex mortuo*, нарушены технико-юридические принципы полноты законодательной конструкции (законодательного регулирования) и систематического единства, о которых писали еще Н.М. Коркунов<sup>3</sup> и Р. Иеринг<sup>4</sup>. Получается, что исключение из общего принципа достойного отношения к телу умершего (принцип полного соответствия действий по достойному отношению к телу умершего его волеизъявлению, в том числе, его волеизъявлению о согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти), установлено в действующем законодательстве по двум основаниям (критериям): во-первых, исключение касается только изъятия анатомических сегментов

---

<sup>3</sup> По мнению Н.М. Коркунова, юридическая конструкция, чтобы быть полной, «должна покрывать собою все возможные частные случаи. Все они должны укладываться в рамках». См.: Коркунов Н.М. *Лекции по общей теории права*. СПб., 1898. С.353-354.

<sup>4</sup> Согласно сформулированным Рудольфом Иерингом законам юридической конструкции, законодательные конструкции не должны вступать в противоречие друг с другом, а также быть согласованными внутри себя. См.: Иеринг Р. *Юридическая техника* / Перевод с немецкого. СПб., 1906. С.82-95.

*ex mortuo* в целях трансплантологии; во-вторых, объектами изъятия *ex mortuo* на основе презумпции согласия на посмертное донорство являются только те органы и (или) ткани, которые включены в перечнях, установленных Законом «О трансплантологии», а также Министерством здравоохранения Российской Федерации. В отношении законодательного регулирования посмертного изъятия органов и тканей, не указанных в перечне Закона «О трансплантологии» и перечне, определенном Министерством здравоохранения Российской Федерации, например, кожи, хряща, роговицы глаза и др., можно констатировать правовую неопределенность (пробел в законодательном регулировании).

Конституционным Судом Российской Федерации пробел в законодательстве оценивается как неконституционный на основе принципов права, прямо предусмотренных Конституцией и вытекающих из нее. В случае, если пробел в законе, по мнению Конституционного Суда РФ, носит формальный характер, он может «сниматься» в результате толкования законодательного текста и, соответственно, выявления не только «буквы закона», но и конституционно-правового смысла и должного конституционно-правового содержания формально пробельного закона<sup>5</sup>. Следует иметь в виду, что традиционно относящиеся к юридической догматике проблемы установления и преодоления пробелов в законе с точки зрения позитивистского типа правопонимания являются бессмысленными, в силу отсутствия, по мнению некоторых сторонников юридического позитивизма, пробелов в праве как таковых. Так Г. Кельзен, например, считал, что вопрос о восполнении пробелов, в принципе, не существует, потому что пробелов в позитивном праве нет. К подобному выводу Г. Кельзен пришел, рассмотрев два вида пробелов в праве: «пробелы должного» и, так называемые, «технические пробелы». Первый вид пробелов он отрицал на основании принципа «можно все, что не запрещено законом». Правоприменительное решение всегда может быть вынесено на основании юридической нормы. Только в одном случае норма прямо устанавливает обязанность (позитивное регулирование), а в другом – норма не устанавливает

---

<sup>5</sup> П.2 Информации о работе Конституционного Суда Российской Федерации в 2008 году и выявленных в практической деятельности пробелах в законодательстве// <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Generalization/Pages/default.aspx>

обязанность, т.е. «устанавливает» свободу от обязанности (негативное регулирование). Определяя второй случай как пробел в праве, правоприменитель, по мнению Г. Кельзена, утверждает, что законодатель не предусмотрел данный случай, потому что иначе установил бы другое правило. Однако правоприменитель должен применять нормы, установленные законодателем, независимо от того, считает ли он их верными или предполагает в них ошибку, потому что определить достоверность предположения правоприменителя об ошибке со стороны законодателя невозможно. Надо сказать, что и британский философ права Джозеф Раз отрицает существование «пробелов должного», а в российской юридической науке против тезиса о пробелах в праве выступал в свое время Г.Ф. Шершеневич.

Необходимо отметить, что «пробелы должного», в любом случае не могут быть ликвидированы самим правоприменителем. Правоприменитель может преодолеть такого рода пробел применительно к конкретному, рассматриваемому им, случаю и инициировать внесение изменений в действующее законодательство, регулирующее в данном случае вопросы посмертного донорства. Ликвидация правовой неопределенности в регулировании отношений по изъятию органов и тканей *ex mortuo* – задача законодателя.

Г. Кельзен приводил примеры, так называемых, «технических пробелов» в случаях, когда законодатель, допустим, установил требование о выборах, но не урегулировал процедуру выборов. По мнению Г. Кельзена, пробела в подобных ситуациях нет, так как, если законодателем не установлена конкретная процедура выборов, то любая процедура будет правомерной. Однако в целом ряде государств законодатель возлагает в таких случаях на правоприменителя, прежде всего, судью обязанность разрешить дело, преодолевая пробел в законе. Например, согласно Швейцарскому Гражданскому кодексу, суд при отсутствии в законе соответствующего положения должен решать в соответствии с обычным правом, а в случае отсутствия обычая – в соответствии с правилами, которые суд установил бы, будучи законодателем и следуя при этом взглядам, принятым в науке и в судебной практике.

Наиболее известным способом восполнения пробелов в процессе правоприменения является аналогия, т.е. решение юридического дела на основе логического приема подобия одного явления

другому. Аналогия в праве означает, что правило, предусмотренное законодательством, распространяется на обстоятельства, прямо в нем непредусмотренные, или общий смысл комплекса юридических норм применяется к другим обстоятельствам. Возможность применения юридических норм по аналогии обусловлена их внутренней согласованностью, системностью правового регулирования, взаимосвязью и взаимообусловленностью юридических норм.

Аналогия закона предполагает использование отдельной нормы в качестве модели отношения, урегулированного законодателем, т.е. сравнение общественных отношений опосредуется нормой закона (моделью общественного отношения). Если установлено сходство в основных, наиболее существенных признаках отношений (таких, как субъекты правоотношений, объект правоотношений, основания возникновения и прекращения субъективных прав и юридических обязанностей), требующих правовой регламентации, и отношений, уже урегулированных, то делается вероятностный вывод о сходстве в методе правового регулирования этих отношений. Соответственно, предполагается, что такие отношения должны вызывать аналогичные правовые последствия и, следовательно, могут быть урегулированы одной нормой.

Важно, что, с точки зрения логики, вывод о сходстве правовых последствий является вероятным. Верность решения юридического вопроса обеспечивается в данном случае презумпцией (предположением) того, что законодатель должен был одинаково урегулировать сходные отношения. Иными словами, в основе аналогии закона лежит презумпция: если отношения сходны, то они и регулироваться должны одинаково. Но прямое указание российского законодателя в статье 2 Закона «О трансплантации» на перечень органов и тканей, на которые распространяется действие данного закона, а значит, и действие статьи 8 «Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей», не позволяет применить аналогию закона, т.е. применить правило о презумпции согласия на посмертное донорство к случаям изъятия *ex mortuo* для трансплантации анатомических сегментов, не попавших в данный перечень. В подобных случаях правоприменитель обязан руководствоваться общим принципом достойного отношения к телу умершего, изъятие органов и (или) тканей из тела умершего для трансплантации должно осуществляться в полном соответствии

с волеизъявлением умершего. Причины медицинского, правового, иного характера, послужившие основанием разного законодательного регулирования вопросов реализации человеком своих соматических прав посмертно, в частности, права свободного выражения согласия или несогласия на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти, остаются неясными.

Другой проблемой регулирования отношений посмертного донорства в правовой системе России является правовой характер и юридический порядок реализации правила статьи 8 Закона «О трансплантологии», содержащего презумпцию согласия на изъятие органов и (или) тканей *ex mortuo*. В юриспруденции термин «презумпция» (от латинского *praesumptio* – предположение) используется, прежде всего, в двух значениях: для обозначения особого приема законодательной техники – конструкции юридического факта в тексте закона и для формулирования правового принципа, например: принципа добропорядочности гражданина, принципа презумпции знания закона, принципа презумпции истинности нормы права, принципа презумпции невиновности в уголовно-процессуальном праве, принципа презумпции истинности приговора/решения суда, вступившего в законную силу, принципа презумпции вины причинителя вреда в гражданском праве и др.

Презумпция вообще – это вероятностное суждение о наличии/отсутствии каких-либо фактических обстоятельств. Логической основой презумпции является неполное индуктивное умозаключение – вероятное (в этом смысле, недостоверное) обобщение, в основе которого лежит предполагаемая связь установленного факта с предполагаемым (презюмируемым) в силу повторяемости (типичности, закономерности) многих жизненных процессов<sup>6</sup>. Таким образом, презумпции как конструкции юридических фактов в действующем законодательстве означают предположения (не требующие с точки зрения законодателя доказательств) о наличии или отсутствии предметов, связей, явлений, основанные на связи между ними, и предметом, связями, явлениями наличными, подтвержденными жизненной практикой. Однако в силу вероятностного характера презюмируемого факта законодатель допускает его опровержение и устанавливает

---

<sup>6</sup> См.: Бабаев В.К. *Презумпции в российском праве и юридической практике*// Проблемы юридической техники. Нижний Новгород, 2000. С.323-325.



юридические последствия такого опровержения. Например, согласно статье 42 Гражданского кодекса Российской Федерации «Признание гражданина безвестно отсутствующим», гражданин может быть по заявлению заинтересованных лиц признан судом безвестно отсутствующим, если в течение года в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания, а согласно статье 45 Гражданского кодекса Российской Федерации «Объявление гражданина умершим», гражданин может быть объявлен судом умершим, если в месте его жительства нет сведений о месте его пребывания в течение пяти лет. Однако, в соответствии со статьями 44 и 46 Гражданского кодекса Российской Федерации, в случае явки или обнаружения места пребывания гражданина, признанного безвестно отсутствующим или объявленного умершим, суд отменяет соответственно решение о признании его безвестно отсутствующим или решение об объявлении его умершим. На основании решения суда отменяется управление имуществом этого гражданина.

Таким образом, в основе юридической конструкции презумпции-факта должно лежать достоверное знание (обобщение), обеспечивающее вероятностный вывод, который не требует, с точки зрения законодателя, доказательств, но может быть опровергнут. Применительно к правилу статьи 8 Закона «О трансплантологии», вряд ли возможно утверждать, что в основе законодательной презумпции согласия на посмертное донорство лежит достоверное обобщение информации о согласии достаточно большого числа людей на изъятие органов и (или) тканей из их тел после смерти для трансплантации. Официального реестра лиц, согласных на посмертное донорство, в России нет; специальной отметки о согласии/ несогласии на посмертное донорство в документе, удостоверяющем личность, или водительском удостоверении в Российской Федерации не предусмотрено. Кроме того, законодатель предусмотрел возможность (но не порядок, не юридическую процедуру) опровержения презумпции согласия на изъятие органов и (или) тканей из тела после смерти для трансплантации только до момента самого изъятия, т.е. в считанные минуты после констатации смерти мозга. Юридические последствия опровержения данной презумпции уже после изъятия органов и (или) тканей из тела умершего для трансплантации законодательством не предусмотрены. Тем не

менее, как показал мониторинг правоприменения, подобного рода дела имеют место в судебной практике российских судов. Вопиющими с правовой точки зрения являются случаи, когда родители умершего несовершеннолетнего узнают об изъятии из его тела анатомических сегментов только в момент получения тела для захоронения.

В отличие от презумпций-фактов презумпции-принципы не являются результатом обобщения, логически не основаны на неполной индукции. Презумпции-принципы используются законодателем не для конструирования юридических фактов, не требующих доказательств, а для определения основных начал (принципов) регулирования тех или иных отношений, поэтому презумпции-принципы неправильно интерпретировать с точки зрения возможности их оспаривания. Например, презумпция невиновности в уголовном процессуальном праве Российской Федерации служит принципом распределения бремени доказывания вины обвиняемого и сформулирована в главе 2 Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации «Принципы уголовного судопроизводства». Обвиняемый, согласно статьи 14 «Презумпция невиновности» Уголовного процессуального кодекса Российской Федерации, считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. При этом обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту обвиняемого, лежит на стороне обвинения, а обвинительный приговор не может быть основан на предположениях. Закрепив презумпцию невиновности, законодатель установил не порядок оспаривания предполагаемой (презюмируемой) невиновности обвиняемого, а определил субъектов, на которых возложена обязанность доказывания вины в совершении преступления, инкриминируемого обвиняемому.

Правовой характер хирургических операций по пересадке органов и тканей человека в Российской Федерации определяется принципом обязательного согласия живого донора (статья 1 Закона «О трансплантологии»), так как, при всей дискуссионности вопроса о соматических правах человека, если у кого-то и есть права по отношению к телу (организму) человека, то только

у самого человека. Оставляя за рамками настоящей статьи проблему юридической природы прав, связанных с распоряжением органами и тканями человека (телом человека), следует признать, что изъятие анатомических сегментов из тела человека после смерти для трансплантации вопреки его прижизненному волеизъявлению освоенесогласианапосмертноедонорствопротиворечитпринципам правовой свободы. Правило, установленное в статье 8 Закона «О трансплантологии», должно как раз не допустить изъятие органов и (или) тканей из тела умершего, который при жизни заявил о своем несогласии на посмертное донорство, т.е. вопреки его свободному прижизненному волеизъявлению. Несмотря на название статьи 8 «Презумпция согласия на изъятие органов и (или) тканей», в ней фактически сформулировано предположение об отсутствии прижизненного несогласия на изъятие органов и (или) тканей *ex mortuo*. При этом законодательно не предусмотрены юридические процедура и последствия опровержения (например, в судебном порядке) данного предположения, поэтому правило статьи 8 Закона «О трансплантологии» скорее содержит конструкцию юридической фикции (неопровержимого предположения), чем конструкцию юридической презумпции (опровержимого предположения).

В реальной жизни часто фикцией называют такую ситуацию (положение вещей), при которой нечто несуществующее в действительности провозглашается существующим. В юриспруденции фикцию в ряде случаев рассматривают в качестве антипода закона, или называют фиктивным фактически недействующий (не применяющийся) закон. Например, фикция, т.е. несоответствие реальности правовым требованиям закона, будет в ситуации, когда вместо принципа состязательности и равенства сторон обнаруживается обвинительный уклон уголовного процесса.

Кроме того, в общеупотребительном значении и в юриспруденции под фикцией понимают вымышленное положение, построение, не соответствующее действительности, но используемое как действительное с какой-либо целью. В таком смысле говорят, например, о фальсификации документов, инсценировке самоубийства, фиктивном браке, фиктивной сделке. Подобного рода фикции являются качественной характеристикой правовой системы, показателем эффективности правового регулирования, демонстрируют отношения субъектов права к отдельным элементам

правовой системы общества, уровень легитимности правовой системы. Соответственно распространение подобных фикций должно учитываться законодателем. В частности, мониторинг правоприменения должен способствовать выявлению подобных фикций с тем, чтобы в процессе правотворчества (законотворчества) предусмотреть систему юридических правил, препятствующих распространению таких противоправных актов, преодолеть неправовые фикции в правореализации.

В философском смысле фикция, фиктивное – проявление небытия. По сути, небытие – отсутствие, отрицание бытия. Фикция отрицает бытие, конструируя несуществующее, неявляющееся. Получается, что важный признак любой фикции, включая правовую, – сознательное признание несуществующего в реальности существующим (сущим) или отрицание существующего явления. В логике фикцию определяют как образование, формирование, создание в смысле – выдумывание, мнимое, ложное, вымышленное, нечто не существующее. При этом фикция может содержать большую или меньшую степень вероятности, но само признание какого-либо факта, явления, действия, состояния фикцией влечет сознательное отмежевание от их вероятности. Фикция – «одно из средств «перевода» реальности обыденной в реальность правовую. Право само по себе в какой-то степени условно»<sup>7</sup>. По мнению А.Нашиц, «... полное удовлетворение требований адекватного отражения не всегда будет содействовать достижению конечных целей законодательной политики»<sup>8</sup>.

В юриспруденции фикция прошла довольно сложный исторический путь. История фикций как особых приемов юридической техники ведет свое начало еще со времен римского права. Причина – формализм древней римской юриспруденции, который препятствовал решению насущных задач юридической практики. Например, в римском праве широко использовалась фикция, согласно которой иностранец считался римским гражданином при условии, что он выступал истцом или ответчиком в гражданско-правовых

---

<sup>7</sup> О.А.Курсова *Юридические фикции современного российского права: сущность, виды, проблемы действия* // *Проблемы юридической техники*. Нижний Новгород, 2000. С.453.

<sup>8</sup> Нашиц А. *Правотворчество. Теория и законодательная техника*. М., 1974. С.221.

делах. Фикция обеспечивала адекватное правовое регулирование, правильное применение юридических норм, без внесения изменений в законодательство. Фикция выступала как «ложь во благо». Ее использование оправдывалось тем, что ложь правовой фикции налицо. Никто не обманывается насчет сознательной юридической фиктивности того или иного положения. Р. Иеринг однажды назвал фикцию «ложью во спасение закона»<sup>9</sup>. Однако «ложь во спасение» – все таки ложь, предназначенная для того, чтобы в нее верили, как в истину, а фикция отличается от лжи тем, что фикция не предназначена для обмана кого бы то ни было. Ложь фикции очевидна. Фикция, принимаемая всерьез, т.е. фикция, в которую действительно верят, теряет свою полезность.

В современной российской юридической литературе предлагается рассматривать фикцию как технико-юридический прием восполнения правовой неопределенности, пробела в правовом регулировании<sup>10</sup>. Юридическая фикция позволяет либо признать (легализовать) в качестве юридического факта несуществующие в действительности обстоятельства, свойства лица (субъекта права) или объекта права либо, наоборот, формально-юридически исключить (не признать юридическим фактом) фактически существующие обстоятельства, свойства предметов, характеристики лиц, основания возникновения/прекращения субъективного права или юридической обязанности. Например, согласно части 2 статьи 435 Гражданского кодекса Российской Федерации, оферта связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом. Если извещение об отзыве оферты поступило ранее или одновременно с самой офертой, оферта считается не полученной. А в соответствии со статьей 439 Гражданского кодекса Российской Федерации, если извещение об отзыве акцепта поступило лицу, направившему оферту, ранее акцепта или одновременно с ним, акцепт считается не полученным.

Анализ правила статьи 8 Закона «О трансплантологии» позволяет прийти к выводу о том, что в силу невозможности в современных условиях, с точки зрения российского законодателя, получить достоверное знание о согласии/ несогласии человека на изъятие органов и

---

<sup>9</sup> Иеринг Р. *Юридическая техника*. М., 2008. С.121.

<sup>10</sup> См., напр.: Исаев И.А. *Юридическая фикция как форма заполнения правовых пробелов* // «История государства и прав.» 2011. №22. С.2-4.

(или) тканей из его тела после смерти для трансплантации, в целях преодоления правовой неопределенности в регулировании отношений посмертного донорства, а также государственного обеспечения права человека на высокотехнологичную медицинскую помощь посредством хирургической операции по пересадке здоровых анатомических сегментов, основываясь на принципе презумпции добросовестности врачей, в правовой системе Российской Федерации законодательно сконструирована юридическая фикция прижизненного согласия на посмертное донорство – модель «неиспрошенного согласия».

При законодательном конструировании юридического факта-фикции результатом является несуществующая, условная правовая реальность. По мнению Г. Ф. Дормидонтова, «слово «фикция» на юридическом языке обозначает предположение какого-либо факта или качества, предположение, противоречащее нередко действительности, но рассчитанное на то, чтобы произвести известные юридические последствия»<sup>11</sup>. Например, в уголовном праве Российской Федерации снятая или погашенная судимость признается несуществующей, а при деятельном раскаянии лицо освобождается от уголовной ответственности несмотря на то, что преступное деяние было совершено.

Один из современных российских юристов считает, что «формальный характер фикций является меньшим злом по сравнению с тем произволом, который воцарился бы при их отсутствии»<sup>12</sup>. Как конструкция факта фикция, созданная в процессе законотворчества, категорически утверждает что-либо и не допускает опровержения, хотя в основе сконструированного факта-фикции, также как и факта-презумпции, может лежать предположение. Отличие в том, что вероятность сконструированного факта-фикции не принимается во внимание, как будто возможности наступления иных обстоятельств вовсе не существует, поэтому использование фикции как конструкции юридического факта согласия на посмертное донорство может, вероятно, способствовать на сегодняшний день, по мнению российского законодателя, стабильности правового регулирования в сфере трансплантологии.

---

<sup>11</sup> Дормидонтов Г.Ф. *Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций*. Казань, 1895. С.6.

<sup>12</sup> Панько К.К. *Юридические фикции в современном российском праве. // Проблемы юридической техники*. С.465-466.

### **Аннотация**

Закон РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека» устанавливает презумпцию прижизненного согласия на донорство *ex mortuo* (модель «неиспрошенного согласия»). Трансплантация должна осуществляться на основе соблюдения прав человека, при этом интересы человека должны превалировать над интересами общества или науки.

Цели правового регулирования: юридическая гарантия права человека свободно распоряжаться своим телом после смерти и (или) государственное обеспечение права человека на медицинскую помощь путем посмертной трансплантологии?

Ключевые слова: правовое регулирование, правовое предположение, права человека, Посмертное донорство, Посмертное трансплантация.

### **Abstract**

According to Russian Law «On transplantation of organs and (or) human tissue» there is a presumption of consent to donation *ex mortuo* (model «uncalled consent») in Russian Federation. Transplantation should be based on respect for human rights, the interests of the person should prevail over the interests of society or science.

Purpose of legal regulation: the legal guarantee of the right to be free to dispose of her/his body after death, and (or) the state of human rights in the provision of medical care by *post mortem* transplantation?

Keywords: legal regulation, legal presumption, human rights, cadaveric donation, *post mortem* transplantation.



Daniel Karkut<sup>1</sup>

## **Naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej (?)**

Celem artykułu jest podjęcie próby rozstrzygnięcia, czy istnieje możliwość dokonania naruszenia kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej. Nie będę natomiast ukierunkowywał swoich rozważań na konkretne stany faktyczne zaistniałe w ramach rozgrywek prowadzonych w sieciowych grach komputerowych. Skoncentruję się więc na ustaleniu ewentualnej możliwości na poziomie jedynie koncepcyjnym.

Dla realizacji celu wskazanego w akapicie poprzedzającym, nieodzowne jest uporządkowanie terminologii występującej w związku z dostrzeżonym problemem badawczym. Dlatego też – tytułem owego uporządkowania – w pierwszej kolejności uwagę skieruję na zagadnienie kultu pamięci osoby zmarłej, jako dobra osobistego, poprzez przedstawienie jego treści i zakresu ochrony na płaszczyźnie polskiego porządku prawnego. Z tej racji, że zagadnienie to podejmowane jest przez polską judykaturę i piśmiennictwo prawnicze od dziesięcioleci oraz cechuje się złożonością i skomplikowaniem, to zostanie przeze mnie poruszone jedynie w zakresie, w mojej ocenie, niezbędnym dla rozwiązania postawionego problemu. W dalszej części tego artykułu przybliżę natomiast znaczenie (rozumienie) takich pojęć, jak: „wirtualny świat” i „wirtualna rzeczywistość”, które zostało zaprezentowane w polskiej literaturze, w dużej mierze opierającej się na ustaleniach poczynionych wcześniej w literaturze zagranicznej.

---

<sup>1</sup> Mgr, Uniwersytet Wrocławski.

## 1. Kult pamięci osoby zmarłej<sup>2</sup> jako dobro osobiste

Ustawodawca nie zdecydował się na wymienienie kultu pamięci osoby zmarłej wśród dóbr osobistych ujętych w art. 23 kodeksu cywilnego<sup>3</sup>, który, co nie budzi żadnych wątpliwości, zawiera niewyczerpujące (jedynie przykładowe) wymienienie dóbr osobistych. Konsekwencją takiego, a nie innego, sformułowania<sup>4</sup> wyżej przytoczonego artykułu jest dokonywanie przez doktrynę i judykaturę interpretacji prawa w drodze wykładni funkcjonalnej i celowościowej, w której decydującą rolę odgrywają względy aksjologiczne, w efekcie prowadzącej do odkrywania dóbr osobistych (konstruowania „nowych” dóbr osobistych) oraz odkrywania praw osobistych (konstruowania „nowych” praw osobistych)<sup>5</sup>. Kult pamięci osoby zmarłej jest przykładem dobra osobistego powszechnie uznanego przez doktrynę i judykaturę za istniejące w wyniku tej wykładni<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Nie jest to uniwersalna nazwa tego dobra osobistego. Zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze uwidacznia się problem braku jednolitego nazewnictwa tego dobra osobistego. Ukształtowanie jednorodnej wersji terminologicznej związanej z tym dobrem osobistym nie jest kwestią prostą, a raczej procesem, w trakcie którego ścierają się ze sobą różne poglądy przedstawicieli doktryny, którzy proponują różne nazwy, jak na przykład „kult po zmarłej osobie bliskiej”, czy „pamięć i kult osób zmarłych”. Natomiast w judykaturze używano takich nazw, jak „prawo do pamięci o osobie zmarłej” [zob. wyrok SN z 31 marca 1980 r. (II CR 88/80), *Legalis* nr 21960], czy „pamięć i kult osoby zmarłej” [zob. wyrok SN z 24 lutego 2004 r. (III CK 329/02), OSNC 2005, nr 3, poz. 48]. W projekcie księgi pierwszej kodeksu cywilnego jego art. 21 wśród dóbr osobistych człowieka wymienia między innymi „kult pamięci osoby zmarłej” (zob. [http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/bip/kkpc/ksiega.rtf](http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/ksiega.rtf)). Szerzej zob. także K. Matuszewski, *Pamięć i kult osób zmarłych jako autonomiczne dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 20, s. 1085–1086. Wprawdzie przyjęcie nazwy rozważanego dobra osobistego nie pozostaje bez znaczenia dla ustalenia jego konstrukcji (treści oraz zakresu ochrony), to mając na uwadze złożoność tego zagadnienia, ograniczę odniesienie się do niego do tego przypisu, decydując się na stosowanie w niniejszym artykule nazwy „kult pamięci osoby zmarłej”.

<sup>3</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>4</sup> Chodzi o posłużenie się przez ustawodawcę określeniem „w szczególności”.

<sup>5</sup> Zob. np. M. Rożnowska, *(Nie)rzeczywiste naruszenie dobra osobistego w „wirtualnej rzeczywistości” fabularnej gry komputerowej*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 4, s. 180. Autorka wskazuje, że katalog dóbr osobistych, jak również katalog treści praw osobistych jest w znacznym stopniu efektem wykładni dokonywanej przez doktrynę i judykaturę.

<sup>6</sup> Zob. w szczególności: K. Matuszewski, *Pamięć...*, s. 1085–1090; M. Pazdan w: *System Prawa Prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan Warszawa 2007, s. 1141–1142; Ł. Cudny, K. Kryla, *Kult pamięci osoby zmarłej*

Kult pamięci osoby zmarłej stanowi dobro niejednolite, składające się z dwóch niezależnych od siebie elementów, tj. pamięci osoby zmarłej oraz jej kultu. Niezależność (autonomiczność) tych elementów w praktyce oznacza możliwość osobnej ochrony prawnej, czyli takiej, która obejmuje wyłącznie kult osoby zmarłej lub jedynie pamięć po niej (o niej). Nie jest jednak wykluczone dochodzenie łącznej ochrony wymienionych elementów.

Kult osoby zmarłej – jako element współstanowiący treść omawianego dobra osobistego – ma charakter materialny. Dotyczy wszelkich aspektów związanych z pochówkiem osoby zmarłej, zapewnieniem jej godnego pogrzebu, pochowaniem zwłok, ich przeniesieniem, ekshumacją, wybudowaniem nagrobka, ustaleniem na nim napisu, możliwością odwiedzania, pielęgnacją grobu i oddawaniem się kontemplacji. Wymienione czynności mieszczą się w zakresie znaczeniowym pojęcia „kult”<sup>7</sup>.

Z perspektywy zakreślonego problemu badawczego największe znaczenie ma drugi substrat wchodzący w skład rozważanego dobra osobistego (element o charakterze niematerialnym), czyli prawo do ochrony sfery uczuciowej związanej z pamięcią o bliskiej osobie zmarłej, co przekłada się na możliwość zapamiętania zmarłego jako dobrego i godnego człowieka. Prawo to służy bliskim<sup>8</sup> zmarłego do ochrony jego czci i honoru.

---

*jako dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16, s. 897–900; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 165; P. Machnikowski w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 62; wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSNCPIUS 1970, nr 1, poz. 18; wyrok SN z 13 lipca 1977 r. (I CR 234/77), Legalis nr 20217; wyrok SN z 31 marca 1980 r. (II CR 88/80), Legalis nr 21960; wyrok SN z 24 lutego 2004 r. (III CK 329/02), OSNC 2005, nr 3, poz. 48; wyrok SN z 7 lipca 2005 r. (IV CK 42/05) <http://www.prawo.legeo.pl>; wyrok SN z 23 września 2009 r. (I CSK 346/08), OSNC 2010, nr 3, poz. 48 wraz z głosem M. Ozgi, *Naruszenie dóbr osobistych osoby zmarłej a forma wypowiedzi krytycznej*, „Glosa” 2011, nr 2, s. 22–26; orzeczenie SN z 9 lutego 2011 r. (V CSK 256/10), OSNC 2011, nr C, poz. 57.

<sup>7</sup> K. Matuszewski, *Pamięć...*, s. 1086.

<sup>8</sup> Kult pamięci osoby zmarłej jest dobrem osobistym przysługującym nie jej samej, lecz osobom najbliższym zmarłego. Problematyczną jest kwestia, kto w istocie zalicza się do kręgu osób najbliższych. W orzecznictwie SN wyrażono pogląd, że krąg tych osób nie ogranicza się do wskazanych w art. 10 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687), dalej: u.c.z. Ustawa ta bowiem, jako norma należąca do dziedziny prawa administracyjnego, chowanie i ekshumację zwłok reguluje pod kątem porządku publicznego, nie zaś ochrony dóbr osobistych osób dla zmarłego bliskich (zob. wyrok SN z 31 marca 1980 r. (II CR 88/80), Legalis nr 21960. Na podstawie tego poglądu stwierdzono więc, że osoby wymienione

W tym miejscu należy wspomnieć o tym, że Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń<sup>9</sup> opowiedział się za objęciem sfery uczuciowej związanej z kultem pamięci zmarłej osoby najbliższej ochroną prawną przewidzianą w art. 23 i art. 24 k.c. Wskazał, że każda z osób (zaliczających się do grona najbliższych zmarłego) może samodzielnie i niezależnie od pozostałych zaspokajać swoje potrzeby uczuciowe wiążące się z kultem pamięci zmarłego i w tym celu wykonywać szereg przysługujących jej uprawnień. Zaznaczył również, że, ponieważ każdej z osób uprawnionych do ochrony rozpatrywanego dobra osobistego przysługuje również ochrona prawna przed jego zagrożeniem lub naruszeniem, to pozostałe osoby (ogół osób trzecich niezwiązanych żadnymi więziami z osobą zmarłą) mają obowiązek powstrzymywania się od wszelkich działań, które stanowiłyby takie zagrożenie lub naruszenie. Parafrazując więc przytoczone twierdzenie Sądu Najwyższego, na przykład, naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej na płaszczyźnie sfery uczuciowej związanej z owym kultem polegać będzie w istocie na zranieniu uczuć osób najbliższych, którym omawiane dobro osobiste przysługuje. Dlatego też postawione na początku tego artykułu pytanie o możliwość dokonania naruszenia kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej jest pytaniem o możliwość zranienia uczuć osób najbliższych zmarłego poprzez pewne zachowania podejmowane w grze komputerowej (jej wirtualnym świecie), dotyczące osoby zmarłej (już w świecie rzeczywistym).

Na potrzeby późniejszych rozważań zmierzających do rozstrzygnięcia postawionego problemu jedynie ogólnikowo odniosę się do zagadnienia czci człowieka jako dobra osobistego wymienionego w art. 23 k.c., z którą to czią łączy prawo do ochrony pamięci i kultu osoby zmarłej swoisty związek funkcjonalny.

---

w powołanym art. 10 u.c.z. (czyli: pozostały małżonek/małżonka, krewni zstępni, krewni wstępni, krewni boczni do 4 stopnia pokrewieństwa, powinowaci w linii prostej do 1 stopnia) stanowią jedynie minimalny (podstawowy) zakres podmiotowy osób objętych ochroną wynikającą z dobra osobistego w postaci kultu pamięci zmarłego. Niewprowadzenie zasady *numerus clausus* w odniesieniu do kręgu osób najbliższych, którym przysługuje rozważane dobro osobiste, oznacza, że sąd zmuszony jest w każdej rozpatrywanej sprawie określać *ad casum* grupę osób uprawnionych, co często nastrocza trudności i rodzi mnogość problemów (zob. K. Matuszewski, *Pamięć...*, s. 1087). Szersze omawianie zagadnienia zakresu podmiotowego ochrony wynikającej z dobra osobistego w postaci kultu pamięci zmarłego wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

<sup>9</sup> Zob. wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSNCPiUS 1970, nr 1, poz. 18.

Cześć składa się z dwóch nierozzerwalnie ze sobą związanych i wzajemnie się przenikających aspektów – wewnętrznego i zewnętrznego, zwanych również czcią wewnętrzną i zewnętrzną. Cześć wewnętrzną utożsamia się z godnością osobistą. Stanowi ona wyobrażenie człowieka o sobie samym (poczucie jego własnej wartości), jak również oczekiwanie jej poszanowania ze strony osób trzecich. Wewnętrzny aspekt czci człowieka zakorzeniony jest w jego psychice, zależny jest od jego osobowości, jak również od uwarunkowań historycznych czy czasowych. Natomiast aspekt zewnętrzny czci człowieka to dobre imię, dobra sława czy dobra opinia, jaką dana osoba cieszy się w społeczeństwie. I to właśnie element zewnętrzny czci da się powiązać z kultem pamięci osoby zmarłej. W tym kontekście należy więc stwierdzić, że kultywowanie pamięci osoby zmarłej w pewnym sensie jawi się jako przedłużenie zewnętrznego elementu czci człowieka za jego życia. Nie można przy tym zapominać o tym, że kultywowanie, jak również cześć zewnętrzna inaczej będą przedstawiały się w przypadku osoby wykazującej za życia doniosłą aktywność społeczną, a inaczej w przypadku osoby nieodznaczającej się za życia żadną szczególną aktywnością, którą można byłoby wpisać w ramy przestrzeni publicznej<sup>10</sup>. Dlatego też postawione na początku tego artykułu pytanie o możliwość dokonania naruszenia kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej jest pytaniem o możliwość naruszenia jej czci zewnętrznej (oraz honoru) poprzez pewne zachowania podejmowane w grze komputerowej (jej wirtualnym świecie).

## **2. Wirtualny świat i wirtualna rzeczywistość sieciowych gier komputerowych**

W polskim piśmiennictwie prawniczym dopiero od kilku lat podejmowane są zagadnienia związane z prawnymi aspektami tzw. wirtualnych światów<sup>11</sup>. Aby przejść jednak do rozważań stanowiących meritum

---

<sup>10</sup> Zob. w szczególności: Ł. Cudny, K. Kryła, *Kult pamięci...*, s. 899–900; K. Matuszewski, *Pamięć i...*, s. 1088; J. Wierciński, *Niemajtkowa ochrona czci*, Warszawa 2002, s. 60–61.

<sup>11</sup> Warto tutaj w szczególności powołać monografię K. Grzybczyk (red.), *Prawo w wirtualnych światach*, Warszawa 2013, obejmującą następujące artykuły: M. Wąsowska, *Historia gier wideo i gier komputerowych*, s. 7–17; E.M. Walewska, *Bezcielesne społeczności. Marzenie o wolności a zasady obowiązujące mieszkańców wirtualnych światów na przykładzie second life*, s. 18–34; M. Wąsowska, *Umowa o stworzenie gry komputerowej*, s. 35–55; P. Gabor, P. Leszczyńska, *Pojęcie*

tego artykułu wskazane jest wyjaśnienie, czym w istocie jest „wirtualny świat” i „wirtualna rzeczywistość”.

W języku polskim przymiotnik „wirtualny” znaczy „prawdopodobny”, „mogący zaistnieć”, „teoretycznie możliwy”, natomiast w języku angielskim *virtual* znaczy „faktycznie występujący”, „istniejący” i to właśnie to drugie znaczenie należy mieć na względzie w trakcie posługiwania się takimi pojęciami, jak „wirtualny świat” i „wirtualna rzeczywistość”, ponieważ, mimo że generowane komputerowo obrazy nie są namacalne to jednak uczucia, emocje i działania osób zanurzonych

---

„magicznego kręgu”. Zakres obowiązywania prawa w grach MMORPG, s. 56–65; M. Lesiewicz, *Licencja jako konstytucja świata wirtualnego. Treść umów licencyjnych*, s. 66–85; W. Cebulski, A. Gątarz, *Problematyka umów licencyjnych w grach MMORPG w świetle przepisów prawa polskiego*, s. 86–97; Ł. Maryniak, P. Baryś, *Prawo własności wirtualnej*, s. 98–119; J. Rekiel, M. Żarski, *Obrót wirtualnymi przedmiotami z MMORPG. Sweatshop, gold farming i real money trading*, s. 120–154; B. Pudo, *Treści tworzone przez użytkowników wirtualnych światów (user-generated content) a prawo autorskie i prawa pokrewne*, s. 155–182; A. Gawlik, *Status prawny awatara w światach wirtualnych*, s. 183–194; B. Bilicz, *Wirtualny świat jako utwór samoistny. Twórcze wykorzystywanie elementów gier komputerowych. Machinima*, s. 195–212;

<sup>M</sup>. Bienias, *Prawo własności przemysłowej w wirtualnych światach gier komputerowych*, s. 213–245; K. Grzybczyk, *Nieuczciwa konkurencja a gry komputerowe*, s. 246–256; M. Hałuszczak, *Product placement w grach komputerowych*, s. 257–285; P. Gabor, P. Leszczyńska, *Prawa jednostki w wirtualnych światach*, s. 286–296; J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona wirtualnej własności?*, s. 297–311; A. Auleytner, *Dane osobowe w grach MMORPG i innych grach online. Aktualne problemy*, s. 312–332. Zob. również: J. Zimmer-Czekaj, *Prawa własności intelektualnej w wirtualnych światach*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” nr 105, s. 89–131; A. Olszewski, *Konstrukcja prawna umowy sprzedaży wirtualnych przedmiotów w świetle prawa polskiego*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2011, nr 4, s. 65–82; S. Wiśniewski, *Prawnoautorska kwalifikacja gier komputerowych – program komputerowy czy utwór audiowizualny?* „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” nr 115, s. 43–67; J. Kulesza, J. Kulesza, *Gra „Second Life” – wirtualny świat, realne przestępstwa?*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3, s. 23–40; J. Kulesza, *Prawo karne w wirtualnych światach*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 5, s. 45–59. Zob. także „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 4, który to kwartalnik zawiera prace będące plonem ogólnopolskiej konferencji naukowej pt. „Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego, unijnego i międzynarodowego”, która odbyła się 23 maja 2014 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (zob. także D. Karkut, *Sprawozdanie z konferencji naukowej „Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego, unijnego i międzynarodowego”*, Wrocław, 23 maja 2014 r., „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2014, nr 2, s. 291–302, które zawiera szczegółową relację ze wszystkich wystąpień mających miejsce na tej konferencji).



w rozgrywce (wirtualnej rzeczywistości) oraz ich komunikacja i wzajemne relacje są realne<sup>12</sup>.

Na potrzeby tego opracowania przyjmuję, że rzeczywistością wirtualną jest obraz sztucznej rzeczywistości stworzony przy wykorzystaniu technologii informatycznej. Jego istotą jest multimedialne kreowanie komputerowej wizji przedmiotów, przestrzeni i zdarzeń. Obraz ten uzyskuje się przez generowanie obrazów, efektów akustycznych, a nawet zapachowych. Wirtualny świat gry jest pojęciem węższym niż wirtualna rzeczywistość, gdyż odnosi się jedynie do sytuacji, w których zachodzi interakcja graczy na serwerach gier internetowych. Wirtualnym światem gry jest zatem środowisko, w którym spotykają się użytkownicy, aby uczestniczyć w rozgrywce<sup>13</sup>.

W ostatnich latach ogromną popularność zyskały gry internetowe<sup>14</sup> (gry *on-line*), które są rodzajem gry komputerowej umożliwiającej interakcję graczom w czasie rzeczywistym, wymagającym stałego podłączenia do Internetu. Na wzrost popularności tego typu gier miała wpływ dynamiczna rozbudowa lokalnych sieci komputerowych z dostępem do sieci Internet oraz rozwój infrastruktury umożliwiającej uzyskanie dostępu do tej sieci<sup>15</sup>. Do najpopularniejszych sieciowych gier komputerowych zaliczają się między innymi *Second Life*, *Entropia Universe*, *World Of Warcraft*<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Zob. E.M. Walewska, *Bezcielesne...*, s. 21. Jedyne na marginesie można zwrócić uwagę na relacje zachodzące pomiędzy pojęciami: „sztuczna rzeczywistość”, „wirtualne światy”, „cyberprzestrzeń”. W powołanej publikacji wskazuje się, że błędem jest używanie tych określeń wymiennie. „Sztuczna rzeczywistość” jest pojęciem o najszerszym zakresie semantycznym, oznaczającym wszystko to, co naśladuje realność, nie będąc jednocześnie realnym. „Wirtualne światy” to termin węższy, wskazujący na istnienie konkretnych, osobnych „światów”, które rządzą się własnymi prawami. Natomiast „cyberprzestrzeń” jest obszarem, pod pewnymi względami analogicznym do przestrzeni geograficznej. Zob. także: M. Rożnowska, *(Nie) rzeczywiste naruszenie...*, s. 183, na której to stronie zwrócono uwagę na efekt tzw. immersji, która polega na uczuciu zanurzenia w diegezę gry.

<sup>13</sup> Zob. M. Lesiewicz, *Licencja...*, s. 66–67; J. Pakuła, *Konta na serwerach gier internetowych w obrocie prawnym*, Warszawa 2009, s. 15.

<sup>14</sup> Na początku tego artykułu i w tytule tej jego części użyłem nazwy „sieciowe gry komputerowe”.

<sup>15</sup> Zob. M. Lesiewicz, *Licencja...*, s. 66.

<sup>16</sup> Zob. <http://eu.blizzard.com/pl-pl/company/about/profile.html> Na tej stronie znajduje się opis profilu spółki Blizzard Entertainment, która – według informacji na niej zawartych – jest wiodącym twórcą i wydawcą oprogramowania rozrywkowego.



### 3. Naruszenia kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej?

Fakt, że w sieciowych grach komputerowych uczestniczą miliony zarejestrowanych użytkowników, którzy w dodatku nierzadko dysponują szerokim spektrum możliwości w zakresie kształtowania reprezentujących ich w wirtualnym świecie gry postaci tzw. *awatarów*<sup>17</sup>, połączony z permanentnym postępowaniem w dziedzinie technologii informatycznej wykorzystywanej w procesie kreowania tych światów, może rodzić szereg różnego rodzaju zagrożeń, także czy przede wszystkim w sferze dóbr osobistych człowieka<sup>18</sup> „sterującego” *de facto* fikcyjną<sup>19</sup> postacią.

---

Możemy przeczytać, że serwis internetowy Blizzard Entertainment przeznaczony do rozgrywek sieciowych – Battle.Net – jest jednym z największych na świecie i zrzesza miliony zarejestrowanych graczy. Blizzard Entertainment wydaje takie gry, jak *World Of Warcraft*, *Diablo*, *Starcraft* i szereg innych. O prawidłowości zachodzących w wirtualnych światach gier komputerowych typu *Massive Multiplayer Online Role Playing Games* (gry typu MMORPG) dużo ciekawych informacji znajdziemy w: J. Zimmer-Czekaj, *Prawa własności...*, s. 89–131.

<sup>17</sup> Zob. I. Matusiak, *Awatar jako przedmiot tzw. własności wirtualnej: powstanie, korzystanie i obrót – aspekt autorskoprawny*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2014, nr 4, s. 148. Autor zauważa, że *awatary* w grach komputerowych stanowią nową jakość w stosunku do znanych wcześniej postaci fikcyjnych występujących w innych niż gry utworach. Postać *awatara* może być *alter ego* „stojącego” za nim uczestnika gry, co sprzyja szczególnej więzi pomiędzy uczestnikiem gry a jego *awatarem*. *Awatar* może odzwierciedlać niepowtarzalną (swoistą) osobowość swojego twórcy (uczestnika) i posiadać cechy, których nie mają inne postacie wirtualne. Nawet jeżeli w wirtualnym świecie gry mamy do czynienia z podobieństwem zewnętrznym *awatarów*, to mogą istnieć różnice wynikające z ich „życiorysu”. Nie zapominajmy bowiem, że istnieją gry, w których prowadzone jest alternatywne „życie”, jak na przykład wspomniany już *Second Life*, w którym uczestnik sam kształtuje *awatara*. Wprawdzie używa „palety” narzędzi dostarczonych mu przez producenta/operatora gry, to nadaje postaci fikcyjnej konglomerat cech pozaplastycznych, których nie da się ująć w sztywne ramy jakiegoś wzorca. Taka postać może mieć swój charakter, przestrzegać określonych zasad albo zachowywać się naganie. Może wypowiadać różne poglądy, dokonywać różnych ocen, pisać wiersze, śpiewać itp.

<sup>18</sup> Problematyka naruszenia dóbr osobistych w wirtualnym świecie gry komputerowej została zaprezentowana w referacie X. Konarskiego pt. *Ochrona prywatności w świecie wirtualnym*, który został wygłoszony na konferencji pt. „Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego, unijnego i międzynarodowego” (zob. przypis 10). Szczegółową relację z tego wystąpienia można znaleźć w: D. Karkut, *Sprawozdanie...*, s. 298–299.

<sup>19</sup> Owa fikcyjność postaci może budzić wątpliwości wtedy, gdy użytkownik stworzy postać stanowiącą całkowite odwzorowanie (odzwierciedlenie) jego samego w aspekcie wyglądu fizycznego i cech psychicznych (psychologicznych).

*Avatar* więc teoretycznie (czy i praktycznie?) może być wykorzystywany w trakcie rozgrywki („bytności” w wirtualnym świecie) w celach nieodpowiadających intencjom producenta (twórcy) wirtualnego świata.

Jeżeli użytkownik w grach, z założenia mających odzwierciedlać prawdziwe życie toczące się w świecie rzeczywistym (np. *Second Life*), ma daleko idącą swobodę w kształtowaniu (kreowaniu) postaci reprezentującej go w alternatywnym (wirtualnym) świecie danej gry, to nie ma realnych przeszkód ku temu, by mógł stworzyć postać będącą kopią osoby zmarłej (już w świecie rzeczywistym) w każdym aspekcie jej dotyczącym, począwszy od wyglądu fizycznego tej osoby, skończywszy na nadaniu wirtualnej postaci wszystkich (bądź większości) cech osobowości osoby już nieżyjącej. Jeżeli natomiast osoba nieżyjąca za życia zyskała powszechną sławę, stając się znana wszystkim na świecie lub w kraju swojego miejsca zamieszkania, to zidentyfikowanie jej w wirtualnym świecie gry (zwłaszcza tej, która ma globalny zasięg) nie powinno nastręczać większych, ba, żadnych trudności. Nietrudno więc wyobrazić sobie sytuację, w której Pan Iksiński wstępuje do „rozgrywki” w *Second Life* z postacią swoim wyglądem i zachowaniami (sposobem bycia) odzorowującą np. *Michaela Jacksona*.

Jeżeli użytkownik w grach, o których mowa w akapicie powyżej, może kierować postacią będącą kopią znanej (lub nawet nieznannej) rzeczywistej osoby zmarłej, to nic nie stoi na przeszkodzie temu, by mógł podjąć, a następnie prowadzić tą postacią w wirtualnym świecie gry działania pozostające w sprzeczności (czy nawet rażącej sprzeczności) nie tylko z przepisami powszechnie obowiązującego już w świecie rzeczywistym prawa, lecz także z regułami (normami) moralnymi cieszącymi się – poza światem wirtualnym – powszechnym uznaniem w danej społeczności, kręgu kulturowym, czy nawet na całym świecie, bezczeszcząc tym samym pamięć o zmarłej osobie, czyli dopuszczając się naruszenia jej czci w rozumieniu przedstawionym w uwagach dotyczących kultu pamięci zmarłego. W konsekwencji należy przyjąć możliwość (a nawet konieczność) zranienia takim zachowaniem (ciągim zachowań) *awatar*a uczuć osób najbliższych zmarłego, którego „realna” kopia „krąży” w wirtualnym świecie gry, niezależnie od tego, czy osoby najbliższe uczestniczą w tej grze w charakterze innych *awatarów*. Spoglądając więc na przedstawione „zjawisko” kazuistycznie, użytkownik kieruje reprezentującym go w danej wirtualnej społeczności *awatarem*, stanowiącym kopię osoby nieżyjącej, w taki sposób, że wykracza

przeciwko obowiązującemu w niej „porządkowi”<sup>20</sup>, a przede wszystkim pewnym normom moralnym obowiązującym w świecie rzeczywistym, gdyż zabija, kradnie, „gwałci” inne *awatary*, czym wzbudza powszechną dezaprobatę u innych (pozostałych) *awatarów*, a może nawet graczy. Niewątpliwie, w zaprezentowanej, jak wskazano, możliwej przecież do wystąpienia sytuacji, osobom najbliższym zmarłego, którego cześć zewnętrzna została naruszona, przysługiwałyby roszczenia z tytułu naruszenia przysługującego im dobra osobistego w postaci kultu pamięci osoby zmarłej, a ściślej rzecz ujmując, prawa do ochrony pamięci po osobie zmarłej. W tym miejscu wyrażę jedynie zastanowienie, czy dokonana wyżej ocena prawna powinna ulec zmianie, gdy podmiotem naruszającym cześć osoby zmarłej jest członek jej najbliższej rodziny.

Frapujący badawczo problem dotyczy sytuacji, w której wirtualna postać będąca „czarnym charakterem” w wirtualnym świecie danej gry komputerowej, stanowiąca kopię osoby zmarłej, mieści się w konwencji tej gry, z góry założonej przez jej twórcę, np. łotrzyk, który jest jedną z postaci wpisujących się w określoną (z góry ustaloną) fabułę gry, gdy ta postać zachowuje się w sposób nieodpowiadający „moralnej sylwetce” zmarłego, a wręcz jej urągający (zmarły znany był „wszem i wobec” z dobroci, uczciwości, lojalności etc.). Mimo zachowywania się przez gracza zgodnie z regułami gry nie możemy przecież wykluczyć zranienia uczuć tych, którym dobro osobiste w postaci kultu pamięci osoby zmarłej przysługuje.

Z postawionego w powyższym akapicie pytania można wyprowadzić dalsze: 1) Co, jeżeli postać „czarnego charakteru” (będąca kopią

---

<sup>20</sup> W piśmiennictwie prawniczym dotyczącym problematyki tzw. „własności wirtualnej” skonstruowano klauzulę generalną: „zasady współżycia wirtualnego” na podobieństwo często używanej przez polskiego ustawodawcę w różnych przepisach kodeksu cywilnego klauzuli zasad współżycia społecznego. Wskazuje się, że za sprzeczne z zasadami współżycia wirtualnego należałoby uznać wszelkie działania, które powszechnie w środowisku internetowym uważane są za niepożądane (naruszenie „netykiety”?), np. spamowanie, czy ograniczanie dostępu do strony www osobom pochodzącym z danej części świata (zob. Ł. Maryniak, P. Baryś, *Prawo...*, s. 118). Zwraca uwagę to, że zaproponowana konstrukcja ma charakter powszechny, czyli odnoszący się do środowiska internetowego w ogólności, nie do poszczególnych wirtualnych społeczności zgromadzonych w fantazyjnych światach konkretnych gier komputerowych, aczkolwiek nie dostrzegam żadnych przeciwwskazań, aby klauzulę zasad współżycia wirtualnego traktować także nieco wężiej, czyli obejmować nią zespół zasad (reguł) obowiązujących w określonym wirtualnym świecie, które to zasady (reguły) wynikają z przyjętej przez twórcę gry jej konwencji.

zmarłego) uzyskuje powszechny szacunek, a wręcz sławę w wirtualnym świecie i inni użytkownicy (w istocie ich *awatary*) zabiegają o kontakt celem nawiązania „współpracy” z nią? 2) Co, jeżeli taka postać zaczyna na sobie zarabiać<sup>21</sup>? Czy wtedy najbliższym zmarłego przysługiwałyby jakieś roszczenia o charakterze majątkowym ściśle związane z faktem bogacenia się na takiej postaci?

Na gruncie rozważanego zagadnienia można formułować wiele innych pytań i mnożyć problemy, zdaje się, że nie tylko badawcze, co wykracza jednak poza ramy tego artykułu.

Podsumowując, przyjmuję, że możliwe są naruszenia kultu pamięci osoby zmarłej na płaszczyźnie jej czci i honoru w wirtualnym świecie gry komputerowej, co więcej mogą one przybierać różnorodną postać. Taką konstatację formułuję w szczególności dlatego, że obecnie wirtualne światy gier komputerowych coraz bardziej „zazębiają” się ze światem rzeczywistym, nierzadko stanowiąc jego odzwierciedlenie. Ponadto naruszenie czci i honoru zmarłego w wirtualnym świecie gry powinno być rozpatrywane tak, jakby wydarzyło się w świecie rzeczywistym, gdyż przez zachowania w wirtualnym świecie może dojść do zranienia uczuć osób bliskich zmarłego, którym przysługuje to dobro tak samo jak w świecie rzeczywistym<sup>22</sup>.

## Streszczenie

Przemysł gier komputerowych obok przemysłu filmowego stanowi źródło największych dochodów w świecie przemysłu rozrywkowego. Obecnie gry komputerowe odzwierciedlają niemalże wszystkie aspekty

---

<sup>21</sup> Przykładowo, Linden Labs, producent programu *Second Life*, umożliwił wymianę tzw. *Linden Dollarów* – wirtualnej waluty na prawdziwe pieniądze – dolary, za pośrednictwem specjalnego serwisu LindenX. W 2008 r. najdroższą zanotowaną nieruchomością w wirtualnym świecie stał się Club Universe ze świata *Entropia Universe* kupiony za 100.00 dolarów. Szacuje się, że każdego dnia w alternatywnym świecie *Second Life* dokonuje się obrotu wirtualnymi towarami i usługami o wartości 400-500 tys. dolarów amerykańskich, natomiast w świecie *Entropia Universe* obrót szacuje się na 1,25 mln dolarów dziennie. Zarabianie więc realnych pieniędzy w trakcie gry nie powinno budzić żadnego zaskoczenia od co najmniej kilku lat.

<sup>22</sup> Zob. A. Gawlik, *Status...*, s. 192. Autorka tej pracy również opowiada się za przyjęciem możliwości naruszenia kultu pamięci osoby zmarłej w wirtualnym świecie gry komputerowej.

świata rzeczywistego, a tzw. wirtualne światy świetnie spełniają funkcję alternatywnej rzeczywistości. W świetle tej konstatacji warto zadać sobie pytanie, czy możliwe jest ranienie bliskich osoby zmarłej (w świecie rzeczywistym) w wirtualnym świecie poprzez uczestnictwo w grze z wykorzystaniem wszystkich możliwości danych przez jej producenta i twórców poszczególnych do niej elementów. W artykule autor podejmuje próbę ustalenia możliwości naruszenia kultu pamięci zmarłego w wirtualnym świecie gry komputerowej i analizuje ewentualne naruszenia tego dobra osobistego w grze komputerowej, zwłaszcza takiej, w której uczestniczą miliony zarejestrowanych użytkowników.

Słowa kluczowe: kult pamięci osoby zmarłej, wirtualny świat, wirtualne światy, gra komputerowa, gry on-line, awatar.

### **Abstract**

Apart from the film industry the industry of computer games is the source of the largest incomes in the world of entertainment industry. Nowadays computer games reflect almost all aspects of real world and so-called virtual worlds function as alternative reality. In the light of this statement it is worth considering, whether there is a possibility of wounding feelings of dead person's relatives (in real world) in virtual world by participating in computer game with making use of all opportunities given by its producer and creators of its particular elements. In the article the author makes the attempt to establish the possibility of violations of cult and memory of the deceased in virtual world of computer game and analyses potential violations of this personal right in computer game, in particular in computer game, in which there are millions of registered users participating.

Keywords: cult and memory of the deceased, virtual world, virtual worlds, computer game, on-line games, avatar.

Tadeusz Kocowski<sup>1</sup>

## **Działalność gospodarcza zakładów i przedsiębiorców w dziedzinie świadczenia usług pogrzebowych**

1. Działalność gospodarcza w ustawodawstwie polskim traktowana jest jednolicie. Zgodnie z przepisem art. 2 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>2</sup> określana jest ona jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Nie zmienia tego faktu wydanie przepisów ustawy z 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej<sup>3</sup>, zgodnie z którymi usługą to świadczenie wykonywane przez usługodawcę na własny rachunek, zwykle za wynagrodzeniem, w szczególności usługi budowlane, handlowe oraz usługi świadczone w ramach wykonywanego zawodu. Brak wyraźnego rozróżnienia, jakie jest w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, pomiędzy przedsiębiorczością a usługami. Nie ulega wszakże wątpliwości, iż każdy z tych rodzajów działalności posiada swoją specyfikę, co związane jest z różnym spełnianiem przez podmioty wykonujące dany rodzaj działalności, jej wyznaczników.

Działalność zakładów i przedsiębiorstw pogrzebowych jest niewątpliwie działalnością specyficzną, choćby ze względu na przedmiot owych usług, którym jest pochowanie zwłok, oraz wymogi z tym związane zawarte w przepisach ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278 ze zm.).



i chowaniu zmarłych<sup>4</sup>. Regulacje prawne odnoszące się do tej problematyki, w szczególności sama ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych licząca ponad 50 lat, zdają się nie nadać za „duchem czasu” w tym zakresie. Niektóre jej rozwiązania nie przystają do współczesnej sytuacji związanej z postępowaniem ze zwłokami i przeprowadzaniem pochówkiem, nie odnosząc się także do nowych praktyk związanych z przygotowaniem zwłok do pochówku. Działania te wymagają odpowiednich uregulowań prawnych uwzględniających zmiany zaistniałe w stosunkach społecznych dotyczących także i tej problematyki. W szczególności przepisy ustawy nie odpowiadają zmianom, które dokonały się w zakresie sposobów postępowania ze zwłokami ludzkimi oraz techniką pogrzebową, a to w dużym stopniu odnosi się do działalności wykonywanej przez przedsiębiorców prowadzących zakłady pogrzebowe.

2. Usługi świadczone przez zakłady i przedsiębiorstwa pogrzebowe formalnie należą do kategorii działalności gospodarczej wolnej, a wynikające z przepisów prawa ograniczenia, mają charakter ograniczeń przedmiotowych, związanych z koniecznością godnego pochowania osoby zmarłej i postępowania ze zwłokami ludzkimi będącymi fizyczną pozostałością życia danej osoby ludzkiej. Za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych<sup>5</sup>. Stąd też szczególne podejście zarówno do samych zwłok jak i działań mających na celu ich pochówek. Uczestniczą w nim bowiem przeważnie bliscy osoby zmarłej, którzy znajdują się w specyficznym stanie psychicznym, wynikającym z traumy jaka związana jest z utratą osoby bliskiej. Ten stan potęgowany jest koniecznością wykonania wielu działań związanych z pochowaniem zwłok i zorganizowaniem uroczystości pogrzebowej, a także koniecznością zakończenia bądź kontynuowania, w nowych warunkach, różnorodnych spraw, w które zaangażowana była osoba zmarła.

Istotną więc rzeczą jest niewątpliwie określenie, kto jest uprawniony do podejmowania decyzji co do postępowania ze zwłokami zmarłego, oraz sposobu i rodzaju przeprowadzanej uroczystości pogrzebowej, wyboru miejsca oraz miejscowości pochówku, a także ewentualnego wyboru przedsiębiorstwa pogrzebowego organizującego pochówek.

---

<sup>4</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. Nr 11, poz. 62 ze zm.).

<sup>5</sup> Zobacz przepis § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. Nr 153, poz. 1783).



Wspomnieć należy, iż zwłoki ludzkie nie stanowią rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c., choć są niewątpliwie przedmiotem materialnym. Wskazuje się jednoznacznie, iż ze względów etycznych nie mogą one być przedmiotem prawa podmiotowego. Niemajątkowe uprawnienie do pochowania zwłok osoby zmarłej przysługuje natomiast z mocy szczególnych przepisów określonym w nich osobom<sup>6</sup>.

Prawo pochowania zwłok ludzkich, zgodnie z przepisem art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, ma najbliższa pozostała rodzina osoby zmarłej, a mianowicie: 1) pozostały małżonek lub małżonka, 2) krewni zstępni, 3) krewni wstępni, 4) krewni boczni do 4 stopnia pokrewieństwa, 5) powinowaci w linii prostej do 1 stopnia. Prawo pochowania zwłok osób wojskowych zmarłych w czynnej służbie wojskowej przysługuje właściwym organom wojskowym w myśl przepisów wojskowych. Prawo pochowania zwłok osób zasłużonych wobec Państwa i społeczeństwa przysługuje organom państwowym, instytucjom i organizacjom społecznym. Prawo pochowania zwłok przysługuje również osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiążą.

Zwłoki niepochowane przez podmioty uprawnione, mogą być przekazane do celów naukowych publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Decyzję w sprawie przekazania zwłok do celów naukowych wydaje, na wniosek uczelni, właściwy starosta. Zwłoki niepochowane przez podmioty uprawnione, albo nieprzekazane publicznej uczelni medycznej albo publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, są chowane przez gminę właściwą ze względu na miejsce zgonu.

Sam fakt zgonu człowieka musi zostać urzędowo stwierdzony, wraz z podaniem godziny i daty zgonu, która jest istotna ze względu na temporalne wymogi postępowania ze zwłokami ludzkimi określonymi przez przepisy ustawy. Zgon i jego przyczyna, zgodnie z przepisami art. 11 ustawy, powinny być ustalone przez lekarza leczącego chorego w ostatniej chorobie. W razie gdy sytuacja powyższa jest niemożliwa do zrealizowania, stwierdzenie zgonu i jego przyczyny powinno nastąpić w drodze oględzin dokonywanych przez lekarza lub w razie jego braku przez inną osobę, powołaną do tej czynności przez właściwego starostę. Osoby te stwierdzają zgon i jego przyczyny w wydawanych w tym celu

---

<sup>6</sup> Por. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, Cześć ogólna*, Warszawa 2007, s. 180.

kartach zgonu. Jeden z egzemplarzy karty zgonu zawierający adnotację urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu, przedstawia się administracji cmentarza w celu pochowania zwłok, drugi zaś służy do celów statystycznych. Pochowanie zwłok wymaga uprzedniego stwierdzenia zgonu i jego przyczyn w karcie zgonu zawierającej adnotację urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu<sup>7</sup>.

Zwłoki osób zmarłych lub zabitych w miejscach publicznych, zgodnie z przepisami art. 13 ustawy, przewozi się przed ich pochowaniem, na wniosek właściwego organu, do zakładu medycyny sądowej, a w razie jego braku na obszarze powiatu - do najbliższego szpitala mającego prosektorium, celem ustalenia przyczyny zgonu. Organizowanie tego przewozu należy do zadań powiatu.

Zwłoki, zgodnie z przepisami art. 12 ustawy, mogą być pochowane przez złożenie w grobach ziemnych, w grobach murowanych lub katakumbach i zatopienie w morzu. Szczątki pochodzące ze spopielenia zwłok mogą być przechowywane także w kolumbariach. Przenoszenie lub przewożenie zwłok w otwartych trumnach jest wzbronione. Groby ziemne, groby murowane i kolumbaria przeznaczone na składanie zwłok i szczątków ludzkich mogą znajdować się tylko na cmentarzach.

Zwłoki osób zmarłych, zgodnie z przepisami art. 9 ustawy, nie mogą być chowane przed upływem 24 godzin od chwili zgonu z wyjątkiem zwłok osób zmarłych na niektóre choroby zakaźne. Najpóźniej po upływie 72 godzin od chwili zgonu, zwłoki powinny być usunięte z mieszkania celem pochowania lub w razie odroczenia terminu pochowania - złożone w domu przedpogrzebowym lub kostnicy, do czasu pochowania. Zwłoki osób zmarłych na niektóre choroby zakaźne powinny być natychmiast po stwierdzeniu zgonu usunięte z mieszkania i pochowane na najbliższym cmentarzu w ciągu 24 godzin od chwili zgonu. Wyjątki od wskazanych powyżej terminów mogą być czynione jedynie po utrwaleniu zwłok za zezwoleniem właściwego miejscowo inspektora sanitarnego. Od chwili zgonu aż do pochowania zwłoki powinny być

---

<sup>7</sup> Z nieco inną procedurą mamy do czynienia w przypadku zwłok osób, co do których istnieje pewność lub uzasadnione podejrzenie, że przyczyną zgonu była choroba zakaźna, podlegająca obowiązkowemu zgłoszeniu. W takiej sytuacji lekarz, jak i inne osoby powołane do dokonywania oględzin zwłok powinni zawiadomić o tym natychmiast właściwego inspektora sanitarnego. W przypadku uzasadnionego podejrzenia, że przyczyną zgonu było przestępstwo, lekarz, jak i inne osoby powołane do oględzin zwłok, powinni zawiadomić o tym natychmiast właściwego prokuratora lub najbliższy posterunek Policji.

przechowywane w taki sposób, aby nie mogły powodować szkodliwego wpływu na otoczenie.

Podmiot leczniczy wykonujący działalność leczniczą w rodzaju stacjonarnego i całodobowego świadczenia zdrowotnego, zgodnie z przepisami art. 28 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej<sup>8</sup>, w razie śmierci pacjenta jest zobowiązany:

- a) należyście przygotować zwłoki poprzez ich umycie i okrycie, z zachowaniem godności należnej osobie zmarłej, w celu ich wydania osobie lub instytucji uprawnionej do ich pochowania, o której mowa w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych,
- b) przechowywać zwłoki nie dłużej niż przez 72 godziny, licząc od godziny, w której nastąpiła śmierć pacjenta.

Czynności te nie stanowią przygotowania zwłok zmarłego pacjenta do pochowania, co oznacza, że przygotowanie to powinno być uczynione przez osobę upoważnioną do pochowania zwłok lub zlecone przez tę osobę zakładowi lub przedsiębiorstwu pogrzebowemu wybranemu przez tę osobę spośród jednostek świadczących tego typu usługi. Jednostka ta w sposób profesjonalny powinna dokonać wszystkich czynności związanych z organizacją pochówku, także z uwzględnieniem indywidualnych, specjalnych wymogów przedstawionych przez dającego zlecenie. Oczywiście wymogi te nie mogą wykraczać poza określone prawem zasady postępowania ze zwłokami i organizowania pochówków, określonych w przepisach obowiązującego prawa.

Ekshumacja zwłok i szczątków, zgodnie z art. 15 ustawy, może być dokonana: na umotywowaną prośbę osób uprawnionych do pochowania zwłok za zezwoleniem właściwego inspektora sanitarnego, na zarządzenie prokuratora lub sądu, oraz na podstawie decyzji właściwego inspektora sanitarnego w razie zajęcia terenu cmentarza na inny cel. W tym ostatnim przypadku zwłoki i szczątki powinny być pochowane na nowo w innym miejscu.

**3. Usługi świadczone przez zakłady i przedsiębiorstwa pogrzebowe w finalnej swej części świadczone są na terenie cmentarzy. Zakładanie i rozszerzanie cmentarzy komunalnych, zgodnie z przepisem art. 1 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, należy do zadań własnych**

---

<sup>8</sup> Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 217 ze zm.).

gminy co oznacza, iż jest to zadanie publiczne. Ustawa przewiduje możliwość istnienia cmentarzy wyznaniowych. Cmentarze komunalne utrzymywane są i zarządzane przez właściwych wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), a utrzymanie cmentarzy wyznaniowych i zarządzanie nimi należy do związków wyznaniowych.

Cmentarze komunalne, zgodnie z ustawą zakłada się w zasadzie na terenie każdej gminy lub miasta, jednakże w uzasadnionych przypadkach można założyć cmentarz dla kilku gmin. W miejscowościach, w których nie ma cmentarzy komunalnych, zarząd cmentarza wyznaniowego jest obowiązany umożliwić pochowanie na tym cmentarzu, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących. Zarząd cmentarza wyznaniowego nie może odmówić pochowania zwłok osób, które posiadają nabyte prawo do pochówku w określonym miejscu tego cmentarza. Zwłoki osób innego wyznania lub niewierzących, powinny być przez zarząd cmentarza traktowane na równi ze zwłokami osób należących do wyznania, do którego należy cmentarz, a w szczególności pod względem wyznaczenia miejsca pochowania, właściwego ceremoniału pogrzebowego i wznoszenia stosownych nagrobków.

Na każdym cmentarzu, zgodnie z przepisem art. 5 ustawy, powinien być dom przedpogrzebowy lub kostnica, które służą do składania ciał osób zmarłych do czasu ich pochowania; wykonywania oględzin zwłok ludzkich dla celów sądowo-lekarskich, sanitarnych oraz policyjnych; oraz do wykonywania innych czynności związanych z chowaniem zwłok.

Przyjęcie zwłok do pochowania na cmentarz następuje po przedstawieniu karty zgonu zawierającej adnotację urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu, zaś w przypadku, w których zachodzi uzasadnione podejrzenie, że przyczyną zgonu było przestępstwo, na pochowanie zwłok oprócz karty zgonu wymagane jest zezwolenie prokuratora.

Zwłoki mogą być pochowane przez złożenie w grobach ziemnych, w grobach murowanych lub katakumbach. Szczątki pochodzące ze spopielenia zwłok mogą być przechowywane także w kolumbariach. Przenoszenie lub przewożenie zwłok w otwartych trumnach jest wzbronione. Groby ziemne, groby murowane i kolumbaria przeznaczone na składanie zwłok i szczątków ludzkich mogą znajdować się tylko na cmentarzach.

Zadania własne jednostki samorządu terytorialnego w zakresie zakładania, rozszerzania i zamykania cmentarzy komunalnych, tradycyjnie

były i w dalszym ciągu są wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe, przy czym zakłady te świadczyły także usługi pogrzebowe. Rynek usług pogrzebowych, cmentarnych i pokrewnych, jest obecnie rynkiem otwartym dla wszystkich podmiotów chcących świadczyć tego typu usługi i nie ogranicza się do podmiotów publicznych. Usługi świadczyć więc mogą zarówno podmioty publiczne (komunalne zakłady budżetowe) jak i podmioty prywatne. Prywatni przedsiębiorcy podejmując tego typu działalność, korzystają więc w tym zakresie z wolności działalności gospodarczej, gdyż brak jest prawnych ograniczeń podmiotowych związanych z podejmowaniem tego typu działalności gospodarczej.

Przedmiot działania tych podmiotów jest specyficzny, gdyż związany jest ze zwłokami, szczątkami i prochami ludzkimi oraz dokonywaniem ich pochówków. Przedsiębiorcy organizujący i wykonujący usługi pogrzebowe, zajmują się przechowywaniem i przygotowaniem zwłok ludzkich, szczątków lub prochów do pochówku, co wymaga szczególnego profesjonalizmu reprezentowanego przez osoby wykonujące wspomniane czynności. Podobnie przedsiębiorstwo pogrzebowe wymaga odpowiedniego zorganizowania co oznacza, iż przepisy prawa wprowadzają wiele ograniczeń, w szczególności o charakterze policyjnym, odnoszącym się do organizacji, wyposażenia i pewnych działań podejmowanych przez te jednostki.

**4. Działalność gospodarcza zakładów i przedsiębiorców pogrzebowych** określana jest niekiedy także jako działalność funeralna. Należy ona niewątpliwie do działalności kwalifikowanej ekonomicznie jako działalność usługowa. W załączniku do przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z 24 grudnia 2007 r. sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności<sup>9</sup> znajdujemy w sekcji „S” kod 9866, w dziale 96 zatytułowanym pozostała indywidualna działalność usługowa, podklasę 96.03 z „pogrzeby i działalność pokrewna”. Podklasa ta obejmuje następującą działalność:

- 1) grzebanie i kremację zwłok ludzkich i zwierzęcych oraz usługi powiązane:
  - a) przygotowanie zwłok do pochówku lub kremacji, balsamowanie zwłok,
  - b) usługi zakładów pogrzebowych,

---

<sup>9</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z 24 grudnia 2007 r. sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (Dz. U. Nr 251, poz. 1885).

- c) przeprowadzenie pogrzebu lub kremacji,
  - d) wynajmowanie przygotowanego miejsca w domach pogrzebowych,
- 2) dzierżawę lub sprzedaż grobów,
  - 3) opiekę i utrzymywanie grobów i mauzoleów.

Tego typu działalność gospodarcza nie jest objęta żadnymi prawnymi ograniczeniami podmiotowymi, co oznacza, iż jest ona działalnością wolną i wykonywana być ona może przez wszystkie kategorie przedsiębiorców. Biorąc więc pod uwagę przepis art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, działalność taką jako przedsiębiorcy prowadzić mogą osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobą prawną, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, a także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

**5.** Przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną może podjąć działalność gospodarczą po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym<sup>10</sup>, przy czym spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców. W przypadku tej kategorii przedsiębiorców wpis do Krajowego Rejestru Sądowego ma jednoznacznie charakter konstytutywny, co oznacza, iż jednostki te powstają dopiero z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Sąd natomiast wpisuje przedmiot działalności gospodarczej wskazany przez rejestrowany podmiot, kontrolując go jedynie od strony formalnej, co oczywiście nie zwalnia tego podmiotu z konieczności uzyskania niezbędnych zezwoleń, koncesji, czy zgód, wymaganych dla prowadzenia określonych rodzajów działalności gospodarczej objętych tymi ograniczeniami. Przepis art. 40 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym wymaga, by w dziale 3 rejestru przedsiębiorców, obok innych danych zamieszczony został przedmiot działalności według Polskiej Klasyfikacji Działalności (zgodnie z danymi umieszczonymi we wniosku o wpis). W zakresie działalności będącej przedmiotem prowadzonej analizy, brak prawnych ograniczeń, które przewidywałyby konieczność uzyskania uprawnień, co oznacza, iż uzyskanie wpisu pozwala

---

<sup>10</sup> Zobacz przepisy ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. Nr 168, poz. 1186 ze zm.).



tym przedsiębiorcom na podjęcie działalności usługowej, określanej w Polskiej Klasyfikacji Działalności mianem „pogrzeby i działalność pokrewna”. Przedsiębiorcy będący jednostkami organizacyjnymi, mogą podejmować tego typu działalność z chwilą uzyskania wpisu.

W obecnym kształcie Krajowego Rejestru Sądowego, dokonanie wpisu w jego dziale „a”, czyli rejestrze przedsiębiorców, jest w istocie wyłącznie niezbędnym warunkiem powstania przedsiębiorcy jako podmiotu prawa, a więc uzyskania podmiotowości albo osobowości prawnej. Rejestracja nie ma natomiast znaczenia - wbrew nazwie samego rejestru – z punktu widzenia nabycia przez rejestrowany podmiot statusu przedsiębiorcy i to zarówno w rozumieniu ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, z tytułu wpisu do tego właśnie rejestru (w znaczeniu formalnoprawnym) ani według przepisów Kodeksu cywilnego, albo ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (w znaczeniu materialnoprawnym)<sup>11</sup>. Wyjątkiem są tutaj jedynie te osoby prawne, które uzyskują swoją osobowość prawną w inny sposób niż poprzez wpis do rejestru przedsiębiorców (stowarzyszenia, fundacje, publiczne uczelnie akademickie), gdyż te przed wpisem do rejestru przedsiębiorców (legalizującym ich działalność gospodarczą), już istnieją i działalność gospodarczą mogą „podejmować”, aczkolwiek „podjąć” mogą ją dopiero po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców<sup>12</sup>.

Osoby fizyczne będące przedsiębiorcami, zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, mogą podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Wpisowi do niej podlegają jedynie przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi. Przedsiębiorca ma wszakże prawo, aby we wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, określić późniejszy dzień podjęcia działalności gospodarczej niż dzień złożenia wniosku.

Wpis do CEIDG jest dokonywany, jeżeli wniosek jest złożony przez osobę uprawnioną i jest poprawny. Wpis do CEIDG polega na wprowadzeniu do systemu teleinformatycznego danych podlegających wpisowi. Mamy więc tu do czynienia z czynnością materialno-techniczną organu

---

<sup>11</sup> M. Jasiakiewicz, *Jeszcze o pojęciu przedsiębiorcy – Polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 5, s. 57.

<sup>12</sup> Por. M. Szydło, *Ewidencja działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, nr 3, s. 65.



rejestrowego<sup>13</sup>. Brak tu elementu konstytutywnego, gdyż osoby fizyczne korzystają w tym zakresie z wolności działalności gospodarczej. Oznacza to, iż bez żadnych przeszkód mogą podejmować wskazaną powyżej działalność usługową.

6. Działalność gospodarczą w omawianym zakresie, jak wspomniano powyżej, podejmować mogą zarówno osoby fizyczne, osoby prawne jak i jednostki organizacyjne posiadające status ułomnych osób prawnych. Wskazać wszakże należy, iż tego typu działalność gospodarczą prowadzą także jednostki organizacyjne nieposiadające statusu osób prawnych czy ułomnych osób prawnych. Idzie tu przede wszystkim o komunalne zakłady budżetowe.

Zgodnie z przepisami art. 7 ustawy 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>14</sup>, zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W ramach zaspokajania tego typu potrzeb gmina realizuje sprawy dotyczące cmentarzy gminnych. Utrzymanie cmentarzy komunalnych i zarządzanie nimi, obejmuje wykonywanie zadań związanych z przygotowaniem i realizacją inwestycji, remontów i eksploatacją terenów cmentarnych, utrzymaniem właściwego stanu technicznego, użytkowego i estetycznego obiektów, urządzeń cmentarnych i jego terenów, a także spraw administracyjno-finansowych, związanych z prowadzeniem ewidencji pochowań i pobieraniem opłat za korzystanie z cmentarzy i urządzeń cmentarnych. Oczywiście na terenach cmentarzy dokonuje się chowania zwłok i przeprowadza ekshumacje. Gmina, celem wykonania wspomnianych powyżej zadań powołać może specjalną jednostkę organizacyjną.

Jeżeli przyjmiemy, iż działalność w zakresie utrzymania cmentarzy należy do sfery określanej mianem gospodarki komunalnej, która obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, to gmina, zgodnie z przepisami ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej<sup>15</sup>, zadania te realizować może w szczególności w formach:

---

<sup>13</sup> Por. T. Kocowski, *Postępowanie związane z legalizacją działalności gospodarczej podejmowanej przez osoby fizyczne*, w: B. Popowska (red.), *Swoistość procedur publicznego prawa gospodarczego*, Poznań 2014, s. 149.

<sup>14</sup> Ustawa 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.).

<sup>15</sup> Ustawa z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236 ze zm.).

zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Zadania własne gminy w zakresie cmentarzy, zgodnie z przepisami ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>16</sup> mogą być wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe, co oznaczałoby, iż zadania te mieszczą się w zakresie zadań użyteczności publicznej. Gmina bowiem jako jednostka samorządu terytorialnego powinna prowadzić przede wszystkim tego rodzaju działalność gospodarczą. Prowadzenie przez gminę działalności gospodarczej określanej mianem komercyjnej, może być podjęte jedynie w przypadkach określonych w przepisach art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej. W tym celu gmina powinna utworzyć spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółkę akcyjną, ewentualnie także może do takich spółek przystępować.

W praktyce, gminy powołują w tym celu zakłady budżetowe działające pod nazwą -zakład usług komunalnych. Przedmiotem ich działania są sprawy związane z należytyym utrzymaniem cmentarzy i urządzeń cmentarnych, których istnienie na cmentarzu wynika z ustawowego obowiązku (dom przedpogrzebowy lub kostnica), a także urządzeń wynikających ze zmieniających się zapatrywań co do sposobu odbywania pochówku (krematoria). Zakłady te dokonywać mogą także pochówków, gdyż trudno byłoby zaprzeczyć, iż w tym przypadku mamy do czynienia z działalnością o charakterze użyteczności publicznej. Tym samym więc działalność w zakresie usług pogrzebowych jednostki te mogą wykonywać obok przedsiębiorców prywatnych.

Zaznaczyć wszakże należy, że gminne zakłady budżetowe nie posiadają statusu przedsiębiorcy. Nie posiadają one osobowości prawnej ani nie są ułomnymi osobami prawnymi. Należą one do kategorii jednostek organizacyjnych określanych mianem *stationes communis* lub *stationes municipi*.

7. Zakład usług komunalnych, prowadzi działalność gospodarczą pomimo nie-posiadania statusu przedsiębiorcy. Dodatkowo prowadzi działalność zorganizowaną nie tylko w sensie formalnym, ale i przede wszystkim materialnym. Ze zorganizowaniem w znaczeniu materialnym mamy bowiem do czynienia w sytuacji, gdy podmiot ją prowadzący czyni to przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa w sensie przedmiotowym, czyli zorganizowanego zespołu składników niematerialnych i materialnych

---

<sup>16</sup> Ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.).

przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej<sup>17</sup>. W przypadku zakładów komunalnych prowadzących cmentarze wymogi te dotyczą wyposażenia cmentarzy w dom przedpogrzebowy lub kostnicę.

Zakłady komunalne, wykonując zarząd cmentarzem gminnym i świadcząc usługi pogrzebowe, niejednokrotnie stosują praktyki ograniczające konkurencję poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania konkurencji na rynkach lokalnych w zakresie świadczenia na nich usług pogrzebowych dotyczących kopania grobów ziemnych, w drodze przyznania sobie wyłączności usług kopania grobów ziemnych i tym samym ograniczania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku świadczenia usług pogrzebowych<sup>18</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że stopień zorganizowania materialnego gminnych zakładów budżetowych, czy gminnych spółek zajmujących się usługami komunalnymi, będzie obejmował istnienie przedsiębiorstwa jako zorganizowanego zespołu składników niematerialnych i materialnych, choćby z tego względu, że jednostki te w większości wykonywać będą równocześnie czynności związane z zarządem cmentarza gminnego. Obowiązujące przepisy prawne w zasadzie nie przewidują konieczności posiadania przedsiębiorstwa dla prowadzenia działalności usługowej w dziedzinie pogrzebów. Oznacza to, iż przedsiębiorcy prywatni zobowiązani są do dokonania czynności związanych ze zorganizowaniem formalnym, a więc związane z zalegalizowaniem podejmowanej działalności gospodarczej, aby stać się podmiotem obrotu gospodarczego. Gdy idzie o konieczne czynności legalizacyjne to niewątpliwie należałoby wymienić tu takie czynności, jak: wystąpienie ze stosownym wnioskiem i uzyskanie wpisu w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego lub w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, dokonanie zgłoszenia dla celów podatkowych, statystycznych oraz dla celów ubezpieczeń społecznych, założenie rachunku bankowego związanego z prowadzoną działalnością, zastosowanie określonej – swobodnie wybranej przez przedsiębiorcę formy organizacyjnoprawnej służącej wykonywaniu wspomnianej działalności gospodarczej. Brak jest specjalnych wymogów typu policyjnego czy reglamentacyjnego, które nakładałyby na przedsiębiorców zajmujących

---

<sup>17</sup> Por. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 48.

<sup>18</sup> Zobacz decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Katowicach, nr RKT-32/2013 z 23 października 2013 r.

się usługami pogrzebowymi obowiązek prowadzenia przedsiębiorstwa wraz ze specjalnym wyposażeniem.

Oczywiście konieczność taka powstaje w przypadku, gdyby przedsiębiorca taki chciał prowadzić specyficzne kategorie usług, na przykład świadczyć samoistne usługi polegające na kremacji zwłok. W takiej sytuacji musiałby zorganizować się materialnie i wyposażyć swoje przedsiębiorstwo w urządzenia krematoryjne. Wszakże prowadzenie tego rodzaju działalności stanowi wybór przedsiębiorcy, a nie obowiązek płynący z ustawy dotyczący każdego przedsiębiorcy wykonującego usługi pogrzebowe. Wszyscy przedsiębiorcy zobowiązani są wszakże do wykonywania działalności gospodarczej na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów, oraz spełniać określone przepisami prawa warunki wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności dotyczące ochrony przed zagrożeniem życia, zdrowia ludzkiego i moralności publicznej, a także ochrony środowiska.

**8.** Prawne ograniczenia związane z wykonywaniem działalności gospodarczej, ze względu na przedmiot realizowanej działalności, czyli usług pogrzebowych, są stosunkowo niewielkie. Pierwsze ograniczenie związane jest z zakazem wynikającym z treści przepisu art. 13 ustawy o działalności leczniczej stanowiącego, iż w miejscu udzielania świadczeń zdrowotnych, nie mogą być świadczone usługi pogrzebowe oraz prowadzona ich reklama. Zakaz ten wydaje się być niezwykle racjonalnym, gdyż skierowany jest na zapobieganie negatywnym reakcjom psychicznym, jakim chory pacjent byłby poddany poprzez obecność takiej reklamy w miejscu udzielania świadczeń medycznych. Reklama ta może sugerować znikomą lub zerową skuteczność owych świadczeń wykonywanych przez podmiot leczniczy, porzucenie nadziei na poprawę stanu zdrowia i tym samym na ewentualną konieczność skorzystania z oferty świadczonej przez obecną na miejscu firmę pogrzebową. Słusznie uznano, iż prowadzenie działalności akwizycyjnej przez firmy pogrzebowe na terenie podmiotów leczniczych byłoby nielicujące z zakresem wykonywanych świadczeń zdrowotnych<sup>19</sup>.

Pewien problem, związany z zakazem wykonywania tej działalności na terenie podmiotów leczniczych, związany jest z faktem

---

<sup>19</sup> M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 86.

wykorzystywania przez zakłady pogrzebowe nieposiadające w znakomitej większości przypadków chłodni do przechowywania zwłok, chłodni znajdujących się w szpitalach. Powstaje bowiem pytanie, czy wynajmowanie tych pomieszczeń w szpitalach nie prowadzi do łamania wspomnianego powyżej zakazu.

Pewne ograniczenia związane z koniecznością wykonania określonych nakazów wynikają z przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia z 27 grudnia 2007 r. w sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich<sup>20</sup>. Przepisy § 4 rozporządzenia wskazują wymagania techniczne i sanitarne, jakie powinien spełniać środek transportu drogowego przeznaczony do przewozu zwłok i szczątków ludzkich. Tak więc pojazd taki powinien:

- 1) być trwale oznakowany w sposób wskazujący na jego przeznaczenie;
- 2) posiadać kabinę kierowcy odizolowaną od części przeznaczonej na umieszczenie zwłok albo szczątków ludzkich;
- 3) posiadać zabezpieczenie przed przesuwaniami się trumny lub pojemnika na zwłoki albo szczątek ludzkich podczas przewozu;
- 4) posiadać podłogę w części przeznaczonej na umieszczenie trumny lub pojemnika na zwłoki albo szczątki ludzkie wykonaną z materiałów łatwo zmywalnych i odpornych na działanie środków dezynfekujących;
- 5) posiadać wydzielone miejsce na przechowywanie środków dezynfekcyjnych, sprzętu myjąco-czyszczącego oraz jednorazowych rękawic ochronnych.

Przepisy rozporządzenia nie dopuszczają także możliwości montażu miejsc siedzących w części przeznaczonej na umieszczenie zwłok albo szczątków ludzkich. Po każdorazowym przewiezieniu zwłok albo szczątków ludzkich nakazują przeprowadzenie dezynfekcji środka transportu w części przeznaczonej na ich umieszczenie, przy zastosowaniu preparatów o działaniu bakteriobójczym, wirusobójczym i grzybobójczym. Zabronione jest także zewnętrzne mycie środka transportu drogowego przeznaczonego do przewozu zwłok i szczątków ludzkich w miejscach przypadkowych i prowizorycznie zorganizowanych myjniach.

---

<sup>20</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 27 grudnia 2007 r. w sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich (Dz. U. Nr 249, poz. 1866).

Nadto tego typu środek transportu drogowego powinien być zarejestrowany jako pojazd specjalny zgodnie z przepisami o ruchu drogowym.

Zwłoki przewożone na obszarze państwa na odległość większą niż 60 km, zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, składa się w szczelnej drewnianej trumnie, wypełnionej warstwą substancji plynochłonnej o grubości 5 cm. Trumnę zamyka się w obecności powiatowego lub portowego inspektora sanitarnego, który następnie dokonuje jej opieczętowania. Trumnę umieszcza się na czas przewozu w szczelnie zamkniętym worku z nieprzepuszczalnego tworzywa sztucznego, odpornego na uszkodzenia mechaniczne. Po dostarczeniu trumny na miejsce przeznaczenia worek zdejmuje się i spala. Podobne wymogi dotyczą zwłok wywożonych za granicę Rzeczypospolitej Polskiej.

Z przewożeniem zwłok związana jest konieczność uzyskania pozwolenia właściwego państwowego powiatowego inspektora sanitarnego. Podmiotem uprawnionym do uzyskania pozwolenia jest nie przedsiębiorca pogrzebowy, ale osoba uprawniona, określona w przepisach art. 10 ust. 1 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Przedsiębiorca pogrzebowy będzie mógł być w takim przypadku wykonawcą usługi, którą realizować będzie musiał zgodnie z warunkami określonymi w obowiązujących przepisach.

9. Zawarte w przepisach ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, oraz aktów do niej wykonawczych rozwiązania, zdają się wyraźnie nie przystawać do współczesnej sytuacji związanej z postępowaniem ze zwłokami i przeprowadzanym pochówkiem, a czasami wręcz nie regulują nowych praktyk. Zupełnie nieuregulowane pozostają problemy związane z dokonywaniem spopielania i balsamizacji zwłok. Przepisy nie regulują, gdzie tego typu operacje powinny być dokonywane. Czy spopielanie zwłok może być dokonywane jedynie w krematorium, czy także poza jego terenem? W jakim czasie po śmierci można dokonać kremacji zwłok i jak zabezpieczyć się choćby przed wydaniem „innych prochów”, co w tym procesie nie jest niemożliwe? Wreszcie, co można uczynić z prochami, czy możliwe jest ich przechowywanie poza cmentarzem?

Te same dylematy dotyczą pewnej nowości na naszym rynku usług pogrzebowych, a mianowicie problematyki przeprowadzania konserwacji zwłok, czyli ich balsamizacji. Należałoby bowiem rozstrzygnąć,



w jakim czasie po zgonie, w jakim miejscu, za pomocą jakich substancji i z zachowaniem jakich warunków sanitarnych może być ona dokonywana. Wreszcie pytanie o to kto, czy każdy (co w przypadku mody na deregulację wszystkiego nie jest wykluczone) może jej dokonywać.

Istotnym zagadnieniem wydaje się także problem dotyczący wszystkich przedsiębiorców, a mianowicie problem zrzeszania się podmiotów gospodarczych, celem reprezentacji interesów przedsiębiorców. Dobrowolność zrzeszania się przedsiębiorców jest pokłosiem niedobrych praktyk związanych z działaniem korporacji samorządowych w okresie gospodarki nakazowo-rozdzielczej. Takie podejście w stosunku do samorządu gospodarczego przyjęły przepisy uchwalonej 2 kwietnia 1997 r. Konstytucji RP. Przede wszystkim treść art. 58 Konstytucji RP zapewnia każdemu wolność zrzeszania się, wskazując równocześnie, iż zakazane są zrzeszenia, których cel lub działalność są sprzeczne z konstytucją lub ustawą. Możliwość tworzenia organizacji samorządowych przez przedsiębiorców poświęcony jest bezpośrednio przepis art. 17 Konstytucji RP. Stanowi on o możliwości tworzenia samorządów, w tym gospodarczych. Samorządy te nie mogą, (co przepis konstytucji wyraźnie podkreśla), naruszać wolności podejmowania działalności gospodarczej<sup>21</sup>. Przepisy ustawy z 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych<sup>21</sup> respektują zasadę dobrowolności zrzeszania się przedsiębiorców stanowiąc ponadto, iż izba gospodarcza jest organizacją samorządu gospodarczego, reprezentującą interesy gospodarcze zrzeszonych w niej przedsiębiorców, w szczególności wobec organów władzy publicznej.

Przedsiębiorcy branży pogrzebowej powołali w 2002 r. Polską Izbę Przedsiębiorców Branży Pogrzebowej (PIPBP), która w 2009 r. zmieniła nazwę na Polską Izbę Pogrzebową (PIP). Izba jako organizacja samorządu gospodarczego przedsiębiorców branży pogrzebowej, reprezentuje interesy dobrowolnie zrzeszonych podmiotów prowadzących działalność w zakresie usług pogrzebowych, cmentarnych, prosektoryjnych, kamieniarskich, produkcji trumien, akcesoriów oraz wszelkich wyrobów i usług związanych z branżą pogrzebową. Izba jest osobą prawną, zrzeszającą około 400 członków.

Podstawowym celem działalności Izby jest wspomaganie członków w wykonywaniu przez nich usług na wysokim poziomie, reprezentowanie ich interesów przed organami administracji państwowej

---

<sup>21</sup> Ustawa z 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz. U. Nr 35, poz. 195 ze zm.).



i samorządowej oraz, w uzasadnionych przypadkach, przed sądami powszechnymi. Prowadzi także działalność promocyjną na rzecz członków oraz pomoc w nawiązywaniu kontaktów z partnerami w kraju i za granicą. Współpracuje z podmiotami promującymi branżę pogrzebową. Dba o rozpowszechnianie i przestrzeganie zasad etyki zawodowej, co jest niezmiernie ważne w tym sektorze. We współpracy z organami administracji prowadzi działalność w zakresie doskonalenia zawodowego.

Biorąc pod uwagę zadania realizowane przez Izbę, wydaje się, iż warto zastanowić się nad tym, czy należy w dalszym ciągu utrzymywać zasadę dobrowolności zrzeszania się przedsiębiorców. Być może warto już wprowadzić obowiązek przynależności przedsiębiorców do organizacji samorządu gospodarczego, działającego dla dobra przedsiębiorców i w ich interesie. Wydaje się, iż usługi pogrzebowe jak najbardziej predestynowane są do tego, aby wszyscy przedsiębiorcy wykonujący tego typu usługi byli uczestnikami samorządu gospodarczego, choćby ze względu na kształtowanie sprawy etyki zawodowej, jak i konieczność forsowania zmian w obowiązującym ustawodawstwie dotyczącym problematyki cmentarzy i chowania zmarłych.

**11.** Zaznaczmy więc, że regulacja prawna odnosząca się do tej problematyki, w szczególności sama ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych, pochodzi z 1959 r., czyli liczy ponad 50 lat. Niektóre jej rozwiązania, co sygnalizowałem powyżej, nie przystają do współczesnych potrzeb i sądów związanych z postępowaniem ze zwłokami ludzkimi czy przeprowadzaniem pochówkiem. W wielu przypadkach nie reguluje nowych, powstających w tej sferze usług, praktyk. Działania te wymagają odpowiednich nowych uregulowań prawnych uwzględniających zmiany zaistniałe w stosunkach społecznych dotyczących także i tej problematyki. W szczególności przepisy ustawy nie odpowiadają zmianom, które dokonały się w zakresie sposobów postępowania ze zwłokami ludzkimi oraz z rozwojem techniki pogrzebowej, a to w dużym stopniu odnosi się do działalności przedsiębiorców prowadzących zakłady pogrzebowe. Oczywiście nie wszystkie propozycje w tej dziedzinie są obecnie możliwe do zastosowania, ale warto są niekiedy co najmniej przemyśleć. Współcześnie w naszym kręgu kulturowym trudno jest, także po względem technicznym, wyobrazić sobie tzw. „niebiański pogrzeb” spotykany

w Tybecie<sup>22</sup>, ale jakiś czas temu też w zasadzie nikt nie przewidywał powrotu wiatraków jako ekologicznych, odnawialnych elektrowni.

Obecnie obowiązująca regulacja tych zagadnień i jak się wydaje niezbędna konieczność dokonania zmian, pozwala na postawienie pytania o to, czy nie należałoby zdywersyfikować sytuację podmiotów świadczących usługi pogrzebowe. Być może należałoby wprowadzić obowiązek zorganizowania materialnego, odnoszący się do przypadku podmiotów świadczących usługi bardziej skomplikowane, związane z przechowywaniem, balsamizacją, spopieleniem, czy przewożeniem zwłok. W takim przypadku należałoby wprowadzić konieczność spełniania przez te podmioty pewnych wymogów o charakterze infrastrukturalnym. Związane byłoby to z obowiązkiem odpowiedniego wyposażenia takich usługodawców w pomieszczenia ze specjalistycznymi, przeznaczonymi do dokonywanych określonych czynności (np. w procesie balsamizacji czy kremacji) urządzeniami, określoną ilością i spełniającym odpowiednie wymogi taborem samochodowym (liczba i wyposażenie karawanów) i być może także z określeniem minimalnej liczby personelu.

Pozwoliłoby to stworzyć dwie grupy usługodawców branży pogrzebowej. Pierwsza grupa świadczyłaby usługi, bez zorganizowania materialnego w postaci przedsiębiorstwa i działalność tych przedsiębiorców kwalifikowana byłaby jako działalność „wolną” wymagająca jedynie niezbędnego zorganizowania formalnego. Grupa druga świadczyłaby usługi z pomocą zorganizowanego przedsiębiorstwa. Działalność ta ze względu na konieczność spełniania określonych warunków związanych z wykonywanymi usługami mogłaby być kwalifikowana jako działalność regulowana w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, co też nie powinno zbyt mocno ograniczać swobody działalności tych podmiotów, a tym samym zasady wolności działalności gospodarczej.

## Streszczenie

Rynek usług pogrzebowych, cmentarnych i pokrewnych, jest rynkiem otwartym dla wszystkich. Usługi świadczyć więc mogą zarówno

---

<sup>22</sup> Zob. I. Karpowicz, *Rozdziobią nas kruki i świetnie (omówienie książki Bernda Heinricha, Wieczne życie. O zwierzęcej formie śmierci)*, „Gazeta Wyborcza” z 19 sierpnia 2014 r.

podmioty publiczne (komunalne zakłady budżetowe) jak i podmioty prywatne. Prywatni przedsiębiorcy korzystają w tym zakresie z wolności działalności gospodarczej, gdyż brak jest prawnych ograniczeń związanych z podejmowaniem tego typu działalności gospodarczej. Regulacje prawne odnoszące się do problematyki usług pogrzebowych pochodzą z poprzedniego wieku. Stąd rozwiązania w nich zawarte nie przystają do współczesnej sytuacji związanej z postępowaniem ze zwłokami i przeprowadzaniem pochówkiem. Wprowadzane nowe praktyki w zakresie sposobów postępowania ze zwłokami ludzkimi oraz rozwój techniki pogrzebowej, pozwalają postawić pod rozwagę konieczność zorganizowania materialnego niektórych podmiotów świadczących usługi pogrzebowe, zakwalifikowanie ich do kategorii działalności regulowanej, a także wprowadzenie obowiązku przynależności do stosownej izby gospodarczej.

Słowa kluczowe: przedsiębiorcy pogrzebowi, cmentarze, usługi.

### **Abstract**

Funeral services market, is a market open to all. Services can be provided by public entities (municipal budgetary establishments) and private entrepreneurs. Private entrepreneurs enjoy in this area with the freedom of economic activity, as there is not legal restrictions relating to access to this type of business.

Keywords: Morticians, cemeteries, services.

Piotr Kostański<sup>1</sup>

## Ochrona *post mortem* prawa do autorstwa wynalazku

Twórca wynalazku korzysta z ochrony prawnej w sferze jego uprawnień osobistych związanych z dokonaniem wynalazku na dwóch podstawach: ogólnej – art. 23 i 24 k.c., gdyż twórczość wynalazcza została przez ustawodawcę zaliczona wprost do dóbr osobistych człowieka i szczególnej na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej<sup>2</sup>. W ostatnim wskazanym przepisie, ustawodawca przewidział prawo twórcy wynalazku (a tak samo twórców wzoru przemysłowego i wzoru użytkowego oraz topografii układu scalonego) do wymienienia go jako twórcy w opisach, rejestrach oraz w innych dokumentach i publikacjach. Prawo to bywa w literaturze prawniczej określane mianem prawa do autorstwa wynalazku<sup>3</sup>. Jest to uprawnienie natury osobistej, chroniące więc twórcy wynalazku z jego dokonaniem, umożliwiające przedstawienie wynalazku jako wyniku własnego wysiłku intelektualnego, jednocześnie także zapewniające ochronę przed przywłaszczeniem sobie autorstwa wynalazku przez inne osoby.

Przyznanie ochrony prawom osobistym twórcy wynalazku aksjologiczne uzasadniane jest przy pomocy teorii prawa naturalnego oraz teorii nagrody i zachęty, którymi także uzasadnia się wprowadzenie ochrony patentowej<sup>4</sup>. Zgodnie z pierwszą z teorii korzyści materialne oraz idealne związane z dokonaniem wynalazku winny przypadać jego twórcy (jako

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Jagielloński.

<sup>2</sup> Ustawa z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 ze zm.), dalej: PWP

<sup>3</sup> Mając na uwadze ramy niniejszej publikacji i jej temat, pomijam w niej kontrowersyjną kwestię, czy twórcy wynalazku przysługują jeszcze inne (niż prawo do autorstwa wynalazku) uprawnienia natury osobistej.

<sup>4</sup> Na ten temat szerzej piszę w pracy: *Die Schutzwirkung des Patent nach polnischem Recht*, Baden-Baden 2010, s. 58–78.

naturalne prawo do owoców własnej działalności intelektualnej). Teoria nagrody i zachęty zakłada, że instytucje prawa patentowego, zarówno w zakresie praw osobistych jak i majątkowych mają zapewnić twórcy wynagrodzenie materialne oraz satysfakcję (uznanie) za dotychczasowe dokonania (stworzenie wynalazku) oraz zachęcić go do dalszej aktywności i wysiłku twórczego.

Jednym z aspektów owej nagrody i zachęty jest uznanie (sława), którym twórca wynalazku cieszy się w społeczeństwie. Realizacja tego interesu osobistego twórcy możliwa jest wówczas, gdy system prawny przewiduje odpowiednią ochronę praw osobistych, umożliwiającą twórcy informowanie o swojej osobie w kontekście informacji o wynalazku oraz zapobieganie anonimizowaniu wynalazku i sprzeciw wobec przypisania sobie twórczości wynalazku przez osobę drugą. Dzięki ujawnieniu swych danych, twórca wynalazku ma możliwość budowania własnego prestiżu oraz lepszej realizacji praw majątkowych. Ochrona praw osobistych umożliwia pełniejszą realizację praw majątkowych, pozwala bowiem, aby wynalazek był kojarzony z daną osobą<sup>5</sup>, niejako reklamuje i propaguje twórcę w kontekście jego wynalazku. Już z tego względu ochrona praw osobistych wynalazcy nie powinna trwać krócej niż ochrona praw majątkowych (czas trwania patentu), tymczasem powiązanie czasu trwania ochrony praw osobistych jedynie z faktem śmierci twórcy wynalazku następuje w oderwaniu od czasu ochrony praw majątkowych. Niejednokrotnie bowiem zdarza się, że twórca wynalazku umiera przed dokonaniem zgłoszenia lub przed uzyskaniem ochrony patentowej albo przed jej zakończeniem.

Punktem wyjścia dla rozważań dotyczących praw osobistych wynalazcy po jego śmierci muszą być wiążące Polskę umowy międzynarodowe. Rozważania zacząć należy od Powszechnej Deklaracji Praw

---

<sup>5</sup> Związek ten jest jednak silniejszy w prawie autorskim, w którym z braku formalności wymaganych do uzyskania ochrony i stosownych rejestrów, twórca buduje swoją popularność na rynku oraz rozpowszechnia informacje o tym, kto jest podmiotem praw do określonych utworów. W prawie patentowym znaczenie takiego obiegu informacji jest mniejsze a to z uwagi na istnienie sformalizowanych i jawnych źródeł informacji o twórcach i podmiotach praw własności przemysłowej, jak w szczególności: publikacje urzędowe i rejestry prowadzone przez Urząd Patentowy RP [dalej: UPRP]. Niemniej oczywiście w interesie twórcy jest, aby owe publikacje i rejestry zawierały jego prawidłowe dane. W tym zakresie uwidacznia się powiązanie ochrony praw osobistych z interesami majątkowymi (wynikającymi z realizacji praw majątkowych) uprawnionego z patentu.

Człowieka i Obywatela z 10 grudnia 1948 r. oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych Organizacji Narodów Zjednoczonych z 16 grudnia 1966 r. Zawarte w tych umowach normy nakładają na państwa – strony tych umów – obowiązek wprowadzenia odpowiedniej ochrony praw majątkowych i osobistych wynalazcy, ale nie nadają się one do bezpośredniego stosowania; nie rozstrzygają one także, czy ochrona praw osobistych ma trwać po śmierci wynalazcy, pozostawiając ukształtowanie ochrony prawodawcy krajowemu. Powyższe konwencje dotyczą powszechnej ochrony praw człowieka i nie koncentrują się na ochronie własności intelektualnej, co usprawiedliwia poziom ogólności wskazanych regulacji. Trzeba jednak zauważyć, że także w międzynarodowym prawie własności intelektualnej unormowania odnośnie do praw osobistych wynalazcy nie są rozbudowane. Wynika to z dwóch zasadniczych przyczyn. Po pierwsze, konwencje międzynarodowe miały za zadanie uregulować te aspekty prawa wynalazczego, które miały znaczenie dla międzynarodowego obrotu handlowego. Odmienne niż w przypadku prawa autorskiego, w zakresie własności przemysłowej prawodawca kładzie nacisk na przemysłową eksploatację wynalazków jako cel i sens ochrony. Po drugie, ochrona praw osobistych wynalazcy nie jest powszechna. W niektórych państwach ochrona koncentruje się jedynie na majątkowym prawie patentowym. Z tych względów nie wszystkie państwa były zainteresowane przyjmowaniem na siebie zobowiązań konwencyjnych w zakresie zapewnienia ochrony praw osobistych twórców wynalazków. W międzynarodowym prawie własności intelektualnej fundamentalną normą przewidującą ochronę praw osobistych jest art. 4<sup>ter</sup> Konwencji Paryskiej z 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej<sup>6</sup>. Przepis ten dodano do Konwencji dopiero w ramach rewizji z 1934 r.<sup>7</sup>. Zgodnie z art. 4<sup>ter</sup> Konwencji Paryskiej, wynalazcy przysługuje „prawo do tego, aby był on wymieniony w patencie, jako wynalazca”. Przepis ten, zgodnie z zasadą minimum konwencyjnego, umożliwia państwom – stronom tej konwencji wprowadzenie szerszego zakresu uprawnień osobistych wynalazcy. Norma art. 4<sup>ter</sup> Konwencji Paryskiej nie jest samowykonalna, dookreślenie treści

---

<sup>6</sup> Akt Sztokholmski Konwencji Paryskiej z 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej (Dz. U. z 1975 r. Nr 9, poz. 51).

<sup>7</sup> Por. G.H.C. Bodenhausen, *Guide to Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967*, Genewa 1968, s. 64.

tego prawa pozostawiono ustawodawcom narodowym, państwa same określają zakres i zasady wykonywania uprawnienia osobistego. W odniesieniu do trwania ochrony praw osobistych po śmierci wynalazcy Konwencja Paryska nie przewiduje żadnych ograniczeń, ale także nie obliguje państw – stron Konwencji Paryskiej do wprowadzenia takiej ochrony.

Także późniejsze akty prawa międzynarodowego w zakresie ochrony własności intelektualnej nie rozszerzyły zakresu uprawnień osobistych wynalazcy w porównaniu z przyjętą w 1934 r. regulacją Konwencji Paryskiej, Porozumienie z 15 kwietnia 1994 r. w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej<sup>8</sup> inkorporuje w tym zakresie jedynie postanowienia Konwencji Paryskiej, nie przewidując dalszych uprawnień osobistych wynalazcy (art. 2 ust. 1 TRIPS), co wynika z handlowego charakteru tej umowy zawartej w ramach Światowej Organizacji Handlu. Państwa związane postanowieniami TRIPS pozostają także związane regulacją materialnoprawną Konwencji Paryskiej, są więc zobowiązane zapewnić ochronę prawa osobistego wynalazcy na poziomie nie niższym niż wynikający z art. 4<sup>ter</sup> Konwencji Paryskiej. Polska pozostaje związana postanowieniami zarówno Konwencji Paryskiej, jak i TRIPS, a stosowna ochrona prawa osobistego wynalazcy przewidziana została obecnie w art. 8 PWP w sposób odpowiadający minimum przewidzianemu we wskazanych konwencjach.

Pozostałe regulacje międzynarodowego prawa własności przemysłowej nie mają prostego przełożenia na zakres ochrony praw osobistych wynalazcy w prawie krajowym. Regulacje te koncentrują się na ochronie uprawnienia twórcy wynalazku w międzynarodowych procedurach uzyskiwania ochrony patentowej, mianowicie chodzi o przepisy Układu o współpracy patentowej z 19 czerwca 1970 r.<sup>9</sup> oraz Konwencji z 5 października 1973 r. o udzielaniu patentów europejskich<sup>10</sup>. Dla porządku zaznaczyć należy, że aktualnie obowiązujące prawo Unii Europejskiej nie zawiera regulacji odnoszących się wprost do praw osobistych wynalazców. PCT zawiera regulację proceduralną odnoszącą się do poszanowania uprawnień osobistych twórcy wynalazku, dla którego uprawniony

---

<sup>8</sup> Porozumienie z 15 kwietnia 1994 r. w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Dz. U. z 1996 r. Nr 32, poz. 143), dalej: TRIPS.

<sup>9</sup> Układ o współpracy patentowej z 19 czerwca 1970 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 70, poz. 303), dalej: PCT.

<sup>10</sup> Konwencja z 5 października 1973 r. o udzielaniu patentów europejskich (Dz. U. z 2004 r. Nr 79, poz. 737 i 738), dalej: KPE.



do uzyskania patentu poszukuje ochrony międzynarodowej na podstawie tej umowy. Artykuł 4 ust. 1 pkt v PCT regulujący treść i wymagania formalne zgłoszenia międzynarodowego, wymaga od zgłaszającego ujawnienia twórcy, poprzez wskazanie jego nazwiska i innych danych, jeśli prawo krajowe co najmniej jednego z państw, w których zmierza się do uzyskania ochrony na podstawie zgłoszenia międzynarodowego wymaga, aby dane takie były podane z chwilą wniesienia zgłoszenia krajowego. W innym przypadku dane te mogą być umieszczone w podaniu albo zawarte w osobnym zawiadomieniu przekazanym każdemu z urzędów państw, których prawo krajowe wymaga dostarczania tych danych, lecz dopuszcza ich dostarczenie po wniesieniu zgłoszenia krajowego. Niewskazanie w podaniu nazwiska i innych przewidzianych danych dotyczących wynalazcy nie ma skutków w żadnym wyznaczonym państwie, którego krajowe prawo wprawdzie wymaga dostarczenia wspomnianych danych, lecz dopuszcza ich dostarczenie po wniesieniu krajowego zgłoszenia. Niewskazanie wspomnianych danych w osobnym zawiadomieniu nie ma skutków w wyznaczonym państwie, którego prawo krajowe nie wymaga dostarczenia tych danych. Ochrona prawa osobistego wynalazcy do ujawnienia go w treści zgłoszenia międzynarodowego jest więc pochodną ochrony przewidzianej w prawie krajowym. Jeśli zgłaszający w trybie zgłoszenia międzynarodowego ubiegałby się o uzyskanie ochrony w państwach, których prawo krajowe nie przewiduje wymogu ujawnienia danych twórcy w zgłoszeniu, ujawnienie takie nie jest także konieczne w zgłoszeniu międzynarodowym. Można z powyższego wyprowadzić wniosek, że PCT nie statuuje żadnych praw osobistych wynalazców, co jest zgodne z celem regulacji, którym jest ułatwienie jednoczesnej realizacji majątkowego prawa do uzyskania patentu w wielu państwach na podstawie jednego zgłoszenia, wstępnie badanego w procedurze międzynarodowej. Regulację art. 4 ust. 1 pkt v PCT należy uznać za przepis wyłącznie proceduralny, umożliwiający, po zakończeniu fazy międzynarodowej postępowania zgłoszeniowego, przejście do fazy krajowej, przy spełnieniu wymogów formalnych przewidzianych w prawie państw, w których zgłoszenie międzynarodowe ma odnieść skutek, o ile prawo tych państw przewiduje ochronę praw osobistych. Należy mieć na uwadze, że art. 4 ust. 1 pkt v PCT odnosi się do podania danych twórcy, niezależnie od tego, czy w dacie zgłoszenia żyje, czy też zmarł wcześniej. Śmierć twórcy wynalazku w toku postępowania zgłoszeniowego nie wpływa na obowiązek dopełnienia

wskazanej formalności. Jak już jednak zaznaczyłem, PCT nie statuuje ochrony praw osobistych, a jedynie umożliwia dopełnienie wymogów formalnych zgłoszenia w państwach – stronach PCT. Potwierdzeniem powyższego jest cytowany już zapis PCT, że wymogu podania danych osobowych twórcy nie stosuje się w przypadku, kiedy procedura międzynarodowa zmierza do uzyskania ochrony wyłącznie w państwach, które nie wymagają od zgłaszającego podania danych twórcy. Z tego względu nie można ze wskazanej normy prawnej wywodzić, iż ochrona praw osobistych trwa mimo śmierci wynalazcy. O tym będzie każdorazowo decydowało prawo państwa, w którym zgłoszenie międzynarodowe odnosi skutek. W przypadku naruszenia prawa twórcy poprzez jego nieujawnienie w zgłoszeniu międzynarodowym, ewentualna ochrona i roszczenia konstruowane mogą być na podstawie przepisów krajowych poszczególnych państw, w których zgłoszenie wywiera skutek.

W KPE, mając na względzie szerszy zakres regulacji (obejmujący nie tylko procedurę zgłoszeniową, ale i udzielenie patentu), prawodawca międzynarodowy zmuszony był wypowiedzieć się odnośnie do ochrony praw osobistych twórcy wynalazku, stąd nieco bardziej rozbudowana regulacja w art. 62 KPE, w którym wyraźnie zapisano prawo twórcy do bycia wymienionym w tym charakterze w postępowaniu przed Europejskim Urzędem Patentowym (dalej: EUP). Prawo to jest skuteczne wobec zgłaszającego i uprawnionego z patentu europejskiego. Wskazanie twórcy wynalazku jest także wymogiem formalnym zgłoszenia (art. 81 KPE). Wykonywania prawa osobistego twórcy w postępowaniu przed EUP szczegółowo regulują zasady 17–19 Regulaminu wykonawczego do KPE. Zgodnie z tymi zasadami, dane twórcy wskazuje się w podaniu. Jeśli zgłaszający nie jest twórcą lub nie jest jedynym twórcą, wskazania dokonuje się w oddzielnym dokumencie, podając nazwisko, imiona i pełny adres twórcy. W tym miejscu należy już zauważyć, że prawodawca międzynarodowy w KPE nie różnicuje wymogu podania danych twórcy w zależności od tego, czy twórca żyje, czy też zmarł przed zgłoszeniem lub w toku jego rozpatrywania. EUP nie sprawdza prawidłowości podanych danych twórcy. Osobę wskazaną, jako twórcę wynalazku, wymienia się w takim charakterze w opublikowanym europejskim zgłoszeniu patentowym oraz w europejskim opisie patentowym, chyba że osoba ta poinformuje pisemnie EUP o rezygnacji ze swojego prawa do wymienienia (w przeciwieństwie do prawa polskiego, KPE wprost dopuszcza prawo twórcy do pozostania anonimowym).

Błędne wskazanie twórcy może zostać sprostowane tylko na wniosek, do którego dołączona powinna zostać zgoda niewłaściwie wskazanej osoby, a w przypadku, gdy taki wniosek nie jest złożony przez zgłaszającego lub uprawnionego z patentu europejskiego, także jego zgoda. KPE również nie przewiduje wprost ochrony pośmiertnej, mimo, że obowiązek wskazania twórcy nie jest uzależniony od tego, czy twórca żyje. Prawo do rezygnacji z bycia wymienionym może być wykonywane jedynie przez twórcę, KPE nie przewiduje w tym przypadku uprawnienia dla jego następców prawnych do złożenia takiego oświadczenia. Jeśli jednak twórca za życia złożył takie oświadczenie wobec EUP, to powinno być ono respektowane także po jego śmierci. Odpowiedź na pytanie, czy po śmierci twórcy wynalazku zgłoszonego do opatentowania w EUP, oświadczenie o rezygnacji z wymienienia danych twórcy w europejskim opisie patentowym i europejskim zgłoszeniu patentowym może być złożone przez jego następców prawnych jest bardziej skomplikowana. Zgodnie z art. 2 ust. 2 KPE patent europejski posiada w każdym umawiającym się państwie, dla którego został udzielony, ten sam skutek i podlega tym samym warunkom, co patent krajowy udzielony przez to państwo, chyba że KPE stanowi inaczej. Zgodnie z art. 60 ust. 1 KPE prawo do patentu europejskiego przysługuje twórcy lub jego następcy prawnemu. Jeśli twórca jest pracownikiem, prawo do patentu europejskiego określa się zgodnie z prawem państwa, w którym pracownik ten posiada główne zatrudnienie; jeśli nie można ustalić państwa, w którym pracownik posiada główne zatrudnienie, wówczas stosuje się prawo tego państwa, w którym pracodawca ma siedzibę firmy, z którą związany jest pracownik. KPE nie określa jednak wprost, kto jest twórcą, ani nie zawiera wyraźnej normy kolizyjnoprawnej, która wskazywałaby na prawo właściwe do określenia, kto jest twórcą wynalazku ani na prawo właściwe dla określenia treści praw osobistych w zakresie, który nie został uregulowany w KPE, a więc w szczególności w zakresie trwania praw osobistych po śmierci twórcy. W literaturze prawniczej<sup>11</sup> wskazuje się, że wolą umawiających się państw było stworzenie autonomicznego pojęcia twórcy na potrzeby KPE i pojęcie to nie powinno być wykładane na podstawie prawa krajowego, ale wyłącznie na podstawie KPE, co wynika z zasady autonomicznej wykładni norm prawa międzynarodowego. W braku jednak dookreślenia treści praw osobistych takiego twórcy

---

<sup>11</sup> Por. D. Stauder w: D. Stauder, S. Luginbühl (red.), *Europäisches Patentübereinkommen EPÜ*, Köln 2013, uw. do art. 60 nb. 5 i tam cytowana literatura.

w KPE, konieczne staje się poszukiwanie odpowiedzi w prawie krajowym. Odesłania do prawa krajowego zawarte w art. 2 ust. 2 i art. 74 KPE dotyczą praw majątkowych. Konieczne jest więc ustalenie właściwego prawa krajowego, o czym w każdym państwie rozstrzygają normy prawa prywatnego międzynarodowego. Stosownie do art. 16 ust. 1–2 ustawy z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe<sup>12</sup> dobra osobiste osoby fizycznej podlegają jej prawu ojczystemu. Jednocześnie jednak osoba fizyczna, której dobro osobiste jest zagrożone naruszeniem lub zostało naruszone, może żądać ochrony na podstawie prawa państwa, na którego terytorium nastąpiło zdarzenie powodujące to zagrożenie naruszenia lub naruszenie, albo prawa państwa, na którego terytorium wystąpiły skutki tego naruszenia. Natomiast zgodnie z art. 46 ust. 1 i 3 PPM, powstanie, treść i ustanie praw własności intelektualnej podlega prawu państwa, w którym ma miejsce korzystanie z tego prawa. Do ochrony praw własności intelektualnej stosuje się prawo państwa, na podstawie którego dochodzi się ochrony. Obie normy kolizyjnoprawne mogą więc prowadzić do rozbieżnych wskazań prawa właściwego. Ustawodawca w art. 46 PPM nie zawęził jego zastosowania do majątkowych praw własności intelektualnej. Trzeba mieć jednak na uwadze, że prawo osobiste wynalazcy ustanowione w KPE stanowi jednocześnie jego dobro osobiste, należy więc przyjąć, że stosownie do art. 16 ust. 1 PPM, pierwszeństwo zastosowania będzie miało prawo ojczyste wynalazcy, jednak wynalazca może żądać ochrony także na podstawie prawa państwa, w którym doszło do naruszenia tego prawa (art. 16 ust. 2 PPM) niezależnie od tego, czy w tym państwie ma miejsce korzystanie z wynalazku. Wobec powyższego w braku regulacji w KPE, ocena skuteczności praw osobistych po śmierci wynalazcy musi być dokonywana na gruncie jego prawa krajowego.

Obowiązek ujawnienia danych twórcy w zgłoszeniu, dokumencie patentowym, rejestrze patentowym i publikacji o udzieleniu patentu znany jest także prawu niemieckiemu (§ 37 i § 63 niemieckiej ustawy patentowej). Obowiązek ten nie jest uzależniony od okoliczności, czy twórca żyje czy zmarł. Obowiązek ten jest przejawem ochrony w procedurze zgłoszeniowej ogólnego prawa osobistego człowieka (którego ochronę statuuje art. 1 ust. 2 niemieckiej Konstytucji i § 823 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego), do bycia uznanym za twórcę rezultatów własnej

---

<sup>12</sup> Ustawa z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. Nr 80, poz. 432 ze zm.), dalej: PPM.

pracy intelektualnej. Prawo to jest niezbywalne, jednak w niemieckiej nauce i orzecznictwie<sup>13</sup> przyjmuje się, że może ono być także wykonywane przez spadkobierców<sup>14</sup>. Wykonywanie prawa przez spadkobierców możliwe jest tylko w takim zakresie, w jakim nie wykonał tego prawa spadkodawca, innymi słowy nie wolno spadkobiercom zmieniać decyzji podjętych przez twórcę za życia<sup>15</sup>. Podając dane twórcy w zgłoszeniu, zgłaszający składa jednocześnie zapewnienie, że nie są mu znani inni współtwórcy. Podanie danych twórcy musi nastąpić w ciągu 15 miesięcy od daty pierwszeństwa, niepodanie danych twórcy skutkuje oddaleniem wniosku. Urząd Patentowy może w wyjątkowych sytuacjach przedłużyć termin do podania danych twórcy. Obecnie (od wejścia w życie nowelizacji z 2013 r.) nie jest jednak możliwe przedłużenie terminu do podania danych twórcy na czas po udzieleniu patentu, co poprzednio było możliwe, jednak w takim przypadku niepodanie danych twórcy w przedłużonym terminie, powodowało wygaśnięcie patentu. Urząd Patentowy nie sprawdza prawdziwości podanych danych (jednak podanie nieprawdziwych danych stanowi przestępstwo), zaś twórca nie jest stroną postępowania zgłoszeniowego. Twórca może zastrzec anonimowość, co powoduje, że jego dane nie będą ujawnione w rejestrze, ogłoszeniu ani dokumencie patentowym. Nieważne jest zrzeczenie się prawa do bycia wymienionym w zgłoszeniu, dokumencie patentowym, rejestrze patentowym i publikacji o udzieleniu patentu. Oświadczenie odnośnie do sposobu wykonywania praw osobistych może zostać przez twórcę odwołane. W przypadku nieprawidłowego podania danych twórcy przez zgłaszającego, spór pomiędzy zgłaszającym (lub uprawnionym z patentu) i twórcą wskazanym w zgłoszeniu a twórcą rzeczywistym (lub za takowego się podającym) podlega rozpoznaniu przez sąd patentowy. Zmiana danych twórcy możliwa jest także w przypadku wyrażania zgody na nią przez zgłaszającego (uprawnionego z patentu) i osobę wskazaną, jako twórcę w zgłoszeniu. W przypadku ujawnienia w zgłoszeniu tylko niektórych spośród współtwórców ujawnienie pozostałych jest możliwe, albo wskutek rozstrzygnięcia sądu patentowego, albo po udzieleniu zgody na to przez wszystkich ujawnionych współuprawnionych.

---

<sup>13</sup> Por. wyrok niemieckiego Federalnego Sądu Patentowego z 12 listopada 1986 r. (2 Ni 30/85), GRUR 1987, z. 4, s. 234 i n.

<sup>14</sup> R. Moufang w: R.Schulte (red.), *Patentgesetz mit EPÜ*, Köln 2014, uw. do § 6 nb. 17.

<sup>15</sup> R. Moufang w: R.Schulte (red.), *Patentgesetz...*, uw. do § 63 nb. 11.

Zgoda taka jest nieodwołalna, prawo do jej udzielenia przysługuje twórcy, niezależnie od tego, komu przysługuje prawo do uzyskania patentu. Po śmierci twórcy, zgodę taką mogą udzielić spadkobiercy zmarłego.

Na gruncie przepisów prawa polskiego, konstytucyjną podstawę dla ochrony praw osobistych wynalazcy część przedstawicieli nauki upatruje w art. 30 Konstytucji RP wskazując na tę normę, jako dotyczącą ochrony godności człowieka i uznając ją za uniwersalną podstawę ochrony wszystkich dóbr osobistych, w tym praw osobistych wynalazcy<sup>16</sup>. Dodatkowo zwykło się także wskazywać na treść art. 73 Konstytucji RP gwarantujący wolność badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników. Ogólne sformułowanie tych przepisów sprawia, że konstruowanie konkretnych uprawnień twórcy, czy nawet prokonstytucyjna wykładnia przepisów ustawowych w oparciu o treść art. 30 i art. 73 Konstytucji RP nie prowadzi do wniosków dalej idących niż wynikające z PWP, nie jest także w szczególności możliwe, ustalenie, czy zamiarem prawodawcy, było ukształtowanie praw osobistych wynalazcy, jako niegasnących z chwilą jego śmierci.

Obowiązująca obecnie w Polsce regulacja ustawowa praw osobistych wynalazcy nie jest pierwszą, z tego względu należy także uwzględnić rozwój historyczny regulacji praw osobistych wynalazcy w prawie polskim. Regulacji odnoszącej się do ochrony praw osobistych wynalazcy w ogóle nie zawarto w przepisach pierwszego aktu prawa polskiego dotyczącego ochrony wynalazczości, to jest dekretu z 4 lutego 1919 r. o patentach na wynalazki<sup>17</sup>. Również późniejsze regulacje: ustawa z 5 lutego 1924 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych<sup>18</sup> i rozporządzenie Prezydenta RP z 22 marca 1928 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych<sup>19</sup> nie regulowały wprost i wyraźnie praw osobistych twórcy wynalazku, a jedynie<sup>20</sup> przewidywały sankcję nieważności dla umów „pozbawiających wynalazcę prawa występowania w charakterze twórcy”. Należy mieć na względzie, że ówczesne regulacje pozostawały w zgodzie z zasadą minimum konwencyjnego, przewidzianą w wiążącej już wówczas Polskę Konwencji Paryskiej, której

---

<sup>16</sup> Por. A. Kubiak-Cyruł, J. Szwaja w: R. Skubisz (red.), *Prawo...*, s. 354.

<sup>17</sup> Dekret z 4 lutego 1919 r. o patentach na wynalazki (Dz. U. Nr 13, poz. 137).

<sup>18</sup> Ustawa z 5 lutego 1924 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych (Dz. U. Nr 31, poz. 306).

<sup>19</sup> Rozporządzenie Prezydenta RP z 22 marca 1928 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych (Dz. U. Nr 39, poz. 384), dalej: rozporządzenie.

<sup>20</sup> W art. 15 ust. 2 ustawy z 5 lutego 1924 r. i następnie w art. 17 ust. 3 rozporządzenia.



ówczesny tekst (sprzed konferencji rewizyjnej w 1934 r.) także nie przewidywał ochrony praw osobistych wynalazcy. Przed wybuchem II Wojny Światowej Polska nie ratyfikowała zmienionej w 1934 r. Konwencji Paryskiej i pozostawała związana jej tekstem haskim, który ratyfikowano ustawą z 17 marca 1931 r.<sup>21</sup> Regulacja dotycząca roszczeń, zawarta w art. 25 rozporządzenia Prezydenta RP z 22 marca 1928 r.<sup>22</sup> dotyczyła wyłącznie uprawnień podmiotu uprawnionego z patentu (nie zawsze więc samego twórcy wynalazku) w wypadku naruszenia patentu (jako prawa majątkowego). Pomimo, że w rozporządzeniu nie ustanowiono wprost ochrony praw osobistych, to przewidywano także roszczenia zmierzające do kompensaty naruszenia interesów osobistych uprawnionego z patentu w przypadku naruszenia patentu. Uprawniony z patentu mógł także żądać zadośćuczynienia za „krzywdy osobistej natury przez ogłoszenie wyroku w dziennikach, przez odpowiednią deklarację publiczną, w razie naruszenia umyślnego przez zapłatę pokutnego”. Należy podkreślić, że roszczenia te nie przysługiwały wynalazcy, jeśli nie on był uprawnionym z patentu, np. w przypadku tzw. wynalazczości pracowniczej, gdy prawo to przysługiwało pracodawcy, ale także w przypadku przeniesienia patentu na inny podmiot. Prawodawca międzywojenny nie wypowiedział się odnośnie do możliwości dochodzenia tych roszczeń po śmierci wynalazcy, ponieważ powiązał je z osobą uprawnionego z patentu, aktualnego (żyjącego) w dacie naruszenia. Jeśli do naruszenia patentu doszło za życia uprawnionego, roszczeń z tego wynikłych mogli dochodzić jego następcy prawni, ponieważ roszczenia, które zaktualizowały się w momencie naruszenia, miały naturę majątkową.

---

<sup>21</sup> Ustawa z 17 marca 1931 r. w sprawie ratyfikacji konwencji związkowej paryskiej z 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej, przejrzonej w Brukseli 14 grudnia 1900 r., w Waszyngtonie 2 czerwca 1911 r. i w Hadze 6 listopada 1925 r. (Dz. U. Nr 37, poz. 277).

<sup>22</sup> Artykuł 25 ust. 1 brzmiał: „Kto w wykonywaniu przemysłu lub handlu bezprawnie wkracza w zakres wyłączności przez patent określonej, lub w inny sposób niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami wyrządza szkodę osobie z patentu uprawnionej, winien zaprzestać naruszenia, wydać niesłuszne z bogacenie z trzech lat ostatnich, a nadto, jeżeli działanie jego było wywołane złym zamiarem lub oczywiście niedbalstwem, wynagrodzić wszelką szkodę uprawnionemu i dać mu zadośćuczynienie za krzywdy osobistej natury przez ogłoszenie wyroku w dziennikach, przez odpowiednią deklarację publiczną, w razie naruszenia umyślnego przez zapłatę pokutnego. Zamiast wymienionych majątkowych świadczeń pokrzywdzony może zażądać ryczałtowej sumy pieniężnej, nie przekraczającej 100 000 zł.; sumę tę oznaczy sąd według własnego uznania”.



Wprowadzenie ochrony praw osobistych wynalazcy poprzez konstrukcję prawa podmiotowego, niemajątkowego, skutecznego *erga omnes* postulowano w nauce. S. Grzybowski wprost wskazywał na potrzebę „ochrony twórczości, prawa występowania w charakterze twórcy, ochrony osobistych uczuć tego twórcy”<sup>23</sup>. Postulaty te zostały zrealizowane poprzez przyjęcie ogólnej klauzuli ochrony dóbr osobistych w art. 11 ustawy z 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego<sup>24</sup> (następnie w art. 23 KC), a na gruncie prawa wynalazczego, niewiele później, w przepisach dekretu z 12 października 1950 r. o wynalazczości pracowniczej<sup>25</sup>, zastąpionych następnie ustawą z 31 maja 1962 r. – Prawo wynalazcze<sup>26</sup>, kolejno ustawą z 19 października 1972 r. o wynalazczości<sup>27</sup>, które zawierały przepisy odnoszące się do ochrony prawa osobistego wynalazcy. Ustawa z 19 października 1972 r. została zastąpiona przez obecnie obowiązującą ustawę z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej.

Wprowadzenie ochrony praw osobistych wynalazcy wynikało także z dostosowania prawa krajowego do zrewidowanej w Londynie w 1934 r. Konwencji Paryskiej, mimo braku formalnej ratyfikacji tej wersji Konwencji Paryskiej aż do przyjęcia jej Aktu sztokholmskiego przez Polskę 5 grudnia 1974 r.<sup>28</sup> Wymieniony Akt sztokholmski wszedł w życie w stosunku do Polski 24 marca 1975 r., niemniej regulacje dotyczące ochrony praw osobistych, spełniające wymagania minimalne, wprowadzone w Akcie londyńskim zostały wprowadzone do prawa polskiego ćwierć wieku wcześniej. Zakres tych regulacji w krótkim okresie historycznym pokazuje, że stosunkowo szeroka regulacja praw osobistych wynalazcy w dekreście z 1950 r. i ustawie z 1962 r. została następnie ograniczona, a obecna regulacja tylko wypełnia ustanowiony w Konwencji Paryskiej obowiązek zapewnienia minimalnej

---

<sup>23</sup> S. Grzybowski, *Podstawowe konstrukcje prawnicze nowego prawa patentowego. Referat dla Komisji do opracowania projektu nowego prawa patentowego*, „Wiadomości Urzędu Patentowego” 1949, nr 7–8, s. 209.

<sup>24</sup> Ustawa z 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz. U. Nr 34, poz. 311).

<sup>25</sup> Dekret z 12 października 1950 r. o wynalazczości pracowniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 1956 r. Nr 3, poz. 21 ze zm.).

<sup>26</sup> Ustawa z 31 maja 1962 r. – Prawo wynalazcze (Dz. U. Nr 33, poz. 156 ze zm.).

<sup>27</sup> Ustawa z 19 października 1972 r. o wynalazczości (tekst jedn.: Dz. U. z 1993 r. Nr 26, poz. 117 ze zm.).

<sup>28</sup> Dz. U. z 1975, nr 9, poz. 51–52.

ochrony. Jeszcze na gruncie przepisów przedwojennych i projektu dekretu z 1950 r. S. Grzybowski prawa osobiste wynalazcy ujmował w kategorii prawa podmiotowego i sprowadził do pojęć: *droit de la paternité* i *droit de rester inédit*, wyprowadzając z tak sformułowanego zakresu cztery konkretne uprawnienia wynalazcy o charakterze osobistym, umożliwiające mu: żądanie ujawnienia nazwiska wynalazcy w związku z dokonaniem wynalazkiem; żądanie pozostania anonimowym; przeciwdziałanie przywłaszczeniu autorstwa oraz sprzeciw wobec ujawnienia wynalazku wbrew woli wynalazcy<sup>29</sup>. Prawodawca wyszedł ponad te postulaty, wprowadzając także prawo twórcy wynalazku do udziału w pracach nad realizacją (wdrożeniem) wynalazku. W art. 5 dekretu z 1950 r. przewidziano, że uspołecznione zakłady pracy były obowiązane do udzielania swoim pracownikom pomocy i opieki potrzebnej do dokonania wynalazku oraz do zapewnienia ich twórcom bezpośredniego udziału w pracach nad ich realizacją. W dalszej regulacji wskazano, że nazwisko wynalazcy umieszcza się w opisie patentowym (art. 6 ust. 2 i art. 22 ust. 1 dekretu), a pracownik, który dokonał wynalazku pracowniczego, miał prawo do świadectwa autorskiego, to ostatnie uprawnienie określono jako dziedziczne. Istotnym jest, że tylko uprawnienie do umieszczenia nazwiska wynalazcy w opisie patentowym było niezależne od miejsca dokonania wynalazku pracowniczego, prawo to przysługiwało wynalazcy zarówno w przypadku dokonania wynalazku w uspołecznionym zakładzie pracy jak i w innym przedsiębiorstwie. Pozostałe uprawnienia dotyczyły uspołecznionych zakładów pracy (co jednak wówczas było regułą). Wyraźne wskazanie dziedziczności uprawnienia do świadectwa autorskiego wymaga szerszego rozważenia. Analizę należy rozpocząć od przypomnienia, że sformułowanie art. 11 dekretu z 1950 r. dotyczącego dziedziczenia prawa do otrzymania na imię twórcy świadectwa autorskiego bywa przywoływane w literaturze jako regulacja pośmiertnej ochrony praw osobistych wynalazcy<sup>30</sup>. Pogląd ten poddała krytyce J. Preussner-Zamorska, wykazując, iż na uprawnienie do otrzymania świadectwa autorskiego składały się trzy elementy: administracyjny (proceduralny), sprowadzający się do otrzymania dokumentu urzędowego o określonej mocy dowodowej; osobisty i majątkowy (potwierdzenie

---

<sup>29</sup> S. Grzybowski w: S. Grzybowski, A. Kopff, J. Szwaja, S. Włodyka, *Zagadnienia prawa wynalazczego*, Warszawa 1969, s. 81.

<sup>30</sup> J. Dalewski, W. Walewski, *Zarys instytucji prawa patentowego*, Warszawa 1969, s. 29.

prawa twórcy do wynagrodzenia w przypadku, gdy patent przysługiwał państwu). Wszystkie te trzy aspekty prawa do uzyskania świadectwa autorskiego pozostawały aktualne za życia twórcy wynalazku. Wraz z jego śmiercią sytuacja ulegała zmianie. W przypadku następców prawnych wynalazcy uprawnienie to miało jedynie aspekt proceduralny i majątkowy (uzyskanie świadectwa było środkiem do wykonywania praw majątkowych odziedziczonych po zmarłym wynalazcy), nie miało ono już wówczas aspektu osobistego<sup>31</sup>.

Kolejna regulacja nie przyniosła w tym zakresie zasadniczych zmian, poza rezygnacją ustawodawcy z zapisu o możliwości wydania świadectwa autorskiego na rzecz następców prawnych zmarłego twórcy. Ustawa z 1962 r. przewidywała obowiązek udzielenia obywatelom pomocy w ich pracach nad projektami wynalazczymi przez jednostki państwowe, organizacje spółdzielcze, samorządowe oraz inne organizacje. Twórca projektu wynalazczego miał nadal zagwarantowane prawo uczestniczenia w pracach związanych z oceną przydatności, badaniami i realizacją w jednostce gospodarki uspołecznionej jego projektu (art. 9 i 10 ustawy z 1962 r.), co można traktować jako zaczątek konstrukcji prawa osobistego do nadzoru nad korzystaniem z wynalazku. Prawo do autorstwa wynalazku było potwierdzane poprzez wydanie twórcy świadectwa autorskiego oraz wymienienie twórcy w opisach, rejestrach oraz w innych dokumentach i publikacjach (art. 11 ust. 2 ustawy z 1962 r.). Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z 1962 r. autorstwo wynalazku przysługiwało jego twórcy lub współtwórcom. Autorstwo wynalazku (jako prawo osobiste) stwierdzano przez wydanie świadectwa autorskiego twórcy lub współtwórcom, natomiast prawa majątkowe („własność” wynalazku i wyłączne prawo do jego stosowania) – przez udzielenie patentu. W odniesieniu do praw majątkowych, ustawodawca potwierdził ich dziedziczność, natomiast nie wprowadził przepisu szczególnego, który umożliwiłby wykonywanie praw osobistych twórcy po jego śmierci. Brak było także przepisu wzorowanego na art. 11 dekretu z 1950 r., mimo tego w nauce prawa wskazywano, że także po śmierci twórcy wynalazku, może być sporządzone świadectwo autorskie i wydane jego spadkobiercom<sup>32</sup>. O ile za życia twórcy świadectwo autorskie ucieleśniało zarówno prawa osobiste (potwierdzenie autorstwa) jak i majątkowe twórcy wynalazku,

---

<sup>31</sup> J. Preussner-Zamorska, *Świadectwo autorskie na gruncie polskiej ustawy o wynalazczości*, „*Studia Cywilistyczne*” 1973, t. XXII, s. 149–151.

<sup>32</sup> J. Preussner-Zamorska, *Świadectwo...*, s. 148.

to po śmierci wynalazcy, dla jego spadkobierców stanowiło jedynie potwierdzenie praw majątkowych. Prawa osobiste wynalazcy wygasły bowiem wraz z jego śmiercią. Spadkobiercy (o ile byli osobami bliskimi wynalazcy, co w warunkach polskich jest powszechne) mogli w dokumencie tym widzieć potwierdzenie dokonania ich bliskiego zmarłego, nie oznacza to jednak, że dokument ten miałby być nośnikiem praw osobistych. Nie potwierdzał on bowiem ani spadkobrania ani bliskości, która warunkowałaby możliwość konstruowania prawa osobistego spadkobierców związanego z pamięcią o dokonaniach ich bliskiego. Świadcstwo autorskie, także po śmierci wynalazcy było wystawiane na jego nazwisko, a nie na nazwisko spadkobierców.

W ustawie z 1972 r. zachowano ogólne zapisy o pomocy świadczonej przez państwo na rzecz wynalazcy i o świadectwach autorskich (zostały one uchylone dopiero w 1993 r.<sup>33</sup>). Stosownie do art. 8 ust. 2 ustawy z 1972 r. twórca wynalazku przysługiwało prawo, aby wymieniano go w opisach, rejestrach oraz w innych dokumentach i publikacjach. Utrzymany został obowiązek wskazania danych twórcy w zgłoszeniu wynalazku do opatentowania. Ustawa z 1972 r. wprost nie wskazywała na prawo do autorstwa wynalazku, było ono jednak konstruowane w nauce prawa na podstawie wyżej wskazanych przepisów ustawy chroniących poszczególne aspekty tego prawa<sup>34</sup>. Także w przypadku tej regulacji ustawodawca milczał w kwestii dziedziczenia lub wykonywania praw osobistych wynalazcy po jego śmierci, nadal jednak w nauce wskazywano na możliwość wystawienia świadectwa autorskiego po śmierci wynalazcy i wydania go jego spadkobiercom<sup>35</sup>.

Obecnie obowiązujące przepisy także nie posługują się pojęciem prawa do autorstwa wynalazku<sup>36</sup>. Pojęciem tym w nauce prawa określa się prawo osobiste wynalazcy, którego zakres należy konstruować na podstawie art. 8 ust. 1 pkt 3, art. 32, art. 284 pkt 1<sup>37</sup> oraz art. 303

---

<sup>33</sup> Por. ustawa z 30.10.1992 r. o zmianie ustawy o wynalazczości i ustawy o Urzędzie Patentowym RP (Dz. U. z 1993 r. Nr 4, poz. 14).

<sup>34</sup> J. Szwejca, *Prawa osobiste wynalazców w nowej ustawie – prawo własności przemysłowej*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej” 2002, nr 80, s. 232.

<sup>35</sup> S. Sołtysiński w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, T. Szymanek, *Komentarz do prawa wynalazczego*, Warszawa 1990, s. 72.

<sup>36</sup> Co spotkało się z krytyką, por. J. Szwejca, *Prawa...*, s. 234.

<sup>37</sup> Zgodnie z tym przepisem, w trybie postępowania cywilnego, na zasadach ogólnych, rozpatrywane są w szczególności sprawy o ustalenie autorstwa projektu

ust. 1 PWP, a także art. 23 i art. 24 k.c. Treścią tego prawa jest umożliwienie twórcy wynalazku żądania ujawnienia jego nazwiska w związku z wynalazkiem (w zgłoszeniu wynalazku, w publikacjach, opisach, rejestrach oraz innych dokumentach) i sprzeciwienie się wobec podawania się przez osoby drugie za twórców wynalazku (skuteczny *erga omnes* zakaz przypisywania sobie autorstwa cudzego wynalazku). Prawo do autorstwa wynalazku jest niemajątkowym prawem podmiotowym twórcy wynalazku<sup>38</sup>, skutecznym *erga omnes*. Prawo to powstaje na rzecz twórcy niezależnie od jego woli, nieważne będą więc regulacje umowne, które określałyby inny podmiot uprawniony z praw osobistych. Wynalazca decyduje o sposobie wykonywania swojego uprawnienia, w szczególności o oznaczaniu swego autorstwa lub publikowaniu informacji o wynalazku anonimowo. Wynalazca pozostaje w każdym czasie uprawniony do zmiany sposobu korzystania ze swoich praw osobistych, może przykładowo zmienić swoją decyzję co do ujawnienia swoich danych osobowych w publikacjach dotyczących wynalazku i następnie domagać się publikacji anonimowych. Osobista natura tych praw umożliwia zmianę decyzji wynalazcy po jego śmierci przez osoby uprawnione do zgłoszenia wynalazku do opatentowania. Poza zgłoszeniem, o którym mowa w art. 32 PWP, twórca wynalazku, może swoje prawo do autorstwa wykonywać także w ten sposób, że będzie oznaczał swe autorstwo pseudonimem lub pozostanie anonimowy<sup>39</sup>. Ustawodawca w art. 8 ust. 1 w pkt 3 PWP wskazał na prawo twórcy do wymieniania go w opisach, rejestrach i dokumentach oraz publikacjach, dotyczy to zarówno opisu wynalazku, dokumentu patentowego, publikacji dokonywanych w toku rozpatrywania zgłoszenia, rejestru patentowego, jak również wszelkich innych publikacji, dokumentów, opisów i rejestrów, katalog miejsc ujawnienia twórcy jest katalogiem otwartym, ujawnienie osoby twórcy powinno nastąpić także przy wystawieniu wynalazku na

---

wynalazczego. Określenie „w szczególności” wskazuje na egzemplifikacyjne wymienienie spraw przekazanych na drogę postępowania cywilnego, niewątpliwie także spory o naruszenie prawa do autorstwa projektu wynalazczego należą do właściwości sądów powszechnych.

<sup>38</sup> Tak również J. Szwaja, *Prawa...*, s. 235.

<sup>39</sup> Szerzej odnośnie do obowiązku ujawnienia danych twórcy na podstawie art. 32 PWP pisałem w *Komentarzu do prawa własności przemysłowej*, por. P. Kostański w: P. Kostański (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*. Warszawa 2014, uw. do art. 8, nb. 39.

wystawie prezentującej nowe osiągnięcia z dziedziny techniki<sup>40</sup>. Prawo do autorstwa wynalazku podlega ochronie sądowej w postępowaniu cywilnym (art. 284 pkt 1 PWP).

Prawa osobiste twórcy wynalazku, wymienione w art. 8 ust. 1 pkt 3 PWP, powstają wraz z dokonaniem i uzewnętrznieniem wynalazku w taki sposób, który stworzy możliwość zapoznania się z nim przez osoby drugie (wynalazek będzie postrzegalny). Twórca wynalazku pozostaje twórcą na zawsze, niezależnie od tego, komu przysługują i czy pozostają w mocy prawa majątkowe do wynalazku. Ochrona praw osobistych wynalazcy trwa przez czas jego życia. Prawa osobiste wynalazcy są niezbywalne, nie podlegają zrzeczeniu, są nieograniczone w czasie (w przeciwieństwie do majątkowych praw własności przemysłowej), ale gasną wraz ze śmiercią wynalazcy<sup>41</sup>, jako ściśle związane z jego osobą. Prawa osobiste nie podlegają dziedziczeniu (art. 922 k.c.). Przedmiotem dziedziczenia mogą być tylko prawa majątkowe. Pogląd o gaśnięciu praw osobistych wraz ze śmiercią uprawnionego znajduje akceptację w orzecznictwie. Osoba nieistniejąca nie może być bowiem podmiotem dóbr i praw osobistych, prawa te tracą swój byt wraz ze śmiercią podmiotu praw, nie można ich przenieść na inne osoby ani za życia twórcy, ani po jego śmierci<sup>42</sup>. W Prawie własności przemysłowej ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie szczególnej regulacji, która przewidywałaby trwanie praw osobistych po śmierci twórcy, jak to uczynił na gruncie Prawa autorskiego<sup>43</sup>. Dochodzenie roszczeń wynikających z naruszenia prawa do autorstwa wynalazku po śmierci twórcy możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy za życia uszkodzonego zostały uznane na piśmie albo wówczas zostało wytoczone powództwo (art. 445 § 3 k.c.). Ustawodawca nie przewidział w Prawie własności przemysłowej regulacji szczególnej, która pozawalałaby przyjąć, że prawa osobiste wynalazcy pozostają w mocy po śmierci wynalazcy,

---

<sup>40</sup> J. Preussner-Zamorska, *Prawo...*, s. 39.

<sup>41</sup> J. Preussner-Zamorska, *Świadectwo...*, s. 149; M. Staszko, *Zarys prawa wynalazczego*, Warszawa 1974, s. 128; R. Markiewicz, *Ochrona...*, s. 120–121. Odmienne J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 531–533.

<sup>42</sup> Por. wyrok SA w Warszawie z 27 października 2011 r. (VI ACa 461/11), *Legalis*. W literaturze por. także P. Machnikowski w: E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, uw. do art. 23, nb. 2.

<sup>43</sup> Por. art. 78 ust. 2 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), dalej: u.p.a.



nie wskazał także (odmiennie niż w prawie autorskim) kręgu osób uprawnionych do wykonywania takich uprawnień, gdyby miały one trwać po śmierci twórcy wynalazku. Tezie o wygaśnięciu praw osobistych wynalazcy wraz z jego śmiercią nie przeczy kategorię sformułowanie art. 32 PWP, który nakazuje ujawnić wobec UPRP dane twórcy wynalazku niezależnie od tego, czy twórca żyje, czy zmarł. Także J. Mazurkiewicz, wskazuje, że rolą art. 32 PWP jest umożliwienie UPRP sprawdzenia legitymacji zgłaszającego w postępowaniu zgłoszeniowym<sup>44</sup>. W poglądzie tym jesteśmy zgodni. O ile twórca żyje, należy traktować normę art. 32 PWP jako potwierdzającą poszanowanie praw osobistych twórcy, to po jego śmierci przepis ten pełni jedynie funkcję proceduralną, zapewniając wskazanie danych twórcy i wykazanie następstwa prawnego w zakresie prawa do uzyskania patentu przez UPRP<sup>45</sup>. W braku wskazania danych twórcy wynalazku w zgłoszeniu, możliwe jest uzupełnienie zgłoszenia przez wnioskodawcę z własnej inicjatywy (art. 37 ust. 1 PWP) lub na wezwanie Urzędu (art. 42 ust. 1 PWP)<sup>46</sup>. Niewskazanie twórcy wynalazku

---

<sup>44</sup> Na takie (ograniczone) znaczenie tego przepisu wskazuje także J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 525–526.

<sup>45</sup> Odmienne J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 533.

<sup>46</sup> Nie podzielam poglądu J. Mazurkiewicza (por. J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 559–560), jakoby takie wezwanie mogło nastąpić na podstawie art. 46 ust. 1 PWP, który znajduje zastosowanie na etapie przedmiotowego badania wynalazku przez UPRP, który na tym etapie nie zajmuje się kwestią legitymacji zgłaszającego ani wymaganiami formalnymi zgłoszenia. Jeśliby nawet, na skutek przeoczenia nie uzupełniono brakującego wskazania twórcy na wcześniejszym etapie postępowania, to podstawą wezwania o uzupełnienie zgłoszenia w tym zakresie, także na późniejszych etapach postępowania zgłoszeniowego będzie art. 42 ust. 1 PWP. Uważam także (odmiennie od J. Mazurkiewicza), że niewskazanie danych twórcy lub wskazanie danych nieprawdziwych nie może być podstawą uwag (art. 44 ust. 1 PWP), które mogłyby skutkować odmową udzielenia patentu (art. 49 ust. 1 PWP), jak również sprzeciwu ani wniosku o unieważnienie patentu (art. 89 PWP), o ile nieprawidłowe ujawnienie twórcy lub jego nieujawnienie nie ma wpływu na legitymację zgłaszającego, a więc gdy nie wpływa na możliwość zastosowania art. 74 PWP. Patent może być unieważniony w całości lub w części, jeżeli zostanie wykazane, że nie zostały spełnione ustawowe warunki wymagane do uzyskania patentu (art. 89 PWP), do warunków tych nie należy ujawnienie danych twórcy (jest to tylko wymóg formalny zgłoszenia). Stosownie do art. 74 PWP w razie zgłoszenia wynalazku albo uzyskania na wynalazek patentu przez osobę nieuprawnioną, uprawniony może żądać umorzenia postępowania albo unieważnienia patentu. Przepis ten przewiduje dodatkową przesłankę unieważnienia patentu z powodu uzyskania go przez nieuprawnionego, co jednak odnosi się do okoliczności dokonania zgłoszenia przez podmiot, któremu nie przysługuje prawo do uzyskania patentu. Nie każda więc sytuacja naruszenia art. 32 PWP i prawa



skutkować będzie umorzeniem postępowania. Przepis ten ma zastosowanie niezależnie od tego, czy twórca wynalazku żyje. Możliwość zastosowania tej regulacji po śmierci twórcy nie świadczy o istnieniu ochrony praw osobistych wynalazcy *post mortem*. Przepisy prawa administracyjnego w wielu przypadkach przewidują obowiązek wskazania danych osobistych osoby zmarłej (np. dane nieżyjących już rodziców ujawnione w dowodzie osobistym dziecka), co nie musi być powiązane z ochroną jakichkolwiek praw tej osoby, a następuje w celach ewidencyjnych czy dokumentacyjnych. Wygaśnięcie ochrony praw osobistych wraz ze śmiercią twórcy nie oznacza, że każda ingerencja w dotąd chronione dobra jest dozwolona. Przeciwnie, niektóre działania, wymierzone w prawo wynalazcy do autorstwa, które za jego życia kwalifikowalibyśmy jako naruszające prawa osobiste, także po śmierci wynalazcy mogą być sankcjonowane. Na drodze prywatnoprawnej wówczas, gdy naruszają dobra osobiste bliskich zmarłego wynalazcy, ale także jako występki stypizowane w art. 303 PWP.

Zwrócić bowiem należy uwagę na to, że ustawodawca przewidział również sankcję karną w przypadku szczególnego sposobu naruszenia prawa osobistego twórcy polegającego na przypisaniu sobie autorstwa cudzego wynalazku. Zgodnie z art. 303 PWP kto przypisuje sobie autorstwo albo wprowadza w błąd inną osobę co do autorstwa cudzego projektu wynalazczego, albo w inny sposób narusza prawa twórcy projektu wynalazczego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Przepis ten sankcjonuje tak samo przypisanie sobie autorstwa lub wprowadzenie w błąd odnośnie do autorstwa wynalazku, którego twórca żyje, jak i takiego, którego twórca zmarł. Przedmiotem ochrony tego przepisu za życia twórcy jest jego prawo osobiste, a pośrednio także prawda naukowa (wskazanie, kto jest twórcą wynalazku). To ostatnie dobro pozostaje prawnie chronione także po śmierci twórcy. Ukształtowanie występku z art. 303 PWP jako

---

osobistego przewidzianego w art. 8 ust. 1 pkt 3 PWP będzie równoznaczna z hipotezą art. 74 PWP. Przykładowo, dokonanie zgłoszenia przez pracodawcę wynalazku do opatentowania i wskazanie w zgłoszeniu nazwiska tylko jednego spośród trzech pracowników - twórców, będzie naruszało prawa pozostałych współtwórców (art. 8 ust. 1 pkt 3 PWP) i będzie formalnie nieprawidłowe (a więc zgłoszenie należy uznać za dokonane z naruszeniem art. 32 PWP), jednak nadal będzie zgłoszeniem dokonany przez podmiot, któremu przysługuje prawo do uzyskania patentu, a tym samym współtwórcy nie będą mogli skorzystać z uprawnień przewidzianego w art. 74 PWP. Unieważnienie patentu nie będzie więc z tego powodu możliwe.

przestępstwa ściągane na wniosek pokrzywdzonego (art. 310 ust. 1 PWP) prowadzi jednak do wniosku, że ustawodawca powiązał ochronę prawnokarną z naruszeniem praw wynalazcy. Za życia twórcy nie budzi więc wątpliwości, że pokrzywdzonym przez przypisywanie sobie autorstwa wynalazku lub wprowadzanie w błąd odnośnie do autorstwa wynalazku będzie sam wynalazca, w przypadku naruszenia prawa twórcy „w inny sposób” może to być zarówno wynalazca jak i jego następca prawny (np. w przypadku zbycia prawa do uzyskania patentu). Po śmierci wynalazcy za podmiot pokrzywdzony naruszeniem praw majątkowych twórcy uznaje się następców prawnych (spadkobierców), natomiast w przypadku naruszenia praw osobistych twórcy, owi następcy prawni mogą być uznani jedynie za pokrzywdzonych o tyle tylko, o ile wprowadzanie w błąd co do autorstwa lub przypisanie sobie przez sprawcę autorstwa wynalazku dokonane przez zmarłego twórcę, oddziałuje na sferę praw majątkowych nabytych w drodze spadkobrania. Nie można jednak zapominać o praktycznych komplikacjach w takiej sytuacji, wynikających z brzmienia art. 49 § 1 k.p.k., zgodnie z którym pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. Rozumienie bezpośredniości naruszenia może być w tym przypadku istotną barierą uniemożliwiającą wszczęcie postępowania karnego. Przytaczając jedną z ostatnich wypowiedzi Sądu Najwyższego w tym zakresie: „kryterium bezpośredniości naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej osoby oznacza, że w relacji między czynem o konkretnych znamionach przestępstwa a naruszeniem lub zagrożeniem dobra tej osoby nie ma ogniw pośrednich, z czego wynika, że do kręgu pokrzywdzonych można zaliczyć tylko ten podmiot, którego dobro prawne zostało działaniem przestępnym naruszone wprost, a nie za pośrednictwem godzenia w inne dobro”<sup>47</sup>; można dojść do wniosku, że naruszenie nakierowane na prawa osobiste nieżyjącego twórcy, tylko w sposób pośredni dotyka praw majątkowych jego następców prawnych, a co za tym idzie, nie można byłoby ich uznać za pokrzywdzonych. Wniosek o ściganie mogliby złożyć, działając na podstawie art. 52 § 1 k.p.k., zgodnie z którym, w razie śmierci pokrzywdzonego, prawa, które by mu przysługiwały,

---

<sup>47</sup> Por. postanowienie SN z 25 marca 2010 r. (IV KK 316/09), Legalis.

mogą wykonywać osoby najbliższe<sup>48</sup>, a w wypadku ich braku lub nieujawnienia – prokurator, działając z urzędu.

Kolejnym istotnym zagadnieniem związanym z ochroną praw osobistych zmarłego wynalazcy jest kwestia ich wykonywania w przypadku współtwórczości. W prawie wynalazczym (odmiennie niż na gruncie prawa autorskiego) przyjmuje się, że współautorstwo może mieć miejsce także bez porozumienia współtwórców, w przypadku rozwiązania przez różnych twórców etapowo poszczególnych fragmentów określonego zagadnienia technicznego, bez dokonania których nie uzyskano by końcowego efektu technicznego stanowiącego wynalazek<sup>49</sup>. W szczególności może mieć to miejsce, gdy jeden z twórców kontynuuje prace zmarłego współtwórcy. W takiej sytuacji współtwórca, który ukończył wynalazek, aby nie narażać się na zarzut przywłaszczenia sobie autorstwa całości wynalazku, ma obowiązek ujawnić dane zmarłego jako współtwórcy wynalazku, niezależnie od tego, że ustała ochrona praw osobistych zmarłego.

*De lege lata* nie ma więc obecnie podstaw dla konstruowania ochrony *post mortem* praw osobistych wynalazcy na podstawie PWP. Nie można jednak zapominać, że prawo własności przemysłowej nie funkcjonuje w próżni prawnej, ale jest częścią prawa prywatnego, dlatego w sytuacjach nieuregulowanych w ustawie szczególnej, należy poszukiwać możliwych rozwiązań także w kodeksie cywilnym, jako podstawowym akcie prawnym w zakresie prawa prywatnego. Ochronę twórczości wynalazczej i racjonalizatorskiej przewiduje również art. 23 k.c., umieszczając te dobra w katalogu dóbr osobistych. Treść art. 24 § 3 k.c. w zw. z art. 1 ust. 2 PWP świadczy o możliwości zbiegu przepisów tych ustaw, dopuszczając kumulatywne stosowanie środków ochrony przewidzianej w przepisach obu ustaw. Wskazanie w art. 23 k.c. jako dobra osobistego „twórczości” należy odnosić do konkretnych jej rezultatów<sup>50</sup>, a nie do samego przebiegu pracy twórczej, ochrona ta aktualizuje się więc wraz z ujawnieniem rezultatów pracy twórczej wynalazcy. Wygaśnięcie prawa osobistego wynalazcy nie stoi na przeszkodzie, w pewnych szczególnych sytuacjach, przyjęciu, że ujawnienie (lub pominięcie) danych

---

<sup>48</sup> Osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu (art. 115 § 11 k.p.k.).

<sup>49</sup> Por. wyrok SN z 8 września 1982 r. (IV PR 175/82), OSNCPUS, 1983, nr 4, poz. 59.

<sup>50</sup> M. du Vall, *Prawo...*, s. 210.

twórcy w kontekście wynalazku będzie elementem kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej<sup>51</sup>, jako dobra osobistego osób bliskich zmarłemu wynalazcy. Przykładowo, w wypadku „zacierania” pamięci o dokonaniach wynalazcy, przypisywania sobie jego osiągnięć przez inne osoby, w zasługującym na ochronę prawną interesie osobistym osób bliskich zmarłego wynalazcy będzie leżało przywrócenie odpowiedniej (zgodnej z prawdą) pamięci o zmarłym w kontekście jego dokonań na polu techniki. Osoby bliskie będą wykonywały jednak własne prawo, chroniąc swoje dobra osobiste.

Możliwość skorzystania z ochrony na podstawie powyżej wskazanych przepisów o dobrach osobistych może nie być wystarczająca. Nie zawsze osoby bliskie zmarłemu wynalazcy będą w stanie wykazać, że nieoznaczenie danych wynalazcy w publikacjach, rejestrach czy innych dokumentach narusza będzie ich kult pamięci o zmarłym wynalazcy. Obiektywizowane oceny w tym zakresie mogą pozostawiać bez ochrony prawnej, jednokrotne pominięcie danych twórcy lub współtwórcy wynalazku lub działania odnoszące się do wynalazków o niskiej doniosłości społecznej czy niewielkim znaczeniu ekonomicznym. W takich sytuacjach, po pierwsze, trudno byłoby twierdzić, że fakt dokonania takiego wynalazku ma znaczenie z punktu widzenia pamięci o zmarłym (szczególnie, gdy np. będzie to jeden z kilkadziesiątu dokonanych wynalazków, pomniejsze osiągnięcie naukowe wobec innych sukcesów zmarłego itd.), po drugie także, że takie pominięcie narusza sferę uczuciową osób bliskich zmarłemu, szczególnie, gdy nie mamy do czynienia z celowym zacieraniem pamięci o wynalazcy, ale z pominięciem przypadkowym, np. wynikającym z niestaranności. Pozostawianie osobom bliskim zmarłego wynalazcy jedynie możliwości dochodzenia ochrony na podstawie przepisów kodeksu cywilnego, może prowadzić w praktyce do odmowy udzielenia ochrony lub do kreowania sztucznych sytuacji na potrzeby procesu, w którym, przykładowo, bliscy twierdzić będą, że swe uczucia do zmarłego wiążą z wynalezieniem przez niego 40 lat

---

<sup>51</sup> Kult pamięci o zmarłej osobie bliskiej rozumiany jest, jako „więź emocjonalna ze zmarłym, przejawiająca się w oddawaniu szacunku zwłokom i utrwaleniu pamięci o zmarłym” (pogrzeb, wystawienie i pielęgnowanie grobu), „dbałość o dobre imię zmarłego, gdy jego naruszenie godziłoby w uczucia, jakim darzy go żyjąca osoba bliska”, por. P. Machnikowski w: E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks...*, uw. do art. 23, nb. 6.

wcześniej sposobu wykonywania i wszywania kieszeni odzieżowych<sup>52</sup>. Ponadto nie wydaje się całkowicie słusznym, aby wyłącznie sferze odczuć bliskich zmarłego wynalazcy pozostawić możliwość dochodzenia potwierdzenia faktów w zakresie autorstwa wynalazku, np. w sytuacji przypisywania sobie autorstwa cudzego wynalazku. Na niedostateczność takiej ochrony wskazują także R. Markiewicz<sup>53</sup> i J. Mazurkiewicz<sup>54</sup>. Ten ostatni, rozwiązując takie trafnie określa jako sztuczne, wskazując, że „autorstwo pozostaje bowiem dobrem osobistym zmarłego twórcy, okazywanie kultu dla jego pamięci jest natomiast dobrem bliskich mu żyjących osób. Wspomniane rozwiązanie okaże się też (...), bezużytecznym wówczas, gdy nie ma żyjących bliskich albo są oni bezradni lub obojętni na naruszenia dóbr osobistych zmarłego twórcy”<sup>55</sup>. J. Mazurkiewicz poddał także krytyce pogląd R. Markiewicza, stwierdzając, że „z chwilą śmierci odkrywcy sfera chronionych praw osobistych autora wyników naukowych ulega ograniczeniu, za nieuprawnione uważam też wtłaczanie ich ochrony *post mortem* w sferę kultu pamięci, albowiem ochrona dóbr osobistych zmarłego winna być możliwa niezależnie od tego czy żyją bliscy odkrywcy, ani od ich negatywnej czy pasywnej postawy wobec potrzeby ochrony jego dóbr osobistych”<sup>56</sup>.

Podkreślenia wymaga także, że ustawodawca na gruncie prawa autorskiego wprowadził pośmiertną ochronę autorskich praw osobistych (art. 16 i art. 78 u.p.a.) i ukształtował te prawa jako niegasnące z chwilą śmierci, jednocześnie wskazując podmioty uprawnione do ich wykonywania po śmierci twórcy. Nie wydaje się, aby związek twórcy z utworem był na tyle odmienny od związku wynalazcy z wynalazkiem, by ochronę prawa do autorstwa należało w tych dwóch reżimach prawnych różnicować z uwagi na śmierć twórcy. W obu przypadkach prawa te mają wspólną cechę, stanowią emanację dóbr osobistych, związane są z pracą intelektualną człowieka i w szerokim znaczeniu realizują uprawnienie do powiązania osoby z wytworami jej działalności umysłowej: prawo autorskie przede wszystkim w sferze artystycznej (ale przecież także

---

<sup>52</sup> Przykład zgłoszenia dokonanego z UPRP 26 marca 1973 r. przez José Castany Ferre i Ramon Sanrama Padro, którzy byli także twórcami tego wynalazku, „Biuletyn Urzędu Patentowego” 1973, nr 29, s. 1.

<sup>53</sup> R. Markiewicz, *Ochrona prac naukowych*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1990, nr 55, s. 120.

<sup>54</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 544.

<sup>55</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 561.

<sup>56</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 544.

w dziedzinie sztuki użytkowej) a prawo wynalazcze w sferze techniki. Obie dziedziny prawa bywają określane w nauce jako bliźniacze<sup>57</sup>. Brak jest, moim zdaniem, aksjologicznego uzasadnienia, aby inaczej kształtować skutki prawne wywodzone z faktu śmierci twórcy w obu tych dziedzinach twórczości, a co za tym idzie, w obu gałęziach prawa własności intelektualnej. Sztuczność odmiennego ukształtowania skutków śmierci podmiotu praw osobistych unaocznia się jeszcze bardziej w przypadku dóbr korzystających z ochrony kumulatywnej, co obecnie bywa regułą w przypadku wzornictwa przemysłowego. Rozwiązania z tego zakresu korzystają z ochrony na podstawie przepisów PWP oraz jako utwory chronione prawem autorskim. Prawa osobiste twórcy (będącego jedną i tą samą osobą) wywodzone z prawa autorskiego trwają po jego śmierci, natomiast takie samo uprawnienie (wywodzone z art. 8 ust. 1 pkt 3 PWP) wygasa. Wprowadzenie szczególnej regulacji wskazującej podmioty legitymowane do dochodzenia roszczeń w przypadku naruszenia praw osobistych po śmierci podmiotu tych praw nie stoi w sprzeczności z konstrukcją praw nieprzenoszalnych i przysługujących zawsze temu podmiotowi, na rzecz którego powstały<sup>58</sup>. Szczególny charakter takiej regulacji, jako wyjątek, jedynie potwierdza zasadę prawną, zgodnie z którą prawa osobiste są niezbywalne i nie podlegają dziedziczeniu.

Z tego względu *de lege ferenda*, należy rozważyć, wprowadzenie w PWP przepisów, które po pierwsze przewidywałyby, iż uprawnienie osobiste sformułowane w art. 8 ust. 1 pkt 3 PWP jest nieograniczone w czasie i trwa także po śmierci twórcy i po drugie, umożliwiłyby, na wzór art. 78 ust. 2–4 u.p.a.<sup>59</sup>, dochodzenie roszczeń związanych z naruszeniem uprawnienia opisanego w art. 8 ust. 1 pkt 3 PWP także po śmierci wynalazcy poprzez wskazanie kręgu osób uprawnionych. Krąg

---

<sup>57</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 528.

<sup>58</sup> A. Kopff, *Konstrukcje cywilistyczne w prawie wynalazczości*, Warszawa 1978, s. 114–115.

<sup>59</sup> Jeżeli twórca nie wyraził innej woli, po jego śmierci z powództwem o ochronę autorskich praw osobistych zmarłego może wystąpić małżonek, a w jego braku kolejno: zstępni, rodzice, rodzeństwo, zstępni rodzeństwa. Jeżeli twórca nie wyraził innej woli, osoby wymienione [powyżej] są uprawnione w tej samej kolejności do wykonywania autorskich praw osobistych zmarłego twórcy. Jeżeli twórca nie wyraził innej woli, z powództwem, o ochronę autorskich praw osobistych, może również wystąpić stowarzyszenie twórców właściwe ze względu na rodzaj twórczości lub organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi, która zarządzała prawami autorskimi zmarłego twórcy.



ten mógłby być identyczny z kręgiem osób przewidzianym w prawie autorskim, przy pominięciu organizacji zbiorowego zarządzania, których zadania mogłyby wykonywać organizacje społeczne, o których mowa w art. 9 PWP, w tym stowarzyszenia twórców techniki. Odpowiednia nowelizacja usunęłaby także rozbieżność w rozumieniu art. 32 PWP, który mógłby być jednolicie postrzegany jako instrument ochrony praw osobistych wynalazcy w postępowaniu zgłoszeniowym zarówno za życia jak i po śmierci twórcy wynalazku.

### **Streszczenie**

Autor przedstawia zagadnienie ochrony prawa do autorstwa wynalazku w prawie polskim, uwzględniając także prawo międzynarodowe, w szczególności regulację Konwencji Paryskiej o ochronie własności przemysłowej, Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, Układu o współpracy patentowej i Konwencji o udzielaniu patentów europejskich. Ochrona praw osobistych w prawie międzynarodowym ograniczona jest do okresu życia twórcy. W Polsce wynalazca może korzystać z ochrony prawnej sfery jego praw osobistych związanych z dokonaniem wynalazku na podstawie art. 23 i art. 24 k.c. oraz art. 8 ust. 1 PWP. *De lege lata* nie ma podstaw dla konstruowania ochrony *post mortem* praw osobistych wynalazcy na podstawie PWP. Jednak prawo własności przemysłowej jest częścią prawa prywatnego. Ochronę twórczości wynalazczej i racjonalizatorskiej przewiduje również art. 23 k.c., umieszczając te dobra w katalogu dóbr osobistych. Wygaśnięcie prawa osobistego wynalazcy nie stoi na przeszkodzie, w pewnych szczególnych sytuacjach, przyjęciu, że ujawnienie (lub pominięcie) danych twórcy w kontekście wynalazku będzie elementem kultu pamięci bliskiej osoby zmarłej, jako dobra osobistego osób bliskich zmarłemu wynalazcy. Przykładowo, w wypadku „zacierania” pamięci o dokonaniach wynalazcy, przypisywania sobie jego osiągnięć przez inne osoby, w zasługującym na ochronę prawną interesie osobistym osób bliskich zmarłego wynalazcy będzie leżało przywrócenie odpowiedniej pamięci o zmarłym w kontekście jego dokonań na polu techniki. Osoby bliskie będą wykonywały jednak własne prawo, chroniąc swoje dobra osobiste.



Słowa kluczowe: prawa osobiste wynalazcy, ochrona *post mortem*, prawo do bycia wymienionym jako wynalazca.

### **Abstract**

The author presents the issue of protection of the right of authorship of an invention in Polish law, also taking into account international law, in particular: regulation of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, TRIPS-Agreement, Patent Cooperation Treaty and the European Patent Convention. The protection of the moral rights of inventor in international law is limited to the period of his life. The creator of an invention in Poland makes use of legal protection of his moral rights related to the invention on the basis of Articles 23 and 24 Civil Code and Article 8.1 Industrial Property Rights Act. There is currently no basis for constructing the protection of inventor's personal rights after his death on the basis of the Industrial Property Rights Act. However, industrial property right is part of private law, and also the Article 23 Civil Code provides the protection of creativity and innovation activities, placing these among protected personal interests. The expiry of the protection of the moral rights of an inventor does not prevent, in certain specific situations, acceptance that disclosure (or omission) of personal data of inventor in the context of the creation of an invention will harm the moral rights of persons, who are close to deceased inventors, for example, in the case of "mashing" the memory about the achievements of inventor or assigning his achievements by other people. However, in such a situation, the persons close to inventor will exercise their own right to protect their moral interests.

Keywords: inventor's moral rights, post mortem protection, mention of the Inventor of the patent.

Pavel Koukal<sup>1</sup>

## Economic and Moral Rights of the Deceased Designer in the Czech Republic

### The Notion of Design

The results of human creation, science or business activities may differ. It may be a work of art, the invention of a new technical solution, design or creation of a logo which is to be used to describe certain products. All these “*fruits of the human spirit*” have a significant economic value<sup>2</sup> and the law provides the protection for such intangible goods via intellectual property rights.

In daily speech, we meet with the following statements: “*The product is a success, it was well-designed*”; “*it is not very well designed*”; “*that feature gives the product a special design*”. The word “*design*” is used to describe the external appearance of items which are produced industrially<sup>3</sup> (furniture, textiles, automobiles, jewellery, clocks etc.) and for the appearance of products that are used to promote products, services or entities (brochures, logos, websites, pictogram, packaging, labels etc.)

The word design originates from the Latin word “*signum*”, which means “*character or footprint*”. The meaning of the verb “*designare*” in Latin was “*designation*” or “*border*”<sup>4</sup>. The English word “*design*” as a noun indicates “*shape*”, and as a verb it is used as “*to plan*”. In both meanings a certain form (appearance, shape, contour) is given to the non-corporeal idea<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Prof. JUDr., Masarykova Univerzita, Brno (prof. dr, Uniwersytet Masaryka, Brno). The publication of this paper is supported by the internal grant of the Masaryk University Faculty of Law „European Private Law Over the Time and Space“.

<sup>2</sup> See PARK, W.G., GINARTE, J.C. *Intellectual Property Rights and Economic Growth. Contemporary Economic Policy* 3/1997. p. 52; MASKUS, K. E. *Intellectual property rights in the global economy*. Washington: Peterson Institute, 2000. p. 3, 33 ff.

<sup>3</sup> KUPETZ, A. (eds.) *Industrial Design*. Basel: Birkhäuser, 2006. p. 6.

<sup>4</sup> MONÖ, R. *Design for Product Understanding*. Stockholm: Liber, 1997. p. 11.

<sup>5</sup> ASHBY, M., JOHNSON, K. *Materials and Design. The Art and Science of Material Selection in Product Design*. 3rd ed. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2014. p. 12.

When analysing the context in which we use the term “*design*”, we may come to the conclusion that the noun or verb “*design*” is used for the evaluation of aspects of objects which we are able to be perceived visually<sup>6</sup>. For example no one will use the sentence: “*The symphony is of an interesting design*”. Design is characterized by being perceived through eyesight<sup>7</sup>.

We can also see that the term design is used when evaluating the aesthetic site of utilitarian objects. Prof. William describes the unique nature of the design as follows:

*“On a smaller scale, product designers seek to blend the technical with the aesthetic, combining practical utility with emotional delight. Think of Wedgwood china, Tiffany glass, Chippendale furniture – these were first made and bought to fulfil a functional purpose, but survive and are treasured today as much for their appeal as objects of beauty”*<sup>8</sup>.

The combination of aesthetics and functionality is something that is crucial to the design. Without this mingling of art and technology, without the beauty embodied in objects of everyday use, we would not be speaking about design as a special category but only about applied art. But the design is created because it affects the visual senses of people (customers or business partners); who, precisely because of aesthetic features of a given product, are interested to buy the item. The last essential character of the design is therefore the quality of creative activity of the designer. The design is being created intentionally and the designer combines “*aesthetic*” and “*functional*” features<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> WILLIAM, L. (eds.) *Universal Principles of Design*. Gloucester. MA (USA): Rockport Publishers, Inc., 2003. p. 14.

<sup>7</sup> See SUTHERSANEN, U. *Design law: European Union and United States of America*. 2nd ed. London: Thomson Reuters, 2010. p. 95. WILLIAM, L. *op. cit. Ibid.*

<sup>8</sup> WILLIAM, L. *op. cit. Ibid.*

<sup>9</sup> “*Good design involves two fundamental elements: the product must perform its function and it should be pleasant to look at... The significance of limiting protection to the visual appearance of products is that aesthetic considerations are in principle capable of being relevant only when the designer is developing a product’s visual appearance. Most of the time the designer will be concerned with both elements of good design: functionality and eye appeal. In some cases functionality will be the dominant preoccupation of the designer. The need to make a product that works will be uppermost in the designer’s mind and will largely determine the appearance of the product. As long as functionality is not the only relevant factor, the design is in principle eligible for protection. It is only when aesthetic considerations are completely irrelevant that the*

## Possible Forms of the Design Protection; Design as the Object of Private Rights

The design may be protected by various intellectual property rights of different nature. First there is the liability-based (*inter partes*) regime which includes protection by the unfair competition<sup>10</sup>. But usually the design is protected under the umbrella of the absolute rights (*erga omnes*), which covers author's rights<sup>11</sup> and protection guaranteed by *sui generis* registered or unregistered designs rights<sup>12</sup>.

According to the doctrinal interpretation<sup>13</sup> of the Art. 489 and 496 of the New Civil Code<sup>14</sup>, the design is not considered to be the “*incorporeal*

---

*features of the design are solely dictated by the need to achieve a technical solution*”. See Decision of the Board of Appeal of the OHIM in the case *Lindner Recyclingtech GmbH v Franssons Verkstäder AB* (R-690/2007-3) [online; 9.1.2015]. Available at: <https://oami.europa.eu/eSearchCLW/#advanced>

<sup>10</sup> The protection of the design through unfair competition law is enabled in the Czech law by the general clause of the unfair competition stipulated by the Art. 2976 par. 1 of the New Civil Code or by the special unfair competition claim called “*likelihood of confusion*” (Art. 2981 of the New Civil Code). Although the unfair competition is mentioned in the Art. 10bis of the Paris Convention, the unfair competition is not considered as an intellectual property right because it gives rise only to a relative property rights (See VOJČÍK, P. *Právo duševného vlastnictva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012. p. 36; VYPARINA, S. *Súťažné právo a priemyselné práva I*, Duševné vlastnictvo 1/1997, p. 23; KOUKAL, P. *Souběh autorskoprávní a nekalosoutěžní ochrany*. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, 2005. p. 29). In the New Civil Code the unfair competition protection is subsumed under the tort law (obligations arising from unlawful acts).

<sup>11</sup> In this paper, it is not necessary to refer to generally known difference between the common-law copyright system and the continental system of author's rights protection. Concerning the terminology used in this paper the term “*copyright*” will be used for the legal regulation in an objective sense (i.e. regulation contained in laws; especially copyright laws, copyright act, copyrighted work etc.), while in the case of rights in the subjective sense we will speak about rights of the author – economic and moral author's rights.

<sup>12</sup> SUTHERSANEN, U. *op. cit.* p. 18 ff.; HOWE, M. *Russell-Clarke and Howe on Industrial Designs*. London: Thomson Reuters, 2010. p. 1-3; EICHMANN, H. In *Eichmann/Falckenstein. Geschmacksmustergesetz – Kommentar*. 4th ed. München: Verlag C.H.Beck, 2010. p. 32 ff; KOUKAL, P. *Právní ochrana designu – průmyslové vzory, autorská díla*. Praha: Wolters Kluwer, 2012. p. 21-23.

<sup>13</sup> See TELEČEK, I., TĚGL, P. In *Melzer/Těgl. Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014. p. 146; KOUKAL, P. In LAVICKÝ, P. (eds.) *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014. p. 1730.

<sup>14</sup> The New Civil Code of the Czech Republic (“NCC”) was enacted by the Act No. 89/2012 Coll. and is effective since the 1st January 2014 (former Czech

thing in the legal sense” (*nehmotná věc v právním smyslu*), because it is the outcome of the human creative activity. Creations such as works of art, inventions, technical inventions etc. are considered to be intangible goods (*nehmotné statky*) and are treated as special objects of private rights, but they are not things in the legal sense (Art. 489 of the NCC) and, in particular, they are not objects of *rights in rem*<sup>15</sup>.

On the other hand, economic rights relating to such creations are defined as things in the legal sense. Therefore rights of registered or unregistered design are considered to be incorporeal things [Art. 496 (2) of the NCC] and also objects of the property in the larger sense (Art. 1011 of the NCC). However, there is one exception from this general rule. Neither economic rights of the author nor moral rights are considered to be incorporeal things in the legal sense; firstly because they are not transferrable to other subjects *inter vivos*, and secondly because they are not eligible for assets valuation<sup>16</sup>.

Czech (and Slovak as well) theory of intellectual property<sup>17</sup> distinguishes not only between intangible goods and related intellectual property rights but also between intangible goods (*corpus mysticum*) and tangible objects (*corpus mechanicum*) in which intangible goods are incorporated. Intangible goods exist independently from their carriers, and rights which are associated with intangible goods are not lapsing

---

civil law was regulated by the Civil Code enacted by the Act No. 40/1964 Coll.) The NCC replaced both the old Civil Code and the Commercial Code No. 513/1991 Coll. which regulated the legal status and actions of entrepreneurs, trading companies and businesses, commercial obligations and agreements, as well as other business-related relations. The NCC also abolished the Law on the family (Act No. 97/1963 Coll.) and the family law is now incorporated in the text of the NCC as well. The recodification of the civil law in the Czech Republic also encompasses the law No. 90/2012 Coll., On Business Companies, known as the Business Corporations Act, and law No. 91/2012 Coll., On International Private Law.

<sup>15</sup> KOUKAL, P. *op. cit.* p. 1729. TÉGL, P. In *Melzer/Tégl. Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014. p. 200.

<sup>16</sup> Art. 17 (5) of the Law No. 151/1997 Coll., On Valuation of Property and on the Amendment of Certain Acts (Property Valuation Act), as amended, stipulates: “Economic rights of an author and performing artists, being not transferable right, shall not be valued”. Moral basis of author’s rights is reflected in the fact that economic rights have no economic value. This rule applies even in the case of the transfer of economic rights on the basis of hereditary succession. See TELEČEK, I., TŮMA, P. *Autorský zákon – komentář*. Praha: 2007, C.H.Beck. p. 316.

<sup>17</sup> TELEČEK, I. *Tvůrčí práva duševního vlastnictví*. Brno: Doplněk, 1994. p. 42. VOJČÍK, P. *op.cit.* p. 37.

with the destruction of corporeal objects. The provision of Art. 9 (2) of the Czech Copyright Act directly provides: “*the destruction of things, through which the work is expressed, does not terminate the author’s rights to the work*”. Similarly, the distinction between intangible good and the corporeal object is reflected by the law No. 207/2000 Coll., On the Legal Protection of Industrial Designs (“*Industrial Designs Act*”). The industrial design is an intangible shape of all possible corporeal products in which the ideal shape is embodied<sup>18</sup>.

The distinction between the intangible goods and corporeal objects is applicable to all objects of intellectual property. All intangible goods, arising from the intellectual or economic activity, exist independently on their material expression<sup>19</sup>.

### **Author’s Rights as the Subject Matter of the Inheritance Succession**

When analysing the intellectual protection of the design in the context of the inheritance succession we will focus only on the issue of (i) author’s rights (*práva autorská*) and (ii) industrial design rights (*práva k průmyslovým vzorům*). Industrial design rights will be analysed only from the national perspective, i.e. the subject of our analysis will cover only national industrial designs which are registered by the Industrial Property Office in Prague, and we will leave out registered or unregistered Community designs protection<sup>20</sup>.

In the context of the inheritance succession, we will especially focus on the distinction between moral rights and economic rights of the author/designer; as well as on proprietary rights relating to the corporeal objects in which works of art/designs are embodied.

---

<sup>18</sup> Art 10 of the Industrial Designs Act provides: “... *the product in which the design is incorporated or to which it is applied...*” The German terminology is more consistent in this respect. As intangible asset (*Immateriälgut*) is considered the “*pattern*” as the appearance of the product [“*Muster*”: Art 1 (1) of the *Geschmacksmustergesetz*], but the form of protection is called “*taste pattern*” [“*Geschmacksmuster*”: Art 1 (5) of the *Geschmacksmustergesetz*]. See EICHMANN, H. In *Eichmann/Falckenstein. Geschmacksmustergesetz – Kommentar*. 4th ed. München: Verlag C.H.Beck, 2010. p. 73-74.

<sup>19</sup> BOHÁČEK, M., JAKL, L. *Právo duševního vlastnictví*. Praha: Nakladatelství Oeconomica, 2002. p. 18 ff. TELEČEK, I. *Tvůrčí práva duševního vlastnictví*. Brno: Doplněk, 1994. p. 22.

<sup>20</sup> Issue of Community designs as objects of the inheritance succession is set forth by Articles 27, 29 and 34 of the Community Designs regulation No. 6/2002/EC. This is a topic that goes beyond the scope of this paper, therefore, will not be subjected to the legal analysis.



## General characteristics of the inheritance succession in the New Civil Code

Before looking at the inheritance succession of author's rights and industrial design rights, it is necessary to provide very short description of the inheritance law set forth by the provisions of the New Civil Code.

The new civil-law legislation has brought significant changes which also have consequences on the inheritance of intellectual property rights. Inheritance law in the Czech Republic is based on the principle of universal succession. Upon the decedent's death<sup>21</sup> all private economic rights, which are not associated just with the deceased person and which are not subject to the special form of succession (i.e. singular succession), are transferred to heirs.

Under the inheritance succession, only economic rights<sup>22</sup> are transferred. Personal and moral rights of the deceased upon his death cease to exist. An exception, however, are personal and moral rights which have been recognized as a debt or applied at the court [Art. 1475 (2) of the NCC].

The New Civil Code expanded the number of inheritance titles. While under the old Civil Code it was possible to inherit only from the law (*zákon*) or from will (*závěť*) of the testator, under the new civil-law legislation it is possible to inherit estate also from the contract of inheritance (*dědická smlouva*; Art. 1476 of the NCC). Concerning the relevance of inheritance titles, the New Civil Code generally prefers the testamentary succession to the intestate succession<sup>23</sup>, but the combination of hereditary titles is possible as well.

The New Civil Code has also brought advanced possibilities for dealing with the right to succession in subjective sense. Before the death

---

<sup>21</sup> The inheritance law is based on the old principle of “*delace*” and the succession is acquired upon to the testator's death (Art 1479 NCC). See DOBEŠOVÁ, L. In HURDÍK, J. (eds.) *Občanské právo hmotné – Obecná část. Absolutní majetková práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013. p. 276.

<sup>22</sup> In the context of the New Civil Code as “*economic*” or “*property*” rights are considered not only absolute economic rights (for example the ownership, liens, servility, patents, registered industrial designs or trademarks), but also the relative economic rights such as obligations (*pohledávky*). See MELZER, F., TÉGL, P., TELEČEK, I. In *Melzer/Tégl. Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I. § 1-117*. Praha: Leges, 2013. p. 186.

<sup>23</sup> DOBEŠOVÁ, L. *op. cit.* p. 283.



of the testator the law gives to the potential heir the option to waive the inheritance right (Art. 1484 of the NCC). After the death of the deceased the heir has the option to reject the heritage (Art. 1485 of the NCC) or he can dispose of the heritage (Art. 1490, 1714 of the NCC).

The New Civil Code brought more limits on the right of the necessary heirs<sup>24</sup> to their compulsory part of the estate and expanded testamentary freedom (autonomy of the will) of the decedent. New legislation also reduced the scope of the necessary share. In the case of a minor child the necessary share is  $\frac{3}{4}$  of the intestate share and in the case of adult  $\frac{1}{4}$  of intestate share. The autonomy of the will of the testator was strengthened also by the fact that the testator may lay down conditions (*podmínky*; Art 1561 ff. NCC), stipulate for the legal burdens (*odkaz*; Art. 1594 ff. of the NCC) or order a command (*příkaz*; 1569 ff. of the NCC) to the heir/heirs. He may also appoint an alternate heir (*náhradnictví*; Art. 1507 of the NCC) or successor in the title (*svěřenské nástupnictví*; Art. 1512 ff. of the NCC).

For further analysis of the inheritance succession of author's rights and industrial design rights, it is necessary to underline that only the economic rights shall pass to heirs. Moral rights are not transferred to the heirs upon rules of universal inheritance succession and the *post-mortem* protection of moral interests of the deceased author/designer is entrusted to persons other than heirs (also called “*close persons to the deceased*”; see below).

### **Author's rights as the subject matter of inheritance succession**

The Czech copyright law is traditionally based on a personhood approach, which emphasizes the personal folder of author's rights<sup>25</sup>. The moral rights of an author are considered the foundation of the author's protection, since the author's work is the result of the artist's creative activity [Art. 2 (1) of the Czech Copyright Act] and is the manifestation of the author's personality<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> As necessary heirs they are regarded children of the decedent or his grandchildren [Art 1643 (1) of the NCC].

<sup>25</sup> TELEČEK, I. TŮMA, P. *Autorský zákon – komentář*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2007. p. 5, 146.

<sup>26</sup> Like other manifestations of a personal nature (Art 87 of the NCC) such as personal diaries, personal correspondence or signature. See TŮMA, P. In LAVICKÝ, P. (eds.) *Občanský zákoník I. Obecná část (§1-654)*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2014. p. 504.

Pure German monism<sup>27</sup> was typical for the Czech Copyright Act of 1965<sup>28</sup>, however, in the new Copyright Act, 2000 (Act No. 121/2000 Coll.) was modified into the form of quasidualistic system<sup>29</sup>, Czech copyright law regulates personal rights (*osobnostní práva*) and economic rights (*majetková práva*) of the author, like the French *Code de la propriété intellectuelle* but with several monistic elements taken from the German *Urhebergesetz*<sup>30</sup>.

Moral rights (Art. 11 of the Czech Copyright Act) include all the traditional moral rights as they are known to most European continental jurisdictions<sup>31</sup>: The right to the recognition of authorship (*právo osobovat si autorství*), the law on the first publication of the work (*právo rozhodnout o zveřejnění svého díla*) and the right to the protection of integrity of the work (*právo na nedotknutelnost díla*). Moral rights are non-transferable, the author may not waive them and upon the death of the author moral rights expire [Art. 11 (4) of the Czech Copyright Act].

The New Civil Code expressly provides [Art. 1475 (2) of the NCC] that moral rights in general are not subject to inheritance succession, unless claims arising from the breach of moral rights have been recognized by the debtor or applied at a court. Therefore, the claims that arise from the breach of an author's rights may be considered inheritance assets, for example, the right to compensation for damages, the right

---

<sup>27</sup> See STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2008. p. 59 ff, 403. DIETZ, A., PEUKERT, A. In Loewenheim, U. (eds). *Handbuch des Urheberrechts*. 2. ed. München: Verlag C.H.Beck, 2010. p. 207. SCHACK, H. *Urheber – und Urhebervertragsrecht*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 174.

<sup>28</sup> TELEČ, I. *Některé základní a obecné otázky nového českého autorského práva*. 1. část. "Bulletin advokacie" 2/2001. p. 25 ff.

<sup>29</sup> TELEČ, I. TŮMA, P. *Autorský zákon – komentář*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2007. p. 311.

<sup>30</sup> Principles of dualistic concept of author's rights have not been implemented into the question of the transferability of economic rights *inter vivos*. The Art 26 of the Czech Copyright Act thus regulates that transfer of economic rights *inter vivos* is prohibited. Disposition of economic rights is possible only on the basis of constitutive transfer (i.e. granting a license). TELEČ, I. *Ibid*.

<sup>31</sup> STERLING, J.A.L. *op.cit.* p. 395 ff. BARUDI, M. *Autor und Werk – eine prägende Beziehung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 62. STROEMHOLM, S. *Droit Moral: The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint*. International Review of Industrial Property 1/1983. p. 2 ff. DAVIES, G., *The Convergence of Copyright and Authors' Rights – Reality or Chimera?* "International Review of Industrial Property and Copyright Law" 6/1995. p. 965.

to provide unjust enrichment or the right to receive reasonable monetary compensation<sup>32</sup>.

After the death of the author the Czech Copyright Act stipulates [Art. 11 (5)] that moral interests of the author and certain post-mortal rights may be protected by “close persons to the author” (*osoby blízké*)<sup>33</sup>, collecting societies (*kolektivní správce*) or associations of authors (*právnícká osoba sdružující autory*). This right is a non-proprietary right of personhood nature, which is not passed to heirs on the basis of inheritance succession<sup>34</sup>.

The duration of this right is unlimited and it covers the protection of authorship of the deceased person and the protection of the integrity of the work (the work may not be used in a manner that reduces the value of copyrighted work). When applying to *post-mortem* protection, “close persons” can pursue only certain claims: They are entitled to request an injunction or the elimination of the infringement. However, they cannot, for example, claim monetary compensation for non-material damage<sup>35</sup>.

Due to the analogous interpretation based on the similarity with protection of personality (Art. 82 of the NCC)<sup>36</sup>, subject can apply the *post-mortem* protection regardless of whether it was caused by an unauthorized action carried out during the life of the author or after his death. However, all conditions for the application of individual copyright claims must be satisfied (Art. 40 of the Czech Copyright Act)<sup>37</sup>.

Due to the fact that Czech Copyright Act has not been fully built on traditional dualism of author’s rights, economic rights are non-transferable *inter vivos* [Art. 26 (1) of the Czech Copyright Act]<sup>38</sup>. On contrary,

---

<sup>32</sup> VOJČÍK, P. *Dedenie v oblasti duševného vlastníctva*. In JAKL, L. (eds.) *Nový občanský zákoník a práva k duševnímu vlastníctví*. Praha: Metropolitan Universtiy Prague Press, 2014. p. 80.

<sup>33</sup> Persons who are close to the deceased author are set forth by the Art. 22 of the NCC: “A close person shall be defined as a relative in direct line, brother or sister and the spouse or registered partner; other persons in a family or other similar relation shall be considered close to each other if a detriment suffered by one of them is reasonably felt as own by the other. It is assumed that brother-in-law or persons who permanently live together are close to each other”.

<sup>34</sup> TELEČ, I. TŮMA, P. *op. cit.* p. 158 ff.

<sup>35</sup> TELEČ, I. TŮMA, P. *op. cit.* p. 160.

<sup>36</sup> TŮMA, P. In LAVICKÝ, P. (eds.) *Občanský zákoník I. Obecná část (§1-654)*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2014. p. 491.

<sup>37</sup> TELEČ, I. TŮMA, P. *Ibid.*

<sup>38</sup> On the other hand, obligations that arise from license contracts the author may

Czech Copyright Act provides that after the death of the author the economic rights *mortis causa* shall pass to heirs [Art. 26 (2) of the Czech Copyright Act]. Economic rights of the author therefore are subject to inheritance succession and are part of the decedent's assets [Art. 1475 (2) of the NCC]. However, there are significant differences in comparison with other intellectual property rights. Due to the fact that economic rights of the author cannot be *inter vivos* transferred, they have no economic value<sup>39</sup>. Therefore, economic rights of the author in succession proceedings stand at assets side but with a zero value<sup>40</sup>.

Since the New Civil Code allows the testator to establish in his will a legal burden (Art. 1594 ff. of the NCC) or a command (Art. 1569 of the NCC), the testator may oblige heirs to provide an exclusive or non-exclusive licence to a beneficiary. On the other hand, heirs cannot be ordered by the legal burden/command to pass economic rights to the beneficiary, because economic rights of the author are not transferable. Regarding the autonomy of the will of the testator, as well as the dealing with the right of succession in a subjective sense, general rules mentioned above are applied in a full scope.

### **Inheritance of physical substrates of copyrighted works**

Original pieces of copyrighted works (e.g. paintings, sculptures) are tangible goods and, within the meaning of Art. 446 paragraph 1 of the NCC, are considered to be movable corporeal things. In terms of inheritance succession they belong to assets of heritage.

Concerning tangible pieces of copyrighted works and setting the value of these assets in inheritance proceedings, they are valued upon general price either for purposes of determining the value of the estate or for the reward of a notary acting as court commissioner. However, this conclusion does not apply when heir becomes the owner both of the economic author's rights and tangible pieces of copyrighted works. The legal

---

assign. Czech Copyright Act explicitly lays down that non-transferability does not apply to obligations arising from the absolute economic rights of the author [Art. 26 (1) of the Czech Copyright Act]. Unlike absolute economic rights of the author such obligations are considered to be incorporeal things in legal sense. See TELEC, I. *op. cit.* p. 312. TÉGL, P., TELEC, I. In *Melzer/Tégl. Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014. p. 242. KOUKAL, P. In LAVICKÝ, P. (eds.) *Občanský zákoník I. Obecná část (§1-654)*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2014. p. 1756.

<sup>39</sup> See ft No. 16.

<sup>40</sup> TELEC, I., TŮMA, P. *op. cit.* p. 315. VOJČÍK, P. *op. cit.* p. 75.

doctrine<sup>41</sup> favours the conclusion that tangible substrates of copyrighted works and economic rights relating to them are not separately counted into the value of the assets of the heritage, because these tangible goods serve only to indicate copyrighted work and related economic rights. This conclusion, however, does not apply if carriers of copyrighted work and economic rights of the author are not inherited to one person. For example when the testator through his will disposes economic author's rights to one person, but original pieces of copyrighted works are transferred into the possession of another heir or beneficiary.

### **Inheritance of relative rights (obligations)**

In addition to absolute economic rights the subject matter of inheritance succession consists either of relative property rights, in particular (i) claims for royalties arising from license contracts (Art. 2366 of the NCC), (ii) rewards from the resale of the original piece of copyrighted work (*droit de suite*; Art. 24 of the Czech Copyright Act), (iii) rewards from the reproduction of copyrighted works for personal and internal use (Art. 25 of the Czech copyright Act) or (iv) claims arising from the violation of copyright (Art. 40 of the Czech copyright Act). If these obligations existed at the time of death of the deceased author, they shall pass to heirs under the basis of inheritance succession.

In contrast to economic rights of the author, which are non-transferable, heirs may be ordered by the testator, by stipulating the legal burden or a command, to cede these obligations to a beneficiary<sup>42</sup>.

### **Industrial Designs as the Subject Matter of Inheritance Succession**

Industrial designs are defined as the appearance of a product or its part (Art. 2 of the Industrial Designs Act). Similarly as copyrighted works [Art. 2 (1) of the Czech Copyright Act] the design is also a result of creative intellectual activity of the designer<sup>43</sup>. As the design is the creation,

---

<sup>41</sup> TELEK, I. *op. cit.* p. 320.

<sup>42</sup> The legal burden is due within one year after the death of the testator [Art. 1624 (1) of the NCC]. If the heir does not satisfy the legal burden of the beneficiary, the beneficiary can claim the assignment of the receivable in a court [Art. 1621 (2) of the NCC].

<sup>43</sup> “[...] designer is a person having created the industrial design by his own creative activity, co-designer is a person, which has participated on the creative activity, during which the industrial design has been created” [Art. 2 (d) of the Industrial Designs Act]. See also KOUKAL, P. *Právní ochrana designu – průmyslové vzory, autorská díla*. Praha: Wolters Kluwer, 2012. p. 50.

it is not considered to be a thing in a legal sense, not even an incorporeal thing [Art. 496 (2) of the NCC]. Like the copyrighted work the design is a special object of moral and economic rights<sup>44</sup>, but the design as an intangible good cannot be transferred to another person.

Although it is not expressly provided by the law, protection of industrial designs indirectly covers also moral rights of the designer, especially the right on the indication of the name of the designer in connection with his creation (*původcovské právo*)<sup>45</sup>. Due to the fact that the Industrial Designs Act does not provide a special protection of the designer's personality, general rules on the protection of personality stipulated by the New Civil Code shall be applied (Art. 81 of the NCC)<sup>46</sup>. During the life of the designer he protects his personal rights on his own and he is entitled to all personality protection claims<sup>47</sup>, after his death the pursuing of moral interests is passed to persons who are "*close to the deceased person*" (*osoba blízká*, Art. 82 of the NCC). As far as the range of claims arising from the *post-mortem* protection, the only legal possibility is to (i) claim an injunction or (ii) the elimination of effects of the infringement<sup>48</sup>.

Similarly to *post-mortem* protection of author's rights, the *post-mortem* protection of industrial designs is not a subject matter of inheritance succession. As a result, different persons then heirs (close persons to the deceased designer) are entitled to pursue claims arising from *post-mortem* protection.

---

<sup>44</sup> KOUKAL, P. In LAVICKÝ, P. (eds.) *Občanský zákoník I. Obecná část (§1-654)*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2014. p. 1730. TĚGL, P., TELEČEK, I. In *Melzer/Těgl. Občanský zákoník – velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014. p. 246.

<sup>45</sup> Art. 35 [2d] of the Industrial Designs Act provides that "*the application of the industrial design shall furthermore contain [...]name and surname of the designer, or a declaration of applicant that the designer abandons his right to be mentioned*".

<sup>46</sup> "*Post-mortem personality protection consists of e.g. the protection of certain aspects of a person's name, even after his death. In the area of the protection of creative expressions this is reflected in a legal possibility to ban unauthorised attribution of authorship and to the obligation of user to provide the name of the creator when using the creation*". See TŮMA, P. In LAVICKÝ, P. (eds.) *Občanský zákoník I. Obecná část (§1-654)*. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2014. p. 490.

<sup>47</sup> The individual shall be entitled in particular to demand that unlawful violation of his personality be abandoned, that consequences of this violation be removed (Art. 82 NCC) and that an adequate satisfaction be given to him (Art. 2956 of the NCC). See TŮMA, P. *op. cit.* p. 472, 475.

<sup>48</sup> TŮMA, P. *op. cit.* p. 489.



On the other hand, the subject matter of inheritance succession covers property rights arising from the registration of the industrial design. These rights are incorporeal things in the legal sense [Art. 446 (2) of the NCC] which are transferable *inter vivos*. Therefore, the assets of the heritage are valued by general price upon the date of death of the deceased designer.

In case of a design which has not been yet made available to the public (i.e. which was kept in secret), the subject matter of the inheritance succession is the right to file the application of the industrial design. The Industrial Designs Act expressly states that “*the right to design has the designer or his successor in title*” [Art. 12 (1) of the Industrial Designs Act]. The successor in title may be represented by one of the heirs or all of them, depending on the outcome of the inheritance proceedings. The right to file the application of the industrial design shall be valued by general price upon the date of death of the deceased designer.

In a very similar manner, the subject matter of the inheritance succession may comprise of the application of the industrial design which also represents an economic right for protection<sup>49</sup>.

Similarly to obligations arising from the copyright protection, the abovementioned industrial designs rights which are transferable, may be subject to legal burden or a command. Also, the autonomy of the will of the testator or the freedom of the heir to waive the inheritance right or dispose of the heritage is not limited.

## Conclusion

Although it might seem that the law relating to inheritance of economic author’s rights, *post-mortem* author’s protection and industrial

---

<sup>49</sup> Conclusion, that the application of the design is an asset and therefore is the subject matter of hereditary succession, comes from the decision of the European Court of Human Rights in the case *Anheuser Busch v. Portugal* [Application No. 73049/01 (11 January 2007)]. In the paragraph 78 of this decision the ECHR held that “[...] when it filed its application for registration, the applicant company was entitled to expect that it would be examined under the applicable legislation if it satisfied the other relevant substantive and procedural conditions. The applicant company therefore owned a set of proprietary rights—linked to its application for the registration of a trade mark—that were recognised under Portuguese law, even though they could be revoked under certain conditions [such as a successful third-party challenge]. This suffices to make Article 1 of Protocol No 1 applicable in the instant case and to make it unnecessary for the Court to examine whether the applicant company could claim to have had a ‘legitimate expectation’”.



design rights is not uniform and it raises a number of legal issues, the situation in the Czech legal practice is different. The author of this article is unaware of any litigation in the Czech Republic, which would deal with an important point of law in the field of intellectual property rights and the law of succession<sup>50</sup>.

As mentioned above, the *post-mortem* protection may belong to other persons (persons close to the deceased) than heirs. In some cases this leads to collision of interests between these two groups of people. An example was the story of wine labels which ended amicably and was not brought to the court. The graphic designer in his will passed to his mistress the economic author's rights to a series of wine labels, some of which included her naked figure. The relatives of the designer (spouse and adult children) deemed that the work was being used in a manner that reduces the value of it [Art. 11 (5) of the Czech Copyright Act]. Arguments, from the deceased's mistress, that the work cannot be used in a defamatory way if it was designed in certain manner by the author himself were not accepted by the close persons, and the labels were eventually withdrawn from the market. A certain tension between close persons and heirs may therefore exist; however, for legal practice this represents a minor problem.

In the area of inheritance of industrial design rights, we encounter notaries that acting as court commissioners, in some cases, fail to cover the application for registration of the probate estate of the design. If this happens, inheritance proceedings, which usually stretches until the Industrial Property Office grants the registration of an industrial design, must be renegotiated and the court must decide who the owner of the design is.

For practising lawyers it is usually no problem to distinguish between the physical substrate of the copyrighted work and related economic author's rights. Notaries acting as court commissioners in the inheritance proceedings commonly conclude that (i) tangible assets of the heritage comprises of certain physical objects, (ii) intangible assets of the estate cover economic rights of the author with a zero-valued price and (iii) assets including amounts collected from license agreements are valued by the amount set by the court expert.

---

<sup>50</sup> In the Czech Republic we of course meet with lawsuits regarding inheritance after a certain author, but the key question in these cases usually is the authenticity or validity of the will, not the question of *post-mortem* protection or similar issues.

## **Abstract**

In this paper the author deals with the inheritance of intellectual property rights related to design. Firstly the author defines the concept of design and subsequently describes intellectual property regimes under which the design is protected. Within provisions of the new inheritance law (i. e. the New Civil Code of the Czech Republic) the author deals with the issue of the succession in the field of author's rights and industrial designs protection. The author emphasizes that it is necessary to distinguish the inheritance of property rights to material objects from inheriting of intellectual property rights. Further, the author focuses on the difference between inheritance succession of economic rights and *post-mortem* protection of deceased's interests.

Keywords: economic rights, moral rights, inheritance law, universal succession, post mortem protection.

Filip Křepelka<sup>1</sup>

## Death Abroad – Legal Framework and Practices

### I. Introduction

International conference „*Non omnis moriar*“ – *Prawne zagadnienia pochówku, dóbr osobistych zmarłego, wybrane zagadnienia dziedziczenia oraz swoboda działalności funeralnej* organized by professor *Jacek Mazurkiewicz* and his colleagues in Wrocław in 21<sup>st</sup> November 2014 addresses various legal aspects of dying and death.

Legal aspects of dying, death and burial abroad and cross-border movement of people or people expecting or wishing death and corpses of deceased, burials and graves abroad in general and in European Union where cross-border movements are free of restrictions and control are inherent topic for teacher of international and European law.

### II. Majesty of Death and Specific Legislation

Death is inevitable event in everybody's life. We all will die. We do not know only the date and circumstances of our death. Death of relatives, colleagues or friends is always troublesome. It is shocking if instant due to accident, crime, injury or sudden illness. It is exhaustive if result of debilitating disease lasting for months and years.

Death of particular individual has significant social and economic impact. Families, enterprises and groups suffer and even disintegrate. Death of leaders and other prominent persons or multiple deaths cumulated in short period caused by disasters, epidemics, famine and wars can put in danger entire collectives, enterprises and nations.

Death is always serious event. It is followed with period of substantial stress and increased sensitivity. Mourning is expected. All nations recognize vulnerability of survivors. Authorities and service providers are

---

<sup>1</sup> Assoc. Prof. JUDr., Masarykova Univerzita, Brno (prof. dr, Uniwersytet Masaryka, Brno).

obliged to follow specific legislation aimed at their protection. Public health concerns are often competing.

### **III. Legal Aspects of Death and their Eventual Internationalization**

Attention of most participants of the conference was paid to legal and ethical aspects of medical care for dying people, treatment and disposal of remains, impact of death on assisted reproduction, funeral services, graves and cemeteries, inheritance and wills and path of the deceased ones in culture including cyberspace.

These phenomena could cross national borders. Different national laws are applied. Incompatibility and conflict of laws can emerge. Specific challenges and increased expenditures result from physical and psychological distance. International and supranational harmonization, coordination and cooperation could resolve or mitigate these problems.

### **IV. Specifics of Death Abroad**

Many seriously ill or injured foreigners residing abroad return home when face their dying and death. They long for presence of relatives, they prefer linguistic proximity or they expect better palliative care in their last months and weeks<sup>2</sup>. Other people in the last phase of their life decide to stay and die abroad, because they perceive it as their home also in psychological sense. Funeral and burial are also realized in host country.

On the contrary, tourists and other short-term dispatched workers, travelling businessmen, students and other short-term migrants do not expect deterioration of their health and eventual death. They can face, however, sudden death due to injury or rapid illness.

Death abroad emerged throughout history. Diseases and injuries including these resulting from attacks did not spare travellers. On the contrary, travelling was risky. Return of injured and ill travellers was often impossible due to unavailable transportation. In addition to it, many illnesses and injuries became quickly fatal without modern medical treatments. Many prominent individuals died abroad.

---

<sup>2</sup> Briefly mentioned in case of both German pensioners in South Europe and Immigrants returning home in SCHNEIDER S., *Rente und tschüss?!*, *Deutsche Senioren verlegen ihren Ruhesitz ins Ausland*, Institut Arbeit und Technik, 2010, <http://iat-info.iatge.de/forschung-aktuell/2010/fa2010-01.pdf>

## **V. Definition of Death Abroad**

Nationality (citizenship) is the principal legal tie between an individual and particular country. It shall be used also for our consideration of death abroad. Citizen who died/dies outside territory of his/her own country died/dies abroad. People having double nationality need not to be considered unless they die in the third country.

However, real relation between an individual and particular country cannot be ignored. Many immigrants are well integrated in host country. Their ties with home country are reduced. Attribution of various migrants as regards their death is thus difficult. For statistical purposes, people are attributed to countries of their residence. Population of particular country are all individuals residing on its territory. Nationals residing abroad are excluded and foreigners entitled to long-term or permanent residence are included.

In some cases, it could be difficult to identify the country where deceased has died. Death emerging in cars and in trains is no problem. Solely death within few minutes during crossing border could result into unclear situation. Death aboard planes and ships is different. Death can occur aboard ship on high seas or kilometres above surface of countries with which travellers and plane has no genuine link. For practical reasons, law of country of registration of aircraft/vessel and law of country of landing are applicable<sup>3</sup>.

## **VI. Incidence of Deaths of Nationals Abroad and Deaths of Foreigners**

Travelling and residence abroad is now more frequent than it was in the past. We can thus expect that death abroad also become thus more frequent. However, modern technologies reduce the number of deaths abroad. Many seriously ill and injured foreigners enjoy modern medical care which prevents death or postpones it. Most of them can return quickly thank speedy and affordable transportation.

Despite it, several hundred Czechs die abroad annually according to information of consular service<sup>4</sup>. It represents approximately 0.4% of

---

<sup>3</sup> See articles 91, 94 and 17 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (1982) on flag of the vessels, authority of flag state and innocent passage in coastal waters. Similar approaches can be found in Chicago Convention on International Civil Aviation (1944).

<sup>4</sup> According to the presentation available at web pages of the Ministry of Foreign Affairs ([www.mzv.cz](http://www.mzv.cz)) accompanying press conference held in 21. 6. 2013, there were

all deceases in the Czech Republic. It is hard to estimate whether this phenomenon is underreported.

Information about demographic events related to foreigners is provided by Czech Statistical Office. Unfortunately, residents and tourists are not distinguished. Death figures are surprisingly low<sup>5</sup> when compared with number of foreigners residing in the Czech Republic. Overproportion of young immigrants can explain it. We can expect that many immigrants will be naturalized in future. Their death will not be classified as an event related to foreigners.

Figures related to other countries and nations are difficult to find. Available figures are apparently established with different methods of calculation. Their comparison is thus impossible. Residents and tourists are usually not distinguished.

## VII. Administration of Deaths Abroad

In general, death of foreigner is treated as death of national. This approach is well-founded. There is no essential biological difference between individuals of various races and ethnicities in both their life and – finally – in their death. Nationality is legal and political construct.

Furthermore, nationality of some deceased can be unclear at least for short time and in few cases for long time or permanently. Decomposed and decayed remains found after long period of time are often hard to identify. However, contemporary methods of identification including genetic tests clarify most cases.

Death of an individual needs to be officially confirmed. Physicians are routinely called to control corpses. They are indispensable in unclear situations to check whether essential bodily functions have stopped irreversibly.

Many people die during their transport to hospital or during their hospitalization. Intensive care is provided unsuccessfully for many. Others enjoy palliative care. Both kinds of patients pass away with assistance and

---

398, 494, 432, 414, 441, 417 and 385 consular assistances related to death of Czech nationals abroad in years 2006-2012, see *Zahájení turistické sezóny 2013* (Beginning of tourist season) at [http://www.mzv.cz/jnp/cz/udalosti\\_a\\_media/archiv\\_zprav/rok\\_2013/x2013\\_06-21\\_zahajeni\\_letni\\_turisticke\\_sezony\\_2013.html](http://www.mzv.cz/jnp/cz/udalosti_a_media/archiv_zprav/rok_2013/x2013_06-21_zahajeni_letni_turisticke_sezony_2013.html)

<sup>5</sup> 247, 219, 231, 245, 281, 287, 299, 332, 356 and 404 deaths of foreigners were reported in years 2002-2011 in the Czech Republic according to *Cizinci: Demografické události cizinců (Demographic events of foreigners) – Live births and deaths of foreigners*, see [http://www.czso.cz/csu/cizinci.nsf/kapitola/ciz\\_demgr\\_udalosti](http://www.czso.cz/csu/cizinci.nsf/kapitola/ciz_demgr_udalosti)

observance of healthcare practitioners. Degenerative processes resulting into death can thus be identified in medical records. Administration of death of their patients is routine in hospitals.

Death outside hospitals is treated with bigger suspicion. Local police shall be informed in many countries. Numerous police precincts, cities and districts engage coroners. Policemen or coroners check cursorily causes of death to exclude violent and other suspect cases. Authorities finalize the process with registration of death in registries<sup>6</sup>.

Notification of relatives is extremely stressful for physicians and nurses, but also for policemen and officers. Many authorities thus develop guidelines for it and provide assistance for those charged with this task.

Countries have developed specific procedures if deceased is identified as foreigner. Embassies and consulates are informed. Authorities of home state finalize administration. Surely, relatives and domestic authorities are often informed in advance by relatives, companions, employers, travel agencies and insurers.

All countries care for their deceased nationals abroad and their relatives with guidance and assistance to relatives<sup>7</sup>. Death abroad is registered also in home country<sup>8</sup>.

Citizens of the European Union are entitled to assistance by embassies and consulates of other member states in the third countries without mission of their member state. Consular assistance is provided in various urgent situations including death<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> According § 21 Zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení (Act on Vital Registries, Name and Surname), registries of deaths are held in each registry district. Competence is clarified if location is unknown.

<sup>7</sup> Web pages of Czech Ministry of Foreign Affairs address the issue in the list of specified events and situations abroad. There is Guideline Úmrtí občana ČR v zahraničí (Death of Czech national abroad). Contacting of Czech diplomatic or consular mission abroad, control of eventual travel insurance, engagement of travel agency and funeral service in Czechia with experience with cross-border service is recommended and steps are described as regards death certificate and *post-mortem* passport. Advice and assistance is for free. Costs are to be assumed by individual expected to negotiate handling of corpse and funeral services expected in Czech legislation. Contrary to many other countries including Poland, the Czech Republic has no law on consular service and assistance.

<sup>8</sup> Specific registry for vital events exists in the Czech Republic according the Act mentioned above.

<sup>9</sup> Article 5(1)(a) of the Decision 95/553/EC of the Representatives of the



Various extent of services provided by consular service of European countries related to death of their nationals – assistance related to death of nationals of other member states is rare - were identified by joint study of consular practice of the member states<sup>10</sup>.

### **VIII. Interim Care for Corpses**

Most people died at home in previous centuries. Corpses were treated by relatives and neighbours. Many cultures have century-long tradition of handling with corpses. Religious views on life, death and afterlife are reflected. Experience with related risks was also considered. According to philosophers and historians, burial of deceased by community was an important step in development of mankind.

Handling of corpses has been professionalized in modern times. People have thus little personal experience with death and with corpses of deceased. Most people pass away in hospital. Remains are thus dispatched to hospital morgues and taken over by funeral services. Remains of people which have died elsewhere are picked up by funeral services and dispatched for autopsy<sup>11</sup>.

Professional care for corpse is expensive. Expenditures are generally covered by relatives of the deceased individual<sup>12</sup>. Related expenditures are usually compensated with inherited property. Specific provisions address financing of funeral and disposal of corpse. Funeral and interment/cremation can be prepaid or insurance covers these expenditures. The first care after death in hospital is usually covered by public health insurance or similar public financing of healthcare. Mandated autopsy is realized by public authorities or financed by them.

---

government s of the Member States meeting within the Council of 19 December 1995 regarding protection for citizens of the European Union by diplomatic and consular representations.

<sup>10</sup> See SCHWEIGHOFER E., FARO S. (eds.), *Consular and Diplomatic Protection – Legal Framework in the EU Member States – CARE Project, Citizens Consular Assistance Regulation in Europe*, Istituto di teoria e tecniche dell'informazione giuridica del CNR, 2010, available at <http://www.careproject.eu>, chapter 4.2. – Assistance in cases of death – identifying and repatriating remains, pp. 629-631

<sup>11</sup> See §§ 83-87 Postup při úmrtí (administration of deceases) in Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (Act on health services and conditions of their provision) in the Czech Republic.

<sup>12</sup> § 114 in Zákon č. 89/2012 Sb. občanský zákoník (new civil code applicable since 2014) stipulates for financing of funeral services (interment/cremation) with assets of the deceased. Deceased is entitled to decide on method of burial. Related are entitled to decide on it if no will was formulated.

All countries address death of individuals without sufficient property and relatives for coverage of expenditures related to their death. Treatment of corpse and burial are financed by public authorities<sup>13</sup>.

Treatment of remains of deceased foreigners is different from that one of nationals also as regards its financing. Reimbursement is expected to come from abroad. It could be more difficult to arrange it. Consular assistance is often necessary for transfer of money.

Misuse of grief and stress of relatives by providers of funeral services is tackled with detailed national legislation and close surveillance of their activities by authorities.

Repatriation could tempt providers and their personnel to misuse, because it is hard for survivors and other involved persons to complain. Complaints of relatives and other involved can also result from misunderstanding and different attitudes related to manipulation with remains. Among others, mandated autopsy or routine resort to them after death due to accidents, disasters or specific illnesses in several countries could easily spark conflicts with distressed relatives<sup>14</sup>.

Nevertheless, countries respect different attitudes of foreigners and refrain from cremation as irreversible disposal of corpse<sup>15</sup>.

## **IX. Repatriation of Corpses**

Transport of both passengers and cargo is quick and reliable in most parts of the world. Transportation of corpses resembles transportation of both goods and persons. Corpses do not care for themselves. From this point of view, they are cargo. Nevertheless, ethical concerns make remains rather specific kind of cargo. In addition to it, medical concerns make transported corpses potentially dangerous item. Specific standards are thus applicable. Repatriation of corpses would thus be rather expensive and complicated activity.

---

<sup>13</sup> According to § 5 of Zákon č. 256/2001 Sb., o pohřbniectví (Act on funeral services), municipalities organize so-called social funeral. If heirs held liable are not found and no assets are left, the Ministry of Regional Development reimburses related expenditures. Cremation is the cheapest method of burial in Czechia. Cremation was questioned by poor relatives objecting it.

<sup>14</sup> Colleague from the department of forensic medicine reported about serious conflict with high-ranking father related to mandatory autopsy of remains of fatally injured daughter of Polish nationality.

<sup>15</sup> According § 5(3) of the Act, deceased foreigners are to be buried at the expense of municipality solely with approval of his/her country or after one month period. Interment is mandatory.

National laws of all countries address export, import and transit of corpses with specific requirements relating to corpse, casket, insulation, control and certification. Approval is required<sup>16</sup>. Public health and morality justify these requirements. Nevertheless, their implementation can be easily become obstacle for repatriation.

Two multilateral treaties have been concluded by European countries for simplification of cross-border transportation of corpses. The Agreement concerning the Conveyance of Corpses (*l'Arrangement sur le transfer des corps*) was agreed in Berlin in 1937 and the Agreement on the Transfer of Corpses in 1973 in the Council of Europe<sup>17</sup>. Requirements for easier cross-border transportation of corpses are specified by both treaties. Hermetically closed coffin could be required. Labelling or concealing is specified. *Post-mortem* passport (*laissez passer*) as document accompanying the corpse is described.

People involved in cross-border transportation of corpses shall check whether particular country is contracting party to these treaties. Bilateral treaties and agreements shall be considered in case of other states.

Associations of providers of funeral services in the European Union reflects unsatisfactory situation in the largest supranational entity where border controls are suppressed. They reacted with own initiative<sup>18</sup> related to the effort of the European Commission following enactment and implementation of the Directive on Services in Internal Market<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> According to § 9(4) of Zákon č. 256/2001 Sb., o pohřbnictví (Act on funeral services), importation of corpse or its transit through Czech territory requires approval by embassy or consulate. This approval shall rely on death certificate and permission of the country of death which shall be based on no objections for public health and forensic purposes.

<sup>17</sup> CETS no. 080, for chart of signatures and ratifications, declarations, reservations and other communications, full text in various languages and explanatory reports see the Council of Europe – Treaty Office (<http://www.conventions.coe.int>). The agreement was ratified by 23 European countries including the Czech Republic. On the contrary, Poland is not contracting party.

<sup>18</sup> European Federation of Funeral Services – Code of conduct on cross-border transport of bodies, <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/117-private-act.pdf> accepted by the European Economic and Social Committee as code of conduct proposed by private party. There is no information about reception of this initiative by the European Commission.

<sup>19</sup> The liberalization was enhanced with the Directive 2006/123/EC of on services in the internal market.

Significant costs of repatriation are expected to be paid by individuals and institutions of former home country of deceased person. Authorities of host countries often require payment in advance or guarantee. Certainly, it can be arranged privately. However, consular assistance is often important for confused relatives.

Insurance covering eventual repatriation of remains shall thus be recommended. It is usually a part of travel insurance as package covering urgent treatment and repatriation of severely injured or ill travellers and other risks related to travel (baggage, delays, and liability).

Smuggling of corpse across borders by relatives due to administrative burden and high expenditures is probably contemplated by many but mostly given up in cases if persons and goods are routinely checked. It would be surely punished with heavy fines or with imprisonment. In addition to it, such behaviour would provoke suspicion of various criminal activities. Narcotics are smuggled in corpses from time to time. Illegal trade in organs and tissues need not to be feared due to utmost urgency of transplantation medicine.

Nevertheless, attempts to smuggle corpses shall be expected at borders where controls are carried loosely or ceased altogether. The Schengen system can be mentioned<sup>20</sup>.

Cremation in country of death and subsequent exportation of ashes could be significantly cheaper and less administratively burdensome. People without objections towards cremation would resort to it. Host countries could resort to it if repatriation or burial are not reimbursed.

## **X. Travelling for Funeral Services and Burial Abroad**

We can expect that intentional exportation and importation of corpses besides repatriation faces considerable administrative obstacles. These obstacles are justified with public health and security. Compliance with requirements would be expensive. Nevertheless, absolute prohibition is rare.

Rich people spend huge sums for many eccentric goods and services. Burial abroad can be among such reckless spending. Nevertheless,

---

<sup>20</sup> Discovery of 71 corpses in van from Hungary near Parndorf (Austria) in 27.8.2015 related to ongoing European migrant crisis in which thousands pass borders with assistance of clandestine networks. Dead migrants and refugees from Iraq, Afghanistan and Syria entered the vehicle alive. Death resulted from suffocation. Nevertheless, this tragedy shows clearly that corpses can be easily transported across internal borders.

no place could be identified as internationally attractive for burials and millionaires from abroad.

Some foreigners die in country of immigration, but prefer to return in coffin to country they perceive as spiritual home. Islamic population living in France spend huge sums for burial of their deceased in Maghreb countries due to both longing for the country of origin and prohibition of cemeteries reserved for religious communities in the country of *Laïcité*<sup>21</sup>. Cremation abroad is sought for opposite reasons. Such disposal of corpses is sought by relatives and other charged with organization if unavailable at home or if is cheaper abroad if cross-border transportation of remains is not subject of administrative troubles.

Exportation of ashes is easier than repatriation of corpses. Certificates of death and cremation are often required by border control authorities. Specific standards are prescribed by airlines and by postal service. Some people ignore these rules without facing sanctions. Small containers can easily pass controls and ashes can be masked<sup>22</sup>.

Cross-border movement of corpses for their cremation emerges in the European Union. Deceased Germans are cremated in Czech crematories offering incineration for lower prices than German crematories<sup>23</sup>. We can assume that free movement of services<sup>24</sup> guarantees cross-border movement of corpses. They should not be labelled as goods. Restrictions would be justifiable if spread of serious contagious diseases is feared<sup>25</sup>.

Evaluation for custom duties and related statistics already before the accession of the Czech Republic to the European Union brought anecdotic result. Importation of remains for their cremation was classified as inward processing<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> SCHOFIELD H., *Why many French Muslims choose burial abroad*, 21. 7. 2013, “BBC News Magazine”, <http://www.bbc.com/news/magazine-23325581>

<sup>22</sup> One colleague summarized us administrative requirements and final non-compliance with them during repatriation of ashes of fatally injured Czech mountain climber from Venezuela.

<sup>23</sup> FÖRST S., *Zur Billig-Bestattung nach Tschechien – Video-Projekt* (Seeking cheap burial in Czechia...), 25. 11. 2012, “Berliner Morgenpost”, <http://www.morgenpost.de>

<sup>24</sup> See articles 56-62 of the Treaty on Functioning of the European Union (TFEU).

<sup>25</sup> See article 52 of TFEU applicable according Article 62 TFEU. In the Czech Republic, transportation of remains of persons infected with dangerous contagious disease requires approval of regional hygienic authority.

<sup>26</sup> As explained unofficially by former customs officer.

## **XI. Euthanasia and Assisted Suicide Abroad**

Few people intentionally travel abroad for dying there when suffering from debilitating disease. On the contrary, dying at home is preferred.

Every country has locations which are attractive for people determined for whatever reasons including depressive disorders to commit suicide. Skyscrapers, bridges and other high structures, rocks, abysses, water streams can be used for fatal jump. Barriers are thus installed in the most notorious places. Remote places can be used for shooting, hanging or intoxication.

From time to time, people commit suicide abroad. We can assume that most cases result from impulse emerging abroad. Nobody indicates significant intentional cross-border movement. No place is highlighted as attractive being attractive for suicide internationally.

Euthanasia or assisted suicide is an exception. Most countries prohibit euthanasia and sanction assistance to person willing to commit suicide. Several countries allowing or tolerating these practices are thus in spotlight. The Netherlands and Belgium liberalized euthanasia and gradually extended its scope and relaxed requirements on it.

Nevertheless, Switzerland has become notorious for cross-border mobility for assisted suicide as surrogate for euthanasia. Association *Dignitas e. V.* provides assistance to commit suicide to seriously ill and injured. This well-paid service is legal in Kanton Zürich. Decriminalization of this behaviour retained even after public awareness to this controversial phenomenon. Many people served by this association operating in were foreigners<sup>27</sup>.

## **XII. Cross-border movement of Preserved Corpses**

Most religions and cultures require burial of deceased. From this point of view, displayed embalmed remains are also buried. Retention of unburied body or body parts - including skull and bones without other tissues after their decomposition – is prohibited and punished<sup>28</sup>.

Autopsies were controversial practice during centuries. They were accepted gradually for specified purposes. Forensic, medical and

---

<sup>27</sup> For details about practice and law in Switzerland see BOSSHARD G., *Beihilfe zum Suizid – medizinische, rechtliche und ethische Aspekte*, Praxis 2012, 1013:183-189, available at <http://www.ageas.ch>

<sup>28</sup> According to § 359 of 40/2009 Sb. *trestní zákoník* (new criminal code) illicit opening of grave, tomb, urn and taking and retention of human remains is punishable with imprisonment in Czechia.

educational autopsies are allowed. Legislation stipulates conditions for autopsies and their realization. In addition to it, professionals agreed and follow guidelines with aim to avoid societal critique. As already mentioned, differences between approach and expectation of foreign relatives can cause disputes.

Controversial manipulation with human remains is exhibitions of these preserved with *plastination*. Exhibitions marketed variably as *Body Worlds*, *Bodies Revealed* and *Bodies* were organized<sup>29</sup>. However, legal frameworks and practice for importation and exhibition differed widely and sparked controversy<sup>30</sup>.

### **XIII. Multiple Deaths Abroad**

Accidents cars, buses, trains, ships and planes or natural disasters (avalanches, landslides, earthquakes and fires) resulting in numerous fatalities and eventual injuries require mobilization of available capacities.

If foreigners are among the dead or injured persons, consuls are expected to arrive to place and coordinate necessary assistance. Quality of this assistance is closely scrutinized by general public of home country. Therefore, home countries dispatch additional personnel and often arrange repatriation of remains and assume its costs.

Above mentioned consular cooperation of the member states the European Union in favour of unrepresented citizens addresses such events with specific provisions as emergency events<sup>31</sup>.

### **XIV. Victims of Crime, Perpetrators, Prisoners and Executed**

Corpses of victims of crime are investigated by coroners and forensic

---

<sup>29</sup> Plastination was developed by G. HAGENS in 1977. Exhibitions of plastinated corpses are organized worldwide by Premier Exhibitions Inc. (Georgia, USA), see <http://www.premierexhibitions.com>

<sup>30</sup> Exhibitions were realized also in the Czech Republic. Deans of all three medical faculties of the Charles University in Prague asked their students to refrain from being engaged as demonstrators at the exhibition. Legal scholars claimed that Czech legislation prohibits this display of remains, see POLICAR R., „*Bodies*“ *ve světle českého práva* („Bodies“ in light of Czech law), „Zdravotnické noviny“, č. 20, 2007. Nevertheless, local authorities did not react. Probably, they feared incurred expenditures.

<sup>31</sup> See „emergency situations“ plus „lead state concept“ in national reports published in Consular and Diplomatic Protection – Legal Framework in the EU Member States (cited above). Attention was paid to consular management related to death of numerous nationals of the member states of the European Union which have died as tourists in South Asia in 26 December 2004 Indian Ocean Earthquake and Tsunami.



pathologists. Burial is prohibited<sup>32</sup>. Repatriation of remains is thus often postponed. On the other hand, consular service of home country often pays increased attention to these cases followed closely by media. Expenditures otherwise incurred to relatives and insurers are paid by home country.

Foreigners as identified or suspected criminals killed by authorities during their pursuit and attempts to arrest them, prisoners which have died during their imprisonment abroad, and even executed foreigners are treated in opposite way. These individuals are often buried without any ceremonial and repatriation of their remains is frequently blocked even if somebody is willing to cover expenditures. Unsurprisingly, home countries of these people are reluctant to finance it.

## **XV. Epidemics of Contagious Diseases**

Epidemics resulted in the past often in mass dying or even in extinction of some communities. Famine, criminality and anarchy followed. Burials were immediate and summary, traditional rituals were often suppressed if identified as source of infection by authorities.

Countries often reacted on epidemics abroad with quarantine imposed on incomers, control of cross-border movement and eventual closure of borders. Repatriation of living nationals was often difficult under such conditions. Corpses were buried / cremated without any distinction.

Most epidemics were suppressed in 20<sup>th</sup> century and several serious contagious diseases eradicated. Nevertheless, the planet is not entirely free from epidemics. 2014 Ebola outbreak in West Africa resulted in collapse of health care in Guinea, Liberia and Sierra Leone. Mass burials emerged. Funeral rites including touching and kissing of remains contributed to spread of infection<sup>33</sup>. Borders were closed. People travelling from entire West Africa were controlled. Numerous false alarms occurred. Emergencies were checked whether prepared for outbreak. Most countries discouraged their nationals from travels to the countries. Detached expatriates were evacuated. Infected physicians, nurses and other volunteers were assisted by their home countries and enjoyed the

---

<sup>32</sup> According to § 115 of Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (Act on judicial proceedings in criminal matters) requires examination and autopsy of corpse of person which could be crime victim. Burial is prohibited. Measures are invariably applicable on Czechs and foreigners.

<sup>33</sup> *Deadly Ebola Outbreak: Funeral Rites Blamed*, “Sky News”, 25 March 2014, <https://uk.news.yahoo.com>

best care available– with alleged exception of Cuba<sup>34</sup>. Number of foreign victims was negligible. Repatriation of corpses was not highlighted in media.

## **XVI. Wars and Other Armed Conflicts**

Claiming that people often die in wars could be downplayed as self-evident. However, it is feasible to do it. Force is used by state government in huge extent towards other countries and their people. Damages are widespread. War could be labelled as opposite to law.

Wars in previous centuries were often extremely cruel. Defeated fighters and other population were often treated harshly, tortured and exterminated. Enemies were generally dehumanized and demonized. Belligerents realized that hostilities should not be without any rules. Reciprocity led to establishment of basic rules and compliance with them.

20<sup>th</sup> century was marked with large-scale wars with fatalities going in millions. Tragic experience resulted into improvement of international rules for protection of people. Humanitarian standards developed in international law – Hague Conventions and Geneva Conventions - and were implemented in legal framework and practice of belligerent parties.

International conventions aimed at protection of individuals in various situations – i.e. fighters (combatants) on land and sea, prisoners of war and civilian population - are aimed at reduction of fatalities and inhuman treatment. The most destructive and uncontrollable weapons (biologic, chemical warfare, land mines and other dangerous ammunition) are prohibited. Arbitrary and mass killing is declared war crime. Executions are to be restricted to perpetrators of the most heinous crimes. Nevertheless, fatalities are also addressed.

Armies cared for their killed and deceased fighters and related individuals. Nevertheless, it was often troublesome to collect and preserve corpses of their fighters in battlefield. Collection of corpses cost lives of many other soldiers. Evacuation was thus respected by enemy. Ceasefire was often agreed for this purpose. On the contrary, killed and deceased enemy combatants were often treated harshly. Similarly, prisoners of war were often killed or tortured and starved to death and then buried without any respect.

---

<sup>34</sup> See REICHEN P., *Landesverweis wegen Ebola*, 22. 11.2014, “Tagesanzeiger” ([www.tagesanzeiger.ch](http://www.tagesanzeiger.ch)).

Summary burials were often necessary in battlefields for prevention of diseases in army. Repatriation of corpses was usually impossible. Even leaders were often buried abroad.

All four Geneva Conventions address death of nationals of enemy country<sup>35</sup>. Certification of death and burials of deceased combatants on both land and on sea, prisoners of war and civilians is expected. Death certificates shall be issued. Home country of deceased shall be informed via international institutions or similar channels of communication. Graves shall be identifiable. Deceased combatants and prisoners of war shall be buried with their identification tags for eventual exhumation and repatriation. Burial at sea is allowed if necessary. Cremation shall be avoided because of rejection of this method by many nations and for impossibility of future identification, exhumation and repatriation.

## **XVII. Graves of Foreigners and War Graves**

Repatriation of remains of deceased travellers, combatants, immigrants and refugees was challenging and expensive or impossible altogether for centuries. Therefore, burial abroad was necessary.

Graves of distinguished foreigners were and are protected with effort of country of origin or communities venerating the deceased personality. Sometimes, international agreements and arrangements establish joint effort of host country and country of origin.

For example, maintenance of the tomb of internationally reputed Czech pedagogue and scientist *Jan Amos Komenský (Comenius)* in Naarden (the Netherlands) is based on intergovernmental agreement since the identification of his grave in 1929<sup>36</sup>.

The biggest attention is paid for war graves and cemeteries. Thousands soldiers have died as combatants or prisoners of war abroad. Most of

---

<sup>35</sup> See articles 16 and 17 of Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (1st Geneva Convention), articles 19 and 20 of Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (2nd Geneva Convention), articles 120 and 121 – Death of Prisoners of War of Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (3rd Geneva Convention) and articles 129-131 of Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12. 8. 1949.

<sup>36</sup> Comenius was buried in *Waalse Kapel* in 1670. His grave was sought by Czech volunteers since 1871 and finally identified in 1929. Czechoslovak government leased the chapel for symbolic remuneration. Settings were later integrated into *Comeniusmuseum* operated by local foundation supported by the town and the Czech Republic, for detailed information see <http://www.comeniusmuseum.nl>

them were buried where they had died. Repatriation of corpses was possible after end of hostilities but was realized to limited extent.

The protocol to the Geneva Conventions<sup>37</sup>, bilateral treaties and intergovernmental arrangements addressing protection and maintenance of war graves emerged in 20<sup>th</sup> century. According to these conventions and implementing legislation<sup>38</sup>, host country arranges administration and country of origin finances maintenance of graves of its soldiers and expatriated civilians.

Systematic repatriation of corpses of killed combatants and other deployed personnel is recent practice of armies of developed countries at international missions in troublesome regions of the world. We can only speculate whether eventual involvement in large-scale conflicts would compromise this practice feasible with limited number of fatalities, abundant high-quality equipment and good transportation lines.

### **XVIII. Unburied Corpses and Burials outside Scope of State Authority**

Burial at high seas is well established practice of all seafaring nations. Retention of remains of deceased on ship was impossible for shortage of space and hygienic concerns on journey on high seas. Deceased were thus buried by throwing into sea<sup>39</sup>.

Countries including landlocked ones<sup>40</sup> have special provisions related to burial at sea. Such burial usually excludes full examination and autopsies for forensic and medical purposes.

---

<sup>37</sup> Article 34 of the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12. 8. 1949 and the Protocol relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 8. 6. 1977 requires respect to graves and gravesites, requires access to relatives and representatives of official services and return of remains. Contracting parties are encouraged to conclude bilateral agreements addressing maintenance of graves and graveyards.

<sup>38</sup> Zákon č. 122/2004 Sb., o válečných hrobech a pietních místech (Act on war graves and places of reverence) is recent Czech legislation addressing war graves. Detailed list about war graves in Czechia and war graves of Czechs and Czechoslovaks abroad is available at web page <http://www.valecnehroby.cz> Information is available in several foreign languages addressing needs of people from other countries.

<sup>39</sup> PRYOR J., *Interment without Earth: A Study of Sea Burials during the Age of Sail*, Writing 20 (spring 2008): “Archaeology of Death”, 2008, <http://twp.duke.edu/uploads/assets/Pryor.pdf>

<sup>40</sup> § 40 Zákon č. 61/2000 Sb., o námořní plavbě (Act on seafaring) prefers delivery of corpse to the nearest port, burial at the sea is allowed after joint decision of captain and ship physician. Any death or missing person shall be registered and reported to authorities.

Burial at sea or scattering of ashes of people which have died on land is practice preferred by seamen and accepted in several countries. Some other nations and religions reject it<sup>41</sup>.

Locations where corpses of sailors and passengers, which have died during ship disasters and could not be recovered, can be found are sometimes proclaimed as areas where access and searches are prohibited. For example, wreck of ferry *Estonia* sunken in 28. 9. 1994 in Baltic Sea with 852 fatalities is protected by international agreement<sup>42</sup> as mass underwater gravesite.

Several people die and are left unburied in inaccessible mountains, polar areas and other remote places. Corpses decompose quickly in tropical forests and warm seas and gradually in mild climate, or they remain intact for centuries in icebergs or in cold seas<sup>43</sup>.

Several astronauts have died during start or landing of their spacecraft. Their remains were often burned or scattered. Nevertheless, no astronaut died in the space outside gravitation of the Earth. Eternal move of his/her corpse in the space, remains left on surface of planets, their evaporation near stars or expected breakup in proximity of black holes incites imagination. Sci-fi describes execution of criminals or elimination of enemies with “spacing”<sup>44</sup>.

Death in the deep space shall not be confused with dispatching of ashes to orbit. This service is already offered as extravagant funeral service for several thousand dollars.

## **XIX. Globalization, Multiculturalism and Death**

Large-scale migration and quick social changes in the last centuries confront nations with unknown traditions and with novelties related

---

<sup>41</sup> Unnecessary burial at sea is rejected by Islamic jurisprudence. Decision of US government to bury terrorist leader *Ossama bin Ladin* killed during his capture by US special unit in 2011 was thus debated.

<sup>42</sup> Agreement between the Republic of Estonia, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden regarding the M/S *Estonia* agreed on 23 February 1995, <http://www.regeringen.se/content/1/c6/10/13/73/e9a46570.pdf>

<sup>43</sup> Temporal distance is outside scope of this paper. 1991 discovery of 5300 year old Ötzi in Italian Alps resulted in dispute on amount of finder’s fee in Italian courts. It can be debated how much old remains must be to become object of archeologic importance and to leave standards addressing corpses.

<sup>44</sup> Scientific analysis of human exposure to vacuum by G. A. LANDIS and vacuum exposure in science fiction, see <http://www.geoffreylandis.com/vacuum.html> and [http://www.geoffreylandis.com/vacuum\\_sf.html](http://www.geoffreylandis.com/vacuum_sf.html)

to disposal of corpses. Some are quickly accommodated. Other ones shock and face rejection by society and eventual suppression by authorities and with legislation.

There are different attitudes to manipulation with deceased and disposal with their corpses. Some nations and communities display their deceased at funeral ceremonies. Others invariably let their remains in textile, coffin or casket.

Interment is generally accepted. On the contrary, cremation is controversial practice in international perspective. It is frequent in many countries<sup>45</sup>. For example, almost all deceased Japanese are cremated. Czechia can be mentioned as European country with widespread resort to cremation<sup>46</sup>. Ritual cremation is mandated in Hinduism. On the contrary, cremation is decisively rejected in Islam, Judaism and Orthodoxy. Most Catholics do not prefer it, albeit it was reluctantly accepted by the Roman Catholic Church in 1963<sup>47</sup>. Among others, controversy related to cremation is recognized with the Geneva Conventions.

Preservation of remains with embalming is expensive and challenging. It is realized sporadically with few rich or revered deceased. Nevertheless, it is not prohibited in most countries. Decomposition with chemicals (*resomation*) or dry freezing followed with interment in biodegradable casket (*promession*) are novel methods of burial accepted without objection. On the contrary, freezing of corpse (*cryoconservation*) is problematic for necessity to assure refrigeration of stored corpses and eventual tackling with melted remains if refrigeration intentionally or accidentally stopped.

Cryonics technology aimed at preservation of people which cannot be healed now with the hope that treatment will be available in future is not

---

<sup>45</sup> For overview see „List of countries by cremation rate“ in English Wikipedia. Variable cremation rates among 50 states of the USA are noticeable.

<sup>46</sup> See HORÁKOVÁ P., *The history of the cremation movement in the Czech lands*, 22. 8. 2005, <http://www.radio.cz> Czech cremation movement emerged in late 19th century. Austrian-Hungarian authorities opposed it due to its anti-Catholic tendencies. Hygiene and saving the soil for the living were also mentioned. *Společnost přátel žehu* (the Association of Friends of Cremation) provides advance financing of cremation and funeral rites in one of numerous crematories built mostly in interwar period. My grandmother was member of the association and decline of cremation would be ignorance of her wish.

<sup>47</sup> According to Article 1177 of the Code of Canon Law, the Roman Catholic Church recommends burial of the bodies of deceased. It, however, does not prohibit cremation.

only depicted in sci-fi, but also proposed. Unsurprisingly, this procedure is controversial. Many countries would consider it as murder or assisted suicide if resuscitation is impossible. If this technology is mastered in future, it would blur distinction between living and deceased people<sup>48</sup>. We can expect that such technology will be addressed differently by nations. Cross-border movement for this treatment can thus be expected.

Fringe methods of disposals would face rejection and prohibition in most countries. Letting of corpses for vultures and harsh weather with eventual dismemberment according to traditions of Zoroastrians (“towers of silence”) and Tibetans (“sky burials”) would face restrictions in modern urbanized society. *Post-mortem* cannibalism – tradition of the Fore tribe in Papua-New Guinea which led to epidemics of fatal Kuru disease - would be surely rejected as barbaric practice.

## XX. Conclusions

Impulse for interest for the topic which coincided with invitation for the conference *Non omnis moriar* was my consideration of legal aspects of MH17 flight disaster.

Malaysian airplane on route from Amsterdam to Kuala Lumpur was shot down above Ukrainian territory held by pro-Russian separatists in 17th July 2014. All 298 passengers and crew members died instantly. Investigation was compromised with ongoing hostilities resulting in deficient cooperation of authorities. Responsibility for the tragedy is disputed until now. Troublesome collection of corpses and body parts, their handling by local authorities, endless storage in waggons without refrigeration in hot summer, examination by local and foreign experts and final repatriation to the Netherlands and to other countries was closely followed by international audience<sup>49</sup>.

This horrifying spectacle reminds us that death can be unexpected. It can touch us or our relative, colleagues and friends any moment and place. The passengers did not know that they flew over contested region. Majority of them barely knew about ongoing conflict. Nevertheless,

---

<sup>48</sup> For detailed legal analysis see PERLIN A. A., „*To Die in Order to Live*“: *the Need for Legislation Governing Post-Mortem Cryonic Suspension*, “Southwestern University Law Review”, vol. 36, No. 1, p. 33, 2007.

<sup>49</sup> For overview of timeline of recovery of corpses, measures, negotiation, complaints a related figures see „*Malaysia\_Airlines\_Flight\_17#Recovery\_of\_bodies*“ in English Wikipedia.



individual death abroad is routine situation. Practical, societal and legal challenges related to it deserve appropriate attention.

### **Abstract**

The paper addresses numerous practical aspects of death and dying abroad and related national, international and supranational legal framework. The role of international treaties and supranational law in the European Union without systematic controls of persons and goods on internal borders is highlighted. Death abroad is an event which causes increased challenge to the relatives of the deceased and the authorities of both host and home countries. Consular assistance is needed for certification of death and repatriation of remains. There is also intentional movement of persons for euthanasia and remains for funeral or for cremation abroad. Graves of soldiers and civilians which have died abroad during wars are protected with international standards. People prefer and reject various methods of disposal of remains and funeral rite. New methods emerge. Migration and globalization can thus result in controversies.

Keywords: international and supranational law, death, funeral, cross-border movement, consular assistance, the European Union.

Michał Krzewicki<sup>1</sup>

## Kult pamięci zmarłej osoby publicznej jako dobro osobiste

Kult pamięci o zmarłym powszechnie uznawany jest za samoistne dobro osobiste jego bliskich związane z ich sferą uczuciową<sup>2</sup>. Pamięć o zmarłym wiąże się jednak z jego dokonaniem za życia, które mogą podlegać krytyce także po śmierci. Za życia tego rodzaju krytyka w przypadku osób podejmujących aktywność w sferze publicznej byłaby dopuszczalna w znacznie szerszym zakresie niż w odniesieniu do osób prywatnych. Pojawia się zatem pytanie, czy ochrona kultu pamięci o zmarłym stanowi odzwierciedlenie ochrony, z jakiej zmarły korzystał za życia, czy może – zgodnie z zasadą *de mortuis aut bene aut nihil* („o zmarłym tylko dobrze albo wcale”) – pamięć o zmarłym podlega ochronie bez względu na role społeczne, jakie zmarły pełnił za życia.

Problematyka zakresu ochrony dóbr osobistych osób publicznych i zakresu dopuszczalnej krytyki tych osób jest sporna. Przyjmuje się, że cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych ma charakter uniwersalny i służy każdemu człowiekowi bez względu na jego osobiste cechy, w tym sprawowane funkcje i zajmowane stanowiska<sup>3</sup>. Zasada uniwersalności ochrony dóbr osobistych doznaje jednak ograniczenia w stosunku do osób sprawujących funkcje publiczne. W jednym z wyroków Sąd Najwyższy wskazał, że osoba podejmująca działalność publiczną powinna być świadoma, że jej życie, czyny oraz poglądy będą poddawane ocenie i weryfikacji, ponieważ

---

<sup>1</sup> Dr, radca prawny we Wrocławiu.

<sup>2</sup> Zob. np. A. Szpunar, *O ochronie pamięci osoby zmarłej*, „Palestra” 1984, nr 7–8, s. 1 i n.

<sup>3</sup> Zob. A. Cisek, *Ochrona dóbr osobistych osób sprawujących funkcje publiczne*, w: P. Machnikowski (red.), *Prace z prawa cywilnego dla uczczenia pamięci Profesora Jana Kosika*, Wrocław 2009, s. 32 i n. oraz powołane tam postanowienie SN z 9 maja 2007 r. (I PZP 2/07), LEX nr 425790.

społeczeństwo ma prawo do pełnej informacji o wszelkich przejawach życia publicznego<sup>4</sup>.

Mówi się zatem o relatywizacji ochrony dóbr osobistych w odniesieniu do osób publicznych<sup>5</sup>. Oznacza to, że ochrona dóbr osobistych osób publicznych jest węższa niż w przypadku zwykłego obywatela. Różnie jednak uzasadniane jest takie stanowisko. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także Sądu Najwyższego akceptowany jest tzw. kontratyp zgody<sup>6</sup>. Wyraża się on w tym, że osoba publiczna decydując się na aktywność w sferze publicznej świadomie wystawia się na ocenę dziennikarzy i opinii publicznej, przez co musi dysponować większym zakresem tolerancji.

Krytykę takiego stanowiska przeprowadził A. Cisek. Zdaniem tego autora, poza przypadkami wyraźnie uregulowanymi przez ustawodawcę, zgoda uprawnionego nie wyłącza bezprawności, a jedynie w konkretnych przypadkach żądanie ochrony przez osobę, która wyraziła zgodę na naruszenie swoich dóbr osobistych, winno być oceniane przez pryzmat art. 5 k.c.<sup>7</sup>. Krytyka ta wydaje się być uzasadniona. Trudno bowiem zaakceptować twierdzenie o wyrażeniu zgody na naruszenie dóbr osobistych przez osoby publiczne z chwilą podjęcia przez te osoby aktywności w sferze publicznej. Osoby te godzą się raczej z tym, że przysługuje im słabsza ochrona dóbr osobistych, aniżeli wyrażają zgodę na dokonywanie naruszeń tych dóbr w przyszłości. Zgoda ta musiałaby być domniemywana, co byłoby zjawiskiem niepożądanym z uwagi na doniosłość prawną takiego kontratypu.

Bardziej racjonalne wydaje się mniejszościowe stanowisko, które zakłada, że ochrona dóbr osobistych ma charakter instytucjonalny i jest realizowana przez powszechny zakaz naruszania tych dóbr wynikający z art. 23 k.c.<sup>8</sup> Wobec osób publicznych zakaz ten ma charakter słabszy, tj. akceptowane są niższe standardy ochronne względem osób

---

<sup>4</sup> Zob. np. wyrok SN z 11 maja 2007 r. (I CSK 47/07), LEX nr 449462.

<sup>5</sup> A. Cisek, *Ochrona...*, s. 33.

<sup>6</sup> Zob.: wyrok ETPCz z 8 lipca 1986 r., *Lingens v. Austria*, skarga 9815/82, LEX nr 81012 oraz wyrok SN z 11 października 2011 r. (II CKN 559/99), LEX nr 50472.

<sup>7</sup> A. Cisek, *Ochrona...*, s. 42. Autor zwraca uwagę, że bezprawność działania wyłącza zgoda uprawnionego na gruncie art. 81 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Co ważne jednak, na gruncie tej regulacji istnienia zgody ani jej zakresu nie można domniemywać.

<sup>8</sup> Zob. szerzej M. Ozga, *Glosa do wyroku SN z dnia 23 września 2009 r., I CSK 346/08*, „Glosa” 2011, nr 2, s. 22 i n.

podejmujących aktywność w sferze publicznej. Osoba decydująca się podjąć taką działalność nie wyraża jednak zgody na naruszenie swoich dóbr w przyszłości, lecz podejmuje ryzyko takich naruszeń. Podjęcie tego ryzyka, a nie zgoda na naruszenie dóbr osobistych, stanowi podstawę do przyjęcia węższego zakresu ochrony dóbr osobistych w przypadku osób pełniących funkcje publiczne.

Ochrona kultu pamięci zmarłej osoby publicznej była przedmiotem zainteresowania Sądu Najwyższego w wyroku z 23 września 2009 r.<sup>9</sup>. Jest to bodajże jedyne orzeczenie Sądu Najwyższego, które dotyczy ochrony kultu zmarłej osoby publicznej jako dobra osobistego bliskich tej osoby. Warto zatem poświęcić mu nieco więcej uwagi oraz przywołać stan faktyczny będący podstawą późniejszego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego.

Dnia 30 czerwca 2006 r. podczas konferencji prasowej w Katowicach Roman G., będący wówczas wicepremierem, ministrem edukacji narodowej i posłem, wypowiedział następujące słowa: „Ja nie twierdzę, że Jacek K. by agentem SB, ja twierdzę coś znacznie gorszego i zawsze tak twierdziłem – że to porozumienie, które zostało zawarte przy okrągłym stole m.in. przez niego, było porozumieniem, które szkodziło Polsce i było zdradą ideałów milionów ludzi, którzy należeli do Solidarności”. Na pytanie dziennikarza, czy należy usunąć nazwisko Jacka K. z podręczników szkolnych, Roman G. odpowiedział: „Nie. Tak samo jak Szczęsnego Potockiego czy Janusza Radziwiła”.

Wypowiedź ta stała się podstawą powództwa wytoczonego Romanowi G. przez rodzinę Jacka K., która powołała się na naruszenie dobra osobistego w postaci kultu pamięci o zmarłym poprzez jego poniżenie i zakwestionowanie uczciwości oraz dobrego imienia. Roman G. podjął się obrony stanowiska, że prawo do pamięci i kultu zmarłego polityka jest chronione przez prawo, ale w stopniu nie większym niż cześć polityka za życia. Sąd Najwyższy uznał jednak, że jest to prawo osobiste jurystycznie samoistne. Przesłanką stwierdzenia naruszenia tego dobra nie jest zatem stwierdzenie, że wypowiedź zawierająca ocenę zmarłego polityka i dokonana po jego śmierci zostałaby uznana za naruszającą godność lub cześć tej osoby jeszcze za życia. W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdził, że zakres ochrony prawnej prawa osobistego obejmującego kult osoby

---

<sup>9</sup> Wyrok SN z 23 września 2009 r. (I CSK 346/08), LEX nr 533526 z glosami M. Ozgi, „Glosa” 2011, nr 2, s. 22 i n oraz Ł. Cudnego i K. Kryli, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16, s. 897.

zmarłej nie jest uzależniony od zakresu ochrony prawnej praw osobistych zmarłego polityka, jaka została mu udzielona za życia.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że kult pamięci o zmarłym stanowi samoistne dobro osobiste jego bliskich. Jest to zapatrywanie powszechnie akceptowane w orzecznictwie<sup>10</sup>. Przyjmuje się bowiem, że kult zmarłych to nie tylko prawo do pochówku czy pielęgnacji grobu, ale także do kultywowania pamięci o zmarłym. Kult pamięci o zmarłym jest jednak nierozzerwalnie związany z jego dokonaniem za życia jako członka rodziny czy przyjaciela, ale także jako obywatela i osoby podejmującej aktywność w sferze publicznej.

Sąd Najwyższy, dokonując oceny wypowiedzi Romana G., odwołał się do zasady wolności wypowiedzi i jej ograniczeń uznając, że wypowiedź dotycząca Jacka K. stanowi przekroczenie granic swobody wypowiedzi krytycznej w debacie publicznej. Przy ocenie naruszenia kultu pamięci o zmarłym Sąd Najwyższy przyjął zatem te same kryteria, co przy ocenie naruszenia czci i dobrego imienia za życia zmarłego wskazując, że ograniczeniem zasady swobody wypowiedzi jest zarówno ochrona dobrego imienia i czci osoby krytykowanej za jej życia, jak i ochrona dóbr osobistych osób bliskich zmarłej osoby publicznej, tj. możliwości kultywowania pamięci osoby zmarłej. Sąd Najwyższy wskazał, że w obu przypadkach wypowiedzi ocenne powinny być oparte na dostatecznej podstawie faktycznej, tj. muszą być poparte wskazaniem rzetelnych i wiarygodnych źródeł, które pozwolą na zweryfikowanie wyrażonego osądu<sup>11</sup>.

W związku z przyjęciem tych samych kryteriów zarówno do oceny wypowiedzi krytycznej dotyczącej żyjącej osoby publicznej, jak i do oceny tego rodzaju wypowiedzi dotyczącej osoby zmarłej, wydaje się, że zakres ochrony dobra osobistego w postaci kultu pamięci o zmarłym jest tożsamy z zakresem ochrony dobra osobistego w postaci ochrony czci czy dobrego imienia za życia zmarłego. Jeżeli bowiem dana wypowiedź za życia osoby publicznej naruszałaby jej dobra osobiste, to będzie ona stanowić także naruszenie dobra osobistego w postaci

<sup>10</sup> Zob. wyrok SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSNCP 1970, nr 1, poz. 18; wyrok SN z 4 listopada 1969 r. (II CR 390/69), LEX nr 6606; orzeczenie SN z 13 stycznia 1965 r. (I CR 464/64), OSNCP 1965, nr 10, poz. 171; wyrok SN z 13 lipca 1971 r. (I CR 234/77), LEX nr 7963; wyrok SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02), OSNC 2004, nr 5; wyrok SN z 9 lutego 2011 r. (V CSK 256/10), LEX nr 794581.

<sup>11</sup> Krytykę zasadności zastosowania konstrukcji „dostatecznej podstawy faktycznej” przeprowadza M. Ozga, zob. M. Ozga, *Glosa...*

kultu pamięci po śmierci tej osoby. Nie wydaje się, aby wypowiedź w granicach dozwolonej krytyki za życia zmarłego miała podlegać innej ocenie po jego śmierci. Innymi słowy, jeżeli za życia zmarłego negatywna ocena jego działań mieściła się w granicach dozwolonej krytyki, to po jego śmierci podobna wypowiedź nie może zostać uznana za naruszenie dobra osobistego w postaci kultu pamięci o zmarłym.

Zarówno w przypadku żyjącej, jak i zmarłej osoby publicznej konieczne jest zatem spełnienie tych samych przesłanek, aby dana wypowiedź nie została uznana za naruszającą dobra osobiste. W konsekwencji tożsamy winien być zakres ochrony dóbr osobistych żyjącego, tj. ochrony czci i dobrego imienia oraz dóbr osobistych przysługujących bliskim zmarłego w postaci kultu pamięci o zmarłym. Nie ulega wątpliwości, że wypowiedź Romana G. mogłaby zostać uznana za naruszenie dobrego imienia i czci Jacka K., gdyby została wypowiedziana za jego życia. Do takiej konkluzji dochodzi zresztą także Sąd Najwyższy, wskazując jednakże, że tego rodzaju ocena jest niezależna od naruszenia kultu pamięci zmarłego.

W tym miejscu warto powrócić do dwóch koncepcji uzasadniających słabszą ochronę dóbr osobistych osób publicznych, tj. kontratypu zgody i ochrony instytucjonalnej. W przypadku kultu pamięci zmarłej osoby publicznej wykluczone jest powoływanie się na kontratyp zgody. Zgodę na bezprawne naruszenie dobra osobistego w warunkach kontratypu może złożyć tylko ta osoba, której dobro to przysługuje. Ewentualna zgoda wyłączająca bezprawność naruszenia dóbr osobistych osoby publicznej może zatem zostać złożona jedynie przez tę osobę. Kult pamięci zmarłego stanowi natomiast samoistne dobro osobiste jego bliskich. Zgoda na naruszenie dobra osobistego nie zostałaby zatem złożona przez osobę, której dane prawo przysługuje. W tym ujęciu słabszą ochronę omawianego dobra osobistego lepiej uzasadnia koncepcja ochrony instytucjonalnej i słabszy powszechny zakaz naruszania tych dóbr wobec osób publicznych.

Podsumowując ten wątek rozważań, w mojej ocenie, kult pamięci zmarłych stanowi samoistne dobro osobiste jego bliskich, ale pozostające w ścisłym związku z czcią, jaka zostałaby okazana zmarłemu za życia. Pomimo że we wskazanym wyroku Sąd Najwyższy opowiada się za całkowitą niezależnością omawianych dóbr osobistych, to w rzeczywistości są one ze sobą powiązane z uwagi na konieczność stosowania tych samych kryteriów oceny bezprawności naruszenia danego dobra.

Negatywna ocena zmarłej osoby publicznej jest więc dopuszczalna w takim samym zakresie jak w przypadku osób żyjących. Kult pamięci zmarłej osoby publicznej stanowi więc niejako kontynuację prawa do ochrony dobrego imienia i czci przysługującego zmarłej osobie publicznej za życia. Zakres tych praw i sposób oceny ich naruszeń winien być zatem tożsamy.

Od powyższej reguły istnieją jednak wyjątki. Przyjmuje się bowiem, że przesłanki naruszenia dobra osobistego mają charakter obiektywny<sup>12</sup>. Dla stwierdzenia naruszenia dobra osobistego konieczne jest zatem określenie, czy dane zachowanie może stać się podstawą negatywnych odczuć po stronie pokrzywdzonego biorąc pod uwagę przeciętne reakcje ludzkie. Przy ocenie, czy doszło do naruszenia dobra osobistego należy brać pod uwagę przede wszystkim reakcję, jaką wywołuje to naruszenie w społeczeństwie. W polskiej tradycji mocno zakorzeniona jest natomiast zasada, aby o zmarłym mówić tylko dobrze albo wcale – tak mawiali zresztą już Grecy i Rzymianie. W związku z tym, w pewnych okolicznościach można przyjąć silniejszą ochronę kultu pamięci zmarłej osoby publicznej od ochrony jej czci za życia. Powszechną dezaprobatę budzi np. negatywna ocena zmarłego wyrażona podczas jego pochówku. Ta sama ocena wyrażona w kilka miesięcy czy lat po śmierci nie wywoła już takiego sprzeciwu opinii publicznej. W drodze wyjątku można zatem przyjąć, że niekiedy ochrona kultu pamięci zmarłego jest szersza, co wynika z obowiązujących w naszym społeczeństwie norm obyczajowych.

Warto odwołać się do jeszcze jednej kategorii związanej z ochroną kultu pamięci osoby zmarłej, a mianowicie do ochrony dobrego imienia postaci historycznej oraz granic wolności wypowiedzi dotyczących wydarzeń historycznych<sup>13</sup>. Dobra osobiste w postaci czci i dobrego imienia mogą przysługiwać jedynie osobie żyjącej, a po śmierci – na co już wskazywano – przybierają postać kultu pamięci o zmarłym, choć stanowisko takie jest krytykowane<sup>14</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że w powoła-

<sup>12</sup> A. Cisek, *Ochrona...*, s. 39.

<sup>13</sup> Zob. J. Balcarczyk, *Prawo do dobrego imienia postaci historycznej a granice wolności wypowiedzi dotyczące wydarzeń historycznych*, w: P. Machnikowski (red.), *Prace z prawa cywilnego dla uczczenia pamięci Profesora Jana Kosika*, Wrocław 2009, s. 15 i n.

<sup>14</sup> Warto wskazać zwłaszcza na pogląd J. Mazurkiewicza, który przyjmuje, że dobra osobiste niekoniecznie gasną z chwilą śmierci osoby fizycznej, a włączanie ich w ramy kultu pamięci zmarłego jest zawodne oraz – zdaniem autora – niewłaściwe,



nej wypowiedzi Roman G. dokonuje nie tylko negatywnej oceny Jacka K., ale także wydarzenia historycznego, jakim były obrady Okrągłego Stołu. Konieczne jest zatem określenie relacji pomiędzy ochroną kultu pamięci zmarłej osoby publicznej a ochroną dobrego imienia postaci historycznej.

Należy ustalić, kiedy mamy do czynienia z postacią historyczną, a kiedy ze zmarłą osobą publiczną i jaki ma to wpływ na zakres ochrony omawianego dobra osobistego. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „zmarła osoba publiczna” jest odmienne zakresowo od pojęcia „postać historyczna”. Za postać historyczną uznaje się osoby, które istniały rzeczywiście (w języku potocznym pojęcie to jest często uznawane za przeciwieństwo postaci fikcyjnej) i które uczestniczyły w wydarzeniach istotnych z punktu widzenia dziejów danego społeczeństwa. Mogą być to zarówno postaci, które zapisały się pozytywnie w dziejach, jak i takie, których dokonania trudno uznać za godne pochwały.

Dla uznania danej osoby za postać historyczną niejednokrotnie musi upłynąć pewien okres od chwili jej śmierci tak, aby w powszechnym odczuciu osoba taka została uznana za istotną w dziejach danego narodu. Od tej reguły istnieją oczywiście wyjątki. Przykładowo można wskazać na św. Jana Pawła II, którego istotny wkład w dzieje Polski został uznany przez opinię publiczną jeszcze za życia. Wyrazem tego było m.in. stawianie pomników papieżowi Janowi Pawłowi II jeszcze przed śmiercią czy nazywanie ulic, placów i obiektów użyteczności publicznej imieniem papieża, pomimo że w Polsce przyjął się zwyczaj, iż ulice, place czy inne obiekty noszą imiona jedynie osób nieżyjących<sup>15</sup>. Do postaci historycznych należy jednak co, do zasady, zaliczyć jedynie osoby zmarłe.

Do kategorii osób publicznych trzeba natomiast zakwalifikować wszystkie osoby, które zaistniały w świadomości opinii publicznej i które podejmują aktywność w różnych przejawach życia, nie tylko w polityce, ale także kulturze czy sporcie. Współcześnie za wyznacznik „upublicznienia” danej osoby może uchodzić obecność w mediach. Osobami publicznymi będą zatem te osoby, o których informacja pojawia się w mediach regularnie. Z tak określonej grupy należy jednak wyłączyć

---

zob. J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 23 i n.

<sup>15</sup> Wyjątkiem od tej reguły jest także nazwanie Portu Lotniczego w Gdańsku imieniem Lecha Wałęsy.

te osoby, których obecność w mediach jest skutkiem ubocznym podjętych działań. Mam tutaj na myśli chociażby osoby podejrzane o popełnienie przestępstw będące bohaterami głośnych, tzw. „medialnych” procesów. Pomimo zaistnienia tych osób w świadomości publicznej trudno uznać je za osoby publiczne, którym miałyby przysługiwać słabsza ochrona dóbr osobistych z tytułu pełnionej roli społecznej<sup>16</sup>.

W prawie polskim brak jest definicji legalnej osoby publicznej. Artykuł 14 ust. 6 ustawy z 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe<sup>17</sup> odwołuje się jedynie do osób podejmujących działalność publiczną<sup>18</sup>. W doktrynie przyjmuje się dwa rozumienia tego pojęcia<sup>19</sup>. W szerszym ujęciu działalnością publiczną jest działalność o publicznym charakterze, skierowana do szerokich kręgów społeczeństwa. Jako przykład wskazuje się działalność polityczną, zawodową, społeczną, kulturalną, religijną czy charytatywną. W ujęciu węższym działalnością publiczną jest działalność osób wykonujących funkcje publiczne. Kryterium rozstrzygające o publicznym charakterze danej działalności i statusie osoby, która tę działalność wykonuje ma tutaj charakter sformalizowany, a pojęcie osób publicznych odnosi się przede wszystkim do funkcjonariuszy publicznych.

W piśmiennictwie dominuje szersze ujęcie działalności publicznej, które jest akceptowane także w judykaturze. Sąd Najwyższy w wyroku z 24 stycznia 2008 r. wskazał, że pojęcie „działalności publicznej” należy rozumieć szeroko i nie ograniczać jego zakresu wyłącznie do działalności politycznej. Do osób prowadzących działalność publiczną należą bowiem także inne osoby spoza kręgów polityki, które działają w dziedzinie

---

<sup>16</sup> W doktrynie niemieckiej pojawiła się jednak kategoria „osób historii współczesnej” – *Person der Zeitgeschichte*, których związek z historią współczesną stanowi usprawiedliwienie słabszej ochrony dóbr osobistych. Kategoria ta jest rozumiana szeroko i obejmuje nie tylko osoby uczestniczące w życiu publicznym, ale także wywołujące zainteresowanie w kręgach nauki czy sztuki. Do osób historii współczesnej zaliczono także osoby, które zaistniały w świadomości publicznej wbrew swojej woli, np. sprawców i ofiary przestępstw, zob. Z. Zawadzka, *Wolność prasy a ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną. Problem rozstrzygnięcia konfliktu zasad*, Warszawa 2013, s. 151 i n.

<sup>17</sup> Ustawa z 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.).

<sup>18</sup> Zgodnie z art. 14 ust. 6 prawa prasowego, nie wolno bez zgody osoby zainteresowanej publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby.

<sup>19</sup> Zob. J. Sieńczyło-Chłabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Kraków 2006, s. 235.

nauki, sztuki, również w formach niezinstytucjonalizowanych, oraz te osoby, których postawa lub głoszone poglądy współkształtują poglądy panujące w społeczeństwie i które skupiają wokół siebie znaczące środowiska opiniotwórcze, przez które mogą wywierać wpływ na bieg spraw publicznych<sup>20</sup>. Z kolei w wyroku z 24 stycznia 2008 r., na gruncie sprawy dotyczącej zakresu dozwolonej krytyki, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że działalnością publiczną jest aktywność obejmująca działania polityczne, społeczne, gospodarcze i zawodowe, które wzbudzają uzasadnione zainteresowanie społeczeństwa, choćby tylko w skali lokalnej<sup>21</sup>.

Do kategorii osób publicznych należy z reguły zaliczyć także postaci historyczne. Najczęściej bowiem do historii przechodzą właśnie te osoby, które zdecydowały się podjąć aktywność w sferze publicznej (np. politycy, artyści). Istnieją jednak i takie przypadki, gdy dana osoba przechodzi do historii, lecz zaistniała w świadomości publicznej dopiero po śmierci<sup>22</sup>. Zakres pojęcia „postać historyczna” jedynie częściowo pokrywa się zatem z pojęciem „osoby publicznej”. Tym samym jedynie część uwag odnoszących się do kultu pamięci zmarłych osób publicznych jest aktualna także przy analizie dobra osobistego w postaci kultu pamięci postaci historycznej.

W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wskazał, że publikowanie wypowiedzi będących formą udziału w debacie publicznej na temat faktów lub postaci historycznych stanowi z zasady przejaw dopuszczalnego i prawem chronionego korzystania z wolności wypowiedzi oraz przekazywania idei i poglądów, także wtedy, gdy są one kontrowersyjne i niezgodne z dominującą wersją wydarzeń historycznych<sup>23</sup>. Negatywna ocena wydarzeń historycznych, a w konsekwencji także biorących

<sup>20</sup> Wyrok SN z 24 stycznia 2008 r. (I CSK 341/07), OSNC 2009, nr 3, poz. 45.

<sup>21</sup> Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2008 r. (I CSK 338/07), LEX nr 342369. Zdaniem Z. Zawadzkiej obecna linia orzecznicza SN nakazuje uznać szerokie rozumienie działalności publicznej, obejmujące wszelkie czynności podejmowane na forum publicznym, zob. Z. Zawadzka, *Wolność...*, s. 177 i powołane tam orzecznictwo. W literaturze prezentowane są także odmienne stanowiska, zob. np. A. Szpunar, *Kilka uwag o ochronie dóbr osobistych*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 1, s. 36. W prawie polskim pojawia się także odrębna kategoria „osób powszechnie znanych”, zob. art. 81 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, który dotyczy ochrony wizerunku „osoby powszechnie znanej”.

<sup>22</sup> Np. żołnierz, który wslawił się bohaterską śmiercią na polu bitwy czy artysta, którego obrazy stały się przedmiotem zainteresowania miłośników sztuki dopiero po śmierci ich autora.

<sup>23</sup> Wyrok SN z 24 lutego 2004 r. (III CK 329/02), OSNC 2005, nr 3, poz. 48.

w nich udział postaci, jest dopuszczalna, o ile badania historyczne były prowadzone w sposób rzetelny. Wymóg rzetelności badań zastąpił dotychczas przyjmowany w judykaturze wymóg prawdziwości stawianych zarzutów. Tym samym wobec historyków zaczęto stosować te same kryteria, co w przypadku też głoszonych przez dziennikarzy<sup>24</sup>. W obu przypadkach bezprawność naruszenia dobra osobistego wyłącza już samo wykazanie rzetelności przyjętej metodologii – historycznej czy dziennikarskiej<sup>25</sup>.

Kwestia ochrony kultu pamięci zmarłej osoby publicznej, zaliczanej po śmierci do kategorii postaci historycznych, nie powinna budzić wątpliwości. Zakres ochrony kultu pamięci zmarłej osoby publicznej będącej postacią historyczną stanowi odzwierciedlenie ochrony czci i dobrego imienia, jaka przysługiwała tej osobie za życia. Negatywna ocena działalności takiej osoby za życia jest dopuszczalna w granicach wolności wypowiedzi. Co do zasady, ocena ta musi być rzetelna, tj. poparta rzeczywistą analizą dokonań takiej osoby, a nie może być jedynie wyrazem negatywnego stosunku do samej osoby podlegającej ocenie. Za życia wymogi te stawiane są przed wszystkim dziennikarzom. Po śmierci negatywna ocena zmarłej osoby publicznej jest dopuszczalna w tych samych granicach, a wymóg rzetelności stawianych zarzutów dotyczy przede wszystkim historyków, ale także – co pokazuje sprawa Romana G. – innych osób dokonujących publicznej oceny zmarłego.

Odmienne będzie przedstawiać się sytuacja jedynie wtedy, gdy postać historyczna nie była osobą publiczną za życia. Wówczas ochrona kultu jej pamięci nie stanowi odzwierciedlenia ochrony czci i dobrego imienia za życia. Za życia osoba ta korzystała bowiem z silniejszej ochrony jako osoba prywatna. Jako postać historyczna osoba ta może już podlegać publicznej krytyce, o ile krytyka ta spełnia wskazane powyżej kryterium rzetelności. Po śmierci następuje zatem w pewnym sensie „upublicznienie” takiej osoby, gdyż ochrona kultu jej pamięci podlega tym samym ograniczeniom, co ochrona kultu pamięci zmarłej osoby publicznej. Osobę taką należy więc traktować tak, jak gdyby za życia była osobą publiczną.

---

<sup>24</sup> Co do granic wolności wypowiedzi dziennikarskiej zob. zwłaszcza uchwałę siedmiu sędziów SN z 18 lutego 2005 r. (III CZP 53/04), LEX nr 143120 z głosami krytycznymi J. Sieńczyło-Chłabicz, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7, s. 113–118, Z. Radwańskiego, OSP 2005, nr 9, poz. 110 oraz P. Sobolewskiego, OSP 2005, nr 12, poz. 144.

<sup>25</sup> Do takiego wniosku dochodzi J. Balcarczyk, zob. J. Balcarczyk, *Prawo...*, s. 30.

Pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia wpływu negatywnej oceny zdarzenia historycznego na dopuszczalność formułowania negatywnych osądów dotyczących jego uczestników. Niewątpliwie postać Jacka K. należy zaliczyć do kategorii zmarłych osób publicznych, a jednocześnie postaci historycznych z uwagi na jego udział w wydarzeniach istotnych z punktu widzenia historii naszego kraju. Roman G. dokonał negatywnej oceny wydarzenia historycznego, jakim były obrady Okrągłego Stołu, a w konsekwencji także Jacka K., który był uczestnikiem tamtych wydarzeń. Analizując ten wątek sprawy, Sąd Najwyższy uznał, że nawet wysoce subiektywna i oryginalna ocena zdarzenia historycznego mieści się w ramach konstytucyjnej zasady wyrażania własnych poglądów (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP). Czym innym jest jednak ocena zindywidualizowanych osób biorących udział w tych wydarzeniach, dotycząca ich postaw, intencji i zachowań. Negatywna ocena wydarzenia historycznego nie uzasadnia bowiem – zdaniem Sądu Najwyższego – formułowania negatywnych osądów dotyczących głównych postaci komentowanego wydarzenia.

Z powyższym stanowiskiem trudno się zgodzić. Negatywna ocena wydarzenia historycznego stanowi przecież pośrednio także osąd osób aktywnie w nim uczestniczących. Gdyby Roman G. poprzestał na podważeniu roli Okrągłego Stołu w najnowszych dziejach Polski, wskazując, że obrady te były zdradą ideałów Solidarności, to nie można byłoby jednoznacznie stwierdzić, że nie doszłoby w ten sposób do naruszenia dóbr osobistych uczestników tego wydarzenia. Moim zdaniem istnieje ścisły związek pomiędzy negatywną oceną wydarzenia historycznego a jego uczestnikami, o ile uczestników tych można zindywidualizować (tak jak w przypadku uczestników Okrągłego Stołu). W konsekwencji, zakres dopuszczalnej krytyki tego rodzaju wydarzeń historycznych winien być ograniczony przez te same ramy, które judykatura nakazuje stosować w przypadku negatywnych osądów postaci historycznych.

Wypowiedziane przez Romana G. słowa należało zatem oceniać przede wszystkim z punktu widzenia rzetelności sformułowanego osądu. Wypowiedź ta miała charakter spontaniczny, a więc najprawdopodobniej nie została poprzedzona rzetelną analizą ocenianego wydarzenia historycznego. Zbyt daleko idące jest jednak stwierdzenie M. Ozgi, iż w przypadku wypowiedzi spontanicznych winno się stosować inne

standardy ocenne niż np. wobec monografii historycznych<sup>26</sup>. Wydaje się bowiem, że w takich przypadkach badania potwierdzające rzetelność wypowiedzi krytycznej mogą zostać przeprowadzone także *ex post*. Roman G. mógłby zatem wykazać, że w pewnych aspektach obrady Okrągłego Stołu mogły negatywnie wpłynąć na dzieje Polski, co uzasadniałoby ujemną ocenę osób uczestniczących w tym wydarzeniu. Przyjęta przez Sąd Najwyższy formuła tzw. dostatecznej podstawy faktycznej nie była zatem pozbawiona racji, a brak wykazania uzasadnienia faktycznego dla sformułowanego osądu uzasadniał uwzględnienie roszczeń rodziny Jacka K.

### **Streszczenie**

Autor porusza problematykę kultu pamięci o zmarłej osobie publicznej, który stanowi samodzielnie jurydycznie dobro osobiste bliskich zmarłego. W artykule podjęto próbę wykazania, że ochrona wskazanego dobra osobistego stanowi odzwierciedlenie ochrony czci i dobrego imienia, z jakiej zmarły korzystał za życia. Omówiono także problematykę zakresu dopuszczalnej krytyki postaci historycznych, zwłaszcza w przypadku negatywnego osądu wydarzeń historycznych z ich udziałem.

Słowa kluczowe: ochrona dóbr osobistych, kult pamięci o zmarłym.

### **Abstract**

The author discusses the problems of the memory of the public figures' worship, which is juridically own personal interests of the relatives of the deceased. This article attempts to demonstrate that the protection of that personal interest reflects the protection of honor and good name which the deceased enjoyed before death. Also discussed the issue of the scope of acceptable criticism of historical figures, especially in the case of a negative judgment of historical events with their participation.

Keywords: cult of the memory of the deceased, protection of personal rights.

---

<sup>26</sup> M. Ozga, *Glosa...* A. Szpunar wskazał, że sądy wartościujące powinny mieścić się w granicach rzeczowej i konstruktywnej krytyki, zob. A. Szpunar, *Ochrona...*, s. 9.



Anna E. Kubiak<sup>1</sup>

## Prawne i ekonomiczne aspekty polskiej branży funeralnej – spojrzenie antropologa<sup>2</sup>

### 1. Wprowadzenie

Artykuł powstał na podstawie dwuletnich badań empirycznych realizujących projekt finansowany przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, a później NCN, nr 116081739, pt. *Przemiany postaw i obyczajów Polaków w kulturze pochówku. Perspektywa reprezentantów sfery funeralnej*. Głównym celem badawczym projektu było uchwycenie przemian zachodzących w kulturze pochówku, w funeralnej infrastrukturze, w postawach i obrzędowości polskich katolików oraz niewierzących z perspektywy przedstawicieli funeralnych. Zebrane materiały na temat pochówków opisują organizację pogrzebu od strony zakładu. Jednocześnie ten kierunek badań pozwolił w czasie 2 lat na zebranie szczegółowych informacji na temat ewolucji pogrzebu i jego odmian regionalnych i lokalnych. Skierowało to moją uwagę na grupę zawodową rozmówców wraz z całym zapleczem funeralnym. Należało bowiem nakreślić miejsce, z którego płynie narracja o pogrzebach, odpowiedzieć na pytanie: kim jest przedsiębiorca pogrzebowy? Jednocześnie ta grupa zawodowa z jej społeczną stygmatyzacją, wydawała mi się interesującym obiektem badań etnograficznych. Podobnie pisze o tym Glennys Howarth<sup>3</sup>, która określa tę grupę, jako ‘wyspiarską’, gdzie wtajemniczeni w misterium śmierci ‘tubyłcy’ przygotowują swoje rytuały. „Zawodowy status, sekrety handlowe i zawodowe zależą od konstruowania i podtrzymywania granic dostępu

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Polska Akademia Nauk.

<sup>2</sup> W artykule wykorzystuję fragmenty książki mojego autorstwa pt. *Pogrzeby to nasze życie*, która ukaże się w wydawnictwie IFiS PAN w 2015 r.

<sup>3</sup> G. Howarth, *Investigating deathwork: a personal account*, w: D. Clark (red.), *The Sociology of Death: theory, culture, practice*, Oxford 1993, s. 222–223.



do wiedzy, które separują laika od profesjonalisty”<sup>4</sup>. Dotarłam również do osób reprezentujących najważniejsze instytucje funeralne w Polsce prowadząc z nimi rozmowy na temat ważnych elementów strategii tych organizacji.

## **2. Organizacje branżowe**

W 1993 r. powstała pierwsza organizacja prywatnych zakładów: Stołeczne Stowarzyszenie Przedsiębiorców Pogrzebowych. Motywem jej powstania był sprzeciw wobec faworyzowania jednego zakładu pogrzebowego przez księdza – zarządcę warszawskiej nekropolii. Stowarzyszenie zajęło się porozumieniem z ZUS w sprawie umożliwienia pełnomocnictwa zakładów do przyjmowania zasiłku pogrzebowego w imię klienta. Wkrótce rozszerzyło ono działalność i zmieniło nazwę na Ogólnokrajowe Stowarzyszenie Przedsiębiorców Pogrzebowych. Pierwsze konflikty i różnice zdań doprowadziły do powstania dwóch oddzielnych organizacji ogólnokrajowych: Polskiego Stowarzyszenia Pogrzebowego (dawniej: Polskiego Stowarzyszenia Funeralnego, a jeszcze wcześniej Polskiego Stowarzyszenia Kremacyjnego, Administratorów Cmentarzy i Przedsiębiorców Pogrzebowych) i Polskiej Izby Pogrzebowej<sup>5</sup>. W latach 90. ubiegłego wieku powstawały również regionalne organizacje: w Małopolsce, na Śląsku i na Pomorzu. W 1999 r. Polskie Stowarzyszenie Kremacyjne, Administratorów Cmentarzy i Przedsiębiorców Pogrzebowych zostało członkiem Światowej Federacji Towarzystw Kremacyjnych (ICF) i Międzynarodowej Federacji Organizacji i Firm Pogrzebowych (FIAT – IFTA). Organizacje funeralne podejmują starania o znowelizowanie przedawnionej ustawy cmentarno-pogrzebowej. Obowiązująca w Polsce ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych pochodzi z 1959 r. i powieliła przepisy uchwalone jeszcze wcześniej, w 1932 r.<sup>6</sup>. Ustawa uwzględnia przede wszystkim regulacje katolickiego pochówku, zaniedbując inne wyznania i pogrzeby świeckie. Brak jest zasad postępowania w przypadku kremacji. Organizacje prowadzą sprawy przeciwko monopolizacji usług pogrzebowych, w sprawach zwrotu zasiłku przez ZUS, w sprawie wyprowadzenia firm pogrzebowych ze szpitali, prowadzą dyskusje na temat wprowadzenia koncesji na działalność pogrzebową, obrony polskiego rynku funeralnego

---

<sup>4</sup> G. Howarth, *Investigating...*, s. 223.

<sup>5</sup> „Memento” 2008, nr 5, s. 14.

<sup>6</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 26.

przed zagranicznym (przede wszystkim amerykańskim) kapitałem<sup>7</sup>, działają na rzecz podniesienia prestiżu zawodu pogrzebownika, promocji ubezpieczeń pogrzebowych, patronują polskim targom funeralnym. Prowadzą one również liczne szkolenia branży i grupowe wyjazdy na targi za granicą. Są to instytucje, które pragną zachować *status quo* ustalonego standardu pochówku. Wyjątkiem jest Lubelskie Regionalne Stowarzyszenie Zwolenników Kremacji (powstało w 2000 r.), które jest propagatorem kremacji i zalegalizowania możliwości rozsypywania prochów. Balsamacja i tanatokosmetyka jest reprezentowana przez: Polskie Centrum Balsamacji i Tanatokosmetyki, filię firmy Hygeco oraz Profesjonalne Usługi Prosektoryjne. Kamieniarze mają Stowarzyszenie Kamieniarzy oraz Nieformalną Grupę Kamieniarzy *Magurycz*. Ambitni kwiaciarze kończą kursy florystyczne i zdobywają uprawnienia Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Ogrodnictwa<sup>8</sup>.

Ważną rolę odgrywają czasopisma branżowe. Najstarsze to „Przegląd Funeralny”, założone w 1995 r. przez Wojciecha Krawczyka, dziennikarza i pasjonata problematyki funeralnej, przemianowane w grudniu 1996 na „Memento”. Jest to pismo wydawane przez Polskie Stowarzyszenie Pogrzebowe. „Memento” ukazuje się co 2 miesiące w nakładzie ok. 500 egzemplarzy<sup>9</sup>. Miesięcznik „Kultura Pogrzebu” został założony w 2004 r. przez właściciela domu pogrzebowego i jest związany z Polską Izbą Pogrzebową. Odbiorcami czasopism są członkowie organizacji pogrzebowych, właściciele firm i zakładów produkcyjnych, administracje cmentarzy, parafie, i redakcje gazet. Oba czasopisma posiadają bogatą szatę graficzną i zamieszczają liczne fotografie zakładów pogrzebowych, firm produkcyjnych, artefaktów, karawanów, cmentarzy i zjazdów pogrzebowników z okazji szkoleń i targów. Te ostatnie są szeroko komentowane. Opisywane są rytuały pochówku i branża pogrzebowa na świecie. Redaktorzy pilnie śledzą rozwój kremacji w Polsce. Omawiane są kontrowersyjne i sądowe przypadki związane z pochówkiem i kwestiami cmentarnymi, jak np. prawo do grobu. Pogrzebom znanych osób publicznych poświęcane są reportaże.

---

<sup>7</sup> Np. Amerykańska Service Corporation International z Teksasu wykupuje udziały firm pogrzebowych w Europie, Kanadzie, Australii i Ameryce Południowej.

<sup>8</sup> „Kultura Pogrzebu” 2004, nr 1, s. 35.

<sup>9</sup> „Memento” 2004, nr 4, s. 23.

### **3. Profesjonalizacja**

Wraz z procesami profesjonalizacji rośnie ilość nowych firm, proponujących nowe usługi. Powstają firmy produkujące np. namioty pogrzebowe, urządzenia chłodnicze, tabliczki pogrzebowe, trumny, urny, całuny, dewocjonalia, odzież żałobną, gadzety funeralne, preparaty do tanatopraksji, worki na zwłoki, sprzęt nagłaśniający, windy i inne akcesoria pogrzebowe. Polska branża pogrzebowa charakteryzuje się rozdrobnieniem i konkurencyjnością. Dotyczy to nie tylko ilości zakładów pogrzebowych, ale również firm produkujących trumny. Jest ich ok. 2 tysięcy, gdy dla porównania w Niemczech około 30, a w Finlandii 3, w Anglii i Danii po 4<sup>10</sup>. Polscy producenci często po dawnemu sprzedają swoje produkty w handlu obwoźnym<sup>11</sup>, gdy w Europie Zachodniej służy temu sieć hurtowni<sup>12</sup>. Powstają firmy specjalizujące się w oprogramowaniach dla przedsiębiorstw pogrzebowych oraz firmy oferujące ubezpieczenie na pokrycie kosztów pochówku. W 1995 roku powstał pierwszy w Polsce zakład szyjący specjalne ubiory dla nieboszczyka (wraz z saszetkami na drobne przedmioty wkładane do trumny), żałobników oraz asysty pogrzebowej wykonującej pochówki. Firma ta podczas targów prezentuje pokaz mody pogrzebowej z opracowaną choreografią. Wraz z rozpowszechnieniem kremacji zakład przygotował wzory koszul kremacyjnych z naturalnego płótna<sup>13</sup>. Zarówno rodzina, spółdzielnia mieszkaniowa, jak i policja, w sytuacji, gdy zmarły leżał dłużej czas w domu, lub mieszkanie stało się sceną morderstwa lub samobójstwa, wzywają firmy zajmujące się sprzątnięciem po zmarłym. Są w Polsce firmy specjalizujące się w takich usługach<sup>14</sup>. O ile w okresie przed transformacją ustroju, był jeden, komunalny zakład transportujący zwłoki za granicę i do Polski, oraz opiekujący się grobami obcokrajowców, to obecnie mnożą się firmy wyspecjalizowane w tych usługach. Pojawiły się zakłady zajmujące się sprzątnięciem mogił i ich dekoracją na zamówienie również rodaków. Kwiatciarze – od dawna związani z rytmem pogrzebu – odbywają odpowiednie kursy, jeżdżą na wystawy kwiatowe i każą się nazywać florystami. Nowe wzory, kolorystyka i pomysły przychodzą z Europy Zachodniej, zwłaszcza z Niemiec i z Holandii<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> „Memento” 2010, nr 2, s. 38.

<sup>11</sup> „Memento” 2010, nr 1, s. 14.

<sup>12</sup> „Memento” 2010, nr 1, s. 14.

<sup>13</sup> „Memento” 2005, nr 5, s. 12–13.

<sup>14</sup> „Kultura Pogrzebu” 2011, nr 11, s. 18–21.

<sup>15</sup> „Kultura Pogrzebu” 2004, nr 1, s. 34–35.

Największe kwaciarnie korzystają zarówno ze swoich ogrodów, jak i sprowadzają kwiaty z całego świata dla bardziej wymagających klientów. Wraz z rosnącym zapotrzebowaniem pojawili się fotografowie specjalizujący się w pogrzebach. Istnieją firmy drukujące dla zakładów pogrzebowychteczki z materiałami informacyjnymi, wizytówki, papier firmowy, foldery. Niektóre zakłady dołączają płyty ze zdjęciami z pogrzebu. Powstają coraz liczniejsze sklepy internetowe, np. z odzieżą żałobną, akcesoriami pogrzebowymi, urnami. Przedstawiciele branży pogrzebowej tworzą swoje strony reklamując się, prowadząc sprzedaż on-line, dyskutując na forum.

#### **4. Nowe technologie**

Administratorzy cmentarzy opracowali elektroniczne mapy cmentarza, wyszukiwarkę internetową, fotokody: po zeskanowaniu telefonem ze ściany kaplicy cmentarnej obrazka, w telefonie pojawia się aplikacja, wpisuje się nazwisko zmarłej i można odnaleźć grób<sup>16</sup>. Inna firma opracowała *mikrochip* umieszczony w kawałku granitu i montowany na nagrobku. Przez dotknięcie pomnika telefonem z funkcją NFC (smartfon) następuje połączenie internetowe z bazą danych, zawierającą informacje genealogiczne i biograficzne zmarłego wraz ze zdjęciem. Microchip posiada również geolokalizację pozwalającą na wskazanie grobu za pomocą GPS<sup>17</sup>. Na razie zamówienia przysły głównie z Włoch, Węgier, Ameryki, Izraela i Australii. Być może na brak zainteresowania ze strony polskich klientów ma wpływ zjawisko „hien cmentarnych”. Przykładem, jak Dolny Śląsk jest najbardziej nowoczesnym regionem na rynku funeralnym, jest dom pogrzebowy Park Pamięci w Rudzie Śląskiej, inspirowany kanadyjskimi wzorcami. Proponuje on spektakle pogrzebowe, w których trumna otwarta lub zamknięta, ustawiana jest na ruchomym walcu (pełniącym funkcję katafalku), który kreci się wokół osi przesuając się jednocześnie w poprzek sali. Multimedialna sala zapewnia wysoką jakość dźwięku muzyki, zmieniającego się oświetlenia i wyświetlanego filmu lub slajdów. Na koniec trumna – sterowana przez ukrytego za wenecką szybą reżysera – przesuwa się na walcu w stronę drzwi do przedsionka krematorium, opuszcza salę, a następnie drzwi bezszelestnie zamykają się. W Katowicach powstała firma prowadząca usługi transmisji pogrzebu on-line.

<sup>16</sup> „Memento” 2011, nr 4, s. 8.

<sup>17</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 22–24.

## 5. Planowanie pogrzebu

Z dużym oporem, marginalnie, wchodzi usługa planowania pogrzebu. Polacy wciąż polegają na zasiłku pogrzebowym, nie chcą gromadzić oszczędności na pogrzeb, więc nie przyjmuje się ubezpieczenie pogrzebowe proponowane przez niektóre zakłady. Trzeba jednak zaznaczyć, że podobnie jak we Włoszech, częstym zwyczajem jest kupowanie miejsca na cmentarzu, a nawet pomnika za życia. W Europie planowanie pogrzebu jest najbardziej powszechne w Belgii i Holandii (ok. 70%), Francji i Niemczech (ok. 50%). W Wielkiej Brytanii i Szwajcarii zainteresowanie tą usługą jest znikome (ok. 2%), podobnie jak w Europie Środkowej i Wschodniej. Wyjątkiem są Czechy. W USA liczba klientów tej usługi rośnie i wynosi ok. 25%<sup>18</sup>. Na popularność usługi planowania pogrzebu ma wpływ kilka czynników: tradycje pogrzebowe, wysokość zasiłku pogrzebowego, obowiązujący system ubezpieczeń oraz społeczna ocena zawodu przedsiębiorcy. W polskiej rodzinie, gdzie starsze pokolenie pozostaje na ogół w bliskich więziach z całą rodziną, czasem z zamieszkiwaniem pod wspólnym dachem, istnieje zaufanie do potomków, że przygotowują godny pogrzeb, zgodnie ze wskazówkami krewnego. Zwłaszcza na wsi i wśród osób pochodzących ze wsi istnieje tradycja szczegółowych przygotowań do pogrzebu, ale omawiane są one wyłącznie w gronie rodzinnym. Wciąż brak jest również zaufania do przedsiębiorców pogrzebowych, zarówno dlatego, że polska branża jest relatywnie młoda, jak i ze względu na przesady jej dotyczące i pokłosie afery 'łódzkich skór'. Od początku 90-tych lat wiele firm upadło i niektóre wciąż bankrutują, więc trudno jest zdecydować się na konkretny zakład, a jest to często wymóg planowania pogrzebu. Również sytuacja finansowa emerytów i zmiany w ubezpieczeniach emerytów powodują brak środków i brak stabilności finansowej. Firmy ubezpieczające „na śmierć” dopiero od kilku lat weszły na rynek. Właściciel firmy proponującej takie usługi zwraca również uwagę na trudności prawne: brak uregulowań w tej kwestii.

## 6. Necrobiznes

Śmiertelność i ekonomiczna ekspansja zestawione razem wydają się paradoksem. Kulturowa sprzeczność norm i wartości tkwi już

<sup>18</sup> Dane pochodzą z raportu badań *Social Welfare Provision for Funeral costs: an international perspective* z 2012 r., autorstwa Kate Woodthorpe, Christine Valentine, Hannah Rumble i Caron Stanley, CDAS, Bath. Por. też „Memento” 2010, nr 4, s. 38–39.

w „podwójności” funeralnego przedsięwzięcia. Sama logika prowadzenia zakładu pogrzebowego zawiera antynomie między ekonomiczną obfitością i regeneracją a zatrzymaniem, końcem, zawieszeniem, reprezentowanym przez śmierć. Z jednej strony pogrzebowa infrastruktura służy szczytnym celom pożegnania i uhonorowania nieboszczyka. Z drugiej strony prowadzenie przedsiębiorstwa wymaga ekspansji na rynku. Tak jak w każdym biznesie również funeralne przedsiębiorstwo musi dokonywać kalkulacji zysków i strat ekonomicznych. W tej ekonomizacji śmierci w dobie kapitalizmu „życie przeradza się w niej w akumulację, a śmierć – w termin płatności”<sup>19</sup>. Owa specyfika funeralnego ‘ryнку’ może wydawać się bezlitosnym eksploataowaniem czyjejś straty i żałoby i wpływa na stygmatyzację tej grupy zawodowej<sup>20</sup>. Nie można pominąć faktu, że w branży tej dochodzi do kryzysów, zaś w Polsce ujawniły się one jako tzw. afera łódzkich skór.

Przyjrzyjmy się najpierw funeralnemu rynkowi. Bazuje on na zasiłku pogrzebowym, którego wielkość przed jego obniżeniem w marcu 2011 r. stanowiła 200% przeciętnego wynagrodzenia. W 2010 r. zasiłek wynosił 6395,70 zł – około 1573 euro. Był to najwyższy w Europie zasiłek pogrzebowy. Dla porównania w 2010 r. wynosił on: w Belgii 148,74 euro, na Cyprze 634 euro, w Czechach 186 euro, w Estonii 192 euro, w Hiszpanii 30 euro, na Litwie 301 euro, w Luksemburgu 1199 euro, na Łotwie 191 euro, w Portugalii 197,63 euro, w Rumunii 190 euro, na Słowacji 79,67 euro, na Słowenii 507,12 euro. W Austrii zależał on wówczas od poziomu wydatków i maksymalnie wynosił 448 euro, w Danii zależał od sytuacji finansowej zmarłego i maksymalnie sięgał 1021 euro, we Francji zasiłek był równy 90-krotności dziennych zarobków osoby zmarłej, w Grecji zależnie od wynagrodzenia do 759 euro, w Holandii 100% ostatniego miesięcznego wynagrodzenia zmarłego, w Irlandii zależnie od sytuacji finansowej zmarłego do 850 euro. Brak jest zasiłku w państwach: Niemcy, Islandia, Włochy, Lichtenstein, Węgry, Malta, Norwegia, Finlandia, Szwecja, Wielka Brytania<sup>21</sup>. W Polsce po jego zmniejszeniu (w marcu 2011 r.) w 2014 r. wynosi on 4000 zł, to jest około 952,4 euro. Dla porównania w Belgii zasiłek wynosi od 400 do 600 euro, w Irlandii 850 euro, w Danii dwie trzecie kosztów

<sup>19</sup> J. Baudrillard *Wymiana symboliczna i śmierć*, Warszawa 2007, s. 187.

<sup>20</sup> G. Sanders, „Late” Capital: Amusement and Contradiction In the Contemporary Funeral Industry, „Critical Sociology” 2009, nr 35, s. 448.

<sup>21</sup> Dane za: „Memento” 2010, nr 4, s. 18–19.



pogrzebu pokrywa państwo<sup>22</sup>, zniesiono zasiłek w Czechach. Wciąż jest to w Polsce w porównaniu z Europą wysoki zasiłek, chociaż w dużych aglomeracjach miejskich, gdzie ceny są wyższe łącznie z wysoką opłatą za miejsce na cmentarzu, nie starcza on na pokrycie kosztów pogrzebu. W 2012 r. zmarło 384.788 osób<sup>23</sup>. Jeżeli pomnożymy tę liczbę przez wielkość zasiłku, otrzymamy 1.539.152,000 zł, czyli ponad półtora miliarda złotych jest wart rynek pogrzebowy (przed obniżką zasiłku było to ponad 2 miliarda złotych). Oczywiście nie wszyscy klienci wydają na pogrzeb cały zasiłek, ale wiele osób wydaje na pochówek znacznie większą kwotę. Trzeba również wziąć pod uwagę rozdrobnienie branży, to jest podział rynku między dwa tysiące zakładów pogrzebowych, z których te największe, mające najwięcej klientów musiały od początku 90. lat stale inwestować w rozwój domów pogrzebowych i karawanów, aby dostosować się do standardu nowoczesności i coraz większych wymagań klientów.

## **7. Niebezpieczne związki rynku funeralnego z medycyną**

Od samego początku powstawania prywatnych zakładów pogrzebowych istniała walka o klienta. Okres dzikiego kapitalizmu zaowocował nieuczciwą konkurencją w postaci okradania rywali i podpaleń zakładów pogrzebowych i karawanów. „Stacze”, inaczej „naganiacze”, to wysłannicy firm, które nagabują rodziny, np. wiedząc o czyjejś śmierci, przed szpitalem lub na ulicy przy zakładzie pogrzebowym, reklamując swoje usługi. W ankiecie przeprowadzanej na targach, 37% wystawców wskazywało na pierwszym miejscu nieuczciwą konkurencję, jako główną trudność w prowadzeniu przedsiębiorstwa.

Problemem są prowizoryczne zakłady, które stosują *dumping*, zaniżają ceny. Są to firmy jednoosobowe, niedbające o standard pogrzebu i nieinwestujące w nowoczesną infrastrukturę i w związku z tym również psujące wizerunek branży<sup>24</sup>. Stosowane są też metody polegające na korupcji i układach. Na przykład jeden z pionierów branży pogrzebowej, który miał zakład pogrzebowy od 1982 r., stracił swoją firmę, gdyż został zaskarżony do sądu przez sąsiada, że ze swojego domu ogląda

<sup>22</sup> Dane pochodzą z raportu badań *Social Welfare...*

<sup>23</sup> Zob. <http://demografia.stat.gov.pl/bazademografia/CustomSelectData.aspx?s=zgo&y=2012&t=00> W 2013 r. było ponad 387.000 zgonów, ale dokładne dane są jeszcze aktualizowane.

<sup>24</sup> „Kultura Pogrzebu” 2012, nr 10, s. 31.



zwłoki i trumny. Tymczasem zakład ten otoczony jest wysokim płotem, spoza którego nic nie widać. Właściciel dowiedział się już po fakcie i podjęciu decyzji o zamknięciu zakładu, że to konkurencja „zrzuciła się do kapelusza”<sup>25</sup>.

Ministerstwo Zdrowia już w 1995 r. zleciło wojewodom wyprowadzenie firm pogrzebowych ze szpitali. Jednak przepisy są niejednoznaczne i dają o sobie znać brak nowej ustawy cmentarno-pogrzebowej. Na przykład jeden z dyrektorów szpitali twierdził, iż: „Nie ma przepisów zabraniających dzierżawy prosekatorium podmiotom prowadzącym działalność poza terenem wynajmowanych pomieszczeń na działalność z tytułu usług pogrzebowych. Jest jedyny warunek, na terenie szpitala nie można wykonywać usług pogrzebowych”<sup>26</sup>.

W szpitalu tym nie udowodniono prowadzenia działalności pogrzebowej zakładowi dzierżawicemu prosekatorium, ale jego pracownik wyłudzał pieniądze od rodzin za bezpłatne usługi leżące w gestii szpitala. Ponieważ „zakład opieki zdrowotnej gospodaruje samodzielnie przekazanymi w nieodpłatne użytkowanie nieruchomościami i majątkiem Skarbu Państwa lub komunalnym oraz majątkiem własnym”<sup>27</sup>, więc otwiera to furtkę oddawania w dzierżawę prosekatoriów. Takie stanowisko Ministerstwa Zdrowia podważa wcześniejsze regulacje o wyprowadzeniu zakładów pogrzebowych ze szpitali. Brak jest jednoznacznych przepisów dotyczących postępowania ze zwłokami. Na przykład nie zostało sprecyzowane, kto jest odpowiedzialny za przewiezienie zwłok do chłodni oraz kto zawiadamia o śmierci pacjenta<sup>28</sup>. Brak jest klarownych rozporządzeń dotyczących chłodni szpitala, w sytuacji, gdy jest ona jedyną chłodnią w danej miejscowości<sup>29</sup>. Radca Izby Pogrzebowej, Dariusz Dutkiewicz powiada: „Są jednak całe powiaty, w których jedyna chłodnia i pomieszczenia do ubierania zmarłych są jedynie w szpitalu i to chyba najlepiej uświadamia złożoność i dramatyzm całej tej sytuacji (obecności ‘szpitalników’ – AEK)”<sup>30</sup>.

Wzajemne korzyści powodują, że w praktyce jeszcze niektóre firmy nadal zasilają budżety lecznic. Nadal pokutuje pokłosie ‘łowców skór’: firmy nadal płacą za informacje o zmarłych otrzymane od pracowników

<sup>25</sup> Wywiad z właścicielem zakładu pogrzebowego Brama, s. 13.

<sup>26</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 16.

<sup>27</sup> „Memento” 2009, nr 3, s. 19.

<sup>28</sup> „Memento” 2012, nr 3, s. 17.

<sup>29</sup> „Memento” 2009, nr 4, s. 18.

<sup>30</sup> „Memento” 2008, nr 5, s. 9.

pogotowia i szpitali. Nadal prowadzone są śledztwa dotyczące łamania tajemnicy służbowej przez personel placówek medycznych, zaś rodzinom zmarłych wręczane są wizytówki zakładów<sup>31</sup>.

Umowa na dzierżawę prosektorium przez zakład pogrzebowy przynosi obopólne korzyści. Firmy funeralne płacą wysokie czynsze zasilające budżety szpitali, pokrywają koszty utrzymania prosektorium, czasem również koszty remontów, kupują wyposażenie gabinetów lekarskich, karetki. Czasem za darmo wykonują świadczenia na rzecz szpitala w prosektorium, jak: mycie, okrywanie zwłok, przechowywanie w chłodni, zakup akcesoriów i środków czystości do przeprowadzania sekcji zwłok<sup>32</sup>. Z kolei firmy pogrzebowe uzyskują informacje o zgonach, reklamują swoje usługi na terenie obiektu, wywierają również presję na rodziny w wyborze zakładu i wyłudniają od rodzin pieniądze za przechowywanie, mycie i ubieranie zwłok<sup>33</sup>. Wygrywając przetarg na dzierżawę prosektorium przez przebicie konkurencji wysokością czynszu, przedsiębiorca pogrzebowy jest – zdaniem niektórych pogrzebowników niejako zmuszony i taki układ wręcz zakłada, że będzie on prowadził akwizycję swoich usług w szpitalu i pobierał opłaty za to, co jest ustawowo bezpłatne<sup>34</sup>.

„Sposób postępowania w razie śmierci pacjenta określiło rozporządzenie Ministra Zdrowia z 31 października 2006 r. Zgodnie z tym aktem wykonawczym, który obowiązuje od 25 listopada 2006 r., osoba wskazana w regulaminie porządkowym szpitala jest obowiązana zwłoki osoby zmarłej umyć, ubrać i wydać osobie upoważnionej do pochówku w stanie zapewniającym zachowanie godności należącej osobie zmarłej. Czynności te nie stanowią przygotowania zwłok osoby zmarłej do pochowania i nie pobiera się za nie opłat. Szpital nie może pobierać pieniędzy za dwie pierwsze doby pobytu ciała w chłodni. Wymienione czynności resort zdrowia określa mianem ‘czynności przedpogrzebowych’”<sup>35</sup>.

Należy też dodać, że zgodnie z ustawą z 15 kwietnia 2011 r. ani Zakład Opieki Zdrowotnej, ani inny podmiot, nie może „prowadzić działalności uciążliwej dla pacjenta lub przebiegu leczenia polegającej na świadczeniu usług pogrzebowych, reklamy lub akwizycji tych usług”<sup>36</sup>. Brak

<sup>31</sup> „Memento” 2012, nr 3, s. 26.

<sup>32</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 17.

<sup>33</sup> „Memento” 2002, nr 1, s. 6-7; „Memento” 2009, nr 3, s. 16-20.

<sup>34</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 17.

<sup>35</sup> „Memento” 2009, nr 3, s. 19.

<sup>36</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 17.

nowoczesnej ustawy cmentarno-pogrzebowej sprzyja patologiom rynku, korupcjom. Personel szpitali nadal przekazuje firmom informacje o zgonach, a jest to miejsce, gdzie najczęściej do nich dochodzi. Zdarza się, że nieboszczycy trafiają do chłodni zakładu pogrzebowego, zamiast do szpitalnej chłodni z powodu układów firmy ze szpitalem. Sama reklama w bliskim sąsiedztwie szpitala jest wątpliwa moralnie. Tymczasem firmy pogrzebowe nadal dzierżawią w szpitalach prosektoria. Są to tak zwani w środowisku funeralnym „szpitalnicy”. Stanowisko wobec tych sytuacji zajął prezes Polskiego Stowarzyszenia Pogrzebowego, Franciszek Maksymiuk, który reprezentuje strategię kulturową, w której instytucja szpitala i śmierć są wyraźnie oddzielone: „Naszym zdaniem szpital ma obowiązek wykonywać czynności służące do ratowania życia i zdrowia, a nie zajmować się zmarłymi, chyba, że chodzi o sekcję zwłok. Zwłoki w szpitalu powinny być umyte z krwi, z usuniętymi opatrunkami, wewnflonami, owinięte w prześcieradło jednorazowe lub worek do transportu zwłok, po czym wydawane osobom uprawnionym do pochowania. Inaczej nie da się walczyć z patologiami i nieuczciwą konkurencją”<sup>37</sup>.

Stanowisko to wspiera opinię, że branża pogrzebowa nie może być ratunkiem dla budżetu szpitali. Obowiązek ten spoczywa na państwie i właściwym zreformowaniu służby zdrowia. Zapewne też tylko rzeczywiste wyprowadzenie zakładów pogrzebowych ze szpitali, zapobiegnie nadużywaniu przez nich swojej pozycji przez łamanie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>38</sup>.

## **8. Konkluzje**

Hermetyczność i specyfika zawodu pogrzebownika sprzyja licznym przesądom i stygmatom przedsiębiorcy pogrzebowego. Często stykają się z oporem społecznym wobec budowy krematorium lub domu pogrzebowego w pobliżu osiedla. W kapitalizmie również zgon objęty zostaje rachunkami, na których ktoś traci, a ktoś zyskuje. Ekonomizacja śmierci w konsekwencji może powodować kryzysy, w których jeszcze przed śmiercią pacjent staje się kartą przetargową. Niebezpieczne związki rynku pogrzebowego z medycyną stwarzają sytuację, w której szczelina między zarządzaniem pacjentem a dysponowaniem zwłokami zanika. Pacjent staje się niczym więcej niż potencjalnym zmarłym, ‘skórką’. Do najważniejszych kwestii pozwalających na ewolucję pogrzebów,

<sup>37</sup> „Memento” 2012, nr 4, s. 17.

<sup>38</sup> „Memento” 2009, nr 4, s. 18.

zgodnych z zapewnieniem szacunku dla ciała zmarłego, poszanowaniem jego woli wyrażonej w testamencie lub na łożu śmierci oraz indywidualistycznym podejściem do ostatniego obrzędu przejścia, jest powstanie nowej ustawy cmentarno-pogrzebowej. Pozwoliłaby ona również na wyeliminowanie patologii na rynku funeralnym. Dotychczas branża pogrzebowa w Polsce w XXI w. „funkcjonuje w oparciu o przepisy z połowy XX w., kiedy to zwłoki transportowano furmankami, a o kremacji dzieci czytały w podręcznikach historii”<sup>39</sup>.

### **Streszczenie**

Artykuł powstał na podstawie dwuletnich badań empirycznych prowadzonych w latach 2010-2012 dotyczących pogrzebów i branży funeralnej. Autorka szczegółowo przedstawia dane rynku funeralnego bazującego w Polsce na zasiłku pogrzebowym. Niebezpieczne związki rynku funeralnego z medycyną mają w Polsce wiele konsekwencji prawnych i ekonomicznych. Głośna była tak zwana ‘afery łódzkich skór’ będąca skutkiem niejasnych regulacji prawnych i starań o ‘klienta’ nawet za jego życia. Organizacje funeralne podejmują starania o znowelizowanie przedawnionej ustawy cmentarno-pogrzebowej. Obowiązująca w Polsce ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych pochodzi z 1959 roku i powiela przepisy uchwalone jeszcze wcześniej, w 1932 roku. Ustawa uwzględnia przede wszystkim regulacje katolickiego pochówku, zaniebując inne wyznania i pogrzeby świeckie. Brak jest zasad postępowania w przypadku kremacji. Organizacje prowadzą sprawy przeciwko monopolizacji usług pogrzebowych, w sprawach zwrotu zasiłku przez ZUS, w sprawie wyprowadzenia firm pogrzebowych ze szpitali, prowadzą dyskusje na temat wprowadzenia koncesji na działalność pogrzebową, obrony polskiego rynku funeralnego przed zagranicznym (przede wszystkim amerykańskim) kapitałem, działają na rzecz podniesienia prestiżu zawodu pogrzebownika, promocji ubezpieczeń pogrzebowych, patronują polskim targom funeralnym. Prowadzą one również liczne szkolenia branży i grupowe wyjazdy na targi za granicą. Są to instytucje, które pragną zachować status quo ustalonego standardu pochówku. Wyjątkiem jest Lubelskie Regionalne Stowarzyszenie Zwoleńników

---

<sup>39</sup> „Kultura Pogrzebu” 2010, nr 11, s. 9.

Kremacji, które jest propagatorem kremacji i zalegalizowania możliwości rozsypania prochów.

Słowa kluczowe: branża pogrzebowa, rynek pogrzebowy, zakład pogrzebowy, nowe technologie, nekrobiznes, ustawa cmentarno-pogrzebowa.

### **Abstract**

The main problems I outline are funeral industry legal and economical issues. They concentrate around the following topics: challenges of new technologies, advanced funeral planning, funeral insurance, forms of legitimizing funeral houses, consequences of a criminal case, the so called ‘skin’s affair’ in Łódź, economical problems of funeral market and the problem of funeral advertising. Present Polish law on cemeteries and the legal mandate of the dead comes from the 1959 and duplicates the provisions enacted even earlier, in 1932. The legislation takes into account primarily the Catholic burial regulations, neglecting the other religions, secular funerals and alternative forms of disposal. A new law would enable an evolution of funerals, consistent with ensuring respect for the family, the body of the deceased, individualistic approach to the last rite of passage and could eliminate the pathology at the funeral market. There are no regulations against hiring a mortuary in hospitals if the funeral business is conducted elsewhere. Mutual benefits mean that, in practice, some funeral companies still supply the clinics ‘ budgets. There are still aftermath of the criminal affair called skin’s hunters’: companies continue to pay for the information of the dead received from ambulance staff and hospitals. Still there are investigations concerning violations of professional secrecy by hospital’s personnel and the families of the dead are presented business cards. Staff at the hospitals still passes the companies information about deaths, and this is the place where most of them come. The very advertising in the close vicinity of the hospital is morally questionable. New, modern legal funeral act is very important for professionalization of funeral homes and social status of funeral workers. Polish undertakers from 20 years work on the prestige of the profession.

Keywords: funeral industry, legal issues, funeral market, the challenges of new technologies.

## **Zapis windykacyjny a realizacja woli testatora. Rozważania na tle wybranych rozwiązań prawnych**

### **1. Wstęp**

Wprowadzona do obowiązującego kodeksu cywilnego<sup>2</sup> na mocy ustawy z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw<sup>3</sup> instytucja zapisu windykacyjnego ma według zamierzeń ustawodawcy i w ocenie przedstawicieli doktryny stanowić długo oczekiwaną odpowiedź legislacyjną na zapotrzebowanie społeczne zgłaszane w stosunku do reguł rządzących polskim prawem spadkowym<sup>4</sup>. Przede wszystkim wskazuje się bowiem, że dotychczas (tj. do wejścia w życie powołanej nowelizacji<sup>5</sup>) mechanizmy prawa spadkowego nie przystawały do intuicyjnego pojmowania kwestii dziedziczenia, panującego w świadomości społecznej. Co za tym idzie, wielokrotnie dochodziło do sytuacji, gdy wola spadkodawcy wyrażona w testamencie nie była realizowana.

Wynikało to z niezgodności konstrukcji sukcesji uniwersalnej przyjętej w przepisach kodeksu cywilnego z zamiarami wielu spadkodawców co do dokładnego rozdysponowania poszczególnymi prawami pomiędzy konkretne osoby. W potocznej świadomości społecznej z reguły chodzi bowiem o przekazanie określonej osobie danego przedmiotu majątkowego i to w momencie otwarcia spadku, a nie ułamka w masie spadkowej; przy

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>3</sup> Dz. U. Nr 85, poz. 458.

<sup>4</sup> Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/B8E1284ED-95F193BC125771A003CC47E/\\$file/3018.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/B8E1284ED-95F193BC125771A003CC47E/$file/3018.pdf), druk sejmowy nr 3018, Sejm RP VI kadencji, dalej: uzasadnienie ustawy. Zob. też A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego w zakresie prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12, s. 630.

<sup>5</sup> Co nastąpiło 23 października 2011 r.

tym według oczekiwań społecznych dyspozycje testatora powinny być wiążące<sup>6</sup>. Tymczasem na gruncie polskiego prawa spadkowego nie dano możliwości powołania spadkobierców do poszczególnych przedmiotów wchodzących w skład spadku<sup>7</sup> lub do wyodrębnionych gospodarczo części majątku spadkowego (za wyjątkiem gospodarstwa rolnego<sup>8</sup>); przewidziano jedynie możliwość powołania spadkobiercy do całego spadku albo spadkobierców do ułamkowych części spadku<sup>9</sup>. Zauważa się wręcz, że pomiędzy zasadą sukcesji uniwersalnej a wolą spadkodawcy nieraz dochodzi w praktyce do konfliktu<sup>10</sup>, a wola spadkodawcy nie jest w polskim prawie spadkowym należycie realizowana<sup>11</sup>. Jako nieodpowiadające rzeczywistej woli spadkodawców ocenia się też rozwiązania dotyczące zapisu zwykłego<sup>12</sup>. Wskazuje się bowiem choćby na to, że wola testatora z reguły jest określone wyposażenie zapisobiercy już z chwilą otwarcia spadku, podczas gdy w przypadku zapisu zwykłego dochodzi do oddalenia w czasie momentu uzyskania korzyści przez zapisobiercę, zwłaszcza, iż wymaga to podjęcia dodatkowych czynności (celem usta-

---

<sup>6</sup> A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego...*, s. 630.

<sup>7</sup> J. Górecki, *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, w: E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego, ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, Kluczbork 2007, s. 129; P. Księżak, *Zapis windykacyjny*, Warszawa 2012, s. 28; E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. IV, Spadki*, Warszawa 2012, s. 195; K. Chustecka, *Zapis windykacyjny jako nowy tytuł opodatkowania podatkiem od spadków i darowizn*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2011, nr 3, s. 67; Ł. Mleko, *Darowizna na wypadek śmierci. Rozważania na tle projektowanych rozwiązań legislacyjnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, nr 4, s. 1045. W tym kontekście należy jednak podkreślić, że odmienne stanowisko w tej kwestii zajął K. Osajda, postulując odpowiednią modyfikację dominującego dotychczas sposobu wykładni art. 959 k.c. [K. Osajda, *Rozdysponowanie przez spadkodawcę w testamencie poszczególnymi przedmiotami wchodzącymi do spadku (próba reinterpretacji art. 959 k.c.)*, „Rejent” 2010, nr 9, s. 81–89].

<sup>8</sup> Zauważyć jednak należy, że wiele kodeksowych przepisów regulujących szczególne zasady dziedziczenia gospodarstw rolnych zostało na mocy wyroku TK z 31 stycznia 2001 r., P 4/99 (Dz. U. Nr 11, poz. 91), uznane za niezgodne z normami konstytucyjnymi w zakresie, w jakim odnoszą się do spadków otwartych od 14 lutego 2001 r.

<sup>9</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1750.

<sup>10</sup> H. Witeczak, *Zmiany w prawie spadkowym – zapis windykacyjny*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 20, s. 1079.

<sup>11</sup> Ł. Mleko, *Darowizna...*, s. 1045.

<sup>12</sup> M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia testamentowe*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2, s. 70.



lenia kręgu spadkobierców, zawarcia umowy na mocy której dojdzie do wykonania zapisu lub wystąpienia ze stosownym roszczeniem)<sup>13</sup>.

Zapewnieniu realizacji wspomnianej woli spadkodawcy co do przeznaczenia *mortis causa* konkretnym osobom ściśle wskazanych „dóbr doczesnych” tegoż spadkodawcy nie sprzyjają też skrajnie podzielone poglądy co do znaczenia woli testatora w kontekście dokonywania działu spadku<sup>14</sup>. O ile bowiem niektórzy autorzy postulują, by wskazanie ze strony testatora co do tego, jaki składnik majątku ma przypaść któremu ze spadkobierców, traktować jako mające moc wiążącą przy dokonywaniu działu spadku po nim, zarówno w trybie sądowym, jak i umownym<sup>15</sup>, o tyle inni uważają za zasadne respektowanie tego typu wyrazu woli spadkodawcy jedynie przy dokonywaniu działu przez sąd, a i to tylko wtedy, gdy uczestnicy postępowania nie złożą zgodnego wniosku co do dokonania działu spadku w odmienny sposób<sup>16</sup>. Co więcej, silnie reprezentowane jest także stanowisko, że przeznaczenie przez spadkodawcę w testamencie określonych przedmiotów (a w istocie praw do nich) konkretnym osobom nie stanowi rozrządzenia wiążącego w jakikolwiek sposób ani sądu<sup>17</sup> ani spadkobierców przy dokonywaniu działu

<sup>13</sup> J. Górecki, *Zapis windykacyjny...*, s. 132.

<sup>14</sup> Wobec czego zresztą, dla zapewnienia realizacji woli spadkodawcy, postulowane jest od dawna wprowadzenie do polskiego prawa spadkowego rozwiązań wprost przewidujących dopuszczalność sporządzania testamentu działowego (zob. np. J. Górecki, *Umowa darowizny na wypadek śmierci*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 43). Na tym tle warto zauważyć, że i *de lege lata* próbuje się wykazać istnienie takiej możliwości (tak: K. Osajda, *Rozdysponowanie...*, s. 81–89).

<sup>15</sup> M. Niedośpiał, *Swoboda testowania*, Bielsko-Biała 2004, s. 122; M. Niedośpiał, *Testament. Zagadnienia ogólne testamentu w polskim prawie cywilnym*, Kraków–Poznań 1993, s. 102–103.

<sup>16</sup> J. Biernat, *Z problematyki tzw. testamentu działowego w polskim prawie spadkowym*, „Przeгляд Sądowy” 2005, nr 4, s. 37–40.

<sup>17</sup> P. Księżak, *Podstawowe problemy zapisu windykacyjnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, nr 4, s. 1045; T. Felski, *Wpływ woli testatora na sposób podziału majątku spadkowego*, „Palestra” 1994, nr 12, s. 8 (choć z sugestią, że pomimo braku wspomnianego związania, wolę testatora trzeba jednak brać pod rozwagę i jeśli będzie taka możliwość – uwzględnić); takie też stanowisko wyraża: M. Fras, *Dział spadku. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 21–22; E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, s. 186; podobnie M. Pazdan, który jednak zauważa, że zapisobiercy, którzy wskutek zastosowania art. 961 k.c. zostali ostatecznie uznani za spadkobierców powinni otrzymać w ramach działu spadku, choć jedynie w miarę istnienia takich możliwości, przedmioty przeznaczone im przez testatora, M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, t. II, Komentarz do artykułów 450–1088*, Warszawa 2011, s. 1131.

spadku<sup>18</sup>; co najwyżej ci ostatni, umownie dzieląc spadek, mogą poczuwać się moralnie do respektowania woli testatora.

Poza powyższymi i inne rozwiązania polskiego prawa spadkowego niosą ze sobą realne ograniczenia możliwości realizowania w pełni woli testatora. Wystarczy choćby wskazać na zachówek, z bardzo wąsko zakreślonymi możliwościami pozbawienia go osób uprawnionych przez testatora (art. 1008 k.c.). Pomimo, że instytucja zachowku jest broniona jako instrument chroniący interesy najbliższych członków rodziny spadkodawcy<sup>19</sup>, to jednak nie ulega wątpliwości, iż przyznanie określonym z nich (art. 991 § 1 k.c.) możliwości wystąpienia z roszczeniem o zapłatę określonej sumy pieniężnej tytułem zachowku lub jego uzupełnienia (art. 991 § 2 k.c.) sprawia, że pewna część majątku spadkowego w ostatecznym rozrachunku wymyka się spod dyspozycji testatora. Przy tym, jak się wydaje, przy dzisiejszych realiach życia często kontrfaktyczne (zwłaszcza np. co do roszczeń ze strony zstępnych) okazywać się będzie założenie, powoływane dla wsparcia istnienia roszczenia o zachówek, że majątek spadkowy powstał wysiłkiem całej rodziny<sup>20</sup>.

W tym stanie rzeczy nie powinno dziwić, że licznie zaczęto podnosić głosy wskazujące na potrzebę modyfikacji prawa spadkowego w kierunku wprowadzenia mechanizmów, które dawałyby spadkodawcy większy, czy może w ogóle – realny – wpływ na losy należącego do niego za życia majątku po jego śmierci. Pod rozwagę poddano w tym kontekście nie tylko potencjalne wprowadzenie konstrukcji zapisu windykacyjnego, lecz brano także pod uwagę inne rozwiązania, takie jak darowizna na wypadek śmierci czy testament działowy. Jak się zresztą wydaje, o koncepcjach tych należy nadal pisać w czasie teraźniejszym, a nie przeszłym, bowiem idea ich wdrożenia całkiem nie upadła (przynajmniej w poglądach części doktryny) wraz z wejściem w życie przepisów

---

<sup>18</sup> Tak np. P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1045; J. Turłukowski, który zauważa m.in. że „przy działu spadku spadkobiercy nie mają prawnego obowiązku przestrzegania woli spadkodawcy, nawet jeśli osoby wskazane w testamencie zostały właśnie uznane za spadkobierców wskutek stosowania art. 961 k.c. (...). Kodeks postępowania cywilnego nie nakłada na sąd, notariusza czy spadkobierców prawnego obowiązku dokonania działu spadku według wskazówek spadkodawcy” (J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 13–14); podobnie E. Niezbecka, *Zapis*, Lublin 1990, s. 6.

<sup>19</sup> Tak np. E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2010, s. 159.

<sup>20</sup> Argument taki podnosi E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe...*, s. 159.

dotyczących zapisu windykacyjnego<sup>21</sup>. Przyczyną tego jest m.in. to, że unormowania prawne odnoszące się do tego zapisu bywają oceniane jako nierozwiązujące wszystkich problemów podnoszonych w związku z dążeniem do zapewnienia jak najpełniejszej realizacji woli spadkodawcy. By ocenić, czy w istocie tak jest, trzeba przyjrzeć się bliżej tym unormowaniom, właśnie przez pryzmat urealnienia za ich pomocą urzeczywistniania woli testatora. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania, ocenie pod tym kątem poddane zostaną jedynie wybrane rozwiązania prawne dotyczące tego rodzaju zapisu, wśród których starano się dobrać te kluczowe dla możliwości dokonania wspomnianej oceny, a i uwagi ich dotyczące musiały zostać ograniczone do wskazania najistotniejszych zagadnień.

## **2. Problemy pojawiające się na gruncie art. 961 k.c. – sygnalizacja zagadnienia. Wymóg ustanowienia zapisu windykacyjnego w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego. Odczytywanie woli testatora. Kwestia oceny, kiedy wchodzi w grę zapis windykacyjny, a kiedy zwykły**

Nie sposób nie zauważyć, że na przeszkodzie w zrealizowaniu woli spadkodawcy wyrażającej się w ustanowieniu zapisu windykacyjnego, a mającej na celu uzyskanie po jego śmierci ściśle oznaczonego prawa przez wskazaną osobę, może potencjalnie stanąć rozwiązanie przewidziane w art. 961 k.c., zwłaszcza, że w doktrynie zdaje się dominować pogląd, w myśl którego przepis ten będzie znajdował zastosowanie, jeśli testator rozdysonował w testamencie prawami majątkowymi, o których jest mowa w art. 981<sup>1</sup> § 1 k.c., a zachodzi wątpliwość, czy ustanowił w ten sposób zapisobierców windykacyjnych, czy dążył do powołania

---

<sup>21</sup> Jeśli chodzi o darowiznę *mortis causa*, to warto wskazać np. na referat M. Muszalskiej pt. „Darowizna na wypadek śmierci” wygłoszony 26 września 2014 r. podczas V Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów „Współczesne problemy prawa zobowiązań” na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Odnośnie do zasadności wprowadzenia tej darowizny, pomimo obowiązywania przepisów o zapisie windykacyjnym (a więc obok nich) wypowiedają się też m.in.: Ł. Mleko, *O zapisie windykacyjnym i wprowadzeniu do systemu prawnego darowizny na wypadek śmierci*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 4–5, s. 94–99 i s. 110–111; A. Migielska-Ciolecka, *Prawo spadkowe jak ślubny garnitur*, „Rejent” 2011, nr 11, s. 62. Ta ostatnia autorka postuluje też wprowadzenie rozwiązań prawnych dotyczących testamentu działowego. Koncepcja wprowadzenia takiego testamentu jest zresztą reprezentowana od dawna, zob. np. J. Biernat, *Z problematyki tzw. testamentu działowego...*, s. 33–45.

spadkobierców<sup>22</sup>. Zajmujący takie stanowisko podnoszą, że brak jest uzasadnienia dla odmawiania statusu spadkobierców zapisobiercom windykacyjnym, którym testator przyznał przedmioty majątkowe wyczerpujące cały lub niemal cały spadek, zwłaszcza, że w identycznej sytuacji spadkobiercami stawaliby się zapisobiercy zwykli, a to zapisobiercy windykacyjni uzyskują „silniejszy tytuł do przedmiotów wchodzących w skład spadku”<sup>23</sup>. Nie można zgodzić się z tym tokiem argumentacji. Przede wszystkim zauważyć należy, że przedmiot zapisu windykacyjnego nie wchodzi w skład spadku<sup>24</sup>, odmiennie niż ma to miejsce w przypadku zapisów zwykłych. Ponadto ideą ustanowienia zapisu windykacyjnego jest właśnie to, by testator mógł zrealizować swą wolę tej treści, że nie chce danego podmiotu czynić spadkobiercą (ze wszystkimi wiążącymi się z tym konsekwencjami prawnymi), lecz właśnie zapisobiercą windykacyjnym. W istocie więc zastosowanie tu art. 961 k.c. godzi w ideę realizacji takiej właśnie woli spadkodawcy przyświecającą wprowadzeniu regulacji dotyczącej zapisu windykacyjnego. Co warto podkreślić, takie skutki zastosowania wspomnianego unormowania zauważają nawet ci autorzy, którzy opowiadają się za tym, że wchodzi on w rozważanym kontekście w grę (choć zazwyczaj traktują to jako wynikające z treści obowiązujących przepisów, a niekoniecznie ustosunkowują się do tego aprobatywnie). Skutek zastosowania art. 961 k.c. będzie bowiem w istocie taki, że poszczególni zapisobiercy windykacyjni nie uzyskają przedmiotów danych zapisów windykacyjnych, ale udziały w całości spadku<sup>25</sup>, „co czyni bezskutecznym ustanowienie zapisu windykacyjnego”<sup>26</sup>, a więc w istocie zrealizowanie woli testatora. Zauważa się więc (notabene podając w wątpliwość, czy taki był w tym względzie zamiar

---

<sup>22</sup> Tak m.in. W. Żukowski, *Projektowane wprowadzenie zapisu windykacyjnego do polskiego prawa spadkowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, nr 4, s. 1031; A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego...*, s. 633; M. Pazdan w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, s. 1132; K. Osajda, *Zapis windykacyjny – nowa instytucja polskiego prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 2, s. 70; R. Szytk, *Zapis windykacyjny jako element reformy prawa spadkowego*, „Łódzki Biuletyn Notarialny” 2011, nr 1, s. 18; J. Górecki, *Zapis windykacyjny...*, s. 139; tak też, choć z zaznaczeniem, że będą to raczej wyjątkowe sytuacje: J. Kremis w: Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1754.

<sup>23</sup> H. Witczak, *Zmiany...*, s. 1081.

<sup>24</sup> Tak też np. P. Zakrzewski, *Zapis windykacyjny*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 2, s. 8.

<sup>25</sup> W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1031.

<sup>26</sup> R. Szytk, *Zapis windykacyjny...*, s. 18.

ustawodawcy), że „(...) zapis windykacyjny będzie pełnił swoją funkcję jedynie wtedy, gdy poza tym zapisem będzie znaczny majątek tworzący masę spadkową. Przy «nieznacznym» spadku zapisobierca windykacyjny staje się niejako «automatycznie» spadkobiercą»<sup>27</sup>.

Pojawia się jednak wątpliwość, czy rzeczywiście art. 961 k.c. znajdzie zastosowanie w rozważanym przypadku. Wszak w unormowaniu tym wyrażone są właściwie reguły interpretacyjne, do których odwoływać można się tylko „w razie wątpliwości”, a ustawodawca podjął przecież kroki mające wyeliminować powstawanie jakichkolwiek wątpliwości co do tego, że ustanowiony został zapis windykacyjny, na czym rzecz i co jest jego przedmiotem. Ma temu służyć przede wszystkim zastrzeżenie konieczności ustanawiania zapisów windykacyjnych w testamencie sporządzanym w formie aktu notarialnego. Część przedstawicieli doktryny zgadza się co do tego, że nawet jeśli zapisy windykacyjne wyczerpują prawie cały spadek, to rozrządzenia spadkodawcy w postaci tych zapisów nie budzą wątpliwości, a co za tym idzie, brak podstaw do stosowania art. 961 k.c.<sup>28</sup>. Jak też już zasygnalizowano, przeciwko sięganiu do art. 961 k.c. w rozważanym przypadku przemawia również to, że w istocie dochodziłoby wówczas do unicestwienia rzeczywistej woli testatora<sup>29</sup>. Na tym tle wyłania się więc kwestia zasadnicza, mianowicie, czy w ogóle w razie ustanowienia przez testatora zapisu windykacyjnego (lub większej ich ilości) mogą powstać wątpliwości co do tego, czy chciał on ustanowić zapisobiercę windykacyjnego (tudzież takich zapisobierców) czy też spadkobiercę (spadkobierców), a zatem czy w ogóle zaistnieć może stan objęty zakresem zastosowania art. 961 k.c.

Rozważając to zagadnienie, należy zauważyć, że ustawodawca wyraźnie przewidział możliwość ustanowienia zapisu windykacyjnego jedynie w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego (art. 981<sup>1</sup> § 1 k.c.). Można tu upatrywać pewnego ograniczenia swobody testatora, który w przypadku chęci skorzystania z tego typu rozrządzenia jest przymuszony do sięgnięcia do tej konkretnej formy testamentu, ze skorzystaniem z której wiążą się m.in. koszty (taksa notarialna)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego...*, s. 633.

<sup>28</sup> J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 23; E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, s. 196; P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 15.

<sup>29</sup> Na aspekt ten zwraca też uwagę P. Księżak, *Zapis windykacyjny...*, s. 141.

<sup>30</sup> Z tej m.in. przyczyny zastrzeżenie tu przez ustawodawcę konieczności skorzystania z formy aktu notarialnego spotyka się z krytyką [P. Sobolewski, *Opinia prawna o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych*

Jak można wywnioskować z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej, na mocy której wprowadzono do kodeksu cywilnego instytucję zapisu windykacyjnego, zastrzeżenie tu wymogu aktu notarialnego służyć miało przede wszystkim zagwarantowaniu udziału profesjonalnego prawnika przy sporządzaniu testamentu, w którego treści testator czynił będzie zapis windykacyjny, by zapewnić prawidłowość ustanowienia tego zapisu i zgodność takiego rozrządzenia z wolą testatora, co ma służyć wyeliminowaniu potencjalnych wątpliwości interpretacyjnych. Podobnie znaczenie zastrzeżenia przez ustawodawcę wspomnianego wymogu co do formy testamentu odczytywane jest w literaturze przedmiotu, gdzie podkreśla się jego rolę w zakresie zapewnienia jednoznaczności treści testamentu<sup>31</sup>.

Skoro zapis windykacyjny może zostać ustanowiony tylko w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego, to jedynie w przypadku skorzystania przez testatora z tej formy testamentu mogłyby się pojawić potencjalne wątpliwości, czy wobec treści konkretnego testamentu mamy do czynienia z zapisem windykacyjnym, zwykłym czy może powołaniem do spadkobrania. Jednak wątpliwości takie nie powstaną, jeśli przyjmować, zgodnie z sugestią zgłoszoną w literaturze przedmiotu, że z ustanowieniem zapisu windykacyjnego będziemy mieć do czynienia tylko wtedy, gdy testator wyraźnie posłuży się określeniem „zapis windykacyjny”, „zapis ze skutkiem rzeczowym” lub innym, które nie będzie pozostawiać wątpliwości co do tego, że chodzi mu o zapis, który wywoła skutki rzeczowe<sup>32</sup>. W literaturze przedmiotu wskazuje się, żeby przy takim założeniu, w razie pojawienia się na tle sformułowania danego rozrządzenia testamentowego wątpliwości co do tego, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zapisem windykacyjnym, przyjmować, że doszło do ustanowienia zapisu zwykłego<sup>33</sup>. Należy zauważyć, że przy takim sposobie interpretacji w ogóle nie wchodziłoby w grę

---

*innych ustaw*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2010, nr 4, s. 104]. Krytycznie wobec wspomnianego wymogu skorzystania tu z formy aktu notarialnego wypowiedzią się też, z szeregu dalszych przyczyn: P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1057 i s. 1059–1061.

<sup>31</sup> E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, s. 197; P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 15.

<sup>32</sup> P. Sobolewski, *Opinia prawna...*, s. 104.

<sup>33</sup> K. Osajda, *Zapis windykacyjny – nowa instytucja...*, s. 73; E. Skowrońska-Boecian, J. Wierciński w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga czwarta, Spadki*, Warszawa 2013, s. 206; tak też jak się wydaje: K. Chustecka, *Zapis...*, s. 70.



zastosowanie art. 961 k.c. do przypadków ustanowienia przez testatora zapisu windykacyjnego (lub większej liczby takich zapisów), wyczerpującego niemal cały lub nawet cały spadek, z uwagi na brak powstawania w tej materii wątpliwości, o których mowa w tym przepisie. Wówczas bowiem wiadomo byłoby, kiedy z całą pewnością testator ustanowił zapis (zapisy) windykacyjne, bo następowałyby to przy użyciu jednoznacznych określeń na ten typ zapisu wskazujących, wspomnianych powyżej, jak np. „zapis windykacyjny” czy „zapis za skutkiem rzeczowym” albo – jak wskazuje się w literaturze przedmiotu – innego, którego treść jednoznacznie będzie wskazywać na dokładnie taką wolę spadkodawcy, że chciał, żeby określona przez niego osoba nabyła przedmiot zapisu (a właściwie prawo do niego) z chwilą śmierci spadkodawcy<sup>34</sup>. Nie powstawałyby więc wątpliwości co do tego, że testator chciał powołać zapisobiercę windykacyjnego, a nie spadkobiercę. Dopiero w sytuacji, gdyby w treści testamentu nie użyto sformułowania, które w niebudzący rozterek sposób wskazywałoby na to, że doszło do ustanowienia zapisu windykacyjnego, a co do znaczenia określonego rozrządzenia poczynionego przez testatora, przeznaczającego oznaczonej osobie poszczególne przedmioty majątkowe wyczerpujące prawie cały spadek, powstawała wątpliwość interpretacyjna, mogłyby wchodzić w grę rozważania w zakresie tego, czy mamy do czynienia z ustanowieniem zapisobiercy zwykłego czy też może spadkobiercy.

W kontekście analizowanej problematyki trzeba jednak zauważyć, że obok przytoczonego stanowiska, na bazie którego dokonano powyższych konstatacji, w literaturze przedmiotu reprezentowany jest też pogląd radykalnie odmienny, którego zwolennicy podnoszą, iż w razie wątpliwości, czy dane rozrządzenie testamentowe stanowi zapis zwykły czy windykacyjny, zasadne jest traktowanie takiego rozrządzenia jako zapisu windykacyjnego – w myśl reguły interpretacyjnej wskazanej w art. 948 k.c. – co uzasadnia się tym, że to zapis windykacyjny (a nie zwykły) stanowi rozrządzenie testamentowe, które odpowiada domniemanej woli testatora (jako dalej idące)<sup>35</sup>. Co warto podkreślić,

<sup>34</sup> E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński w: J. Gudowski (red.), *Kodeks...*, s. 206.

<sup>35</sup> P. Księżak, *Zapis windykacyjny...*, s. 44–45 i 141; P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1056. Podobnie dyrektywę preferencji zapisu windykacyjnego, choć z zastosowaniem nieco odmienną argumentacji, formułuje A. Bieranowski, który twierdzi m.in. że ogólna reguła interpretacyjna z art. 948 § 1 k.c. wyprzedza konkretną regułę interpretacyjną z art. 961 k.c. w tym sensie, że ta ostatnia mogłaby wchodzić w grę dopiero wtedy, gdyby zastosowanie art. 948 § 1 k.c. (oraz, w zakresie z nim



reprezentujący takie stanowisko P. Księżak postuluje, by uznawać, że mamy do czynienia z ustanowieniem zapisu windykacyjnego nawet w sytuacji, gdy testator użyje sformułowań bezpośrednio niewskazujących na ten typ zapisu, lecz nawet np. odwoła się ogólnie do pojęcia „zapisu”<sup>36</sup>. Trzeba jednak zauważyć, że taki sposób interpretacji odbiega wyraźnie od wskazanego w ramach zamierzeń legislacyjnych; jak bowiem napisano w uzasadnieniu ustawy: „Wykorzystanie zapisu windykacyjnego wymagałoby wyraźnego oświadczenia testatora. Dla wywołania skutków rzeczowych zapisu testator powinien wyraźnie wskazać w testamencie, iż z chwilą jego śmierci przedmiot zapisu wchodzi do majątku zapisobiercy (przypada bezpośrednio zapisobiercy)”. Z drugiej strony jest to jednak interpretacja, która zdaje się dążyć do jak najpełniejszego urzeczywistnienia woli testatora. Jeżeli jednak iść tak daleko jak chcą P. Księżak i A. Bieranowski<sup>37</sup>, by nawet przy posłużeniu się przez testatora tak ogólnikowymi sformułowaniami jak „zapis”, „zapisuję” czy „chcę by osoba X dostała rzecz Y” odczytywać wolę testatora jako ustanowienie zapisu windykacyjnego, pojawia się pytanie, kiedy i czy w ogóle w testamencie notarialnym można by upatrywać rozrządzenia w postaci zapisu zwykłego; przy proponowanym przez powołanych autorów sposobie interpretacji możnaby to chyba czynić już tylko wtedy, gdyby testator użył wyraźnie słów „zapis zwykły” (oczywiście sferą, gdzie mielibyśmy do czynienia z tym ostatnim zapisem, pozostawałyby rozrządzenia w testamentach sporządzonych w formie innej niż akt notarialny, a w przypadku testamentu w tej ostatniej formie – w razie gdyby rozrządzenie dotyczyło innego przedmiotu niż wymieniony w art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c.).

### **3. Ograniczenia przedmiotu zapisu windykacyjnego – wzmianka**

Ustawodawca wyraźnie limituje dopuszczalne przedmioty zapisu windykacyjnego, wskazując w art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c., że mogą nimi być: rzecz oznaczona co do tożsamości, zbywalne prawo majątkowe, przedsiębiorstwo lub gospodarstwo rolne, bądź ustanowienie na rzecz zapisobiercy użytkowania lub służebności. W związku z tym, jak już nawet

---

niekolidującym, art. 65 § 1 k.c.), nie doprowadziło do ustalenia woli testatora w sposób jednoznaczny (A. Bieranowski, *Wykładnia testamentu zawierającego zapis windykacyjny – głos w dyskusji*, „Rejent” 2012, nr 7–8, s. 179 i s. 183).

<sup>36</sup> P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1058.

<sup>37</sup> A. Bieranowski, *Wykładnia testamentu...*, s. 183.

sygnalizowano w samym uzasadnieniu ustawy, zakres przedmiotowy zapisu windykacyjnego jest węższy niż zapisu zwykłego. Dlatego też, aby nie ograniczać swobody testatora, zapis windykacyjny nie zastąpił dotychczasowego zapisu (obecnie zwykłego), lecz został wprowadzony obok niego.

Przytoczone powyżej wyliczenie przedmiotów zapisu windykacyjnego okazuje się nie precyzować dostatecznie zakresu swobody testatora w tym względzie. Pojawił się bowiem szereg sporów co do tego, czy testator może określone prawa uczynić przedmiotem tego zapisu, czy też jest to niedopuszczalne. Materia ta jest bardzo obszerna, więc – wobec ograniczonych ram niniejszego tekstu – zasygnalizowane zostanie jedynie kilka takich kontrowersji. Przykładowo, w przytoczonym art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c. wskazano, że przedmiotem zapisu windykacyjnego może być rzecz oznaczona co do tożsamości. W uzasadnieniu ustawy podniesiono, że nieoperatywne byłoby dopuszczenie możliwości objęcia takim zapisem rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, choćby dlatego, że nie wiadomo byłoby, kto miałby dokonać odpowiedniej konkretyzacji tych rzeczy, a nadto powstawałyby problemy z dookreśleniem sytuacji prawnej zapisobiercy i przedmiotu zapisu windykacyjnego w czasie od śmierci testatora do chwili dokonania konkretyzacji przedmiotu tego zapisu i nabycia jego własności przez tegoż zapisobiercę. W uzasadnieniu ustawy przyjęto więc, że wyklucza to możliwość uczynienia przedmiotem tego zapisu „rzeczy (praw) oznaczonych co do gatunku i przyszłych, a także pieniędzy”. Abstrahując już od tego dość osobliwego wyodrębnienia pieniędzy w sytuacji, gdy zazwyczaj kwalifikowane bywają jako szczególny rodzaj rzeczy oznaczonych co do gatunku, zauważyć należy, iż pomimo przytoczonych sugestii zawartych w uzasadnieniu ustawy oraz ostatecznego brzmienia art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c., w doktrynie pojawiają się tu pewne rozbieżności stanowisk. Część autorów twierdzi bowiem kategorycznie, że oznaczona kwota pieniędzy nie może być przedmiotem zapisu windykacyjnego<sup>38</sup>. Inni podnoszą już jednak, że przedmiotem takiego zapisu mogą być numizmaty, pieniądze złożone w skrytce bankowej lub innym oznaczonym miejscu, bądź pieniądze oznaczone poprzez wskazanie numerów seryjnych banknotów<sup>39</sup>. Pojawiają się jednak głosy przeciwne tej ostatniej możliwości<sup>40</sup>. Podobnie brak zgodności

<sup>38</sup> E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński w: J. Gudowski (red.), *Kodeks...*, s. 207.

<sup>39</sup> J. Górecki, *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*, „Rejent” 2012, nr 4, s. 31.

<sup>40</sup> M. Kowalewska, M. Panek, *Przedmiot zapisu windykacyjnego w praktyce notarialnej – wybrane zagadnienia*, „Rejent” 2012, nr 10, s. 110.

co do środków zgromadzonych na rachunku bankowym. Część autorów dopuszcza możliwość objęcia zapisem windykacyjnym zdematerializowanych środków pieniężnych zapisanych na rachunku bankowym<sup>41</sup>. W takiej sytuacji chodzi w istocie o wierzytelność w stosunku do banku, a więc zbywalne prawo majątkowe, które już takim zapisem może być objęte (art. 981<sup>1</sup> § 2 pkt 1 k.c.)<sup>42</sup>. W tej kwestii również można jednak napotkać na pogląd odmienny<sup>43</sup>.

W związku z tym ostatnim zagadnieniem można w ogóle generalnie zauważyć, że powołany powyżej przepis przewiduje możliwość uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego zbywalnego prawa majątkowego. Najbardziej chyba kontrowersyjny przypadek w tej kategorii przedmiotów tego zapisu stanowi kwestia dopuszczalności uczynienia przedmiotem zapisu windykacyjnego udziału w prawie majątkowym wchodzącym w skład majątku objętego małżeńską wspólnością majątkową. Część doktryny stoi bowiem na stanowisku, że nie jest to możliwe<sup>44</sup>, jednak przeważać zdaje się pogląd dopuszczający taką możliwość<sup>45</sup>, do którego przychylił się Sąd Najwyższy<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1066.

<sup>42</sup> Tak np. J. Górecki, *Zapis windykacyjny w praktyce...*, s. 31; E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, s. 201.

<sup>43</sup> M. Kowalewska, M. Panek, *Przedmiot zapisu windykacyjnego...*, s. 111.

<sup>44</sup> E. Gniewek, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, „Rejent” 2012, nr 1, s. 28–34 (od razu należy jednak zastrzec, że autor ten nie postrzega tego jako zjawiska korzystnego, gdyż ogranicza to możliwość stosowania instytucji zapisu windykacyjnego jedynie przez osoby stanu wolnego i małżonków, którzy wyłączyli ustrój małżeńskiej wspólności majątkowej. W związku z tym postuluje – gdyż uważa, że w tym celu niezbędna jest interwencja ustawodawcy – by dopuścić zapis windykacyjny udziału w przedmiotach majątku wspólnego małżonków); J. Górecki, *Zapis windykacyjny w praktyce...*, s. 31–33; M. Kowalewska, M. Panek, *Przedmiot zapisu windykacyjnego...*, s. 106–07.

<sup>45</sup> K. Osajda, *Przedmiot zapisu windykacyjnego i odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za długi spadkowe i zachowki*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 3, s. 129; P. Księżak, *Zapis windykacyjny...*, s. 128–133; J. Biernat, *Udział w prawie majątkowym wchodzącym w skład majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską jako przedmiot zapisu windykacyjnego*, „Rejent” 2012, nr 7–8, s. 29–30 i s. 35; G. Wolak, *Przedmioty majątku wspólnego małżonków pozostających w ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej a przedmiot zapisu windykacyjnego*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2012, nr 3, s. 80 i 85–92; Z. Truskiewicz, *Zapis windykacyjny udziału w rzeczy lub prawie należących do majątku wspólnego małżonków (w świetle postanowienia Sądu Okręgowego w Opolu)*, „Rejent” 2012, nr 5, s. 142 i n.; P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 18.

<sup>46</sup> W wyroku z 18 lipca 2012 r. (III CZP 46/12), OSNC 2013, nr 3, poz. 29.

#### **4. Kwestia uzyskania przez zapisobiercę windykacyjnego faktycznego władztwa nad przedmiotem zapisu. Sądowe stwierdzenie nabycia spadku, przedmiotu zapisu windykacyjnego, notarialny akt poświadczenia dziedziczenia**

Cechą charakterystyczną zapisu windykacyjnego jest nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego przez oznaczoną osobę z chwilą otwarcia spadku (art. 981<sup>1</sup> § 1 k.c.). W istocie, precyzyjniej rzecz ujmując, chodzi tu o uzyskanie określonego prawa, np. prawa własności danej rzeczy oznaczonej co do tożsamości; zapisobierca windykacyjny już w momencie śmierci testatora staje się jej właścicielem. W razie gdyby nie był w jej władaniu, a spotka się z odmową jej dobrowolnego wydania, konieczne może okazać się sięgnięcie po powództwo windykacyjne (art. 222 § 1 k.c.).

Ta szybkość uzyskania określonego prawa przez zapisobiercę windykacyjnego podkreślana była jako odpowiadająca oczekiwaniom społecznym w uzasadnieniu ustawy, zwłaszcza w kontekście umożliwienia szybkiego przejścia zarządu przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym przez zapisobiercę. Niemniej jednak od razu zauważono przy tym, że wiarygodnym dla osób trzecich dokumentem potwierdzającym nabycie przedmiotu zapisu zapisobierca będzie się mógł legitymować dopiero w razie uzyskania postanowienia sądu o stwierdzeniu nabycia spadku lub notarialnego aktu poświadczenia dziedziczenia, wobec czego poczyniono już w tymże uzasadnieniu wskazanie, że lepszym rozwiązaniem byłoby skorzystanie przez testatora z instytucji wykonawcy testamentu (w wersji proponowanej w uzasadnianej ustawie). *Notabene* zauważyć można, że w literaturze przedmiotu podniesiono, iż zapisobierca windykacyjny może być jednocześnie ustanowiony wykonawcą całego testamentu, lub jedynie do sprawowania zarządu przedmiotem zapisu windykacyjnego (art. 990<sup>1</sup> k.c.)<sup>47</sup>, co rozwiązywałoby ten problem.

Rzeczywiście, wobec kształtu obowiązującej regulacji prawnej, w stosunku do osób trzecich, nieroszczących sobie praw do spadku z tytułu dziedziczenia, zapisobierca windykacyjny będzie mógł udowodnić swoje prawa jedynie stwierdzeniem nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego albo zarejestrowanym aktem poświadczenia dziedziczenia (art. 1027 w zw. z art. 1029<sup>1</sup> k.c.). W literaturze przedmiotu podnosi się przy tym, że przepisy kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania

---

<sup>47</sup> P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1061.

cywilnego<sup>48</sup> nie pozwalają na jednoznaczne przesądzenie, czy zapisobierca ten może wystąpić z wnioskiem o stwierdzenie nabycia tylko przedmiotu zapisu windykacyjnego; z kolei sięganie w poszukiwaniu odpowiedzi na to pytanie do art. 6 ust. 1 pkt 2b ustawy o podatku od spadków i darowizn<sup>49</sup> prowadzi niektórych autorów do wniosku, że uzyskanie stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego jest możliwe tylko w drodze wystąpienia z wnioskiem o stwierdzenie nabycia spadku<sup>50</sup>.

Jak się wydaje nie ma potrzeby sięgania aż do wspomnianej ustawy odrębnej by dokonać wykładni odnośnych przepisów kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego. Niemniej wspomniane regulacje mogą prowadzić do pewnej konfuzji. Unormowanie zawarte w art. 1029<sup>1</sup> k.c. wskazuje bowiem na odpowiednie stosowanie przepisów tytułu VI<sup>51</sup> Księgi czwartej k.c. (Spadki) do stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego, a więc w tym art. 1025 § 1 k.c., przewidującego stwierdzenie przez sąd nabycia spadku przez spadkobiercę na wniosek osoby mającej w tym interes. Można by więc sądzić, że odpowiednie stosowanie tego ostatniego unormowania mogłoby polegać na przyznaniu osobie mającej w tym interes, a więc np. właśnie zapisobiercy windykacyjnemu, uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem do sądu o stwierdzenie przez ten ostatni nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego. W literaturze przedmiotu licznie reprezentowane jest jednak stanowisko, w ramach którego zasadnicze znaczenie w tej kwestii przypisuje się art. 677 § 2 k.p.c., w myśl którego w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku sąd stwierdza także nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego, wymieniając osobę, dla której spadkodawca uczynił zapis windykacyjny, oraz przedmiot tego zapisu. Na tle tego unormowania wywodzi się, że stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego jest

---

<sup>48</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.), dalej: k.p.c.

<sup>49</sup> Ustawa z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 75, poz. 398 ze zm.). Zgodnie z powołanym przepisem tej ustawy obowiązek podatkowy przy nabyciu przedmiotu zapisu windykacyjnego powstaje z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia sądu stwierdzającego nabycie spadku, postanowienia częściowego stwierdzającego nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego lub zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia.

<sup>50</sup> H. Witczak, *Zapis...*, s. 1087; A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego...*, s. 637–638.

<sup>51</sup> „Stwierdzenie nabycia spadku lub przedmiotu zapisu windykacyjnego, poświadczenie dziedziczenia i ochrona spadkobiercy”.

jedynie elementem postępowania w sprawie stwierdzenia nabycia spadku, a co za tym idzie – nie jest dopuszczalne wystąpienie przez zapisobiercę windykacyjnego z wnioskiem o wydanie przez sąd postanowienia o stwierdzeniu nabycia tylko przedmiotu zapisu windykacyjnego<sup>52</sup> bądź o wydanie postanowienia częściowego w razie, kiedy nie jest w toku postępowanie o stwierdzenie nabycia spadku<sup>53</sup>. Ta ostatnia konstatacja wywodzona jest z brzmienia art. 677 § 3 k.p.c., pozwalającego na stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego w drodze wydania przez sąd postanowienia częściowego. Co za tym idzie podnosi się, że jeśli można to uczynić w postanowieniu częściowym, to nie wchodzi tu w grę samoistne postępowanie nieprocesowe o stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego, lecz wspomniane postanowienie może być wydane tylko w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku<sup>54</sup>. Konstatacja ta wymaga jednak w pewnym stopniu zwyfikowania w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r. (III CZP 95/13)<sup>55</sup>, gdzie przedmiotem rozważań była sytuacja, w której w wydanym już postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku sąd nie stwierdził także, pomimo takiego obowiązku, nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego. Sąd Najwyższy uznał, że w takim przypadku właściwym trybem nie będzie ten przewidziany w art. 679 k.p.c., lecz wskazał, że możliwe jest wówczas albo wniesienie apelacji (gdy sąd w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku poddawał ocenie skuteczność zapisu windykacyjnego i przyjął, że nie doszło do nabycia przedmiotu tego zapisu) bądź wniosku o uzupełnienie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku na podstawie art. 351 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. (jeżeli sąd nie wypowiedział się w kwestii skuteczności zapisu windykacyjnego). Dalej Sąd Najwyższy wywiódł m.in., że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą w razie niezgłoszenia wniosku o uzupełnienie wyroku w terminie, strona może wytoczyć powództwo dotyczące nierozstrzygniętej części roszczenia lub nierozstrzygniętych żądań. Odnosząc to do sytuacji, w której brak byłoby rozstrzygnięcia co do zapisu windykacyjnego w wydanym postanowieniu o stwierdzeniu nabycia spadku i minął już termin na wnioskowanie o uzupełnienie tego postanowienia, Sąd Najwyższy

<sup>52</sup> W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1038–1039; J. Kremis w: Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1853; J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny...*, s. 75.

<sup>53</sup> J. Kremis w: Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1854.

<sup>54</sup> W. Żukowski, *Projektowane...*, s. 1038; J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny...*, s. 75.

<sup>55</sup> LEX nr 1418994.



uznał, że wtedy dopuszczalne będzie wystąpienie z oddzielnym wnioskiem o stwierdzenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego.

Na tym tle należy zauważyć, że w związku z powyżej wspomnianą, podnoszoną w literaturze przedmiotu koniecznością wystąpienia o stwierdzenie nabycia spadku celem uzyskania w ramach dotyczącego tego postępowania też stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego, wywodzi się, iż w istocie może to praktycznie uniemożliwiać realizację celu ustawodawcy w postaci szybkiego uzyskiwania nabycia<sup>56</sup> prawa do przedmiotu zapisu windykacyjnego, a właściwie, precyzyjnie rzecz ujmując (skoro nabycie to następuje z mocy prawa z chwilą otwarcia spadku) – dokumentów pozwalających wobec podmiotów trzecich legitymować się statusem zapisobiercy windykacyjnego i co za tym idzie np. właściciela określonej rzeczy objętej tym zapisem. Brak możliwości szybkiej realizacji tego celu będzie tu bowiem wynikał choćby ze sformalizowania procedur przyjęcia i odrzucenia spadku oraz stwierdzenia nabycia spadku (art. 1018 § 3, art. 1025 k.c.), konieczności ich trwania przez określony czas (art. 1015 § 1, art. 1026 k.c.) oraz wzruszalności oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku poprzez dopuszczalność uchylenia się od jego skutków prawnych (art. 1019 k.c.), a także możliwości uchylenia lub zmiany postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, o stwierdzeniu nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego bądź zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia (art. 678 i art. 679 k.p.c.)<sup>57</sup>. Zauważa się jednak, że z drugiej strony ten skutek przeciągnięcia w czasie potencjalnie może być przynajmniej częściowo zredukowany poprzez korzystanie z dopuszczonej przez ustawodawcę możliwości wydawania przez sąd w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku postanowienia częściowego stwierdzającego nabycie przedmiotu zapisu windykacyjnego (art. 677 § 3 k.p.c.), co daje możliwość uzyskania przez zapisobiercę windykacyjnego interesującego go postanowienia sądu bez konieczności czekania na wydanie postanowienia końcowego w sprawie o stwierdzenie nabycia spadku<sup>58</sup>. Należy zauważyć, że możliwość taka nie zachodzi natomiast w razie korzystania z drogi notarialnego poświadczenia dziedziczenia i nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego. W takim przypadku bowiem zarówno protokół dziedziczenia, jak i sporządzany następnie akt poświadczenia dziedziczenia obejmują

---

<sup>56</sup> Tak P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 21.

<sup>57</sup> P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 21.

<sup>58</sup> P. Zakrzewski, *Zapis...*, s. 21.



łącznie spadkobierców i zapisobierców windykacyjnych<sup>59</sup>. Nie ma zatem możliwości wydania częściowego aktu poświadczenia dziedziczenia obejmującego jedynie poświadczenie nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego<sup>60</sup>, a właściwie odrębnego aktu poświadczającego jedynie nabycie takiego przedmiotu. Niemniej całą procedurę sporządzania aktu poświadczenia dziedziczenia skraca z kolei to, że może on być uczyniony jedynie w razie braku wątpliwości co do osób spadkobierców i ich udziałów w spadku, oraz, jeśli spadkodawca ustanowił zapis windykacyjny – co do osoby, na rzecz której testator uczynił taki zapis i przedmiotu tego zapisu<sup>61</sup>. Notariusz nie został bowiem wyposażony w instrumenty, które pozwalałyby mu na ustalanie tych okoliczności, w przeciwieństwie do sądu (art. 672–674 k.c.), co prowadzi do znacznego przedłużenia postępowania toczącego się przed tym ostatnim (art. 675–676 k.c.).

## 5. Uwagi końcowe

Pomimo wprowadzenia do polskiego prawa spadkowego możliwości dokonywania przez testatora rozrządzenia w postaci zapisu windykacyjnego i postrzegania go jako instrumentu zwiększającego swobodę testowania<sup>62</sup> oraz realizującego rzeczywistą wolę testatora<sup>63</sup>, w literaturze przedmiotu podnosi się, że nie jest to rozwiązanie odpowiadające w pełni oczekiwaniom w zakresie zwiększenia realnego wpływu spadkodawcy na losy należącego do niego majątku po jego śmierci. Zapis windykacyjny nieraz traktowany jest więc jako pierwszy z instrumentów prawnych, który dopiero rozpoczął ewolucję polskiego prawa spadkowego w tym kierunku<sup>64</sup>. Jak już sygnalizowano, wciąż podnoszona jest zasadność wprowadzenia dalszych rozwiązań prawnych mających służyć pełniejszemu realizowaniu woli spadkodawcy, takich jak testament działowy czy umowa darowizny na wypadek śmierci. Postuluje się też ograniczanie zastosowania instytucji blokujących urzeczywistnianie tej woli, jak np. wspomnianego zachowku<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> Zob. przede wszystkim art. 95 b, 95 e § 1 i § 2 pkt 2 oraz art. 95 f § 1 pkt. 6–7a ustawy z 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r, poz. 218), dalej: Prawo o notariacie.

<sup>60</sup> Tak P. Księżak, *Podstawowe problemy...*, s. 1088.

<sup>61</sup> Artykuł 95 e § 1 i § 2 pkt 2 Prawa o notariacie.

<sup>62</sup> P. Sobolewski, *Opinia prawna...*, s. 102.

<sup>63</sup> K. Chustecka, *O zapisie...*, s. 68.

<sup>64</sup> Tak m.in. A. Migielska-Ciołocka, *Prawo spadkowe jak ślubny garnitur*, „Rejent” 2011, nr 11, s. 62.

<sup>65</sup> A. Migielska-Ciołocka, *Prawo spadkowe...*, s. 62. Autorka ta zgłasza zresztą i

Jeśli oceniać instytucję zapisu windykacyjnego pod tym kątem, to jest w kontekście stopnia realizacji woli testatora na gruncie stanu prawnego po jej wprowadzeniu w porównaniu do stanu sprzed wejścia w życie regulacji dotyczących tego zapisu, to niewątpliwie wspomniana instytucja stwarza możliwość urzeczywistnienia tej woli w większym stopniu, dając szansę na to, że określone prawo przejdzie na konkretną, wybraną przez testatora osobę. Jak jednak wykazują powyższe rozważania, nie jest to instrument stanowiący remedium na wszelkie zarzuty zgłaszane co do braku szanowania woli testatora w zakresie podziału należącego do niego za życia majątku po jego śmierci. Sam ustawodawca ograniczył bowiem zakres dopuszczalnych przedmiotów zapisu windykacyjnego (art. 981<sup>1</sup> § 2 k.c.), a pewne ogólne określenie niektórych z nich budzi, częściowo sygnalizowane, wątpliwości w doktrynie co do tego, czy określone prawo może być przedmiotem takiego zapisu. Ograniczenie z przyczyn faktycznych (choćby z uwagi na koszty) niesie ze sobą także zastrzeżenie wymogu zachowania formy aktu notarialnego (art. 981<sup>1</sup> § 1 k.c.). Zagrożeniem dla realizacji woli testatora mogą być też potencjalnie nieprecyzyjne sposoby sformułowania zwrotów mających w intencji testatora ustanawiać zapis windykacyjny, zwłaszcza gdy tu stosować, jak chce część autorów, art. 961 k.c. (jednak, jak starano się wykazać, raczej nie powinno budzić wątpliwości, kiedy mamy do czynienia z zapisem windykacyjnym; jasnym będzie wówczas, gdzie nie wchodzi on w grę, a co za tym idzie – wątpliwości oscylować będą wtedy pomiędzy tym, czy ustanowiony został zapisobierca zwykły, czy spadkobierca i dopiero w tym obszarze zastosowanie znajdować będzie art. 961 k.c.). Trzeba też zważyć, że wobec rozwiązań przewidujących odpowiedzialność zapisobiercy windykacyjnego za długi spadkowe<sup>66</sup> (art. 1034<sup>1</sup>–1034<sup>3</sup> k.c.), w tym obowiązek zaspokojenia roszczeń osób uprawnionych do zachowku (art. 999<sup>1</sup> k.c.)<sup>67</sup>, nie jest tak, jak zapewne nieraz chciałby testator, by zapisobierca windykacyjny otrzymywał samą korzyść. Wartość zapisu windykacyjnego podlega też zaliczeniu na schedę spadkową (art. 1039 i n. k.c.). Z kolei przyświecającej wprowadzeniu zapisu windykacyjnego

---

inne propozycje *de lege ferenda* zmierzające w tym kierunku, jak np. zniesienie weryfikacji woli spadkodawcy w zakresie przyczyn wydziedziczenia.

<sup>66</sup> Szeroko na ten temat P. Księżak, *Zapis windykacyjny...*, s. 175–221.

<sup>67</sup> Szerzej zob.: K. Osajda, *Przedmiot zapisu windykacyjnego...*, s. 131–133; P. Księżak, *Odpowiedzialność zapisobierców windykacyjnych za zachowek*, „Rejent” 2012, nr 1, s. 35–53; zob. też wyrok SA w Łodzi z 14 lutego 2014 r. (I ACa 1078/13), LEX nr 1439193.

idei dania testatorowi narzędzia, dzięki któremu zapisobierca będzie od razu gospodarował przedmiotem zapisu<sup>68</sup>, mogą stać na przeszkodzie problemy praktyczne, choćby związane z sygnalizowaną potrzebą uzyskania stosownego postanowienia sądu lub notarialnego aktu poświadczenia dziedziczenia, by móc legitymować się względem podmiotów trzecich otrzymanym z tytułu takiego zapisu prawem (pomijając już kwestię, że np. przedmiot zapisu windykacyjnego może się znajdować we władaniu innej osoby i konieczne będzie wystąpienie z powództwem windykacyjnym).

W świetle poczynionych konstatacji należy dojść do wniosku, że postulat wprowadzenia mechanizmów, które mają zapewnić możliwość urzeczywistnienia woli spadkodawcy co do losów należącego do niego za życia majątku po jego śmierci i stanowić tym samym wyjście naprzeciw oczekiwaniom społecznym w zakresie poszanowania woli testatora, został zrealizowany jedynie w pewnym zakresie, choć niewątpliwie dopuszczenie możliwości ustanowienia zapisu windykacyjnego stanowi przełomowy krok ustawodawcy w tym kierunku. Nie dziwią jednak<sup>69</sup> wobec powyższego nieustannie zgłaszane w literaturze przedmiotu postulaty co do wprowadzenia kolejnych rozwiązań prawnych mających zapewnić dalsze możliwości realizowania rzeczywistej woli testatora.

## Streszczenie

W artykule dokonano konfrontacji zamierzeń, jakie podawano jako uzasadnienia dla wprowadzenia do polskiego kodeksu cywilnego instytucji zapisu windykacyjnego z tym, czy rzeczywiście przyjęte

---

<sup>68</sup> Na istnienie takiego oczekiwania społecznego i dążenie do jego zaspokojenia wskazywano w uzasadnieniu ustawy.

<sup>69</sup> Zastanawia natomiast postawiony zarzut, że: „Zapis windykacyjny absolutyzuje wolę spadkodawcy pozbawiając spadkobierców możliwości podzielenia się majątkiem w inny sposób bez potrzeby sięgnięcia do czynności prawnych *inter vivos*” (Ł. Mleko, *O zapisie windykacyjnym...*, s. 97). Wszak właśnie o urzeczywistnienie postulatów realizacji woli testatora w ramach reformy prawa spadkowego wprowadzającej instytucję zapisu windykacyjnego chodziło; to on ma mieć narzędzia co do dysponowania należącym do niego majątkiem na wypadek śmierci i jego wola powinna mieć tu pierwszeństwo, a nie innych osób. Notabene, jak zauważono powyżej, w istocie wiele przepisów ogranicza zakresowo możliwość realizacji woli spadkodawcy nawet w razie sięgnięcia przez niego po możliwość ustanowienia zapisu windykacyjnego.

unormowania dają możliwość realizacji tych celów. W tym kontekście szczególnie nacisk położono na to, by zanalizować, czy przepisy regulujące konstrukcję zapisu windykacyjnego realnie pozwalają na pełną i dokładną realizację woli testatora, co było wskazywane w uzasadnieniu ustawy wdrażającej przepisy dotyczące tego zapisu jako zasadniczy cel jego wprowadzenia. Rozważania przeprowadzono w odniesieniu do kilku kwestii, które we wskazanym zakresie jawią się jako szczególnie newralgiczne. Mianowicie najpierw skoncentrowano uwagę na regule interpretacyjnej ustanowionej w art. 961 k.c. i podjęto się wyjaśnienia jej relacji do przypadków ustanowienia zapisu windykacyjnego. Następnie omówiono znaczenie wymogu ustanowienia zapisu windykacyjnego w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego. Położono też nacisk na konieczność odczytywania rzeczywistej woli testatora oraz próbowano ustalić kryteria oceny pozwalające określić, kiedy wchodzi w grę zapis windykacyjny, a kiedy zwykły. W dalszej kolejności wskazano na ograniczenia przedmiotu zapisu windykacyjnego, a także poddano pod rozwagę kwestię uzyskania przez zapisobiercę windykacyjnego faktycznego władztwa nad przedmiotem zapisu. Omówiono znaczenie w omawianym kontekście sądowego stwierdzenia nabycia spadku (i przedmiotu zapisu windykacyjnego) oraz notarialnego aktu poświadczenia dziedziczenia. Poczynione konstatacje doprowadziły do wniosku, że postulat wprowadzenia mechanizmów, które mają zapewnić możliwość urzeczywistnienia woli spadkodawcy co do losów należącego do niego za życia majątku po jego śmierci, i wyjścia tym samym naprzeciw oczekiwaniom społecznym w zakresie poszanowania woli testatora, poprzez wprowadzenie instytucji zapisu windykacyjnego został zrealizowany jedynie w pewnym zakresie, choć niewątpliwie dopuszczenie możliwości ustanowienia zapisu takiego typu stanowi przełomowy krok ustawodawcy w tym kierunku.

Słowa kluczowe: prawo dziedziczenia, legatum per vindicationem, testator, ostatnia wola.

### **Abstract**

This article concerns to issues associated with legatum per vindicationem. Considerations include whether this institution, introduced to the Polish Civil Code in 2011, is an adequate legislative response to society's expectations reported in relation to rules governing the Polish law

of succession, in particular as to increase the degree of respect for the will of the testator, by ensuring the efficient distribution of his rights to individual items for the benefit of the people chosen by him, with the transition of the rights to these people exactly at the moment of the death of the testator. Analysis on this issue are carried out in relation to the specific provisions of the Polish law of succession.

Keywords: law of succession, legatum per vindicationem, testator, last will.

Monika Lewandowicz-Machnikowska<sup>1</sup>

## **Zasiłki pogrzebowe i inne świadczenia na pokrycie kosztów pogrzebu i upamiętnienia osoby zmarłej**

Następstwem śmierci człowieka jest konieczność pochowania jego ciała. Zgodnie z art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>2</sup>, co do zasady, prawo pochowania zwłok ludzkich ma najbliższa pozostała rodzina osoby zmarłej. Od tej zasady są jednak wyjątki. Prawo pochowania zwłok osób wojskowych zmarłych w czynnej służbie wojskowej przysługuje właściwym organom wojskowym. Prawo pochowania zwłok osób zasłużonych wobec Państwa i społeczeństwa przysługuje organom państwowym, instytucjom i organizacjom społecznym. Ponadto prawo pochowania zwłok przysługuje osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiążą. Zwłoki niepochowane przez uprawnione podmioty mogą być przekazane na podstawie decyzji właściwego starosty do celów naukowych publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych. Zwłoki niepochowane przez podmioty uprawnione albo nieprzekazane publicznej uczelni medycznej albo publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych są chowane przez gminę właściwą ze względu na miejsce zgonu, a w przypadku osób pozbawionych wolności, zmarłych w zakładach karnych lub aresztach śledczych – przez dany zakład karny lub areszt śledczy, za wyjątkiem sytuacji określonych w przepisach szczególnych. Nawet jednak istnienie obowiązku pochowania zwłok przez podmioty wskazane wyżej nie wyklucza żądania zwrotu kosztów na podstawie ustaw, które przewidują świadczenia związane z pogrzebem.

---

<sup>1</sup> Dr hab., Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.).

Aby skorzystać z przysługującego im prawa do pochowania zwłok, osoby uprawnione muszą mieć zdolność do poniesienia związanych z tym kosztów. Pochowanie ciała (lub jego szczątków) jest częścią obrzędu pogrzebu, z którym wiążą się poważne wydatki. Jest to ważne, bo chociaż koszty pogrzebu wchodzą, zgodnie z art. 922 § 3 k.c., w skład spadku i mogą być w razie potrzeby pokryte ze spadku po osobie zmarłej, to nie każda osoba zmarła zostawia po sobie majątek wystarczający do pokrycia długów.

Z pochowaniem zwłok wiążą się różne rodzaje kosztów. Wydatki te dzieli się niekiedy na bezpośrednio związane z pogrzebem oraz inne, odpowiadające zwyczajom danego środowiska<sup>3</sup>. Do wydatków bezpośrednio związanych z pogrzebem należy przechowanie i przewóz ciała osoby zmarłej, przygotowanie zwłok, w tym ubranie osoby zmarłej w prosekorium, ewentualnie koszty kremacji, koszty trumny lub urny i ich przewozu na miejsce pochówku, opłata za miejsce pochówku, opłata za złożenie trumny lub urny do grobu, a także koszty tabliczki na grób, nekrologów i wiązanek. Ceremonii towarzyszą często obrzędy religijne (np. msza święta, pożegnanie na cmentarzu). Inne wydatki odpowiadające zwyczajom środowiska to np. wydatki związane z tradycją zapraszania członków rodziny i osób bliskich zmarłemu, biorących udział w pogrzebie, na poczęstunek. Elementem szerzej ujmowanych kosztów pogrzebu może być również koszt odzieży żałobnej noszonej przez członków najbliższej rodziny zmarłego w czasie pogrzebu i w okresie następującym bezpośrednio po nim. Należy też dostrzec wydatki związane z wykonaniem nagrobka<sup>4</sup>. Jak z tego wynika, urządzenie nawet skromnego pogrzebu oznacza wydatek, który może być trudny do poniesienia dla wielu gospodarstw domowych.

Śmierć członka rodziny i związana z nią trudna sytuacja, na którą składa się konieczność urządzenia ceremonii pogrzebu, jest ryzykiem socjalnym, które dotyczy większości członków społeczeństwa i które jest chronione świadczeniami o różnym charakterze, w tym również świadczeniami z ubezpieczenia społecznego. W tym ostatnim kontekście jest ono jednak uważane za ryzyko wyjątkowe, ponieważ, co do zasady, w ubezpieczeniu społecznym świadczenia związane są przede wszystkim ze skutkami utraty zdolności do pracy i możliwości uzyskiwania

---

<sup>3</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1660.

<sup>4</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, s. 1661.



w ten sposób środków utrzymania, a nie samym faktem doznania kalectwa lub choroby<sup>5</sup>. Udzielanie pomocy socjalnej w tej sytuacji jest jednak jedną z najstarszych instytucji zabezpieczenia społecznego<sup>6</sup>.

Szeroko rozumiana pomoc socjalna na pokrycie kosztów pogrzebu wykracza poza zakres samego zabezpieczenia społecznego. Może mieć bowiem również charakter tzw. ochrony pierwotnej, a więc realizowanej w ramach stosunku zatrudnienia, co dotyczy tzw. stosunków służbowych<sup>7</sup>. W przypadku funkcjonariuszy i innych osób zatrudnionych w ramach stosunków służbowych zasiłki pogrzebowe uregulowane są w ustawach i aktach wykonawczych<sup>8</sup> i stanowią dodatkowe uprawnienie związane z istnieniem stosunku służbowego<sup>9</sup>. Ogólnie charakteryzując te rozwiązania można zauważyć, że w przepisach tych odrębnie

---

<sup>5</sup> Zob. I. Jędrasik-Jankowska, K. Jankowska, *Prawo do emerytury. Komentarz do ustaw z orzecznictwem*, Warszawa 2011, s. 1662.

<sup>6</sup> Zob. J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2006, s. 148.

<sup>7</sup> Zob. J. Jończyk, *Prawo...*, s. 54 i 59.

<sup>8</sup> Zob. art. 99 i n. ustawy z 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1414) i rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 6 kwietnia 2004 r. w sprawie sposobu dokumentowania uprawnień do zasiłków pogrzebowych oraz warunków i trybu pokrywania kosztów pogrzebu żołnierzy zawodowych (Dz. U. Nr 71, poz. 652); art. 104 i n. ustawy z 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1340 ze zm.) i rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 1 marca 2002 r. w sprawie warunków pokrywania ze środków właściwej jednostki organizacyjnej państwowej straży pożarnej kosztów pogrzebu strażaka (Dz. U. Nr 23, poz. 235 ze zm.); art. 119 i n. ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.) i rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 1 marca 2002 r. w sprawie warunków pokrywania kosztów pogrzebu policjanta oraz określenia członków jego rodziny, na których przysługuje zasiłek pogrzebowy (Dz. U. Nr 23, poz. 234); art. 209 ustawy z 9 kwietnia 2010 r. o służbie więziennej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1415 ze zm.) i rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 lipca 2010 r. w sprawie warunków pokrywania kosztów pogrzebu funkcjonariusza służby więziennej (Dz. U. Nr 130, poz. 877); art. 106 ustawy z 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 170 ze zm.) i rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 12 listopada 2002 r. w sprawie sposobu dokumentowania prawa do zasiłków pogrzebowych oraz warunków pokrywania kosztów pogrzebu funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu i członków ich rodzin (Dz. U. Nr 193, poz. 1622); art. 134 i 135 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 1929); art 100 i art. 101 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 ze zm.).

<sup>9</sup> Zob. T. Kuczyński w: T. Kuczyński, E. Mazurczak-Jasińska, J. Stelina, *System Prawa Administracyjnego*. t. 11: *Stosunek służbowy*, Warszawa 2011, s. 401–492.

uregulowane jest prawo do zasiłku pogrzebowego w razie śmierci funkcjonariusza (żołnierza), a odrębnie prawo takie w razie śmierci członka jego rodziny.

W przypadku śmierci funkcjonariusza (żołnierza), zasiłek pogrzebowy wypłacany jest w wysokości 4000 zł, jeżeli koszty pogrzebu ponosi małżonek, dzieci, wnuki, rodzeństwo lub rodzice albo w wysokości rzeczywiście poniesionych kosztów, gdy ponosi je i otrzymuje zasiłek inna osoba. Jeśli śmierć żołnierza lub funkcjonariusza nastąpiła w związku ze służbą lub na skutek wypadku pozostającego w związku z udziałem w akcji ratowniczej (np. w przypadku strażaków), koszty pogrzebu pokrywa się ze środków publicznych. W razie pokrycia kosztów pogrzebu w taki sposób członkom rodziny uprawnionym do zasiłku pogrzebowego przysługuje połowa świadczenia. Przepisy określają zwykle, co zalicza się do kosztów pogrzebu żołnierza zawodowego lub innych funkcjonariuszy, których śmierć nastąpiła wskutek wypadku pozostającego w związku ze służbą. W przypadku, gdy śmierć funkcjonariusza nastąpiła na skutek wypadku pozostającego w związku ze służbą, pokrycie kosztów pogrzebu lub zwrot kosztów rodzinie, która podjęła się organizacji pogrzebu, może nastąpić do wysokości wyższej niż kwota zasiłku pogrzebowego, której maksymalna wysokość jest określona w przepisach. Odmienne sposoby regulacji kwestii ponoszenia kosztów pogrzebu w przypadku żołnierzy i funkcjonariuszy jest uzasadniony szczególnym charakterem wykonywanej przez nich pracy, a pogrzeb w przypadku śmierci funkcjonariusza pozostającej w związku ze służbą jest oddaniem mu szacunku, jako osobie zasłużonej dla społeczeństwa i państwa<sup>10</sup>.

Odrębnie uregulowano prawo do zasiłku pogrzebowego w razie śmierci członków rodziny żołnierza lub funkcjonariusza. Krąg podmiotów, w przypadku śmierci których przysługuje świadczenie, jest określony w ustawie lub rozporządzeniu wykonawczym. Osobie, która pokryła koszty pogrzebu członka rodziny, przysługuje zasiłek pogrzebowy w wysokości 4000 zł, jeżeli koszty te poniósł funkcjonariusz (żołnierz zawodowy) albo w wysokości kosztów rzeczywiście poniesionych, nie wyższych jednak niż 4000 zł, jeżeli koszty pogrzebu pokryła inna osoba.

Prawo do odrębnego świadczenia na poniesienie kosztów pogrzebu w ramach świadczeń ze stosunku służbowego przysługuje również w innych przypadkach. Dotyczy to m.in. sędziów i prokuratorów.

---

<sup>10</sup> Zob. również M. Kijowski, *Pogrzeb państwowy z tytułu zasług. Prawo i Praktyka*, „Studia Prawnicze KUL” 2008, nr 4, s. 53.

W razie śmierci sędziego albo sędziego w stanie spoczynku lub członka jego rodziny, osobie, która pokryła koszty pogrzebu, przysługuje świadczenie pieniężne w wysokości i na zasadach określonych dla zasiłku pogrzebowego z ubezpieczenia społecznego<sup>11</sup>.

Pomoc socjalna na pokrycie kosztów pogrzebu może również być związana z umownymi stosunkami pracy. Pracownicy lub członkowie ich rodziny mogą otrzymać dodatkowe wsparcie, w tym świadczenia na pokrycie kosztów pogrzebu, przyznawane przez pracodawcę na podstawie odpowiedniego postanowienia w układzie zbiorowym pracy. Pokryciu kosztów pogrzebu nie służy natomiast, co do zasady, odprawa pośmiertna przysługująca na podstawie kodeksu pracy lub ustaw regulujących stosunki służbowe. Mają one inne przeznaczenie, mają bowiem stanowić pomoc rodzinie zmarłego w trudnym dla niej okresie i są przyznawane niezależnie od zasiłków pogrzebowych. Nie można jednak wykluczyć, że uzyskane z tego tytułu środki zostaną również wydane na ten cel, zwłaszcza gdy kosztu pogrzebu przewyższają koszty udzielonego zasiłku pogrzebowego.

Największe znaczenie wśród świadczeń stanowiących pomoc w ponoszeniu kosztów pogrzebu ma jednak w praktyce zasiłek pogrzebowy z ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych<sup>12</sup>. Dzieje się tak z dwóch powodów. Po pierwsze, krąg podmiotów uprawnionych do tego świadczenia jest stosunkowo szeroki. Po drugie, do tej regulacji odwołuje się szereg ustaw, które przewidują wypłatę świadczenia na pokrycie kosztów pogrzebu, w tym regulacji spoza dziedziny ubezpieczenia społecznego (np. ustawa o rencie socjalnej<sup>13</sup>, ustawa o świadczeniach kompensacyjnych<sup>14</sup>, ustawa o świadczeniach przedemerytalnych<sup>15</sup>, ustawa o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy

---

<sup>11</sup> Zob. art 101 ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 133 ze zm.), która znajduje odpowiednie zastosowanie do prokuratorów na podstawie art 62a ustawy z 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze.

<sup>12</sup> Ustawa z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 748), dalej: ustawa o FUS.

<sup>13</sup> Zob. art. 12a ustawy z 27 czerwca 2003 r. o rencie socjalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 982 ze zm.).

<sup>14</sup> Zob. art. 12 ustawy z 22 maja 2009 r. o nauczycielskich świadczeniach kompensacyjnych (Dz. U. Nr 97, poz. 800).

<sup>15</sup> Zob. art 10 ustawy z 30 kwietnia 2004 r. o świadczeniach przedemerytalnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 170 ze zm.).

zawodowych oraz ich rodzin<sup>16</sup>, ustawa o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin<sup>17</sup>, ustawa o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin<sup>18</sup>). Odesłania do przepisów o zasiłku pogrzebowym z ustawy o FUS mają przy tym różny zakres. Niektóre ustawy nie zawierają w ogóle odrębnej regulacji dotyczącej zasiłku pogrzebowego i w całości odsyłają do przepisów ustawy o FUS stanowiąc, że zasiłek pogrzebowy przysługuje w wysokości i na zasadach określonych w przepisach tej ustawy. W innych ustawach tylko w sprawach w nich nieuregulowanych do zasiłku pogrzebowego stosuje się ustawę o FUS. Jeszcze kiedy indziej do danego świadczenia stosuje się tylko niektóre przepisy ustawy o FUS, np. co do wysokości świadczenia.

Przechodząc do omówienia zasiłku pogrzebowego z ubezpieczenia społecznego uregulowanego, w art. 77 i n. ustawy o FUS, już na wstępie trzeba zwrócić uwagę na kwestię celu tego świadczenia czy pełnionej przez nie funkcji. Budziły one wątpliwości w praktyce. Chodzi o to, czy zasiłek pogrzebowy jest pomocą finansową dla osób, które straciły osobę bliską, czy też raczej pełni funkcję odszkodowania za faktycznie poniesione wydatki związane z jej pogrzebem. Utrzymujący się przez długi czas brak zgodności poglądów miał znaczenie np. dla rozstrzygnięcia kwestii, czy zasiłek pogrzebowy należy zaliczać na poczet odszkodowania ustalanego na podstawie art. 446 § 1 k.c. Zagadnienie to znalazło rozstrzygnięcie w uchwale Sądu Najwyższego z 15 maja 2009 r., w której przyjął on, że choć zasiłek pogrzebowy ma na celu choćby częściowo pokrycie kosztów pogrzebu, to nie jest to jego funkcja jedyna ani zasadnicza. W stosunku do członków rodziny zmarłego stanowi on

---

<sup>16</sup> Zob. art. 26 ustawy z 10 grudnia 1993 r. o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 330).

<sup>17</sup> Zob. art. 58 ustawy z 29 maja 1974 r. o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 840 ze zm.).

<sup>18</sup> Zob. art. 26 ustawy z 18 lutego 1994 r. o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 900 ze zm.).

przed wszystkim pomoc finansową udzielaną im trudnej sytuacji spowodowanej śmiercią członka rodziny. Fakt pokrycia przez nich kosztów pogrzebu jest jedną z przesłanek udzielenia świadczenia, wystarczy jednak stosunkowo nieznaczny wydatek poniesiony w związku z tym, aby otrzymać zasiłek w pełnej, zryczałtowanej wysokości. Prawo do zasiłku uzyskuje rodzina nawet wówczas, gdy koszty pogrzebu ponosi Skarb Państwa, organizacja polityczna, czy społeczna. Funkcja kompensacyjna dotyczy przede wszystkim zasiłku wypłacanego pracodawcy, domowi pomocy społecznej itd. Jednak o charakterze świadczenia decydować powinny typowe przypadki jego wypłacania, a nie sytuacje wyjątkowe. Zasiłek pogrzebowy najczęściej wypłacany jest rodzinie, a tylko wyjątkowo innym podmiotom, a zatem to właśnie funkcja, jaką ten zasiłek pełni w stosunku do członków rodziny zmarłego decyduje zdaniem SN o jego charakterze i celu<sup>19</sup>.

Uzyskanie zasiłku pogrzebowego z art. 77 ustawy o FUS zależy od spełnienia przesłanek. Zasiłek ten przysługuje w razie śmierci ubezpieczonego, osoby pobierającej emeryturę lub rentę, osoby, która w dniu śmierci nie miała ustalonego prawa do emerytury lub renty, lecz spełniała warunki do jej uzyskania i pobierania oraz członka rodziny osoby wymienionej powyżej. Zasiłek pogrzebowy przysługuje również w razie śmierci ubezpieczonego po ustaniu ubezpieczenia, jeżeli śmierć nastąpiła w okresie pobierania zasiłku chorobowego, świadczenia rehabilitacyjnego lub zasiłku macierzyńskiego.

Co do zasady, zasiłek pogrzebowy przysługuje wskazanym w ustawie podmiotom, które pokryły koszty pogrzebu. Terminy „pogrzeb” i „koszty pogrzebu” nie zostały zdefiniowane w ustawie, co powoduje wątpliwości co do ich znaczenia. Powszechnie przyjmuje się, że pogrzeb, to ceremonia składania zmarłych do grobu<sup>20</sup>. W praktyce pojawia się zatem problem tzw. pogrzebów symbolicznych, gdy nie dochodzi do pochowania zwłok, gdyż tych zwłok nie ma (np. osoba została uznana za zmarłą lub zwłoki zostały oddane do celów naukowych). W orzecznictwie uznano jednak, że uzasadnione jest roszczenie o zasiłek pogrzebowy w przypadku symbolicznego upamiętnienia osoby zmarłej, która postanowiła przekazać swoje ciało instytucji naukowej<sup>21</sup>. W praktyce

<sup>19</sup> Uchwała SN z 15 maja 2009 r. (III CZP 140/08), Biul. SN 2009, nr 5, poz. 7.

<sup>20</sup> Zob. E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2002, s. 698.

<sup>21</sup> Uchwała SN z 2 lutego 2011 r. (I UZP 5/10), OSNP 2011, nr 13–14, poz. 186.

wątpliwości budzi również to, czy wypłatę zasiłku uzasadnia pokrycie szeroko ujmowanych kosztów pogrzebu, czy chodzi tu tylko o niektóre koszty pogrzebu. Z jednej strony można spotkać pogląd, że wyrażenie „koszty pogrzebu” powinno być interpretowane z wykorzystaniem dorobku nauki i orzecznictwa z zakresu prawa cywilnego dotyczącego np. art. 446 k.c., a zatem są to w istocie koszty pożegnania osoby zmarłej w sposób zwyczajowo przyjęty w danym środowisku. Takie stanowisko prowadzić może do ujmowania bardzo szeroko wydatków poniesionych z tytułu pogrzebu<sup>22</sup>. Z drugiej strony, niekiedy podnosi się, że takie ujmowanie kosztów pogrzebu jest zbyt szerokie względem celu zasiłku, który nie ma charakteru odszkodowania, ale łagodzi jedynie negatywne skutki zajścia ryzyka<sup>23</sup>.

Zasiłek pogrzebowy przysługuje osobie fizycznej, która pokryła koszty pogrzebu, jak również pracodawcy, domowi pomocy społecznej, gminie, powiatowi, osobie prawnej kościoła lub związku wyznaniowego, jeżeli pokryły koszty pogrzebu. Ustawodawca nie ustanowił jednak żadnej kolejności czy pierwszeństwa wśród osób fizycznych, które ubiegają się o zasiłek pogrzebowy, w szczególności pierwszeństwa dla członków rodziny i bliskich. Jedynym warunkiem jest pokrycie kosztów pogrzebu<sup>24</sup>, Prawo do zasiłku będzie miała zatem również osoba obca, która pokryła te koszty<sup>25</sup>. Wysokość świadczenia zależy od tego, do jakiego kręgu uprawnionych zalicza się jego adresat. W przypadku członków rodziny, którzy pokryli koszty pogrzebu, świadczenie wypłaca się w pełnej wysokości. Natomiast gdy o zasiłek ubiega się pracodawca, dom pomocy społecznej, gmina, powiat, osoba prawna kościoła lub związku wyznaniowego, zasiłek pogrzebowy przysługuje w wysokości udokumentowanych kosztów pogrzebu, nie wyższej jednak niż pełna wysokość zasiłku pogrzebowego.

Zasiłek pogrzebowy wypłaca się obecnie wysokości 4000 zł. Do 1 marca 2011 r. wysokość świadczenia była dużo wyższa, ponieważ była określona w stosunku przeciętnego wynagrodzenia obowiązującego w dniu śmierci osoby, której koszty pogrzebu zostały poniesione.

---

<sup>22</sup> Zob. W. Ostaszewski w: B. Gudowska, K. Ślęzak (red.), *Emerytury i renty z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych. Emerytury pomostowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 554.

<sup>23</sup> Zob. M. Bartnicki, *Emerytury i renty z FUS. Emerytury pomostowe. Okresowe emerytury kapitałowe. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 456.

<sup>24</sup> Zob. W. Ostaszewski w: B. Gudowska, K. Ślęzak (red.), *Emerytury...*, s. 552.

<sup>25</sup> Zob. W. Ostaszewski w: B. Gudowska, K. Ślęzak (red.), *Emerytury...*, s. 553.



W ostatnim okresie przed zmianą zasiłek pogrzebowy wynosił 6406,16 zł. Ustawodawca zdecydował jednak, moim zdaniem słusznie, o zmniejszeniu wysokości tego świadczenia, co nastąpiło na podstawie ustawy z 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej<sup>26</sup>. Zmiana miała na celu dostosowanie wysokości zasiłku pogrzebowego, który jest świadczeniem jednorazowym, do średniej wysokości tego zasiłku w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Jak wynikało bowiem z uzasadnienia projektu, nie wszystkie kraje należące do UE ujmuje w systemach zabezpieczenia społecznego jednorazowe świadczenia wypłacane w związku ze śmiercią, a na tle tych, które przewidują tego typu świadczenia, zasiłki wypłacane w Polsce były bardzo wysokie<sup>27</sup>. Zmiana ta pozwoliła na dokonanie oszczędności finansowych tym większych, że jej konsekwencją była zmiana innych ustaw, które przewidywały udzielenie zasiłku pogrzebowego, np. dotyczących służb mundurowych.

Utrzymywanie zasiłku pogrzebowego w obecnej jego formie jest jednak, moim zdaniem, dyskusyjne. Ustalenie w ustawie maksymalnej kwoty zasiłku pogrzebowego wypłacanego członkom rodziny w praktyce prowadzi do negatywnego zjawiska ustalania w tej wysokości kosztów pogrzebu przez zakłady pogrzebowe, do których w rzeczywistości trafiają środki pochodzące z wypłaty zasiłku pogrzebowego. Jest to niekorzystne przede wszystkim dla tych osób, które nie mają prawa do świadczenia na poniesienie kosztów pogrzebu – koszty pogrzebu skalkulowane w odniesieniu do zasiłku pogrzebowego są dla nich zbyt wysokie, niekiedy niemożliwe do udźwignięcia. W konsekwencji rodzina nie może skorzystać z przysługującego jej prawa do pochowania ciała osoby zmarłej. W praktyce zatem zasiłki pogrzebowe, których maksymalna wysokość określona została w ustawie, stanowią czynnik ograniczający konkurencję cenową w działalności zakładów pogrzebowych. W konsekwencji, wbrew pogładowi wyrażonemu w powołanej wcześniej uchwale SN, zasiłek pogrzebowy spełnia praktycznie wyłącznie funkcję kompensacyjną i po poniesieniu kosztów pogrzebu rodzinie nie pozostają z niego żadne środki.

---

<sup>26</sup> Ustawa z 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. Nr 238, poz. 1578).

<sup>27</sup> Zob. uzasadnienie projektu ustawy z 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej, Sejm RP VI kadencji, druk nr 3430.



Odrębnie prawo do zasiłku pogrzebowego uregulowano w ustawie o ubezpieczeniu społecznym rolników<sup>28</sup>. Na podstawie art. 35 tej ustawy zasiłek pogrzebowy przysługuje osobie, która poniosła koszty pogrzebu po śmierci: ubezpieczonego (nie wyłączając osoby podlegającej tylko ubezpieczeniu wypadkowemu, chorobowemu i macierzyńskiemu); uprawnionego do emerytury lub renty z ubezpieczenia; członka rodziny tych osób oraz osoby, która w dniu śmierci nie miała ustalonego prawa do emerytury lub renty z ubezpieczenia, lecz spełniała warunki do jej przyznania i pobierania. Do członków rodziny należy małżonek (wdowa i wdowiec), rodzice, ojczym, macocha oraz osoby przysposabiające, dzieci własne, dzieci drugiego małżonka, dzieci przysposobione i dzieci umieszczone w rodzinie zastępczej, przyjęte na wychowanie i utrzymanie przed osiągnięciem pełnoletności, inne dzieci niż wymienione wyżej, rodzeństwo, dziadkowie, wnuki oraz osoby, nad którymi została ustanowiona opieka prawna. Jeżeli koszty pogrzebu poniosło kilka osób, zasiłek pogrzebowy ulega podziałowi między te osoby proporcjonalnie do poniesionych kosztów. W razie zbiegu prawa do zasiłku pogrzebowego na podstawie ustawy z prawem do zasiłku pogrzebowego na podstawie odrębnych przepisów, przyznaje się zasiłek pogrzebowy na podstawie odrębnych przepisów. Zasiłek pogrzebowy przysługuje w wysokości określonej w przepisach emerytalnych. Przepis ten odsyła zatem do regulacji z ustawy o FUS tylko co do wysokości świadczenia. Powyższe świadczenie jest wprawdzie świadczeniem z ubezpieczenia społecznego, ale uregulowanego odrębnie w odniesieniu do rolników.

Charakteru ubezpieczeniowego nie mają natomiast wspomniane wcześniej zasiłki pogrzebowe uregulowane w ustawach przewidujących prawo do szczególnych świadczeń socjalnych takich jak np. renta socjalna. Świadczenia te, jako finansowane ze środków budżetowych, nie wchodzą w zakres ubezpieczenia społecznego i najczęściej określane są mianem zaopatrzenia społecznego. Problematyka zaopatrzenia społecznego jako metody realizacji zabezpieczenia społecznego jest dyskutowana w literaturze, a zagadnienie to nie mieści się jednak w zakresie tego opracowania<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Ustawa z 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 704 ze zm.).

<sup>29</sup> Zob.: I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2014, s. 24; J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2006, s. 59.

W przypadku, gdy po śmierci osoby nie przysługuje prawo do zasiłku pogrzebowego na podstawie obowiązujących przepisów, członkowie rodziny, którzy korzystają z prawa do jej pochowania, pokrywają sami koszty pogrzebu. Jeśli nie są w stanie ich ponieść z powodu trudnej sytuacji życiowej, mogą jedynie uzyskać na ten cel pomoc w postaci zasiłku celowego. Zasiłek celowy, zgodnie z art. 39 ustawy o pomocy społecznej, może być przyznany m.in. na pokrycie kosztów pogrzebu. Przyznanie świadczenia związanego z zabezpieczeniem określonej podstawowej potrzeby bytowej podlega jednak ogólniejszemu uwarunkowaniu w postaci zasady subsydiarności wyrażonej w art. 2 ustawy. Zgodnie z tą zasadą, pomoc społeczna jest instytucją mającą na celu umożliwienie osobom i rodzinom przezwyciężanie trudnych sytuacji życiowych, których nie są one w stanie pokonać, wykorzystując własne uprawnienia, zasoby i możliwości. Ponadto przesłanką pozwalającą na przyznanie pomocy jest, z wyjątkami wskazanymi w ustawie, spełnienie przez ubiegającego się kryterium dochodowego określonego w art. 8 ust. 1 ustawy o pomocy społecznej, przy jednoczesnym wystąpieniu jednej z okoliczności wymienionych w art. 7 pkt 2–15 (np. bezrobocie, długotrwała choroba, alkoholizm). Nie mogą także zachodzić okoliczności wyłączające prawo do świadczenia, wymienione m.in. w art. 11 i art. 12. Udzielenie pomocy ma charakter uznaniowy i zależy między innymi od możliwości finansowych organu udzielającego świadczenia. Nie można zatem wykluczyć, że proponowana przez organ pomoc na koszty pogrzebu przyznana w ramach zasiłku celowego będzie dużo niższa od rzeczywistych kosztów pogrzebu, w konsekwencji rodzina dalej nie będzie stać na sprawienie pogrzebu. Domagając się wyższego świadczenia od organu rodzina może jedynie argumentować, że pomoc powinna być adekwatna do potrzeby, którą ma zaspokajać.

W sytuacji, gdy rodzina nie korzysta z prawa do pochowania zwłok osoby bliskiej, nie może też zgłaszać żądań dotyczących pogrzebu organizowanego przez gminę. Na podstawie art. 44 ustawy o pomocy społecznej gmina jest zobowiązana do sprawienia pogrzebu i jest to jej zadanie własne. Przepisy nie dają jednak podstawy do wystąpienia przez rodzinę o zorganizowanie przez gminę pogrzebu. Jeśli rodzina nie wykonuje swego prawa do pochowania zwłok, pogrzeb odbywa się w sposób ustalony przez gminę, zgodnie z wyznaniem zmarłego. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przepis ten ma charakter materialnoprawny i nie może

stanowią podstawy prawnej aktu prawa miejscowego, w którym gmina określi szczegółowo, jak zamierza realizować ten obowiązek<sup>30</sup>.

W przypadku innych niż rodzina osób, które pokryły koszty pogrzebu (np. sąsiadów), nie istnieje podstawa do żądania od gminy zwrotu poniesionych na ten cel wydatków. Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych stanowi, że prawo pochowania zwłok przysługuje również osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiązały. Skoro koszty pogrzebu wchodziły w skład spadku, osoba fizyczna, która podjęła się sprawić pogrzeb, może występować tylko o zwrot tych wydatków przez spadkobierców. Podobnie dzieje się, jeśli pogrzeb sprawiła gmina, ponieważ art. 96 ust. 3 ustawy o pomocy społecznej stanowi, że w przypadku pokrycia kosztów pogrzebu przez gminę, poniesione wydatki podlegają zwrotowi z masy spadkowej, jeżeli po osobie zmarłej nie przysługuje zasiłek pogrzebowy. Jeśli zasiłek pogrzebowy przysługuje, koszty pogrzebu powinny być pokryte z tego zasiłku.

Podsumowując te uwagi należy podkreślić, że koszty pogrzebu stanowią poważny wydatek, którego poniesienie może być trudne dla osób mających prawo pochowania zwłok osoby zmarłej. Dlatego, aby mogły one skorzystać z przysługującego prawa, w wielu ustawach zawarto regulacje prawne dotyczące pomocy na ten cel. Najczęściej ustawodawca używa określenia „zasiłek pogrzebowy” jako nazwy jednorazowego świadczenia na pokrycie kosztów pogrzebu. Ale choć świadczenia te są tak samo nazywane, mają podobną regulację i ten sam cel, mogą należeć do różnych systemów świadczeniowych i mieć w związku z tym różny charakter prawny. Rozwiązania przyjęte w poszczególnych ustawach przewidujących wypłatę zasiłku pogrzebowego wzorowane są na konstrukcji tego zasiłku w ustawie o FUS. Również wysokość świadczeń została ujednolicona.

Koszty pogrzebu stanowią dług spadkowy, jeśli zatem w związku ze śmiercią osoby nie powstaje prawo do zasiłku pogrzebowego lub koszty pogrzebu przewyższają jego wysokość, możliwość zaspokojenia roszczeń zależy od tego, czy zmarły miał majątek, z którego mogą one być pokryte.

Wydaje się, że wobec wysokich, bo ukształtowanych na miarę wysokości zasiłku pogrzebowego, kosztów pogrzebu, najtrudniejsza

---

<sup>30</sup> Zob.: wyrok WSA we Wrocławiu z 29 maja 2008 r. (III SA/Wr 134/08); wyrok WSA we Wrocławiu z 6 listopada 2008 r. (IV SA/Wr 452/08), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

pozostaje sytuacja rodzin, które chcą pochować osobę bliską nie mając prawa do żadnego zasiłku pogrzebowego. Obecne regulacje nie dają im wystarczającego wsparcia. Problem ten będzie zyskiwał na znaczeniu, ponieważ w starzejącym się społeczeństwie wzrasta liczba pogrzebów, a równocześnie coraz więcej osób nie ma prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego, a więc i do zasiłku pogrzebowego.

### **Streszczenie**

Następstwem śmierci człowieka jest konieczność pochowania jego ciała. Aby skorzystać z przysługującego im prawa do pochowania zwłok osoby zmarłej, członkowie jej rodziny muszą mieć zdolność do poniesienia związanych z tym kosztów, z obrzędem pogrzebu wiążą się bowiem poważne wydatki. Tekst omawia zasiłki pogrzebowe i inne świadczenia na pokrycie kosztów pogrzebu i upamiętnienia osoby zmarłej.

Słowa kluczowe: zasiłek pogrzebowy, pochowania zwłok, koszty pogrzebu, pogrzeb, świadczenia socjalne.

### **Abstract**

The consequence of the death of a man is the need to bury their body. To exercise their right to burial of the deceased, members of the family must have the ability to incur substantial costs associated with the burial rite. The paper discusses the funeral allowance and other benefits to cover funeral costs and to commemorate the deceased.

Keywords: funeral allowance, burial, funeral expenses, funeral, social benefits.

Artur Ławniczak<sup>1</sup>

## Umieranie państwa

Przemijanie jest nagminnym zjawiskiem w biosferze, konstytuowanej przez zróżnicowane ożywione organizmy, podlegające prawidłowości przemijania. Doświadczają go nie tylko pojedyncze osobniki, lecz także całe ich wspólnoty, padające ofiarą przyrodniczych katastrof. Los ten nie omija również gatunków, ustępujących miejsca innym, lepiej dostosowanym do zmieniających się naturalnych warunków. Ponoć właśnie dzięki temu onegdaj małe ssaki uzyskały na znaczeniu kosztem wielkich gadów odnajdywanych dzisiaj jako kopalne pozostałości zamierzchłych gigantów. Są one badane przez rodzaj ludzki, który zdominował Ziemię, tworząc na niej szereg państwowości, niekoniecznie naznaczonych znamieniem wieczności, choćby z tego powodu, że historia ludzkości, przynajmniej na tym Świecie, zapewne kiedyś też dobiegnie kresu i nie będzie miał kto konserwować istniejących monarchii czy republik, względnie tworzyć nowych. Wynika z tego, że wszystkie istniejące współcześnie państwa *nolens volens* podążają w stronę Wielkiego Zmierzchu, po nastaniu którego nikt, przynajmniej spośród ludzi, nie będzie mógł *sine ira et studio* zbadać zamkniętą już historię państwowości, na którą spoglądamy dzisiaj w trakcie jej dziania się, co z pewnością zaciemnia badawczy horyzont, ale pomimo to można naszkicować kilka uwag na temat upadku państwowości w skromniejszym wymiarze niż ten, jaki w mniej lub bardziej odległej przyszłości osiągnie zapewne tę formę kreatywności ludzkiego rodu, gdy przeminie ona wraz z nim albo i wcześniej, jeśli ludzkość, zgodnie z marksistowskim prorocstwem, odtworzy przedpaństwową wspólnotę pierwotną po ostatecznym wypełnieniu swej roli przez wszelakie organizacje typu państwowego.

Póki co, korzystając z danych, jakie mamy na aktualnym etapie rozwoju, możemy wśród nich wyróżnić te, które się wyróżniają daleko idącą

---

<sup>1</sup> Dr hab., Uniwersytet Wrocławski.

odpornością na nieustannie działające czynniki rozkładowe różnego rodzaju, w związku z czym ich obserwacja nie dostarczy nam wielu wniosków *à propos* prawidłowości dotyczących znikania państwowej postaci wspólnotowości z areny dziejów, w przeciwieństwie do znajdujących się w tej kategorii bytów podmiotów odznaczających się mniejszą odpornością, co skutkuje ich szybką anihilacją. Pośrednią odmianę natomiast będą stanowiły państwa, które co prawda podlegają rozkładowi, ale następnie wracają z niebytu, aby odtworzyć się w nowej postaci. Do tego trzeciego rodzaju potencjalnie należą w zasadzie wszystkie państwowości z dwóch poprzednio wymienionych zbiorów, gdyż nawet najbardziej długotrwałe trwanie może kiedyś dobiec końca, nieoznaczającego bynajmniej, że trzeba wykluczyć restaurację po okresie „hibernacji”. Wynika z tego, że kres dziejów państwa może być pozorny, gdy okaże się, że był on jedynie początkiem przejściowego stanu nieobecności w zinstytucjonalizowanej społeczności międzynarodowej.

Wynikałoby z tego, że nigdy nie występują dostatecznie mocne przesłanki upoważniające do orzekania, iż nastąpił definitywny *Finis Poloniae* lub jakiegokolwiek innego państwa, co oznacza, że agonia tego rodzaju ma relatywny charakter, skoro okazuje się, że Izrael może oficjalnie odtworzyć starotestamentową tożsamość prawnopolityczną poprzez ustanowienie, po upływie całego szeregu stuleci, bliskowschodniej republiki, będącej w urzędowej narracji kontynuacją dawidowego królestwa. Deklaruje się ciągłość pomimo tego, że odtworzona w innej epoce państwowość pod wieloma względami różni się od starożytnej, nienależącej do parlamentarizmu czy daleko zaawansowanej pantokracji.

Trudno żeby było inaczej, bo raczej nie jest możliwe dokładne skopiowanie zamierzchłej formy ustrojowej, z czego można by wnioskować, że można uznać ją za odłożoną do lamusa. Wszakże nie można wykluczyć, że ewentualnie wyłoni się ona w co nieco zmodyfikowanej postaci wówczas, gdy w znaczący sposób zmieni się postać świata i dzisiejsze prawnopolityczne dogmaty zostaną uznane za niesłuszne, co otworzy drogę dla sięgnięcia po „stare, sprawdzone wzorce”, dla jakich nie będzie alternatywy, jeśli nie pojawią się zupełnie nowe modele ustrojowe, na co specjalnie się nie zanosi, gdyż wydaje się, że „wszystko już było”. Oznacza to, że innowacyjność w zakresie tworzenia nowych form ustrojowo-państwowych ma i mieć będzie raczej przyczynkowski niż przełomowy charakter, bowiem wszystko wskazuje na to, że minął już czas wielkich prawnopolitycznych narracji, wskutek czego wypada

skonstatować, że zamarła na tym obszarze kreatywność w wielkim stylu, co nakazuje oczekiwać odtwarzania doskonale znanej monarchiczno-arystokratycznej, względnie republikańsko-demokratycznej filozofii władania państwem w mniej lub bardziej hybrydalnych względem przednowoczesnych inkarnacji tego „czteropaku” wersjach, będących układankami takich samych podstawowych elementów, podlegających przemalowaniu, wyrażającemu się w nomenklaturowych przeinaczeniach, nieskutkujących jednakże zaistnieniem jakościowych przemian.

Biorąc to pod uwagę, moglibyśmy dojść do wniosku, że mamy raczej do czynienia z przypominającym hinduistyczną reinkarnację kołowrotem wcieleń niż z judeochrześcijańską wizją konsekwentnego zastępowania jednych bytów przez inne, z których każdy obdarzony jest niepowtarzalną duszą, której nie odnajdziemy na gruncie prawnopaństwowym, jeśli będziemy spoglądać nań przez dogmatycznie ujmowany starożytno-oświeceniowy, nacechowany kosmopolityzmem pryzmat, nakazujący abstrahować od emocjonalnych konotacji państwowości. Wszakże przy spojrzeniu na nią w romantycznym, przepełnionym uczuciowością, ujęciu, kwestia ukaże się nam w odmienny sposób, gdyż dostrzeżemy przywiązanie obywatelsko rozbudzonych mas do traktowanego jako swoje zinstytucjonalizowanego Dobra Wspólnego, postrzeganego jako zmultiplikowana rodzinna zagroda, odziedziczona po praszczurach i przepełniona familijnymi sentymentami, nakazującymi unikać oceniania jej znaczenia na podstawie bieżącej rynkowej wartości. Gdyby kierować się takim czysto ekonomicznym kryterium, to wypadaloby w każdej chwili być gotowym na dokonanie radykalnej *непечнойку*, sprzedaży po korzystnej cenie lub wyburzenia, aby miejsce po „starej ruderze” wykorzystać z zyskiem dla siebie i uwolnionej od „reliktu zatęchłej przeszłości” ludzkości. Jednakowoż ta jej część, jaka jest uczuciowo związana z konkretną Ojcowizną, spogląda na nią przez zupełnie inne okulary, wskutek czego dostrzega w niej przede wszystkim wymykającą się wszelkim zobiektywizowanym szacunkom wartość, co sprawia, że anihilacja tak traktowanego państwa jawi się przywiązanym do niego mieszkańcom jako niepowetowana strata.

Jeśli tworzą oni jego znaczącą część, to mamy do czynienia z państwem narodowym, ogłoszonym w Wersalu na gruzach europejskich imperiów przez Wilsona *et consortes* za jedynie słuszny wzorzec, odpowiadający ludowładczym wymogom, propagowanym oficjalnie przez „zwycięskie zachodnie demokracje”. To propagandowe zwycięstwo



zasady samostanowienia narodów wypada interpretować jako napiętnowanie „złowrogich starych reżimów”, zwalczających niepodległościowe aspiracje emancypujących się ludów. Ich wola została uznana zatem za najistotniejszy czynnik państwowotwórczy, zastępujący „dynastyczny instynkt”, pozwalający w przeszłości Habsburgom, Romanowom czy Hohenzollernom na realizowanie wielkich politycznych projektów, legitymizowanych poprzez ich naznaczoną potężnym stężeniem Błękitnej Krwi tożsamość, niezwykle silnie odciskającą się na budowanych przez nich cesarstwach, pozostających w intymnym związku z panującymi, usilnie starającymi przedstawić się poddanym jako reprezentanci niezniszczalnego, dostojnie unoszącego się nad przemijającymi pokoleniami, przeglądającego się w olśniewającym blasku ich koron i szat Szlachetnego Pierwiastka, sprawiającego, że wierne ludy stawały się lepsze, a odchodzący w zaświaty mieszczanie czy chłopcy mieli nadzieję, że *in saecula saeculorum* ich progenitura będzie żyła pod berłem kolejnych „Najjaśniejszych Panów”.

Taka wizja patriarchalnej wspólnoty została zdruzgotana wskutek „karbonarskich knowań”, rozprzestrzeniających rewolucyjne przesłanie *gli uomi liberi sono fratelli*. W pozbawionym kosmopolitycznej otoczki wydaniu wzywało ono do tworzenia przepelnionych etnicznym braterstwem demokratycznych republik. Urzeczywistnianie tej wizji, zanim doprowadziło do rozkładu carskiej Rosji i rozpadu Austro-Węgier, skutkowało likwidacją rozlicznych włoskich i niemieckich państwowości, niejednokrotnie mających wielowiekowe tradycje, ustępujące miejsca zwycięskim nacjonalizmom, bezwzględnie rozpychającym się w poszukiwaniu „miejsca pod Słońcem”.

Widzimy więc, że każda państwowotwórcza idea, niezależnie od jej doktrynalnego zabarwienia, jest wcielana w życie, za wyjątkiem sytuacji polegającej na działaniu w zupełnie dziewiczych, pozbawionych politycznie zorganizowanych wspólnot ludzkich krajach, poprzez uśmiercanie tych małych monarchii czy republik, jakie nieopatrznie znalazły się na jej drodze lub rozrywanie wchodzących w smugę cienia imperiów. Oznacza to, że aktualna polityczna mapa świata jest zasłoną, skrywającą cmentarzysko dawnych państwowości. Pamięć o nich mogła już dawno ulec zatarciu lub ciągle być kultywowana, jak to miało miejsce w gettach, gdzie nieustannie wspomniano starotestamentowe dole i niedole żydowskich przywódców oraz organizmy polityczne, na czele których stali. Wskutek tych narracji biblijne państwo trwało w świadomości,

w przeciwieństwie do tych, które po upadku „czas zatarł i niepamięć”, a zatem dotknęła je podwójna śmierć, nie tylko w prawnopolitycznym wymiarze, ale również w kulturowym, jako że ich nazwy nie wzbudzają specjalnych emocji, prawie nikt o nich nie myśli i nawet specjalistom nie bardzo chce się zajmować „zasypanymi kurzem dziejów politycznymi truchłami”, deptanymi przez pochłoniętych bieżącymi problemami mieszkańców nowych państw, jakie najpewniej prędzej czy później spotka los wcześniej dotkniętych anihilacją poprzedników.

Pamiętając o tym, że zdiagnozowanie końca jakiejś państwowości nie musi być jednoznaczne z niepodważalną w dłuższym wymiarze czasowym konstatacją, wypada zastanowić się nad tym, czy w każdym przypadku takie stwierdzenie jest zupełnie słuszne w chwili jego wygłaszania. Byłoby dziwne, gdybyśmy zawsze mieli do czynienia z zupełnie klarowną sytuacją, niewzbudzającą niczyich wątpliwości. Będą one niejednokrotnie pojawiać się wówczas, gdy nie ograniczymy się do wysłuchiwania jednej narracji, zakładając, że przeważnie ma ona jednostronny charakter i nie odzwierciedla całego skomplikowania prawnopolitycznej materii. Zauważymy je np. wówczas, gdy porównamy oficjalne stanowisko władz Chińskiej Republiki Ludowej odnośnie Tybetu z wypowiedziami prominentnych przedstawicieli jego mieszkańców, którzy przebywają w Indiach i począwszy od 1949 r. konsekwentnie protestują przeciwko zajęciu Dachy Świata przez pekińskich komunistów, dochowując wierności Dalaj-Lamie, uważanemu przez tybetańskich buddystów za polityczno-religijnego przywódcę ich narodu i państwa. Jest on przyjmowany przez wielu prominentnych polityków, wspierających go w ten sposób w dziele przypominania globalnej opinii publicznej, że *noch ist Tibet nicht verloren*.

Dostrzegamy więc niejednoznaczność, polegającą na tym, że pomimo zajęcia terytorium państwa przez siły zbrojne silniejszego sąsiada, co umożliwiło jego aparatowi władania rozpoczęcie i sprawowanie administrowania na ziemiach państwowości traktowanej przez ekspansywny reżim jako niebyłą, kontynuuje ona swoją egzystencję poprzez działania ośrodka politycznego, jaki nie uznaje *fait accompli* i domaga się przywrócenia *status quo ante*. Trudno nie uznać co prawda, że emigracyjny rząd nie sprawuje realnego władztwa nad zajętą przez Kraj Środka ojczyzną, tym niemniej konstytuuje on pewną ułomną, pozbawioną tak istotnych elementów jak terytorium i zamieszkała na nim ludność, państwowość, mającą pomimo tych istotnych braków swoje jądro

w postaci władzy, cierpliwie czekającej na szansę powrotu do Lhasy. Oznacza to, że chiński komunikat o śmierci tybetańskiego państwa nie do końca odpowiada rzeczywistości, bowiem uosobienie jego teokratycznego przywództwa nie zaprzestaje samodzielnej politycznej aktywności, wyrażającej się m.in. w zorganizowaniu wyborów, które niedawno wyłoniły pierwszego w historii Tybetu prezydenta, co wypada interpretować jako „wyjście naprzeciw demokratycznym standartom, konsekwentnie naruszonym pod chińską okupacją”. Oznacza to, że według dominującej dzisiaj narracji funkcjonująca w co nieco widmowej postaci emigracyjna wersja tybetańskiej państwowości zademonstrowała moralną wyższość nad pekińskim reżimem, utwierdzając swe moralne prawo do restytucji niezależnego od Chińczyków władania nad rozległą podniebną wyżyną na północ od Himalajów, będącą terytorialnym substratem związanego z nią wielowiekową historią państwa, o którym w tej chwili można powiedzieć, że pomimo tego, iż zostało w bardzo poważny sposób zakwestionowane, co może się przyczynić do ewentualnego obumarcia w przyszłości, to jednakowoż póki co rozgłaszanie definitywnego zakończenia jego dotychczasowej historii jawi się jako zdecydowanie przedwczesne.

Powyższy przykład demonstruje regułę, polegającą na tym, że przesłanką konstatacji trwania państwowości pomimo utraty przez związaną genetycznie z nią władzą materialnego panowania jest zamieszkiwanie na terytorium niegdyś przez nią administrowanym zachowującej o tym pamięć ludności, odczuwającej swoją odrębność od innych etnicznych skupisk, co uprawnia do uznania jej za naród w kulturowym rozumieniu tego pojęcia. Może on w każdej chwili uzyskać polityczną rangę, jeśli wskutek zmiany koniunktury emigracyjny rząd otrzyma szansę powrotu. Jej zrealizowanie będzie interpretowane przez powracającą z wygnania władzę jako *restitutio in integrum*, czyli przywrócenie pożądanego stanu istnienia państwa w jego pełnej postaci, która okazała się być jedynie częściowo obumarłą, czy może raczej osłabioną podczas szczęśliwie zakończonej smuty.

W optymalnej, najprostszej wersji dobiega ona końca wraz z pojawieniem się na zamieszkaną przez rodaków ziemi podmiotu tożsamego z tym, jaki przestał sprawować władzę w ojczyźnie lub takiego, jaki jest jego legitymizowanym kontynuatorem, dziedziczącym poprzez krew lub w inny sposób prawo do zinstytucjonalizowanego władania. Pierwszy przypadek reprezentuje Edward Benesz, odzyskujący po kilkuletniej, wypełnionej II Wojną Światową, przerwie swój prezydencki gabinet

na praskich Hradczanach, bowiem zwycięstwo Wielkiej Koalicji rozstrzygnęło negatywnie o losie tymczasowej, jak się okazało, niesuwerennej państwowości, jaką był Protektorat Czech i Moraw, który ustąpił miejsca powracającej na swoje terytorium Czechosłowacji.

Zanim jeszcze rozciągnęła się ona na Słowację, jeden z urzędujących na nadweltańskim Zamku poprzedników Benesza, a mianowicie książę Brzetysław najechał w XI w. Polskę, co doprowadziło do wielkiego zamętu i upadku centralnej władzy, odbudowanej przez reprezentanta konstruującej ją w ponadpokoleniowym trudzie piastowskiej dynastii, jakim był Kazimierz Odnowiciel, obrazujący niebezpośredni, dokonany przez inną osobę niż ta, która straciła realne panowanie nad państwem, sposób odtworzenia jego przedkryzysowego kształtu, odzyskiwanego wskutek przywrócenia instytucjonalnych relacji między reemigrującą władzą a „uciskanym przez tyrańską samowolę i stęsknionym za nią wiernym ludem”.

Widzimy więc, że póki przebywa on na zasiedlonym przez praojców obszarze, stanowi żywą podstawę dla restytuowania państwowości w jej pełnym kształcie. Zdarza się, że mamy z nią do czynienia także wówczas, gdy nie ma ciągłości między niegdysiejszą władzą a tymi, którym przypadł w udziale los odtwarzania w stołecznym mieście rodzimej władczości. Odtwarza się ona, jak pokazują choćby polskie dzieje, wówczas, gdy pojawiają się, jak podczas I Wojny Światowej, sprzyjające okoliczności, generujące autorytety, jakie obejmują najważniejsze stanowiska w tworzonym na nowo aparacie władzy publicznej. Składa się on z ludzi, którzy, podobnie jak pozostali rodacy, legitymizują rządzących poprzez swoją aprobatę, zachęcającą z pewnością zagranicznych przywódców do zaakceptowania odradzającego się państwa.

W polskim przypadku podobno konsekwentnie było ono uznawane przez Ottomańską Portę i Persję także wtedy, gdy zostało rozebrane przez ościenne potencje. Oznaczałoby to, że nie mieliśmy do czynienia z pełnym zaaprobowaniem przez zinstytucjonalizowaną społeczność międzynarodową faktu anihilacji Rzeczypospolitej na drodze rozbiorów i późniejszej degradacji Królestwa Polskiego do rangi zwykłej prowincji Imperium Romanowów. Nad Bosforem i na Wyżynie Irańskiej wciąż oczekiwano na posłów z Lechistanu, którzy w końcu przybyli do Carogrodu i Teheranu, reprezentując ustrojowo odmienioną Polskę. Wiara orientalnych przywódców w przewyciężenie przez nią przejściowych trudności okazała się prorocza, potwierdzając przekonanie

co do potrzeby wstrzymywania się z wyrokowaniem ostatecznego końca jakiegokolwiek bytu państwowego, mogącego ponownie zjawić się niczym *deus ex machina* pomimo tego, że złowrodzy moźni świata tego nie omieszkali już dawno pogrzebać go na amen.

Udowodnienie myłności takiego przekonania jawi się jako trudniejsze wówczas, gdy nie tylko na ojczystej ziemi nie ma zanurzonej w emigranckiej melancholii lub w ogóle nieistniejącej własnej władzy, ale na dodatek również lud wyemigrował, ustępując miejsca obcojęzycznym przybyszom. Hebrajski przypadek nakazuje jednak uznać, że nawet to nie stanowi przeszkody nie do pokonania, jeśli istnieje wola polityczna, nakierowana na zrealizowanie planu powrotu do zamieszkałych niegdyś przez przodków miast i wiosek, aby następnie zorganizować repatriantów w strukturę o charakterze państwowym, nazwaną na cześć starotestamentowego patriarchy Izraelem. Trwał on w genach i modlitwach jego biologicznego, względnie duchowego potomstwa, zachowującego pamięć o eponimie i pozdrawiającego się rytualnie pod sklepieniami bóżnic zrytualizowanym zwrotem: „W przyszłym roku spotkamy się w Jerozolimie”. Życzenie to wyrażało zbiorową tożsamość Narodu Wybranego, stanowiącego emocjonalną całość pomimo rozproszenia. Nie było ono jednak zupełne, gdyż istniały konfesyjne gminy, umożliwiające żydowskim wspólnotom kultywowanie zbiorowej pamięci, ogarniającej państwowotwórcze wyczyny patriarchów, sędziów i królów. Owa zapisana w Biblii narracja stanowiła natchnienie dla nowożytnych syjonistycznych teoretyków, przetwarzających ją w ideologiczną hagdę, uzasadniającą konieczność ponownego zajęcia Ziemi Obiecanej przez „niezlomny szczep dawidowy”, co też się stało, pokazując wszem i wobec, że obrabowany kiedyś z odrębnego politycznego bytowania, lecz utrzymujący swą odrębność „naród bez ziemi” stanowi podmiot, w jakim uparcie *in potentia* przebywa państwo, wciąż żywe w zmitologizowanych opowieściach o wielkich czynach dawnych władców, będących natchnieniem dla ewentualnych wskrzesicieli zinstytucjonalizowanej państwowości, której władcy nie omieszkają przedstawiać ją jako oficjalną kontynuację poprzedniej wersji, będącej inkarnacją niezmiennego w swej istocie państwowotwórczego zamysłu, mogącego podlegać uspieniu, ale tylko po to, żeby ze wzmożoną siłą dać znać o sobie.

Okazuje się zatem, że póki trwa wspólnotowa pamięć o utraconej państwowości, to może być ona wystarczającą przesłanką do jej odzyskania nawet wtedy, gdy nie funkcjonuje emigracyjny rząd, a rodzime

terytorium jest zamieszkiwane przez inne ludy, których wykształceni przedstawiciele mogą przekonywać, że mają większe prawo do spornego obszaru, gdyż ich przodkowie zasiedlali go być może przed wszystkimi innymi, a przynajmniej przed tymi, którzy chcą przywrócić swoją państwowo potwierdzoną obecność na niegdyś opuszczonej ziemi. Tak miało być w przypadku Palestyńczyków, doszukujących się genetycznych więzów z biblijnymi Filistynami. Jeśli staniemy na gruncie tego poglądu, to uzyskamy mocny dowód na rzecz prawdziwości przekonania o możliwości nawiązania do każdego przekazu o onegdajszym zorganizowanym politycznie bytowaniu jakiegoś etnosu, przysypanym następnie co prawda wiekami nieobecności na arenie dziejów, ale czekającym niespiesznie na to, aby zostać przypomnianym, gdy nadejdzie właściwy czas. Pamięć o domniemaniu rdzennych Palestyńczykach utrzymywała się przez wieki dzięki Staremu Testamentowi, na którego kartach występują oni raczej w roli sprzeciwiających się działaniom Narodu Wybranego czarnych charakterów, no ale przecież „lepiej, żeby źle pisali o nas niż wcale”. Jeśli spojrzeć na biblijne teksty nie jako na natchnione, otoczone aurą nadzwyczajności przekazy, wówczas łatwo w nich dostrzec dyskryminujące wszystkich tych, którzy przeciwstawiają się żydowskiej ekspansji przesłanie, nacechowane krzywdzącym subiektywizmem, sprawiającym, że przedstawia się w niewłaściwym świetle „bohaterską obronę prastarych ojcowizn”. W tym wypadku liczba mnoga jest wskazana, ponieważ według biblijnych i innych źródeł Filistyni nie stworzyli jednej organizacji politycznej, natomiast istniało szereg niezależnych od siebie miast-państw. Doczekały się one unifikacji w XX stuleciu, gdy „syjonistyczna przygoda” spowodowała reakcję w postaci uświadomienia sobie przez nieżydowskich mieszkańców Ziemi Świętej własnej specyfiki, *ergo* odrębności od reszty świata arabskiego. Doszło więc do odtworzenia biblijnego schematu izraelsko-filistyńskiej rywalizacji. Jej starotestamentowy opis zgalwanizował poczynania ideowych potomków obu stron konfliktu, przekształconych w odpowiadające wymogom nowożytnego nacjonalizmu podmioty, będące zmodernizowanymi odpowiednikami swoich archaicznych prototypów. W palestyńskim przypadku miał on rozproszoną postać, w związku z czym można uznać, że każde konstytuujące kananejskie *Pentapolis* starożytne państewko stanowi zarodek, jaki przejściowo obumarł po to, aby współtworzyć nowoczesną syntezę, którą jest Autonomia



Palestyńska, będąca na najlepszej drodze do uzyskania statusu „bezspornie uznawanego przez społeczność międzynarodową państwa”.

Posiada już ono wszystkie trzy elementy jellinowskiej triady, złożonej z władzy, ludności i terytorium, traktowanych jako podstawowe wyznaczniki typowej, pełnej państwowości. Spośród nich terytorium wydaje się być czymś najbardziej trwałym, istniejącym niezależnie od politycznych zawirowań, mogących skutkować upadkiem państwowości i exodusem jego ludności. Może ona zabrać z sobą trochę ziemi na pamiątkę, ale nie spowoduje to znaczącego uszczerbku dla porzucanego przez nią obszaru, z czego wynika, że terytorium jest zazwyczaj najbardziej naturalnym państwowotwórczym czynnikiem, stanowiącym fizycznogeograficzną podstawę, na której ludzie stawiają swoje polityczne konstrukcje. Mogą oni dokonywać w niej przekształcających krajobraz zmian, przyczyniających się czasem do upadku przesadnie cywilizowanych, za bardzo oddalonych od natury struktur, tym niemniej zasadnicza tożsamość Matki-Ziemi, używającej niespokojnemu rodzajowi ludzkiemu swej powierzchni dla społeczno-politycznych eksperymentów, pozostaje niezmienna. Taka jest ogólna reguła, natomiast zdarza się czasem jednak, że terytorium rośnie wraz z państwowością, czego najbardziej znanym przykładem jest Holandia, która wydarła morzu sporą część swojego dzisiejszego obszaru, stworzonego zatem w dużej mierze przez ludzi, permanentnie chroniących swe poldery przed zalaniem, jakie nastąpiłoby, gdyby ustała zorganizowana działalność mieszkających na „niskich ziemiach” mężczyzn i kobiet, z niepokojem wysłuchujących wieszczących wzrost globalnego poziomu wody w morzach i oceanach prognoz. Gdyby doszło do ich spełnienia, wówczas być może Królestwo Niderlandów zostałyby pozbawione tych terenów, które ponownie znalazłyby się pod wodą. Stanowi ona jeszcze większe zagrożenie dla egzotycznych państw, takich jak Malediwy czy Nauru, które położone są na niewiele wystających ponad poziom morza koralowych atolach. W ich przypadku perspektywa względnie trwałego znalezienia się pod wodą całego terytorium jest bliższa realizacji. Jej spełnienie uczyniłoby z nich jakieś nowożytnie inkarnacje Atlantydy, pozbawione suchego gruntu pod stopami ludności wskutek mniej lub bardziej gwałtownych katastrof, stawiających pod dużym znakiem zapytania możliwość dalszego trwania zorganizowanego życia społeczno-politycznego na nawiedzonych przez nie obszarach, jakie domniemanie pogrążą się w morskich odmętach.



Urzeczywistnienie takiego scenariusza stałoby się dużym wyzwaniem dla przywódców tonących państw, pozbawionych najbardziej namacalnego i trwałego wymiaru swej egzystencji, ale niekoniecznie musiałyby doprowadzić do zupełnego ich rozpadu. Władze mogłyby się wraz z ludnością przenieść na stały ląd i przekształcić w ośrodki polityczne, będące odpowiednikami znanych z politycznych dziejów ludzkości rządów na wygnaniu, z tym, że w tym wypadku prześladowczym podmiotem nie byłyby inne państwa, lecz natura. Istnieje jednakże inny wariant, który stanowiłby powtórzenie wydarzenia, jakie miało zapoczątkować powstanie Wenecji. Mianowicie zagrożona przez najazdy barbarzyńców ludność znad wybrzeży północnego Adriatyku przeniosła się na wodę, zamieszkując w postawionych na palach domostwach, których skupisko stało się załóżkiem *Serenissimy*. Manewr ten mógłby zostać dość łatwo powtórzony w przypadku przemiany malediwickich czy innych wysp w płyčizny, zachęcające do wykorzystania ich jako podwodnego oparcia dla budowlanych konstrukcji. Nawet jednak większe głębokości nie muszą być przeszkodą nie do pokonania, gdyż powstają już przecież platformy wiertnicze na akwenach, gdzie dno znajduje się dobrych kilkadziesiąt metrów pod powierzchnią wody. Dochodzi już zresztą do przypadków proklamowania niepodległości przez właścicieli tego rodzaju obiektów, traktujących je jako zmodernizowaną wersję tradycyjnie rozumianego terytorium.

Wynika z tego, że utrata położonego na kontynencie względnie wyspie lub wyspach suchego lądu nie musi pociągać za sobą destrukcji państwowości, gdyż może ona podjąć wysiłki skierowane w stronę wykreowania sztucznego terytorium lub też skoncentrować się na organizacyjnych przedsięwzięciach, demonstrujących prężność podmiotu, jaki nie poddaje się losowi pomimo doświadczenia traumy w postaci konieczności opuszczenia obejmowanych niegdyś władaniem organizacji terenów, a zatem kontynuuje swoją działalność, uznawaną za permanentnie potrzebną niezależnie od fluktuujących warunków. W taki scenariusz doskonale wpisują się joannici, ponieważ Zakon Świętego Jana zachowuje swoją podmiotowość, powiązaną onegdaj z terytorialnością niezależnie od tego, czy na aktualnym etapie rozwoju współkonstytuuje ona jego tożsamość, czy niekoniecznie.

Najpierw owa monastyczna struktura pojawiła się w Ziemi Świętej jako jeden z rycerskich zakonów. Później przeniósł się on na Rodos, gdzie doszło do ukonstytuowania się klasycznie trójelementowej

państwowości, która uległa osmańskiej nawale, skutkującej koniecznością przeprowadzenia się na Maltę, aby odtworzyć tam rodyjski wzorzec w postaci insularnej teokracji. W swojej ewidentnie chtonicznej postaci doczekał się on likwidacji wówczas, gdy położona w centrum Śródziemnomorza wyspa została zajęta przez angielskich wyspiarzy, co zmusiło rycerzy św. Jana do opuszczenia podległego im obszaru. Owa emigracja nie spowodowała jednak anihilacji Zakonu, istniejącego do dzisiaj i utrzymującego dyplomatyczne stosunki z wieloma podmiotami prawa narodów, w tym również z Polską, traktującą go, podobnie jak szereg innych państw, jako równorzędny byt, umieszczany w tej samej kategorii pomimo tego, że zasadniczo został wyzuty z terytorialności. Co prawda w szczątkowej postaci przetrwała ona w rzymskiej siedzibie Zakonu i nielicznych innych posiadłościach, ale generalnie joannici działają poza tym niewielkim *residuum*, w niewielkim stopniu determinującym tożsamość ich wspólnoty. Utrzymuje się ona, również w prawnopolitycznym wymiarze, pomimo utraty niegdysiejszej terytorialnej podstawy, którą wypada uznać w takim stanie rzeczy za niekonieczny składnik nowożytnej państwowości.

Przedstawione przykłady pokazują, że mogą istnieć niepełne postacie państwa, pozbawione niektórych elementów klasycznej państwowości, co wypada interpretować jako częściowe obumarcie. Pomimo to jednak podmioty te uparcie trwają w ułomnej formie lub odtwarzają się w niej względnie w bardziej całościowym kształcie po okresie niebytu, który trudno uznać za absolutny, skoro okazuje się być jedynie tymczasowym. Znaczenie występowania takich sytuacji może być jednak umniejszane wskutek uznawania je za szczególne, marginalne wypadki, uwydatniające standartowość zdecydowanej większości „normalnych państw”, spełniających europejskie i globalne kryteria.

Jednakże, jak się przyjrzymy współczesnej rzeczywistości prawnopolitycznej, to zauważymy, że państwowość w wielu miejscach świata podlega przekształceniom, sprawiającym, że pomału zdaje się odchodzić w przeszłość taka jej postać, jaka jeszcze niedawno uchodziła np. w Polsce za ostateczną, stanowiącą ukoronowanie długiego rozwoju, polegającego na przechodzeniu od jednych form „najpoważniejszej organizacji politycznej rodu ludzkiego” do innych. Ewolucja ta doprowadziła do powstania suwerennego państwa narodowego, stanowiącego podstawę Systemu Wersalskiego, syntetyzującego wewnętrzne ludowładztwo z panowaniem w kontynentalnym, a z czasem globalnym

wymiarze, unarodowionych mas, wyzwolonych ostatecznie z imperialnego ucisku, który został przewyciężony dzięki walce uświadomionego plebsu. Dojrzał on do tego, aby stać się zbiorowym podmiotem władzy suwerennej, organizującym się w reprezentujące jego interesy, przesycone Sprawiedliwością, Wolnością i Równością państwo, będące najdoskonalszym, głęboko przesiąkniętym heglowskim Duchem Historii, konstruktem w politycznych dziejach ludzkości.

W naszych czasach daje się zauważyć rosnące negowanie tego paradygmatu, rozpływającego się w wielość ponadnarodowych struktur, relatywizujących znaczenie państwowości, pozbywających się swoich postmediewalnych cech wskutek ponowoczesnych przemian, zdających się zmierzać w kierunku dialektycznego odtwarzania przeszłości w dostosowanych do wymogów aktualności formach. Powstają one w procesie eurointegracji, prowadzącym do tworzenia ponadpaństwowych struktur, których istnienie nie sprawia jednak, że możemy z pełnym przekonaniem twierdzić, iż nadchodzi czas wyrazistego Europaństwa, jednoznacznie pochłaniającego konstytuujące UE polityczne twory.

Zachowują one wciąż ograniczoną samodzielność, ale z drugiej strony muszą respektować brukselskie wymogi. Odnoszą się one niejednokrotnie do niezwykle szczegółowych zagadnień, wzbudzających szczególne zainteresowanie wspólnotowych biurokratów. Muszą oni jednak z kolei brać pod uwagę interesy państw członkowskich, zwłaszcza rzecz jasna najważniejszych spośród nich. Dominują one nad „mniejszymi braćmi”, ale nie prowadzi to do ich aneksji, zastępowanej zacieśnianiem stosunków, mających charakter przypominający średniowieczne relacje między suzerenem a wasalem. Na dodatek lansuje się regionalizm, ożywiający przednowoczesne tożsamości, które zostały stłamszone przez ekspandujące państwa narodowe, dzisiaj stające w obliczu nacisków idących zarówno z unijnej centrali, jak i z wnętrza tracących z trudem wykutą spójność własnych państwowości.

Jeśli uznamy zatem, że jej jakobiński model, odznaczający się zuniformizowaną w niezwykle poważnym zakresie tożsamością, będącą *le dernier cri* oświeconej nowoczesności, stanowi szczytowe państwowotwórcze osiągnięcie, to wypada uznać, że odchodzenie od niego oznacza schyłek, wejście w strefę cienia, zapełnioną zgalwanizowanymi relikdami „ciemnej i ponurej przeszłości”, jaka na nowo wychynęła po utracie przez Europejczyków wiary w siebie. Kryzys ów znajduje w sferze prawnopolitycznej wyraz w narastaniu deficytu zaufania do tracącej

wyrazistość państwowości, której porewolucyjna postać ewidentnie gąśnie, podmywana przez ekspansję struktur, których istoty nie można ująć w nieskomplikowanych definicjach. Mają one zarówno międzynarodowy, jak i wewnątrzpaństwowy zasięg, a ich tożsamość bywa zakorzeniona w gospodarce, kulturze względnie religii, co sprawia, że ich napór ma wieloaspektowy charakter, co niezwykle utrudnia skuteczną obronę przed zróżnicowanymi zagrożeniami.

Szczególnie są one widoczne tam, gdzie niegdyś znajdowały się europejskie kolonie. Po uzyskaniu przez nie niepodległości daje się zauważyć, zwłaszcza w Afryce, że niejednokrotnie dochodzi w nich do regresu, polegającego na obniżeniu jakości usług świadczonych przez publiczne władze, nie bardzo będące w stanie utrzymać pozostawioną przez Europejczyków infrastrukturę. Trudno się temu dziwić, skoro większość fachowców opuściła emancypujące się kraje, czując się zagrożonymi wskutek wzrostu temperatury międzyplemiennych konfliktów, ongiś dość sprawnie tłumionych przez kolonialistów, perfidnie posługujących się starą maksymą *divide et impera*. Po wybiciu się na niepodległość przyszedł czas na wyrównanie rachunków między skłóconymi wspólnotami. Są one traktowane niezwykle poważnie na terenach położonych wewnątrz granic sztucznie wyznaczonych przez rywalizujące z sobą zamorskie potencje. Poczucie ogólnopaństwowej jedności jest w nich słabo rozwinięte, zdecydowanie pozostając w cieniu trybalizmu, przekształcającego rzeczywistość społeczno-polityczną w permanentną międzyplemienną rywalizację, z łatwością przekształcającą wybory w zbrojny konflikt, stanowiący wszak sprawdzony sposób dochodzenia swych racji. Z ochotą uciekają się do niego ludzie, którzy nie ufają instytucjom sformalizowanej władzy. Nie mają one przecież miejscowego rodowodu, będąc „brzemieniem białego człowieka”, traktowanym przez krajowców jako uwierający kaftan bezpieczeństwa, przeszkadzający im żyć tak, jak czynili to przodkowie, zanim nie przybyły „zamorskie diabły” ze swoimi wynalazkami, wśród których znalazła się także europejska koncepcja państwa. Skutek jej propagowania na Czarnym Lądzie jest taki, że wiele byłych kolonii wypada uznać za „teoretyczne państwowości”, rozrywane przez odśrodkowe tendencje, odzwierciedlające pragnienia aktywnych Afrykańczyków. Z lubością zanurzają się oni w rzeczywistości, postrzeganej z europejskiej perspektywy jako „jądro ciemności”, multiplikujące się w wielu miejscach, położonych na południe od Morza Śródziemnego, takich jak Somalia lub Libia.

Wydaje się, że dochodzą tam do głosu tożsamości, które zostały stłumione podczas europejskiego panowania, ale nie udało się ich wyeliminować w imię europocentrycznego narzucania obcych wzorców ustrojowych, traktowanych jako bezalternatywne przez zadufanych imperialistów, wierzących w atrakcyjność swoich propozycji, mających uszczęśliwić podbijane ludy. Warunkiem sukcesu tego przedsięwzięcia była zmiana paradygmatu cywilizacyjnego, wyrażająca się w bezwarunkowym uznaniu przez kolorowe ludy słuszności wyrzeczenia się własnej tożsamości, złożonej na ołtarzu Powszechnego Progresu, bezkompromisowo niwelującego „reakcyjne zaszłości”, przeszkadzające w globalnym krzewieniu takiej wersji państwowości, jaka stała się kanoniczną na „bogatej Północy”.

Jej przeszczep udał się w niewielkim stopniu, ale za to kolonizacja niewątpliwie zmniejszyła dystans między niegdyś ekspansywnymi państwami a opanowanymi przez nie obszarami, co sprawiło, że ludność z kolonii zaczęła masowo napływać do niegdysiejszych metropolii, przenosząc do nich swój sposób życia. Owa masowa migracja doprowadziła do powstania na obrzeżach europejskich aglomeracji rozrastających się społeczności, tworzonych przez zamorskich przybyszów, niechętnie akceptujących społeczno-polityczne wzorce znajdujących się w ideologicznej defensywie tubylców, intensywnie przeprasających za spowodowane przez Kolumba i jego następców „niepowetowane krzywdy”. Mszczący się za nie „potomkowie niegodnego Chama” uzyskują w kształtowanych przez polityczną poprawność ideologicznych ramach pozycję równą pograżonym w samodestrukcji potomkom konkwistadorów, uznających w ramach globalnej egalitaryzacji wartość figury Kalibana, co sprawia, że kojarzone z nim postacie wspólnotowości nie są poddawane ostrej krytyce, gdyż zostałyby ona napiętnowana jako rasistowska.

W takim stanie rzeczy prekolumbjskie formy zbiorowego bytowania oprócz tego, że przeżywają ponowny rozkwit na zdekolonizowanych obszarach, to na dodatek rozkrzewiają się tam, skąd onegdaj wyruszały zaoceaniczne podboje. Ludzie z Trzeciego Świata dokonują spontanicznej rekonkwisty, pokazującej, że zguba ich plemiennych organizmów politycznych była pozorna czy też względna, bowiem rekonstruuje się one w postaci podmiotów implantowanych w obumierające struktury europejskich monarchii względnie republik.

Coraz bardziej przypominają one starożytne *Imperium Romanum*, znikające pod naporem dynamicznych barbarzyńców. Ich poczynania jawiły się zmęczonym cywilizacyjnym przesytem dekadentom jako wybitnie antypaństwowe poczynania, nieuchronnie prowadzące do Zmierzchu Zachodu, skutkującego nastaniem nieokiełznanej anarchii. Jednak historia pokazała, że nastąpiły nowe, średniowieczne porządki, ustanawiane przez cisalpejskich władców, którzy wraz ze swymi wojownikami opanowali zachodnią Eurazję. Przekształcili oni jej prawnopaństwowe oblicze, sprawiając, że pomimo poważnego kryzysu, spowodowanego rozpadem dotychczas dominującego Mocarstwa, ludzkość w dalszym ciągu żyła w obrębie zorganizowanych wspólnot, przy czym liczne spośród nich z czasem weszły w skład odnowionego Cesarstwa, co zazwyczaj nie łączyło się z utratą przez nie państwowego charakteru, niejednokrotnie zachowanego do dzisiaj, kiedy to ponownie bezpośrednio lub pośrednio współstanowią kolejną wersję okcydentalnej integracji.

Jej zinstytucjonalizowany płód zdaje się być pod wieloma względami poronionym już na starcie przedsięwzięciem obciążonym ideologicznym mizmaszem oraz biurokratycznym obciążeniem godnym schyłkowego etapu rozwoju, na jaki przypuszczalnie wkroczyła „euroatlantycka cywilizacja”, z uporem godnym szlachetniejszej sprawy zwalczająca swoje tradycyjne walory. Jeśli diagnoza ta jest trafna, to wypada przewidywać, że UE czeka los, przypominający występujący wśród niektórych gatunków fauny, takich jak np. meksykański aksolotl, paradygmat zatrzymanego rozwoju, sprawiający, że organizm nie wychodzi z larwalnego stadium. Do opuszczenia go potrzebna jest wynikająca z wiary w siebie siła, która nie pojawi się w ponowoczesnym klimacie wszechogarniającego relatywizmu. Nie ma w nim miejsca na charyzmatyczny heroizm, niezbędny do tego, aby rozbudzać państwowotwórcze instynkty, nakazujące przedkładać dążenie do imperialnej sławy ponad doraźny konsumpcjonizm. *De facto* jest on wiodącą pseudoreligią Europrojektu, znaczącego swoją przestrzeń już nie katedrami, lecz zastępującymi je w roli symbolicznych dominant megamarketami.

W ich cieniu dochodzi do rozkładu państw narodowych, zastępowanych przez polimorficzne struktury, niemogące pomimo najbardziej nawet usilnych starań uciec od państwowego pierwiastka, obecnego w każdej organizacji społeczno-politycznej, a więc również takiej, jaka współtworzy wybitnie upolitycznionego europejskiego Molocha, będącego konglomeratem „ułamnych, zamierających ponowoczesnych



państwowości”. Obok nich pęcznią zarodki alternatywnej przyszłości kulturowo-politycznej, potwierdzającej zapewne słusność starych prawd, wśród których trzeba umieścić regułę względnego umiarkowania państwowości oraz zbliżonych do niej charakterem podmiotów. Na ich miejsce pojawiają się nowe lub są one pochłaniane przez konkurencyjne byty, mogące, jak w przypadku Kraju Środka, przywozić na myśl wiecznotrwanie. W każdym razie nie zanoszą się na spełnienie leninowskiej wizji obumierania państwowości, gdyż dywersyfikujące ludzki ród klasowe i inne sprzeczności nie mają zamiaru zanikać, co sprawia, że państwo wciąż jeszcze wydaje się mieć przed sobą długotrwałą przyszłość, niezbędną do tego, aby „antagonistyczne grupy społeczne nie pożarły się nawzajem”. Marzenie o warunkowanym przez likwidację własności prywatnej generalnym ulepszeniu ludzkości wciąż nie ma zamiaru się spełnić, co sprawia, że w dalszym ciągu będą umierać poszczególne państwowości, ale jako powszechny fenomen pozostanie ona wiernym towarzyszem ludzkości. Gdy ludzki ród wkroczy w okres „przemijania Ziemi i wypełniania się Czasu”, wówczas objawi się w pełnej krasie *Civitas Dei*, zaprzeczając swym doskonale niebiańskim kształtem społecznego bytowania wszelkim pogłoskom o kryzysie państwowości, która po Końcu Historii uwolni się w chrześcijańskim scenariuszu od nieuchronnych „na tym łoż padole” ułomności. Inaczej rzecz ujmując, wszystkie państwa, niezależnie od dywersyfikujących je ustrojowych odmienności, ostatecznie zakończą swoją egzystencję, aby ustąpić miejsca Królestwu Niebieskiemu, mającemu trwać *per saecula saeculorum*. Przesłanie to niekoniecznie jest zgodne z wizjami przedstawianymi przez inne konfesje, ale nawet przyjęcie ateistycznej perspektywy nie musi prowadzić do jednoznacznego skonstatowania nieuchronności definitywnego rozstania się w przyszłości z fenomenem państwowości. Nietrudno przecież wyobrazić sobie, że będzie on unosić się w kosmicznych przestrzeniach jako klasyczna platońska idea, wiecznotrwale obecna we Wszechświecie niezależnie od tego, czy ma ją kto podziwiać i ewentualnie materializować. Koncepcja ta może się podobać lub przygnębiać, przy czym ci, w których wzbudza ona odruchową niechęć, nie bardzo są w stanie dokonać jej destrukcji, gdyż nawet najbardziej nienawidzący etatyizmu anarchista nie znajdzie sposobu, aby udowodnić jej niesłusność, *ergo* nie jest możliwe uśmiercenie państwa rozumianego jako idea.



## Streszczenie

Przemijanie jest dość rozpowszechnionym fenomenem, typowym dla żywych organizmów, do których sensu largo należą najrozmaitsze konstytuowane przez ludzi organizacje, w tym także państwa. Polityczna historia ludzkości potwierdza to przekonanie, ponieważ odnajdziemy w niej mnóstwo dzisiaj już nieistniejących państwowości. Z drugiej strony jednak napotkamy nie tylko chiński przykład długowiecznego państwa, ale również izraelski casus, pokazujący, że może dojść do wskrzeszenia obumarłego przed szeregiem stuleci bytu państwowego, jeśli pojawi się wola polityczna i zaistnieją warunki umożliwiające jej realizację. Pomimo sukcesu tego przedsięwzięcia generalnie obserwujemy uwiad, przynajmniej w Europie, państw opartych na zasadzie narodowej, ale nie musi to bynajmniej oznaczać, że będziemy mieć do czynienia z wieszczonym przez Lenina globalnym obumieraniem państwowości, gdyż zdaje się ona charakteryzować dużą siłą przetrwania, pozwalającą jej na dostosowywanie się do nowych okoliczności, dzięki czemu permanentnie obecne w świecie idee wyobrażenie Doskonałego Państwa może przyjmować najrozmaitsze postacie zgodnie z przesłaniem *fluctuat nec mergitur*.

Słowa kluczowe: państwo, umieranie, trwanie, wskrzeszanie, Lenin, Platon, idea.

## Abstract

Transitoriness is very popular phenomenon, typical for living organisms. We can sensu largo also treat political organisations as such mortal beings. Political history of mankind confirmates this hypothesis, because there are many examples of fallen states. But from the other side not only exists from thousands years chinese statehood, but also you see israelian casus, which demonstrates, that it is possible to resuscitate state after period of many ages, if appears political will together with favourable conditions. But generally in this period it's rather evident, at least in Europe, that national state collapses. This constatation however does not means, that we observe the global processus of state's necrosis, because statehood has the great large of survival, so imagination of Perfect State,

permanent present in the world of ideas, can steadily to exist as real political organisation in many different forms, in accordance with device fluctuat nec mergitur.

Keywords: state, dying, continuing, reviving, Lenin, Platon, idea.

Володимир Євгенович Макода<sup>1</sup>

**Проблемы охраны и защиты личных  
(неимущественных) прав интеллектуальной  
собственности после смерти автора.  
Гражданско-правовой аспект.**

Согласно ст.13 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» от 23.12.1993 года, автору принадлежат следующие личные (неимущественные) права: требовать признания своего авторства, упоминания его имени в связи с использованием произведения, если это практически возможно; запрещать упоминание своего имени, если он как автор произведения желает остаться анонимом; выбирать псевдоним (вымышленное имя) в связи с использованием произведения; противодействовать любому извращению, искажению или иному изменению произведения или любому другому посягательству на произведение, что может повредить чести и репутации автора; на обнародование произведения.

Авторское право на произведение возникает в результате факта (материального выражения) создание произведения и начинает действовать с момента его создания. Причем любой регистрации для этого не нужно.

Авторское право охраняется в течение жизни автора и 70 лет после его смерти, если иное не предусмотрено законодательством.

Согласно ст. 15 Закона к имущественным правам автора (или другого лица, имеющего авторское право), относятся: исключительное право на использование произведения и исключительное право на разрешение или запрет использования произведения другими лицами.

Исключительные права могут наследоваться как гражданами, так и юридическими лицами (организациями).

---

<sup>1</sup> К.ю.н., доц., Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка (doc. dr, Kijowski Narodowy Uniwersytet im. Tarasa Szewczenki).

Очередность наследования по закону определяется ГК Украины.

Исключительные права наследуются не только автором, но и другим правообладателем, который на момент смерти обладал такими правами, например, на основании договора с автором. Поэтому наследуется именно тот объем исключительных прав, который принадлежал умершему лицу.

Если на момент смерти автора какие-то его исключительные права на произведение были переданы другому лицу (например, по договору), эти права не включаются в состав наследственной массы и не переходят по наследству. В течение 70 лет после смерти автора эти переданные права будут принадлежать их правообладателю, который в свою очередь сможет передавать их по наследству своим наследникам. То есть, если на момент смерти автора, права на воспроизведение и перевод какого-то произведения принадлежали издательству, эти права не перейдут в наследство наследникам автора.

Срок действия авторского права, после смерти автора и сроки, установленные частями третьей-седьмой статьи 28 Закона, начинаются со дня смерти автора или со дня наступления событий, предусмотренных в указанных частях, но отсчитываются с 1 января года, следующего за годом смерти и годом, в котором имели место указанные события (ч. 9 ст. 28 в редакции Закона № 850-IV [850-15] от 22.05.2003).

Хотим отметить, что на произведения, созданные в соавторстве (два и более авторов), авторские права охраняются в течение жизни соавторов и 70 лет после смерти последнего соавтора. Авторское право на произведение, созданное в соавторстве, принадлежит всем соавторам независимо от того, составляет такое произведение одно неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение (статья 13 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах»). Учитывая это, наследование будет осуществляться после смерти каждого из соавторов наследниками соответствующего соавтора.

Авторское право на произведения посмертно реабилитированных авторов действует в течение семидесяти лет после их реабилитации (статья 28 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах»). То есть датой отсчета срока охраны будет дата реабилитации физического лица. Для получения свидетельства о праве на

наследство после смерти реабилитированного необходимо соответствующее решение Комиссии по вопросам восстановления прав реабилитированных, которое должно содержать сведения о составе наследственного имущества.

Законодательством определены случаи начала срока действия имущественных прав интеллектуальной собственности на произведение после смерти автора (статья 28 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах»): 1) авторское право на произведение, впервые опубликованное в течение тридцати лет после смерти автора, действует в течение семидесяти лет от даты его правомерно опубликования; 2) любое лицо, которое по истечении срока охраны авторского права в отношении необнародованного произведения впервые его обнаружит, пользуется защитой, являющейся равноценной защите имущественных прав автора. Срок охраны этих прав составляет 25 лет со дня, когда произведение было впервые обнародовано. Согласно указанным нормам лицом, которое может быть наделено имущественными правами автора, могут быть наследники автора или иные лица.

В то же время личные (неимущественные) права автора не могут быть переданы другим лицам (отчуждены) и охраняются бессрочно. Согласно ст.29 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» (далее Закон), имущественные права авторов и других лиц, имеющих исключительное авторское право, переходят по наследству. Не переходят по наследству личные (неимущественные) права автора.

Личные неимущественные права автора не могут быть переданы (отчуждены) другим лицам, прекращаются со смертью автора, но охраняются бессрочно. Это означает, что наследники автора не могут дать разрешение, например, на внесение изменений в произведение, на его сокращение, на замену имени автора или открытие действительного (истинного) имени автора, если автор не хотел, чтобы оно было отмечено после его смерти или в период его жизни и т.д.

Хотим обратить внимание, что в ч.2 ст.29 вышеуказанного Закона, отмечается, что наследники имеют право защищать авторство на произведение и противодействовать искажению, извращению или иному изменению произведения, а также любому другому

посягательству на произведение, что может нанести ущерб чести и репутации автора.

Личные неимущественные права не могут быть переданы (отчуждены) другим лицам (статья 14 Закона) и не могут входить в состав наследства (статья 1219 Гражданского кодекса Украины). При этом необходимо учитывать, что автор произведения имеет право уполномочить определенное им лицо (в частности, в завещании) охранять неприкосновенность произведения после своей смерти. Право на неприкосновенность произведения заключается в том, что автор имеет право противодействовать любому перекручиванию, искажению или иному изменению произведения или любому другому посягательству на произведение, что может повредить чести и репутации автора, а также сопровождению произведения без его согласия иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями и т.п. (статья 439 Гражданского кодекса Украины, статья 14 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах»). При оформлении наследования имущественных прав наследодателя (автора произведения) для подтверждения принадлежности этих прав могут быть предоставлены сведения и документы, необходимые для совершения нотариальных действий, в частности, информация, полученная на запрос от Государственной службы интеллектуальной собственности Министерства образования и науки Украины из Государственного реестра свидетельств о регистрации авторского права на произведение (для установления факта регистрации авторского права на произведение наследодателем) и Государственного реестра договоров, которые касаются права автора на произведение (для установления наличия или отсутствия факта передачи имущественных прав на зарегистрированный произведение другим лицам).

Наследование исключительных прав, так же как и другие имущественные права, может осуществляться по завещанию или по закону.

Автор в завещании может указать любой порядок наследования исключительных прав. Правда в этом случае все равно должны быть соблюдены требования ГК об обязательной доле в наследстве (обязательная доля выделяется нетрудоспособным иждивенцам наследодателя и составляет половину доли, которую они получили, если бы наследовали по закону).

В случае отсутствия завещания исключительные права наследуются по закону в порядке указанной в ГК очередности. Наследниками первой очереди являются родители, супруги и дети.

Общий срок принятия наследства – 6 месяцев со дня открытия наследства.

Временем открытия наследства считается день смерти лица или день, с которого лицо объявляется умершим (ст. 1220 ГК Украины).

Исключительные авторские права переходят к наследникам как единое целое и не разделяются (если автор не указал в завещании иное). В случае, если наследников несколько, они наследуют эти права совместно и каждый наследник может использовать произведения (или другой результат интеллектуальной деятельности) по своему усмотрению. Отношения между наследниками в такой ситуации определяются соглашением. При этом автор не имеет права завещать в одном произведении, например, одному лицу только право на распространение, а второму – право на перевод и обработку. Исключительные права на произведение наследуются только в совокупности.

Нотариус удостоверяет наследственные права только на основании документов, подтверждающих наличие этих прав у наследодателя. В случае с авторскими правами нотариус может потребовать предоставить справку или другой документ, подтверждающий права наследодателя. Это может быть справка организации, занимающейся депонированием произведений (если данное произведение там было задепонированно), справка творческого союза, а также организаций коллективного управления, которые представляли интересы авторов и распоряжались их имущественными правами, и т.д. Но в то же время допускается в свидетельстве о праве на наследство просто указать принадлежность авторских прав автору в общей форме без указания конкретных произведений.

Наследство можно принять путем подачи заявления о принятии наследства нотариусу в течение 6 месяцев со дня открытия наследства или путем фактического принятия наследства.

Основанием для фактического принятия наследства авторских прав может служить, например: выпуск дисков с записями наследодателя (аудиокниг, песен и т.п.), создание сайта, посвященного творчеству автора, проведения концертов памяти автора и т.д. При этом необходимо помнить, что наследниками могут быть только



те, кто определен законом как наследник (по закону или по завещанию). В связи с такими определениями в Законе, у наследников, возникают проблемы при защите личных (неимущественных) прав интеллектуальной собственности на объекты права интеллектуальной собственности, в частности на произведения, авторы которых уже умерли.

Особенно это актуально именно сегодня, когда появляются новые технологии связанные с обработкой разных объектов, когда в мире развивается экономика и кинематография, большие обороты набирает компьютеризация и оцифровка (колоризация) старых (черно-белых) кинофильмов и сканирования литературных произведений. При этом в большинстве случаев это происходит без разрешения автора, а в случае его смерти, без разрешения наследников.

Сегодня очень остро стоит вопрос о трактовании так называемого свободного доступа и использования объектов интеллектуальной собственности, определение возмездного или безвозмездного пользования ими и установления соответствующих пределов, которые бы определяли и обезвредили эти противоречия, а также вопросы связанные с использованием объектов, которые признаны или должны были бы признаны ( по аналогии с товарными марками) общеизвестными.

После распада Советского Союза и принятия в Украине Закона «Об авторском праве и смежных правах» авторские права (в основном имущественные), в частности на кинофильмы, созданные в период Советского Союза, на Украине, принадлежали в основном государству, а личные (неимущественные ) права перешли к конкретным людям, которые принимали участия в создании этих кинофильмов – авторам, сценаристам, операторам, музыкантам, режиссерам и другим. Многие из этих людей уже умерли и их авторские права перешли к наследникам. В большинстве случаев имущественные права на такие объекты перешли к государству и ими распоряжаются соответствующие государственные органы, в Украине такими функциями наделены: Министерство культуры Украины и Государственное агентство Украины по вопросам кино. Ис этим нельзя не согласиться, во времена существования Советского Союза все кинофильмы финансировались государством, а все лица, работавшие над созданием, в частности кинофильмов, получали за свой труд заработную плату, которая была вознаграждением за их

труд при их создании. В то же время, возникает вопрос, который связан с защитой именно личных (неимущественных) прав авторов или соавторов этих фильмов. Как показывает, в частности, судебная практика в Украине по рассмотрению вопросов связанных с защитой личных (неимущественных) прав, то она различна и не всегда является однозначной, а если говорить прямо, то законной и обоснованной.

Эти фильмы легко раскрашиваются, а в титрах можно увидеть имена, так называемых «новых соавторов», кто «дал жизнь того или иного шедевра».

Так, сегодня в кинематографе Российской Федерации, подверглись цветной «обработке» такие, многим известные советские фильмы, как «Кавказская пленница», «Королева бензоколонки», комедии «За двумя зайцами», «Волга-Волга», «Семнадцать мгновений весны» и многие другие.

В Украине разгорелись судебные споры, связанные с колоризацией и цифровой обработкой фильма «В бой идут одни старики» (режиссер Леонид Быков). Марьяна Быкова обратилась в Голосеевский районный суд г. Киева с иском о прекращении нарушенного права и возмещении морального вреда и просила суд прекратить нарушение авторских личных (неимущественных) прав, принадлежащих ее отцу Быкову Л.Ф., а именно обязать ответчика изъять из оборота и уничтожить все копии и носители с записями фильма «В бой идут одни старики» (2009 г., режиссер Лопанюк И.), который был подвергнут колоризации и цифровой обработке, а также взыскать с ответчика моральный вред в размере 1 гривны<sup>2</sup>. Одним из доказательств нарушения личных (неимущественных) прав, послужило письмо Быкова Л. Ф. в адрес киностудии с просьбой выделить ему для снятия картины «В бой идут одни старики» именно черно-белую пленку, а не цветную, так как он использовал в фильме отрывки из документальных хроник о Великой Отечественной войне, а также он хотел приблизить фильм к реальным событиям, которые были на войне.

Интересен тот факт, что Апелляционный суд Киева одним из оснований отмены решения районного суда г. Киева от 16.05.2011 г.

---

<sup>2</sup> Дочка Бикова у суді довела незаконність колоризації фільму її батька // «Тиждень.ua.» URL: <http://tyzhden.ua/News/23048>

указал, что личные неимущественные права не передаются по наследству, сославшись на п. 1 ст. 29 Закона.

В то же время ч. 2 ст. 29 Закона гласит, наследники имеют право защищать авторство на произведение и противодействовать искажению, перекручиванию или иному изменению произведения, а также любому другому посягательству на произведение, что может повредить чести и репутации автора.

Согласно п. 10 ст. 28 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» личные (неимущественные) права автора охраняются бессрочно<sup>3</sup>.

В Российской Федерации в связи с колоризацией фильма «Семнадцать мгновений весны» также были судебные споры о нарушении авторских прав, а коммунисты Петербурга и Ленинградской области (КПЛО) инициировали создание Движения против колоризации искажения советского кино.

Принимая во внимание, что авторы (режиссеры) различных (в основном советских) фильмов давно умерли, их в основном неимущественные права защищают их наследники, и поэтому сегодня очень актуально все же дать научную оценку гражданско-правовым аспектам, которые касаются защиты прав интеллектуальной собственности наследниками, особое внимание при этом сосредоточить на неимущественных правах.

Хотим отметить, что в 2011 году наметилось важное изменение, в частности в Европе, сместился акцент в правовом регулировании авторского права и смежных прав, как с объектов оборота, на как один из самых важных товаров на этом рынке в условиях формирования интеллектуальной собственности. Первые и достаточно радикальные шаги на этом пути уже объявлены в Сообщении Европейской Комиссии от 24 мая 2011 г. с достаточно красноречивым названием «Единый рынок для прав интеллектуальной собственности», в котором изложено современную стратегию, касающуюся прав интеллектуальной собственности в ЕС<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Закон України «Про авторське право і суміжні права» // Верховна Рада України; Закон від 23.12.1993 № 3792-XII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

<sup>4</sup> Комзюк. Л.Т. *Деякі новітні тенденції гармонізації авторського права ЄС // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 10 листопада 2011 року.* – К.: Алерта, 2012, с.237.

В качестве улучшения системы интеллектуальной собственности, а именно защиты и охраны авторских прав, необходимо, создать общедоступный Реестр фильмов (как новых (цифровых) так и старых), который будет пополняться правообладателями на добровольной основе и позволит информационным посредникам проверять авторско-правовой статус произведения при его размещении на взб-ресурсе;

При этом, необходимо на законодательном уровне обязать информационных посредников (интернет-провайдеров, владельцев доменных имён, администраторов сайтов и социальных сетей):

- по собственной инициативе или по письменному запросу правообладателей отслеживать загружаемый пользователями контент на предмет его легальности, сверяясь с данными Реестра;
- незамедлительно блокировать доступ к пиратскому контенту и запрещать его дальнейшее распространение в случае письменного уведомления правообладателя о факте нарушения прав интеллектуальной собственности. В то же время, необходимо установить четкие критерии составления заявлений о нарушении авторских прав, которые собственники контента (в том числе наследники этих прав), будут направлять в адрес информационных посредников и непосредственно нарушителей.

Хочу обратить внимание, что в Российской Федерации этот вопрос поднимался еще в 2012 году, но такой Реестр так и не был создан<sup>5</sup>.

Принимая во внимание, что рынок «колоризации» и «оцифровки» объектов интеллектуальной собственности в последнее время набирает все больших оборотов, а процент нарушений авторских и смежных прав, особенно в сети Интернет, только повышается, необходимо внести соответствующие изменения и дополнения в ГК Украины и Закон Украины «Про авторское право и смежные права», которые четко бы определяли порядок защиты и реализации неимущественных прав, как владельцев этих прав, так и их наследников, а также создать в системе охраны прав интеллектуальной собственности Реестр фильмов (в частности художественных,

---

<sup>5</sup> Правительство нашло способ избавить Рунет от пиратских фильмов и не только./ Электронный ресурс: <http://www.copyright.ru/>

документальных, в том числе и цифровых) для прекращения нарушений в сфере интеллектуальной собственности и защите прав авторов произведений после их смерти.

### **Аннотация**

В данной статье поднимается вопрос о проблемах правового статуса зачатого, но еще не родившегося ребенка (плода, зародка, эмбриона), проводится сравнительная характеристика действующего гражданского, семейного и трудового законодательства Украины, а также анализ судебной практики в этой области, а также обосновывается собственная точка автора.

Ключевые слова: Гражданская правоспособность, права человека, права на жизнь, прерывание беременности, имущественные права, наследственные права, конституционные права человека, права беременных женщин, льготы при рождении ребенка, финансовая помощь беременным женщинам, уголовная ответственность беременных женщин, сокращение рабочего времени для беременных женщин.

### **Abstract**

Given article expands the issues of copyright protection problems and the guarding of personal (nonproperty) intellectual property rights that occur after the author's death.

Author reports on the interpretation of the free access and intellectual property use; on the definition of compensated or uncompensated property use and setting limits, that would determine and exclude the certain differences. Also, author reveals the problems, that happen to the heirs of property (nonproperty) rights inherited after the author's death.

Keywords: intellectual property, property rights, property, commercial use of intellectual property, investors, protection of property rights, protection of nonproperty rights, copyright and related rights.

Paulina Marczak<sup>1</sup>

## Poszanowanie godności osoby zmarłej a działalność funeralna – zagadnienia wybrane

### 1. Wprowadzenie

Godność jest nierozzerwalnie powiązana z istotą ludzką. Idea ochrony godności człowieka ma długą tradycję. Jej początki sięgają filozofii starożytnej, widoczna w myśli chrześcijańskiej i później w wielu europejskich nurtach filozoficznych. Pojęcia godności nie można ograniczyć jedynie do wymiaru znaczeniowego. Określa się ją jako pewną kategorię kulturową, wartość uniwersalną. W języku prawnym pojęcie godności człowieka pojawiło się z filozofii<sup>2</sup>. Słownik języka polskiego pojęcie godności definiuje jako „poczucie, świadomość własnej wartości, szacunek dla samego siebie; honor, duma”<sup>3</sup>.

Prawo międzynarodowe, używając sformułowania godność człowieka, nie bazuje na określonej koncepcji filozoficznej lub teologicznej. Stara się raczej powoływać elementy godności, które są aprobowane na tle różnych podejść filozoficznych lub religijnych. Można stwierdzić, że prezentują wyśrodkowane pojęcie godności człowieka. Ma to ułatwiać jak najszersze zaakceptowanie zasady ochrony godności człowieka, w kontekście występujących polemik co do jej korzeni i treści, także ułatwiać nadanie tej zasadzie właściwości normatywnych. W tym przypadku ochrona godności człowieka dotyczy przede wszystkim ochrony nietykalności cielesnej, jak również ochrony nietykalności duchowej. W prawie międzynarodowym nie znajdziemy definicji „przyrodzonej godności człowieka”, jak również normatywnego nakazu jej ochrony, jednakże w doktrynie tej gałęzi prawa odwoływanie się do tego terminu nie wzbudza większych polemik.

---

<sup>1</sup> Mgr, aplikantka adwokacka przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie.

<sup>2</sup> A. Deryng, *Rzecznik Praw Obywatelskich jako wnioskodawca w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, Warszawa 2014, s. 225.

<sup>3</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, t. I, Warszawa 1998, s. 631.

Ten sposób przedstawienia godności człowieka jest punktem wyjścia do oznaczenia skali jej ochrony w sferze konstytucyjnej<sup>4</sup>.

W doktrynie i prawie konstytucyjnym różnych państw, pojęcie godności człowieka stanowi przedmiot licznych kontrowersji. Niesprecyzowanie pojęcie godności człowieka nie stanowi mankamentu, stwarza natomiast możliwość zachowania otwartości systemu prawnego na konkretną osobę. Stąd pogląd, że zbudowanie oczywistej i jasnej definicji godności nie jest możliwe. Konstytucje różnych państw, między innymi konstytucja grecka, niemiecka, szwedzka czy hiszpańska, formułując bezpośrednio zasadę ochrony godności człowieka, z reguły oznaczają najważniejsze cechy godności, które powinny być przestrzegane w prawie powszechnym. Wskazuje się na bezpośredni ewentualnie pośredni wpływ tej zasady na konstytucyjny katalog praw człowieka. Należy stwierdzić, iż prawo konstytucyjne sytuację prawną jednostki precyzuje w sposób o wiele bardziej konkretny niż prawo międzynarodowe. Stąd nawet najbardziej ramowe ustalenia dotyczące godności człowieka uczynione w konstytucji rodzą następstwa w dziedzinie stanowienia i stosowania prawa. W systemach prawnych wielu państw, między innymi Francji, Hiszpanii i Niemiec, zasada ochrony godności człowieka znalazła się w konstytucjach. Różnorodne określenia konstytucyjne godności jednostki są ukoronowaniem ewolucji pojęcia godności człowieka ze sfery filozoficznej na prawną<sup>5</sup>.

Godności człowieka nadano w naszym kraju znaczenie konstytucyjne, czyniąc z niej trzon porządku prawnego. Konstytucja przyjęła koncepcję ochrony godności ludzkiej jako przewodniej zasady normatywnej<sup>6</sup>. Konstytucja RP odwołuje się do godności człowieka w preambule oraz w art. 30 i art. 233 ust. 1. W preambule stwierdzono: „Wszystkich, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali, wzywamy, aby czynili to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi, a poszanowanie tych zasad mieli za niewzruszoną podstawę Rzeczypospolitej Polskiej”. Artykuł 30 stanowi: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka

---

<sup>4</sup> P. Tuleja, *Godność człowieka i jej ochrona na płaszczyźnie konstytucyjnej*, w: *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 105.

<sup>5</sup> P. Tuleja, *Godność człowieka...*, s. 106.

<sup>6</sup> A. Deryng, *Rzecznik...*, s. 226.



i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”. Natomiast w art. 233 ust. 1 ustawodawca stwierdza m.in.: „Ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie może ograniczać wolności i praw określonych w art. 30 (godność człowieka)”. Z powyższych przepisów wynika, że Konstytucja akceptuje podmiotowe prawo do ochrony godności<sup>7</sup>.

Artykuł 30 ustanawia zakaz naruszania godności ludzkiej. Godność człowieka nie zależy od jego statusu społecznego, majątkowego, osiągnięć, wykształcenia, sprawności fizycznej czy intelektualnej, wieku, stanu umysłowego, rasy, narodowości, wyznania czy innych cech człowieka. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto, że godność jest przyrodzona, zasada jej poszanowania ma charakter normatywny i dotyczy wszystkich, natomiast na władze publiczne państwa nałożony został obowiązek jej poszanowania i ochrony przed jakimikolwiek naruszeniami<sup>8</sup>.

Normę gwarantującą poszanowanie godności ludzkiej wyrażono nie tylko w art. 30 Konstytucji, lecz również w innych jej przepisach. Chronią ją bezpośrednio art. 40 i art. 41 ust. 4 Konstytucji, które zawierają zakaz tortur, niehumanitarnego, okrutnego lub poniżającego traktowania i karania oraz obligują do humanitarnego traktowania pozbawionych wolności. Artykuł 39 Konstytucji, pomimo wątpliwości interpretacyjnych, precyzuje zakaz naruszania godności. Wprowadza zakaz przymusowego poddawania ludzi doświadczeniom naukowym i prowadzenia tych badań bez ich dobrowolnej zgody. Warto dodać, że nie dotyczy to eksperymentu medycznego, którego celem jest ratowanie życia<sup>9</sup>.

Preambuła wymaga stosowania Konstytucji RP z respektowaniem przyrodzonej godności człowieka. Określenie to wiąże się z art. 30 Konstytucji. Widoczne są tutaj dwa aspekty konstytucyjnego ujęcia godności człowieka: uznano ją za źródło praw obywateli i zalecono władzom publicznym jej ochronę. Pamiętając o problemach dotyczących zdefiniowania godności człowieka należy powiedzieć, iż znaczenie art. 30 w stosowaniu Konstytucji polega na tym, że rozstrzyga

---

<sup>7</sup> L. Bosek, *Prawo podstawowe do godności ludzkiej w Konstytucji RP*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, Warszawa 2012, s. 112–113.

<sup>8</sup> Por.: wyrok TK z 9 lipca 2009 r. (Sk 48/05), LEX 505450; wyrok TK z 7 maja 2013 r. (Sk 11/11), LEX 1313915.

<sup>9</sup> L. Bosek, *Prawo...*, s. 83–84.

on o nieodzowności zdefiniowania sytuacji prawnej obywatela na podstawie tego aktu. Prawa i wolności mają charakter deklaracyjny a ustalenie ich normatywnej treści następuje na podstawie konstytucyjnej.

Powstaje problem poszanowania godności z chwilą śmierci człowieka. Pojęcie zmarłego słownik języka polskiego definiuje jako „osobę, która zmarła”<sup>10</sup>. Przepisów o poszanowaniu godności osoby zmarłej nie zawarto w Konstytucji, nie świadczy to jednak o ignorowaniu tego problemu w systemie prawnym. Jest bowiem mowa o niej w aktach prawnych rangi ustawowej, co dowodzi, że ustawodawca dostrzega tę materię i słusznie nie traktuje jej marginalnie. W świetle powyższych rozważań, konstytucyjnej podstawy ochrony godności osoby zmarłej moim zdaniem należy się dopatrywać w art. 30 Konstytucji RP.

## **2. Poszanowanie godności osoby zmarłej na tle przepisów ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych**

O poszanowaniu godności należyj zmarłemu mowa w art. 9 ust. 6, art. 10 ust. 2a, 5 i 5a ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>11</sup> w tzw. przepisach delegacyjnych oraz w art. 14 ust. 7 tej ustawy, który stanowi o poszanowaniu zwłok i szczątków ludzkich.

Zgodnie z przepisami delegacyjnymi minister właściwy do spraw zdrowia określi w drodze rozporządzenia m.in. sposób przechowywania zwłok i szczątków ludzkich, tryb i warunki przekazywania zwłok do celów naukowych, sposób postępowania ze zwłokami osób pozbawionych wolności w zakładach karnych i aresztach śledczych oraz cudzoziemców – w każdym z tych przypadków kierując się koniecznością zachowania godności należyj osobie zmarłej.

Z kolei art. 14 ust. 7 ustawy stanowi, że minister właściwy do spraw zdrowia określi w drodze rozporządzenia sposób i tryb wydawania pozwoleń i zaświadczeń związanych z przewozem zwłok i szczątków, uwzględniając konieczność ochrony życia i zdrowia ludzi tym się trudniących oraz poszanowania zwłok i szczątków ludzkich. Przedmiotem powyższych przepisów jest konieczność zachowania godności należyj zmarłemu. W ustawie nie sprecyzowano jednak, na czym ma owo zachowanie polegać. Powstaje zatem pytanie, jakie postępowania stanowią zachowanie godności należyj zmarłemu oraz kto powinien dokonywać ich oceny.

---

<sup>10</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik...*, t. III, s. 971.

<sup>11</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 roku o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.).

Również przepisy wykonawcze, do których ustawa odsyła, nie konkretyzują tego zagadnienia<sup>12</sup>. Jedynie w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 30 lipca 2009 r. w sprawie trybu i warunków przekazywania zwłok do celów naukowych<sup>13</sup> stwierdzono, że przekazywanie zwłok do celów naukowych odbywa się w sposób zapewniający zachowanie godności należącej zmarłemu. W dalszej części tego rozporządzenia nakazuje się, aby w czasie przekazywania, przewożenia i przechowywania zwłok uczelnia przestrzegała przepisy określające sposób postępowania ze zwłokami.

Dnia 4 października 2013 r. do Sejmu wpłynął opracowany przez grupę posłów projekt ustawy „O zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych” (druk sejmowy nr 2144). Jest on wzorowany na wcześniej odrzuconym przez Sejm projekcie dotyczącym tożsamej materii. Z uzasadnienia projektu, z którym nie sposób się nie zgodzić, wynika między innymi, że ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych w obecnie obowiązującym brzmieniu jest archaiczna i zawiera szereg luk prawnych. Autorzy piszą wręcz o przemilczeniach ustawodawcy, wskazując iż uchwalona w czasach Polski Ludowej ustawa zasadniczo w swej treści opiera się na znacznie starszych przepisach ustawy z 17 marca 1932 r. o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyn zgonu. Istotnym jej mankamentem jest również oparcie jej postanowień na zasadach pochówku obowiązujących w Kościele katolickim. Ustawa z 1959 r. nie odpowiada współczesnym oczekiwaniom istotnej części polskiej społeczności

---

<sup>12</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. Nr 153, poz. 1783); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2006 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. z 2007 r. Nr 1, poz. 10); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 27 grudnia 2007 r. w sprawie wydawania pozwoleń i zaświadczeń na przewóz zwłok i szczątków ludzkich (Dz. U. Nr 249, poz. 1866); rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 7 lipca 2010 r. w sprawie sposobu postępowania ze zwłokami osób pozbawionych wolności w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz. U. Nr 123, poz. 839); rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 2010 r. w sprawie postępowania ze zwłokami cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia (Dz. U. Nr 213, poz. 1405); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 23 marca 2011 r. w sprawie sposobu przechowywania zwłok i szczątków (Dz. U. Nr 75, poz. 405); rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 12 listopada 2012 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie postępowania ze zwłokami cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia (Dz. U. z 2012 r. poz. 1305).

<sup>13</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 30 lipca 2009 r. w sprawie trybu i warunków przekazywania zwłok do celów naukowych (Dz. U. Nr 129, poz. 1067).

oraz wymogom właścicieli firm funkcjonujących w branży funeralnej. Nie uwzględnia zwłaszcza innych form pochówku, które zasadniczo różnią się od chrześcijańskich, przede wszystkim możliwości spopielenia i rozsypania prochów osoby zmarłej. Spopielenie, jak słusznie zauważają projektodawcy, stosowane jest powszechnie w hinduizmie oraz buddyzmie, uznaje je także większość kościołów protestanckich. W przekonaniu autorów projektowany akt ma na celu „urzeczywistnienie wolności sumienia i wyznania w zakresie formy pochówku w zgodzie z takimi wartościami jak: poszanowanie godności zmarłego, ochrona zdrowia i moralności publicznej”, umożliwienie osobom różnych wyznań i światopoglądów zrealizowanie form upamiętnienia osób zmarłych w zgodzie z ich wyborem, jednak w ramach wymaganych przez obowiązujące prawo.

Generalnie należy zgodzić się z podnoszonymi argumentami przemawiającymi za uchwaleniem nowej ustawy. Jednak, mimo że w uzasadnieniu pojawia się pojęcie poszanowania godności osoby zmarłej, to projektodawca nadal nie precyzuje tego pojęcia. Nie wyjaśnia również, czym tę godność można naruszyć, czy ją zagwarantować.

Projekt ustawy był przedmiotem opinii prawnej sporządzonej przez dr. hab. Leszka Boska, Naczelnika Wydziału Analiz Legislacyjnych w Biurze Analiz Sejmowych. W szczegółowych uwagach do projektu autor opinii słusznie stwierdza, że zastrzeżenia budzą przepisy definiujące zwłoki, szczątki i prochy, ujęte w art. 1a pkt 1, 2 i 3 projektu ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Uważa, że konsekwencją tego może być m.in. zawężony zakres ochrony prawno-karnej przed znieważeniem zwłok i prochów ludzkich w rozumieniu art. 262 kodeksu karnego<sup>14</sup>, gwarantującym szacunek i ochronę zwłok – a co za tym idzie – poszanowanie godności zmarłego. Trafny jest więc pogląd, by przedmiot ochrony przepisu karnego nie mógł ulec jakimkolwiek zawężeniu.

Autor konstatuje, że porządek prawny powinien gwarantować należyty poziom ochrony prawnej osób zmarłych oraz należnego im szacunku. Podkreśla, że do chwili obecnej Trybunał Konstytucyjny nie miał sposobności wypowiedzenia, co do konstytucyjnej podstawy obowiązku ochrony prawnej osób zmarłych. Chodzi o to, czy obowiązek poszanowania godności zmarłego ma podstawę w art. 2, czy w art. 30 Konstytucji

---

<sup>14</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), art. 262. § 1. Kto znieważa zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

RP. W art. 2 Konstytucji RP stwierdzono, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Na zakończenie swojej oceny autor trafnie wskazuje, że uregulowania zawarte w art. 1a pkt 1, 2, 3 projektu omawianej ustawy, są niezgodne z art. 2 Konstytucji RP.

### **3. Poszanowanie godności osób zmarłych na podstawie innych przepisów**

O konieczności poszanowania godności osób zmarłych mowa także w ustawie z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej<sup>15</sup>. W art. 28 ust. 1 pkt 2 ustawodawca obliuguje podmiot leczniczy wykonujący działalność leczniczą w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych, aby w razie śmierci pacjenta należycie przygotował zwłoki poprzez ich umycie i okrycie, z zachowaniem godności należnej osobie zmarłej, w celu ich wydania osobie lub instytucji uprawnionej do ich pochowania. Ustęp 2 art. 28 rozstrzyga ważną kwestię a mianowicie, że czynności, o których mowa wyżej, nie stanowią przygotowania zwłok zmarłego pacjenta do pochowania. Ustęp 7 art. 28 stanowi, że minister właściwy do spraw zdrowia określi w drodze rozporządzenia sposób postępowania podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych ze zwłokami pacjenta w przypadku śmierci pacjenta, uwzględniając konieczność poszanowania godności należnej zmarłemu.

M. Derecz i T. Rek w komentarzu do art. 28 ustawy o działalności leczniczej<sup>16</sup> wskazują m.in., że w art. 28 ust. 1 pkt 2 definiuje kolejne zadania podmiotu leczniczego w razie śmierci pacjenta. W takiej sytuacji zobowiązany jest on należycie przygotować zwłoki pacjenta. W ramach tego przygotowania powinno mieścić się ich umycie oraz okrycie. Ustawodawca jednak nie sprecyzował rozumienia „okrycia”, tj. nie zdefiniował jego standardu. Autorzy wyrażają nadzieję, że zrobi to rozporządzenie Ministra Zdrowia wydane na podstawie upoważnienia wskazanego w ust. 7. Autorzy komentarza podkreślają, że Ustawodawca położył też szczególny nacisk na konieczność zachowania godności należnej osobie zmarłej. Wskazują, że szczegółowe postępowanie

---

<sup>15</sup> Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 217 ze zm.).

<sup>16</sup> M. Derecz, T. Rek, *Ustawa działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 165–168.

ze zwłokami, uwzględniające konieczność poszanowania godności należyj zmarłemu, określa rozporządzenie Ministra Zdrowia.

W wydanym na podstawie art. 28 ust. 7 ustawy o działalności leczniczej, rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 10 kwietnia 2012 r. w sprawie sposobu postępowania podmiotu leczniczego, wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych ze zwłokami pacjenta w przypadku śmierci pacjenta<sup>17</sup>, znajduje się też przepis nakazujący ochronę godności osoby zmarłej<sup>18</sup>. Paragraf 3 ust. 8 rozporządzenia stanowi, że w okresie pomiędzy stwierdzeniem zgonu a przewiezieniem do chłodni, zwłoki osoby zmarłej są przechowywane w specjalnie przeznaczonym do tego celu pomieszczeniu, a w razie jego braku – w innym miejscu, z zachowaniem godności należyj zmarłemu. Wbrew oczekiwaniom autorów cytowanego wyżej komentarza, rozporządzenie nie zawiera żadnych szczegółowych uregulowań w zakresie ochrony godności zmarłego. W szczególności nie wymienia kryteriów, jakie powinno spełniać pomieszczenie do przechowywania zwłok, aby zachowana była godność osoby zmarłej.

O potrzebie poszanowania godności osoby zmarłej mowa także w ustawie z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów<sup>19</sup>. Artykuł 11 stanowi, że lekarz pobierający ze zwłok ludzkich komórki, tkanki lub narządy jest obowiązany zapewnić nadanie zwłokom należytego wyglądu. W doktrynie uważa się, że powyższa powinność jest związana z ochroną dóbr osobistych oraz poszanowaniem godności należyj osobie zmarłej<sup>20</sup>.

Nieodzowność przestrzegania godności osoby zmarłej dostrzegają także sądy powszechne, co znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 10 kwietnia 2012 r. w sprawie sposobu postępowania podmiotu leczniczego, wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych ze zwłokami pacjenta w przypadku śmierci pacjenta (Dz. U. z 2012 r. poz. 420).

<sup>18</sup> Por. Z. Duniewska, *Zasada ochrony godności człowieka*, w: B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2013, s. 139.

<sup>19</sup> Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411 ze zm.).

<sup>20</sup> Np. R. Michalska-Badziak, [*Pobieranie, przechowywanie i przeszczepianie komórek, tkanek i narządów*], w: B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo...*, s. 289.

<sup>21</sup> Np. wyrok SA we Wrocławiu z 24 lipca 2008 r. (I ACa 1150/06), LEX nr 470267; por. też wyrok NS z 20 września 2007 r. (II CSK 237/07), LEX nr 435453.



O konieczności poszanowania godności zmarłego mowa także w akcie UE, mianowicie w dyrektywie 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich<sup>22</sup>, gdzie stwierdzono m.in., że „tkanki i komórki stosowane do celów terapii alogenicznej można pobierać zarówno od dawców żyjących, jak i zmarłych. (...) Należy szanować godność dawcy zmarłego, w znacznej mierze przez zrekonstruowanie ciała dawcy tak, aby było możliwie najbardziej zbliżone do pierwotnego kształtu anatomicznego”.

Poszanowanie godności osoby zmarłej jest nie obce ustawodawstwu niemieckiemu. Niemiecka ustawa „O darowaniu, pobieraniu i przeszczepianiu organów” z 5 listopada 1977 r. postanawia, że przy pobieraniu organów od osób zmarłych za wcześniejszą zgodą tych osób lub za zgodą innych osób, istnieje obowiązek poszanowania godności osoby zmarłej<sup>23</sup>. Wyrazem ochrony godności jest także treść § 6 wyżej wymienionej ustawy. Zgodnie z nim pobieranie organów oraz wszystkie czynności transplantacyjne winny odbywać się z poszanowaniem godności dawcy organów a także w sposób odpowiadający lekarskiemu obowiązkowi staranności. Zwłoki winny być przekazane w stanie godnym do zrealizowania pochówku, z tym, że wcześniej powinno się stworzyć najbliższym możliwość ich obejrzenia. Przez poszanowanie zwłok dawców organów powinno się rozumieć traktowanie ich z właściwym szacunkiem, powstrzymanie się od czynności zbytecznych z punktu widzenia chirurgii transplantacyjnej. Przepis ten posiada konstrukcję pewnego „apelu” gdyż nie przewiduje zagrożenia żadnymi konsekwencjami karnymi. Regulacja jest zatem wyrazem troski ustawodawcy niemieckiego o zapewnienie osobom najbliższym ich prawa do otaczania szacunkiem i czcią zwłok zmarłego<sup>24</sup>.

Z zasady poszanowania godności wynikają określone zasady postępowania po śmierci człowieka. Zgodnie z orzeczeniem niemieckiego Sądu Najwyższego, zasada poszanowania godności wymaga poszanowania

---

<sup>22</sup> Dyrektywa 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (Dz. Urz. UE L z 2004 r.).

<sup>23</sup> E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 118.

<sup>24</sup> E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 151.



dobrego imienia osoby zmarłej. Nakazuje ona równocześnie zachowania pośmiertnego szacunku wobec ciała. We Francji natomiast uznano za sprzeczne z zasadą godności człowieka przeprowadzanie eksperymentów na zwłokach, wbrew woli osoby zmarłej wyrażonej wcześniej (orzeczenie Rady Stanu z 2 lipca 1993 r.) Orzeczenie to stanowiło inspirację do włączenia do rozdziału kodeksu karnego, obejmującego przestępstwa przeciwko godności przestępstwo zbezczeszczenia zwłok<sup>25</sup>.

#### **4. Poszanowanie godności w branży funeralnej**

W Polsce zwraca się uwagę na problem poszanowania godności osoby zmarłej. A. Ficowski krytycznie ocenia przestrzeganie poszanowania godności osoby zmarłej przez branżę funeralną, która działa na podstawie przepisów obecnie obowiązującej ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. W czasie jej uchwalenia w 1959 r. nie istniały bowiem prywatne zakłady pogrzebowe, chłodnie czy krematoria. Uważa, że obecnie działające zakłady pogrzebowe nie czują swojej misji. Negatywnie ocenia poszukiwanie klientów w przyszpitalnych kaplicach, również w zasadzie niczym nieograniczoną możliwość wejścia do prosektoriów. Zauważa, że w Polsce co roku odnotowuje się średnio 400.000 zgonów<sup>26</sup>. Branża funeralna uregulowana jest przepisami ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>27</sup>. GUS nie prowadzi w tym temacie dokładnych statystyk. Są tylko ogólne dane dotyczące podmiotów zewidencjonowanych w rejestrze REGON w ramach działalności „Pogrzeby i działalność pokrewna”. Dotyczą one grzebania i kremacji zwłok ludzkich oraz zwierzęcych a także usług powiązanych jak np. balsamowanie zwłok, przygotowanie zwłok do pochówku albo kremacji, usługi zakładów pogrzebowych, dzierżawa, ewentualnie sprzedaż grobów, wynajmowanie przygotowanych miejsc w domach pogrzebowych. Z danych GUS wynika, że co roku w nieznacznym stopniu zwiększa się liczebność firm wykonujących działalność funeralną. Są to osoby prawne i osoby fizyczne. Jak wynika z tych danych na I kwartał 2013 r. zarejestrowanych było 108 osób prawnych i 3913 osób fizycznych. Ocenia się, że rynek usług funeralnych w Polsce jest nasycony<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Zob. M. Grzymkowska, *Nowa interpretacja zasady poszanowania godności*, w: *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 284.

<sup>26</sup> Por. GUS, *Rocznik statystyczny RP 2013*, Warszawa 2014, s. 45.

<sup>27</sup> Ustawa z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.).

<sup>28</sup> Zob. A. Ficowski, *Ile w Polsce jest cmentarzy*, <http://biznes.pl/magazyny/finanse/>

Powstaje pytanie o marketing funeralny i poszanowanie w nim godności osoby zmarłej. Istnieje pogląd, że jest to szkoła dyplomacji. Obowiązuje tu takt i wyczucie. Nie istnieją jednak zasady, jaki rodzaj promocji ma być zastosowany. Przykładem braku owych zasad mogą być hasła i slogany reklamowe, na przykład producent trumien z Wągrowca, reklamuje swoje wyroby pod hasłem „Nieboszczyk poczuje się w nich jak żywy”. Ten sam wytwórca wydaje również kalendarz, w którym do promocji trumien wykorzystane zostały roznegliżowane modelki. Jest to ilustracja naruszenia przez reklamę atmosfery powagi i refleksji panujących po śmierci człowieka, a tym samym pośrednie naruszenie godności osób zmarłych.

Słusznie M. Górzda porównuje reklamę w branży funeralnej do kroczenia po cienkim lodzie. Brak jest w systemie polskiego prawa aktu prawnego, który kompleksowo regulowałby kwestie reklamy. Przepisy normujące tę materię rozrzucone są po wielu aktach prawnych. Kluczowym jest ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 16 ust. 1 reklama m.in. nie powinna być sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiać godności człowieka. Nie powinna także wprowadzać w błąd czy nadużywać zaufania klienta. W moim przekonaniu działania marketingowe podejmowane w ramach działalności funeralnej powinny mieć na uwadze także poszanowanie godności zmarłego.

Innym problemem związanym z poszanowaniem godności osoby zmarłej może być słownictwo żargonowe występujące w branży funeralnej. Powstaje pytanie, czy nie narusza ono godności osoby zmarłej. Tworzy się on w codziennej działalności tej branży. Podczas rozmów prowadzonych językiem potocznym pojawiają się nowe wyrazy i określenia, które funkcjonują pomiędzy pracownikami podczas ich rozmów. W kontaktach z rodziną zmarłego świadomie przechodzą z tego sposobu rozmowy na „zawodowy”. Przykłady żargonowych terminów: „kusza” (to metoda zamykania ust zmarłemu), „karmienie zmarłego” (to metoda utrzymywania żuchwy zmarłego na właściwym poziomie). Posługiwanie się żargonem przez pracowników firm funeralnych jest interpretowane jako mechanizm obronny przed ciągłym obcowaniem ze śmiercią. Niektóre sformułowania mają nieprzystający do sytuacji wydźwięk np. „gorący kubek Knorra” oznaczający ciepłą urnę z prochami zmarłego, czy „popielniczka” – to inne określenie urny. „Babcia”

to zmarła staruszka, „boja” to topielec, zmarły w trumnie to „wkład”. W obecności rodzin staje się „osobą zmarłą”. Obsługiwanie zmarłego jest źródłem dochodu, stąd też wzięło się określenie zmarłego jako „klient”. „Klient”, który się powiesił, jest nazywany „breloczkiem” lub „brelokiem”. Zmarły może być określany też „murzynkiem” lub „śmierdzielem”. Jeśli trzeba go przewieźć robi się tzw. „przerzutkę”<sup>29</sup>.

## 5. Podsumowanie

Poszanowanie godności osoby zmarłej widzimy w obrzędach wielu Kościołów, choć mogą one być zróżnicowane. Kultura narodowa w Polsce, oparta od ponad tysiąclecia na tradycji chrześcijańskiej, z szacunkiem odnosi się do ciała osoby zmarłej. Podkreśla to list pasterski Episkopatu Polski o szacunku dla ciała zmarłego i obrzędach pogrzebu. Przejawy tego znajdujemy w modlitewnym czuwaniu przy zmarłym. Ponadto w religijnej ceremonii pogrzebowej, gdzie z należną czcią odbywają się modlitwy przy trumnie z ciałem osoby zmarłej lub urnie z jej prochami, odprawiana jest Msza Święta oraz odbywa się obrzęd ostatniego pożegnania, podczas którego kapłan okadza złożone w trumnie ciało zmarłego i kropi święconą wodą. Następnie trumna z ciałem zmarłego składana jest w grobie. Kościół zezwala także na kremację, „jeśli nie podważa wiary w zmartwychwstanie ciała”. Jednak zaleca i popiera biblijny zwyczaj grzebania ciał zmarłych. Stolica Apostolska, dekretem z 7 lipca 2010 r. zatwierdziła ten obrzęd oraz normy związane z kremacją ludzkiego ciała. Jednakże Kościół katolicki stanowczo sprzeciwia się praktyce rozrzucania prochów ludzkich w tzw. miejscach pamięci, na morzu, w górach lub w innych miejscach. Ciało, jak i prochy człowieka zawsze należy składać do grobu, w specjalnym kolumbarium lub w kaplicy na cmentarzu. Bowiernie tylko takie miejsce pochówku wyraża wiarę chrześcijanina w ostateczne zmartwychwstanie<sup>30</sup>.

Sposoby pochówku wskazuje art. 12 wskazanej ustawy cmentarzach i chowaniu zmarłych a mianowicie zwłoki mogą być pochowane przez złożenie w grobach ziemnych, w grobach murowanych, katakumbach lub zatopione w morzu. Szczątki pochodzące ze spopielenia zwłok mogą

---

<sup>29</sup> Źródło: B. Mróz, *Dwa języki: salonu i zaplecza*, „Memento” 2006, nr 5, s. 28-29. Artykuł Beaty Mróz powstał na podstawie pracy magisterskiej: *Język śmierci w nazwach, reklamie oraz rozmowach pracowników firm pogrzebowych*, napisanej pod kierunkiem profesora Jerzego Bralczyka w Instytucie Dziennikarstwa Uniwersytetu Warszawskiego.

<sup>30</sup> Zob. [http://cmentarze24.pl/?go=c\\_art\\_tresc&a=15](http://cmentarze24.pl/?go=c_art_tresc&a=15)

być przechowywane także w kolumbariach. Groby ziemne, groby murowane i kolumbaria przeznaczone na składanie zwłok i szczątków ludzkich, mogą znajdować się tylko na cmentarzach, choć mogą być wyjątki (ust. 4).

Jak wynika z przeprowadzonej analizy różnych aktów prawnych, w systemie prawnym RP można wskazać akty rangi ustawowej, które obligują różne podmioty do poszanowania godności osoby zmarłej, co należy ocenić pozytywnie. Zawierają one przepisy delegacyjne zobowiązujące organy administracji państwowej do wydania stosownych aktów niższej rangi związanych m.in. z koniecznością poszanowania godności osoby zmarłej. Niektóre z tych aktów w swych szczegółowych uregulowaniach zawierają tylko ustawowe powtórzenia konieczności poszanowania godności osoby zmarłej, bliżej nie precyzując, na czym ma to polegać. Przepisy te są w zasadzie skierowane do pracowników służby zdrowia i pracowników administracji państwowej. Widoczny jest brak przepisów regulujących branżę funeralną, której działalność jest *stricto* związana z osobami zmarłymi. Od tej grupy zawodowej należy także wymagać przestrzegania poszanowania godności osoby zmarłej. Lukę tę w pierwszej kolejności powinna wypełnić nowa ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Przedstawiony wyżej projekt tej ustawy nie czyni tego, choć wydaje się z uzasadnienia do projektu, że dostrzegany jest częściowo problem związany z branżą funeralną i jej przeobrażeniami od czasu uchwalenia aktualnie obowiązującej ustawy. Nie wyklucza to też odrębnego, ustawowego uregulowania działalności całej branży funeralnej, w której powinny się znaleźć się bardziej konkretne przepisy, które dotyczyłyby także poszanowania godności osoby zmarłej.

## **Streszczenie**

Przedmiotem artykułu są wybrane zagadnienia dotyczące godności osoby zmarłej w kontekście działalności funeralnej. Na początku autorka wyjaśnia pojęcie godności człowieka, skupiając się na jego definicji na gruncie prawa konstytucyjnego oraz jego konstytucyjnej ochronie. Przechodząc do pojęcia godności osoby zmarłej, wskazuje brak jego definicji w obowiązujących przepisach prawa i dokonuje powiązania z pojęciem godności człowieka z art. 30 Konstytucji RP. Następnie analizie poddane zostaje znaczenie godności osoby zmarłej na tle przepisów

ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, zauważając braki w zakresie regulacji dotyczącej godności osób zmarłych. Autorka ocenia wniesiony 4 października 2013 r. do Sejmu projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, wskazując na dalsze niedoprecyzowanie pojęcia godności zmarłego. Powyższą problematykę uzupełnia, prezentując założenia dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. oraz niemieckiej ustawy o darowaniu, pobieraniu i przeszczepianiu organów.

Słowa kluczowe: godność osoby zmarłej, godność człowieka, prawo funeralne, branża funeralna.

### **Abstract**

This article presents selected issues concerning the dignity of the deceased in relation to the funeral activity. In the beginning the Author explains several concepts of the dignity of the human, focusing mainly on its definition in constitutional law and its constitutional protection. Coming to the meaning of the dignity of the deceased, the Author notices the lack of its idea in law in force and establishes connection of the notion of the dignity of the human with Article 30 of the Constitution of The Republic of Poland. Afterwards the concept of the dignity of the human is analyzed in comparison to Cemetery and Burial of the Deceased Act of January 31, 1959, noticing lacks in regulations concerning the dignity of the deceased. The Author judges Act amending the Cemetery and Burial of the Deceased Act submitted to the Sejm on October 4, 2013 and its justification, presenting the lack of clarity in the idea of dignity of the deceased. Then the Author evaluates the regulations of the Medical Activity Act of April 15, 2011 and The Cell, Tissue and Organ Recovery, Storage and Transplantation Act of July 1, 2005. The above mentioned issues were completed with the objectives of Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety of the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells and the German Act of Organ Recovery, Storage and Transplantation of November 5, 1997.

Keywords: the dignity of the deceased, the dignity of the human, funeral branch, funeral law.

Elwira Marszałkowska-Krześ<sup>1</sup>

Izabella Gil<sup>2</sup>

## **Następstwo procesowe – zagadnienia wybrane i polemiczne**

Problematyka prawidłowego udziału stron w postępowaniu rozpoznawczym (w procesie i postępowaniu nieprocesowym), zabezpieczającym, egzekucyjnym i innych rodzajach postępowania cywilnego wiąże się niejednokrotnie z oceną dopuszczalności następstwa procesowego. Bez udziału stron lub ich następców procesowych nie będzie bowiem możliwe wszczęcie i prowadzenie postępowania.

Proces może się toczyć tylko pomiędzy dwiema stronami, a więc powód w momencie wytoczenia powództwa powinien mieć świadomość, przeciwko komu kieruje pozew, ponieważ nie może pozwać podmiotu, który faktycznie nie istnieje lub przestał istnieć. W związku z tym wyróżnia się brak o charakterze pierwotnym i brak o charakterze następczym strony. W zależności od tego, kiedy zostanie stwierdzony brak strony postępowania, przy wszczęciu czy w jego trakcie, odmienne będą skutki procesowe takiego braku. Brak o charakterze pierwotnym strony procesowej będzie miał miejsce w sytuacji, w której od samego początku brak jest strony. W przypadku kiedy zachodzi pierwotny brak po stronie pozwanej, to pozew lub wniosek podlega odrzuceniu, chyba że istnieje możliwość konwalidacji braków w tym zakresie, wówczas postępowanie zostaje zawieszona, natomiast jeśli postępowanie nie może być prowadzone, gdyż nie ma następców procesowych, to postępowanie zostanie umorzona.

Brak strony skutkuje zatem tym, że nie może w ogóle dojść do wszczęcia procesu, tj. do nawiązania stosunku prawnoprocesowego pomiędzy podmiotami. Ma on charakter nieusuwalny i nie ma możliwości podjęcia

---

<sup>1</sup> Prof. dr hab., Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Dr hab., Uniwersytet Wrocławski.

jakichkolwiek działań w kierunku jego sanacji. Sytuacja, w której zachodzi pierwotny brak strony procesowej, nie jest tożsama z sytuacją, w której strona procesowa została błędnie oznaczona. W ramach następczego braku strony procesowej z kolei możliwe jest albo :

- 1) konfuzja procesowa, wiążąca się z połączeniem się obu stron procesowych, występujących po przeciwnych stronach (jak np. połączenie handlowej spółki osobowej ze spółką kapitałową, przy założeniu, że występują w procesie po przeciwnych stronach) - wówczas należy umorzyć postępowanie;
- 2) następstwo procesowe, polegające na wstąpieniu jednego podmiotu w sytuację prawną drugiego podmiotu, jednocześnie z jego ustąpieniem;
- 3) brak następcy prawnego strony, która utraciła swój byt, lub ewentualnie brak strony związany z odmową wstąpienia tego następcy w miejsce strony. Przykładowo: w razie śmierci małżonka, który wytoczył powództwo o unieważnienie małżeństwa, postępowanie zawiesza się, zaś zstępni tego małżonka mogą w ciągu sześciu miesięcy złożyć wniosek o podjęcie postępowania. Jednak, gdy w tym terminie zstępni nie zgłoszą swojego udziału w postępowaniu, to postępowanie umarza się (art. 450 § 1 i 2 k.p.c.<sup>3</sup>; art. 19 § 2 k.r.o.<sup>4</sup>).

Zmiany dotyczące stron czy uczestników postępowania określane są jako następstwo procesowe lub przekształcenia podmiotowe<sup>5</sup>. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że przekształcenia podmiotowe mają szerszy zakres niż następstwo procesowe, a więc stanowią kategorię ogólną<sup>6</sup>. Z. Siedlecki uważa za następstwo procesowe wyłącznie sytuację, w której następuje wstąpienie nowego podmiotu w miejsce dotychczasowego, natomiast pozostałe przypadki przekształceń podmiotowych dotyczą wstąpienia do postępowania innego podmiotu obok dotychczasowego podmiotu<sup>7</sup>. Do wstąpienia obok dotychczasowego podmiotu trzeciego

---

<sup>3</sup> Ustawa z 16 listopada 1965 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.), dalej: k.p.c.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 583).

<sup>5</sup> Z. Resich, *Podmioty procesu w nowym kodeksie postępowania cywilnego*, NP 1966, nr 2, s. 146.

<sup>6</sup> W. Siedlecki w: J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1958, s. 304 i n.

<sup>7</sup> W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968, s. 132 i n.



może dojść w przypadku substytucji tj. przyłączenia się do toczącego się postępowania prokuratora lub Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka, Rzecznika Praw Pacjenta, czyli podmiotów na prawach strony. Do udziału innych podmiotów w postępowaniu może także dojść w sytuacji, kiedy sąd wezwał do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu w charakterze pozwanych (art.194 § 1, 195 § 1 k.p.c.) lub powodów (art.195 § 2 k.p.c. i 196 k.p.c.). Przekształcenia podmiotowe w postępowaniach cywilnych mogą być wynikiem: wstąpienia w miejsce dotychczasowej strony (uczestnika) innego podmiotu, pojawienia się w procesie obok dotychczasowego powoda innego podmiotu także jako powoda (w wyniku zawiadomienia przez sąd o toczącym się postępowaniu) lub pozwanego (w wyniku wezwania do wzięcia udziału przez sąd), wstąpienia do postępowania podmiotu stosunku materialnoprawnego w przypadku wszczęcia postępowania na jego rzecz przez podmiot na prawach strony<sup>8</sup>.

Jednakże stanowisko co do takiego ujmowania następstwa procesowego nie jest przez wszystkich akceptowane w doktrynie, gdyż zdaniem S. Włodyki, wszelkie przypadki podmiotowego przekształcenia powództwa są następstwem procesowym (sukcesją procesową) w znaczeniu *sensu largo*, a pod pojęciem następstwa procesowego *sensu stricte* rozumie on wyłącznie zmianę stron, co oznacza, że pozostałe przypadki przekształceń podmiotowych należy traktować jako następstwo procesowe w znaczeniu szerokim<sup>9</sup>. Podobnie zagadnienia dotyczące przekształceń podmiotowych ujmuje J. Sobkowski, odróżniający zmianę stron w znaczeniu szerokim i ścisłym, obejmując szerokim znaczeniem pojęciowym te wszystkie przypadki, w których do postępowania przystępuje podmiot, w momencie wszczęcia postępowania niewystępujący jako strona, zaś pojęcie wąskie dotyczy wstąpienia w miejsce dotychczasowej strony<sup>10</sup>.

Kodeks postępowania cywilnego nie zawiera definicji następstwa procesowego, a wszelkie definicje mają wyłącznie charakter doktrynalny. Kodeks określa jedynie skutki braku stron w postępowaniu. Natomiast następstwo prawne stanowi pojęcie, do którego odwołuje się

---

<sup>8</sup> W. Broniewicz, *Następstwo procesowe w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1971, s. 11.

<sup>9</sup> S. Włodyka, *Podmiotowe przekształcenie powództwa*, Warszawa 1968, s. 59 i n.

<sup>10</sup> J. Sobkowski, *Nowe instytucje zmiany stron w procesie cywilnym, księga pamiątkowa ku czci K. Stefki*, Warszawa–Wrocław 1965, s. 315.

ustawodawca np. w przepisie art.180 pkt 1 i 2 k.p.c., czy 182 § 1 k.p.c. Do następstwa procesowego może dojść *inter vivos* (art.192 pkt 3 k.p.c.) oraz *mortis causa* (art.180 pkt 1 i 2 k.p.c.)<sup>11</sup>. Następstwo *mortis causa* ma miejsce w przypadku śmierci strony będącej osobą fizyczną<sup>12</sup>, a w przypadku osób prawnych w razie fuzji (przejęcia) przez inną osobę prawną przedsiębiorstwa jako całości<sup>13</sup>.

Do następstwa procesowego może dojść albo w wyniku następstwa prawnego (np. następstwo spadkobierców zmarłej strony), albo na mocy przepisów prawa procesowego (np. wstąpienie interwenienta ubocznego)<sup>14</sup> czy prawa materialnego. Następstwo prawne w literaturze przedmiotu ujmowane jest jako pochodne nabycie prawa lub obowiązku<sup>15</sup>. Następstwo prawne wiąże się z sukcesją praw, która polega na translatywnym nabyciu praw podmiotowych. W wyniku następstwa procesowego również dochodzi do swoistego nabycia translatywnego praw, gdyż zasadniczo następca procesowy wstępuje w sytuację procesową poprzednika z tego etapu postępowania, do którego wstąpił, a więc powoduje to kontynuowanie postępowania z takim samym zakresem uprawnień jak poprzednik procesowy. Oznacza to, że dotychczasowe czynności dokonane w postępowaniu przez poprzednika procesowego, jak też jego zaniechania, wywołują skutki procesowe w stosunku do następcy procesowego. Konsekwencją takiej regulacji jest niemożność powtórzenia czynności, jakie już zostały dokonane. A zatem wszelkie także negatywne skutki związane z działaniami lub zaniechaniami poprzednika procesowego przechodzą na następcę procesowego. Negatywne skutki dla następców procesowych w zakresie koncentracji materiału procesowego może niekiedy złagodzić obecna regulacja przepisów w zakresie postępowania rozpoznawczego. W wyniku nowelizacji Kodeksu dokonanej ustawą z 16.9.2011 r.<sup>16</sup> wprowadzie sąd z urzędu pomija spóźnione twierdzenia lub dowody (por. art. 207 § 6 oraz art. 217 § 2 i 3 k.p.c.), ale uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów może nastąpić jeśli:

---

<sup>11</sup> S. Włodyka, *Podmiotowe...*, s. 145, 161.

<sup>12</sup> J.S. Piątowski w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, Wrocław 1986, s. 89.

<sup>13</sup> E. Łętowska, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 167.

<sup>14</sup> M. Jędrzejewska, *Nowe przypadki sukcesji procesowej*, NP 1970, nr 6, s. 859.

<sup>15</sup> A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1967, s. 107; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 128.

<sup>16</sup> Ustawa z 16.9.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 233, poz. 1381).

- 1) było niezawinione (oceny można dokonać analogicznie, jak przy instytucji przywrócenia terminu) przez stronę, pełnomocnika, czy kuratora (choć wydaje się, że można zastosować rygorystyczne kryteria oceny zawinienia w stosunku do profesjonalnych pełnomocników),
- 2) nie spowoduje zwłoki (a więc nie będzie powodowało konieczności odroczenia rozprawy z tego powodu, bo np. i tak oczekuje się na sporządzenie opinii przez biegłego), co ocenia się poprzez hipotetyczne porównanie okresu trwania postępowania bez spóźnionego dowodu z czasem jego trwania w razie jego przeprowadzenia,
- 3) ewentualnie wystąpią inne wyjątkowe okoliczności.

Jednakże niektóre z zaniechań poprzednika procesowego np. nieskorzystanie ze środka zaskarżenia wywołuje nieodwracalne skutki procesowe. W związku z tym następstwo procesowe związane ze wstąpieniem podmiotu trzeciego w sytuację procesową jednej ze stron powoduje także związanie podmiotu wstępującego do postępowania dotychczas podjętymi czynnościami procesowymi przez jego poprzednika w takim stopniu i zakresie, w jakim jest związana nim strona procesowa, w której sytuację procesową wstępuje podmiot trzeci<sup>17</sup>.

Oceniając skutki następstwa procesowego jako translatywne nabycie praw, należy ocenić, czy w wyniku przekształceń podmiotowych może dojść do sukcesji syngularnej lub uniwersalnej. W literaturze podział na następstwo ogólne i szczególne wyodrębniany jest według kryterium źródła, z jakiego następstwo to może wynikać, a więc czy tego rodzaju następstwo następuje z mocy prawa czy z woli zainteresowanych podmiotów<sup>18</sup>. Po zawiśnięciu sporu wszelkie przekształcenia podmiotowe dopuszczalne są tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie. Następstwem zmian podmiotowych mogą być zmiany zachodzące w stosunkach prawnych będących przedmiotem postępowania, czy to wskutek sukcesji generalnej, czy szczególnej (art. 174 § 1 pkt 1, 181 § 1 pkt. 1 i 2, 192 pkt. 3 k.p.c.), bądź mogą też nosić charakter procesowy (art. 194–198 k.p.c.). Jedynie przy zachowaniu wymaganych ustawowo warunków można zmienić podmioty występujące w charakterze stron procesowych, jeżeli nie one powinny zajmować pozycje strony

---

<sup>17</sup> S. Włodyka, *Podmiotowe...*, s. 56, 57.

<sup>18</sup> W. Broniewicz, *Następstwo procesowe...*, s. 27.; H. Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, t. III, Wien 1966, s. 102.

w obecnym procesie<sup>19</sup>. Problematyka następstwa procesowego dotyczy bowiem przejścia między stronami toczącego się postępowania uprawnień lub obowiązków, a także przypadków następstwa wynikającego z ustania bytu dotychczasowego podmiotu. Przeprowadzenie postępowania z naruszeniem przepisów związanych z trybem przekształceń procesowych nie będzie mogło być uznane za prawidłowe, a wadliwości te mogą skutkować nawet nieważnością postępowania wobec wydania orzeczenia przeciwko osobie niemającej formalnie statusu strony pozwanej.

W rozumieniu prawa cywilnego przez sukcesję ogólną należy rozumieć wejście w ogół praw i obowiązków poprzednika prawnego, takie rozumienie sukcesji pod tytułem ogólnym można odnieść także do następstwa procesowego. Tak ujmowana sukcesja procesowa ogólna może nastąpić w razie: wstąpienia do procesu spadkobiercy strony lub jej przedstawiciela ustawowego lub ustalenia następcy prawnego osoby prawnej. W takich przypadkach do momentu zgłoszenia się lub wskazania następców prawnych zmarłego postępowanie podlega zawieszeniu (na podstawie przepisu art. 174 § 1 pkt 1 i § 2 k.p.c.). Podjęcie takiego postępowania następuje z urzędu (art.180 § 1 k.p.c.) w przypadku ustania przyczyny zawieszenia, tj.: gdy nastąpiła śmierć strony – w momencie zgłoszenia się lub wskazania następców prawnych zmarłego; a w razie utraty zdolności sądowej – z chwilą ustalenia ogólnego następcy prawnego. Odmienne niż w przypadku następstwa procesowego *inter vivos* wstąpienie do postępowania następców prawnych następuje niezależnie od stanowiska strony przeciwnej, czy uznania sądu rozpoznającego sprawę. Sąd z urzędu w przypadku ustania przyczyn skutkujących zawieszeniem postępowania, wydaje postanowienie o podjęciu zawieszzonego postępowania z udziałem następców prawnych. Tym samym uznać należy, że sukcesja uniwersalna dotyczy tylko takich praw i obowiązków, które mogą przejść na następców prawnych, nie dotyczy to zatem praw o charakterze niezbywalnym, gdyż tylko takie prawa mogą przejść na następcę procesowego, które umożliwią dalsze prowadzenie postępowania. Kwestia oceny zakresu uprawnień procesowych będzie oceniana indywidualnie w każdej sprawie, co jest o tyle utrudnione, że niektóre z czynności procesowych poprzednika prawnego mają także charakter czynności wywołujących skutki w sferze prawa materialnego.

---

<sup>19</sup> Postanowienie SA w Katowicach z 3 kwietnia 2003 r. (I ACa 937/02), LEX nr 175230.

W związku z powyższym wydaje się niezbędne, aby *de lege ferenda* jednoznacznie uregulować problematykę udziału podmiotów w postępowaniu, a zwłaszcza wstąpienie do już toczących się postępowań zarządców masą majątkową zarówno w przypadku zarządu ustanawianego *inter vivos*, jak i *mortis causa*.

Z kolei następstwo prawne pod tytułem szczególnym wiąże się z przejściem poszczególnych praw lub obowiązków na podstawie danych czynności prawnych. Takie ujęcie następstwa prawnego i odniesienie do następstwa procesowego oznaczają, że z sukcesją szczególną będzie miała miejsce w razie czynności dokonywanych *inter vivos*. Przeniesienie poprzez dokonanie czynności prawnej poszczególnych praw czy obowiązków np. poprzez zawarcie umowy cesji wierzytelności lub praw, czy też umowy sprzedaży wierzytelności lub praw, nie wpływa na przebieg procesu cywilnego. Powadzenie postępowania nie ogranicza stron stosunku cywilnoprawnego możliwością rozporządzania prawem lub rzeczą, stanowiących przedmiot postępowania, a więc dopuszczalne jest dokonanie sprzedaży rzeczy lub prawa w trakcie postępowania. W takim przypadku za zezwoleniem strony przeciwnej nabywca może wejść na miejsce zbywcy rzeczy lub prawa (art. 192 pkt 3 k.p.c.). Należy opowiedzieć się za stanowiskiem, że zgoda na wstąpienie w miejsce zbywcy może zostać wyrażona albo w sposób wyraźny poprzez złożenie oświadczenia do protokołu na rozprawie, albo w formie pisemnej, albo także poprzez czynności konkludentne<sup>20</sup>. Niewyrażenie zgody przez stronę przeciwną na wstąpienie w miejsce zbywcy rzeczy lub prawa, którego spór dotyczy spowoduje, że rozstrzygnięcie przez sąd zostanie wydane w stosunku do zbywcy. Nabywca rzeczy lub prawa będzie mógł realizować swoje prawa stwierdzone takim orzeczeniem po uzyskaniu klauzuli wykonalności na swoją rzecz (art. 788 k.p.c.).

Istnieją także szczególne sytuacje związane ze zmianami o charakterze podmiotowym, jakie następują w trakcie postępowania cywilnego, a zostały wprowadzone celem ochrony praw wierzycieli egzekwujących lub upadłościowych. Tego rodzaju następstwo procesowe następuje z mocy prawa. Obowiązujące przepisy prawa przewidują liczne sytuacje,

---

<sup>20</sup> S. Włodyka, *Podmiotowe...*, s. 170 i n.; K. Lipiński, *Kodeks postępowania cywilnego z komentarzem*, Warszawa 1961, s. 148; K. Piasecki, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2006; J. Sobkowski, *Następstwo prawne pod tytułem szczególnym w polskim procesie cywilnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1966, nr 4, s. 41.

w jakich następuje ustanowienie innego podmiotu w miejsce dotychczasowego, kiedy to dochodzi do następstwa procesowego z mocy prawa tj. powołanie :

- 1) zarządcy rzeczy stanowiącej przedmiot współwłasności lub użytkowania (art.203, 269 k.c., 611-616 k.p.c.);
- 2) zarządcy nieruchomości w związku z prowadzeniem egzekucji z nieruchomości (art.906, 931 k.p.c.), ułamkowej części nieruchomości (art.1007 k.p.c.) oraz egzekucji ze statków morskich (art.1014 k.p.c.);
- 3) zarządcy prawa zajętego w toku egzekucji z innych wierzytelności i innych praw majątkowych (art.908 k.p.c.);
- 4) zarządcy nad przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym dłużnika ustanowionym w postępowaniu zabezpieczającym (art.747 pkt.6 k.p.c.);
- 5) zarządcy tymczasowego spadku (art.636 k.p.c.);
- 6) zarządcy przymusowego, ustanawianego w postępowaniu zabezpieczającym w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art.40 p.u.n.);
- 7) zarządcy majątku dłużnika w przypadku ogłoszenia upadłości dłużnika z możliwością zawarcia układu (art.156 ust.3 p.u.n.).

Następstwo procesowe z mocy prawa następuje z momentem zdarzenia wskazanego w normie prawnej jako podstawy do utraty statusu strony przez dotychczasowy podmiot postępowania. W przypadku następstwa procesowego z mocy prawa sąd bada tylko, czy podmioty zgłaszające się do toczącego się postępowania lub wskazane jako następcy procesowi posiadają uprawnienie do wstąpienia w miejsce dotychczasowej strony. Sąd przy następstwie procesowym powstającym z mocy prawa rozpoznaje kwestię następstwa jedynie w związku z rozpoznawaniem wniosku o podjęcie zawieszono postępowania. Postanowienie o podjęciu zawieszono postępowania sąd wydaje, gdy uzna podmiot, zgłaszający swoje przystąpienie do toczącego się postępowania, za następcę procesowego. W przeciwnym razie sąd oddala wniosek o podjęcie zawieszono postępowania. Ustanowienie następcy procesowego z mocy prawa nie zawsze wiąże się z utratą zdolności do czynności prawnych, czy zdolności procesowej, czy też zdolności do czynności procesowych przez stronę stosunku materialnoprawnego – czyli dotychczasową stronę procesową. Utrata przymiotu zdolności procesowej i zdolności do czynności procesowych nie nastąpi w przypadku ustanowienia zarządcy rzeczy stanowiącej przedmiot współwłasności lub użytkowania, zarządcy



nieruchomością w związku z prowadzeniem egzekucji z nieruchomości, ułamkowej części nieruchomości oraz egzekucji ze statków morskich, zarządcy prawa zajętego w toku egzekucji z innych wierzytelności i innych praw majątkowych, zarządcy nad przedsiębiorstwem lub gospodarstwem rolnym dłużnika ustanowionym w postępowaniu zabezpieczającym, zarządcy przymusowego ustanawianego w postępowaniu zabezpieczającym w przedmiocie ogłoszenia upadłości, czy zarządcy majątku dłużnika w przypadku ogłoszenia upadłości dłużnika z możliwością zawarcia układu - stanowiącymi przykład następstwa procesowego *inter vivos*, tj. odmiennie niż w przypadku następstwa procesowego *mortis causa* tj. kuratora spadku i wykonawcy testamentu, choć też sprawującymi zarząd masą majątkową.

Ustanowienie zarządców masą majątkową wpływa także na ich uprawnienia procesowe, gdyż z momentem ich powołania w sprawach wynikających z zarządu, zarządca może pozywać i być pozywany. W doktrynie ich sytuację procesową określa się jako podstawienie procesowe bezwzględne<sup>21</sup>. W procesach wszczętych przed ustanowieniem zarządu, zarządca może wstąpić do procesu w miejsce dotychczasowego pomiotu masy majątkowej<sup>22</sup>. Zasadniczo następca procesowy powołany do sprawowania zarządu masą majątkową działa we własnym imieniu na cudzy rachunek, a zatem działa jako zastępca pośredni, gdyż nie jest on ani pełnomocnikiem, ani przedstawicielem dłużnika czy wierzyciela<sup>23</sup>. Zastępca może działać w imieniu zastępowanego lub występować w imieniu własnym, wówczas takie zastępstwo określa się mianem zastępstwa pośredniego. Z kolei zastępstwo bezpośrednie określane jest jako przedstawicielstwo (*representantion*), bądź jako zastępstwo (*Vertretung, Stellvertretung*). Wiąże się to z kwestią legitymacji procesowej, która w zasadzie w odniesieniu do wszystkich rodzajów zarządu nad majątkiem innego podmiotu polega na tym, że z momentem ustanowienia zarządu masy majątkowej w sprawach dotyczących zarządzanego majątku zarządca posiada uprawnienie do występowania w procesach w charakterze strony powodowej lub pozwanej z wyłączeniem takich uprawnień przez podmiot, nad którego majątkiem sprawowany

---

<sup>21</sup> A. Szymański, *Stanowisko prawne zarządcy przymusowego*, „Przegląd Prawa Cywilnego” 1939, s. 340; W. Broniewicz, *Podstawienie procesowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1963, nr 31, s. 151.

<sup>22</sup> M. Allerhand, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II, Lwów 1934, s. 481.

<sup>23</sup> Z. Świeboda, *Komentarz do prawa upadłościowego i prawa o postępowaniu układowym*, Warszawa 1996, s. 231.



jest zarząd. Podmioty sprawujące zarząd masą majątkową z momentem ich ustanowienia z mocy prawa uzyskują legitymację procesową nadzwyczajną bezwzględną tzw. subrogację. Zagadnienie legitymacji procesowej dotyczy aspektu procesowego statusu prawnego zarządcy masą majątkową, natomiast aspekt materialnoprawny wiąże się z uznaniem ich jako zastępców pośrednich, gdyż jak wspomniano, czynności dokonują wprawdzie we własnym imieniu, ale na rachunek podmiotu zarządzanego.

W stosunku do toczących się postępowań zainicjowanych przed powołaniem zarządcy masą majątkową, występuje szczególnego rodzaju następstwo procesowe. W odniesieniu do zarządcy masą majątkową (ustanawianego zarówno w przypadkach *mortis causa*, jak i *inter vivos*) nie może mieć zastosowania następstwo procesowe uregulowane w przepisie art. 192 pkt 3 k.p.c., gdyż zarządca nie nabywa rzeczy lub prawa wchodzących w skład zarządzanego majątku, prawo własności pozostaje nadal przy podmiocie, którego ma zastąpić w procesie. W przypadku takiego następstwa procesowego dochodzi do szczególnego rodzaju sytuacji procesowej, gdyż zarządca wprawdzie staje się stroną stosunków procesowych, chociaż nie nabywa praw ze stosunków materialnych do przedmiotu sporu. Zarządca majątkiem uzyskuje wyłącznie uprawnienia natury procesowej, w celu zapewnienia mu prawidłowego wykonywania zarządu majątkiem, dla ochrony potencjalnych spadkobierców czy wierzycieli. Specyfika związana z ustanowieniem następstwa procesowego z mocy prawa celem zarządu masą majątkową wiąże się z tym, że jego wstąpienie do toczących się postępowań nie może zależeć od woli podmiotu, nad którego majątkiem ustanowiony został zarząd. Z momentem ustanowienia zarządcy majątkiem, wszelkie postępowania powinny być prowadzone i kontynuowane wyłącznie z jego udziałem. Czynności procesowe dokonywane przez podmiot nieuprawniony nie wywołają skutków prawnych, a postępowanie toczące się bez udziału strony – dotknięte będzie sankcją nieważności.

Pozostaje jeszcze przeanalizowanie, na jakiej podstawie dochodzi w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego do następstwa procesowego zarządcy masą majątkową. Skoro, jak zostało wskazane, nie jest dopuszczalne zastosowanie przepisu art. 192 pkt 3 k.p.c., to należy rozważyć możliwość zastosowania przepisu art. 174 pkt 1 k.p.c. w części wskazującej jako podstawę do zawieszenia postępowania z powodu śmierci strony i art. 180 pkt 1 k.p.c., regulujący podjęcie

zawieszzonego postępowania z udziałem następców prawnych zmarłej strony. W doktrynie ewentualnie wskazywany jest także przepis art. 180 pkt 3 k.p.c. – w drodze analogii, przy czym owa analogia byłaby o tyle uzasadniona, że podobnie jak przedstawiciel ustawowy zarządca masy majątkowej czy kurator spadku są uważani za zastępców prawnych z tym zastrzeżeniem, że zarządca jest zastępcą pośrednim. Możliwość zastosowania przepisu art. 174 pkt 1 i 180 pkt 1 k.p.c. ze względu na to, iż zarządca jest przedstawicielem, nie uwzględnia istotnej okoliczności, a mianowicie, że w przypadku przedstawicielstwa chodzi wyłącznie o czynności prawne, zaś zarządca przejmując zarząd nad majątkiem wykonuje również czynności faktyczne. Z powyższych względów teoria przedstawicielstwa może być kwestionowana, jako pomijająca obowiązki zarządcy związane z czynnościami zwykłego zarządu majątkiem dłużnika, a więc nieuwzględniająca wszystkich funkcji zarządcy.

Zarządca przymusowy powoływany jest przez sąd w postanowieniu o jego powołaniu, stanowiąc dokument legitymujący zarządcę zarówno w stosunku do dłużnika, wierzycieli, jak i wobec osób trzecich. Należy podzielić pogląd wyrażany w literaturze<sup>24</sup>, że zarządca pozostaje tylko zarządcą obcego mienia, pomimo, że we wszystkich sprawach dotyczących zarządu, użytkowania i spieniężenia majątku działa jako strona z mocy prawa, to jednak dłużnik i tak pozostaje właścicielem składników zarządzanego przez niego majątku.

Reasumując, wstąpienie do postępowania w miejsce dotychczasowej strony procesowej podmiotów niebędących następcami prawnymi jest możliwe na mocy przepisów prawa (zarówno materialnego, jak i procesowego). Następstwo procesowe tego rodzaju jest następstwem szczególnym, które nie mieści się jednakże ani w kategorii sukcesji uniwersalnej, ani sukcesji syngularnej. Istnieją bowiem szczególne sytuacje związane ze zmianami o charakterze podmiotowym, jakie następują w trakcie postępowania cywilnego, które zostały wprowadzone dla zapewnienia ochrony praw wierzycieli egzekwujących lub upadłościowych, jak też potencjalnych spadkobierców. Z powyższych względów, ze względu na cel i funkcję regulacji prawnych związanych z ustanowieniem zarządu masą majątkową tego rodzaju, następstwo procesowe należy uznać za

---

<sup>24</sup> W. Gawlas, W. Jonsik, *Prawo upadłościowe wraz z przepisami wprowadzającymi i Prawo o postępowaniu układowym z komentarzem uwzględniającym przepisy kodeksu zobowiązań, wzgl. Kodeksu cywilnego obow. Na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej oraz przepisy kodeksu postępowania cywilnego*, Poznań 1935, s. 105.

odrębną kategorię skutkującą utratą uprawnień dotychczasowej strony do występowania w procesach i przyznaniem tego uprawnienia innemu podmiotowi.

### **Streszczenie**

Opracowanie dotyczy kontrowersyjnego zagadnienia związanego z przekształceniami podmiotowymi stron w postępowaniu cywilnym, a zwłaszcza następstwa procesowego. Problematyka następstwa procesowego nie jest ujmowana jednolicie i budzi wątpliwości w literaturze przedmiotu. Artykuł sygnalizuje konieczność jednolitego uregulowania następstwa procesowego, zwłaszcza w odniesieniu do udziału zarządców masą majątkową zarówno w przypadku zarządu ustanawianego *inter vivos*, jak i *mortis causa*.

Słowa kluczowe: następstwo procesowe, następstwo prawne, konfuzja, sukcesja generalna i szczególna, legitymacja procesowa.

### **Abstract**

The study concerns the controversial issue related to personal transformations of parties in civil proceedings, and especially to procedural succession. The issue of procedural succession is not recognized uniformly and raises doubts in the subject literature. The paper signals the need for uniform regulation of procedural succession, especially in relation to the participation of administrators of the bankruptcy estate, both in the case of administration established *inter vivos* and *mortis causa*.

Keywords: procedural succession, legal succession, confusion, general and specific succession, locus standi.

Jacek Mazurkiewicz<sup>1</sup>

## **Niepożądani czerwonoarmiści, ignorowani niemieccy antyfaszyści i honorowani esesmani. O statusie prawnym i realiach grobów oraz cmentarzy wojennych radzieckich i niemieckich w Polsce**

*Pamięci Henryki Sochy  
nauczycielki z Aleksandrówki<sup>2</sup> koło Batorza*

### **1. Wstęp**

Prawo chroniące w Polsce groby oraz cmentarze wojenne prawie nie budzi doniosłych kontrowersji. Zgodne jest, co do zasady, z ideą nakazującą respekt dla miejsca ostatniego spoczynku człowieka oraz jego dóbr osobistych, a także takich dóbr jego bliskich.

Stanowi ono marginalny przedmiot zainteresowania rodzimych badaczy prawa<sup>3</sup> być może również dlatego, że sporów prawnych, które by się

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Na skraju tej wioski, przy drodze do lasu, znajduje się mogiła dwóch nieznanymi radzieckimi żołnierzami, którzy zginęli w walce z Niemcami podczas wyzwolenia Lubelszczyzny w 1944 r. Miejsce to jest otoczone troską i zadbane nie tylko w Zaduszkach. Henryka Socha, emerytowana nauczycielka miejscowej szkoły podstawowej, starszuszka nadzwyczajnej dobroci, zadziwiającej mądrości, skromna społeczniczka jakich mało, wierne stojąca przy swoich przekonaniach, ale rozważająca każdą myśl odmienną, poznała mnie z miejscowym gospodarzem, amatorem historykiem, także publikującym rezultaty swych badań. Dzięki archiwalnym i terenowym kwerendum odnalazł on na skraju pola przy Aleksandrówce zapomnianą mogiłę kilku żołnierzy z armii austriackiej i rosyjskiej poległych w I wojnie światowej. Własnym kosztem i pracą trwale upamiętnił to miejsce i umieścił napis, jakże wymowny, iż zginęli oni „w przypadkowym spotkaniu patroli”.

<sup>3</sup> Zob. np. brak piśmiennictwa dotyczącego tego zagadnienia w artykule M. Czyżaka, *Prawna ochrona grobów i cmentarzy wojennych w polskim systemie prawnym*, „Wojсковy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 2, s. 50 i n.

z nim wiązały, jest mało, niewykluczone, że do policzenia na palcach jednej ręki.

Rzeczywistość jednak skrzeczy. Groby i cmentarze wojenne radzieckie są od kilkunastu lat częstym obiektem różnorodnych przejawów agresji, beczczenia i dewastacji. Na cmentarzach wojennych niemieckich dochodziło do zupełnie innych zdarzeń, które również mają prawo budzić nie tylko zdziwienie, niesmak, ale i sprzeciw.

To część niedocenianego problemu o rozlicznych aspektach. Etycznym przede wszystkim. Religijnym także. Prawnym też. I oczywiście międzynarodowym. Ale również wychowawczym, kulturowym, medialnym, politycznym, ekonomicznym nawet.

## **2. W świetle nie tylko przedwojennej ustawy**

Artykuł 2 ustawy z 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych<sup>4</sup> nakazuje: groby wojenne<sup>5</sup> „bez względu na narodowość i wyznanie osób, w nich pochowanych, oraz formacje, do których osoby te należały, mają być pielęgnowane i otaczane należnym tym miejscom szacunkiem i powagą”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 39, poz. 311 ze zm., dalej: u.g.c.w.

<sup>5</sup> Zgodnie z art. 1 tej ustawy grobami takimi są, w rozumieniu u.g.c.w., groby i miejsca spoczynku: 1) poległych w walkach o niepodległość i zjednoczenie Państwa Polskiego, 2) osób wojskowych, poległych lub zmarłych z powodu działań wojennych, bez względu na narodowość, 3) sióstr miłosierdzia i wszystkich osób, które, wykonując zleczone im czynności przy jakiegokolwiek formacji wojskowej, poległy lub zmarły z powodu działań wojennych, 4) jeńców wojennych i osób internowanych, 5) uchodźców z 1915 r., 6) osób wojskowych i cywilnych, bez względu na ich narodowość, które straciły życie wskutek represji okupanta niemieckiego albo sowieckiego od dnia 1 września 1939 r., 7) ofiar niemieckich i sowieckich obozów, w tym cmentarzyska ich prochów, 8) osób, które straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem i represji totalitarnych w okresie od 1944 r. do 1956 r.” W ust. 2 tego artykułu ustalono, że „groby rodzinne, chociażby w nich były umieszczone zwłoki osób, wymienionych w ust. 1, nie są grobami wojennymi”, w ust. 3 wyjaśniono, że „cmentarzami wojennymi w rozumieniu ustawy niniejszej są cmentarze, przeznaczone do chowania zwłok osób, wymienionych w ust. 1”, w ust. 4 zaś wskazano, że „groby wojenne zasadniczo powinny być zgrupowane na cmentarzach wojennych”. Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999, s. 95.

<sup>6</sup> Ta regulacja, która nie mogła budzić wątpliwości w chwili jej uchwalenia, może i – moim zdaniem – powinna budzić zastrzeżenia w świetle doświadczeń II wojny światowej. Nie kwestionując bowiem oczywistego prawa do pochówku wszelkich zwłok i szczątków, a więc także osób należących do formacji uznanych przez Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze za organizacje zbrodnicze, takich jak Waffen-SS, nie sposób akceptować potrzeby czy nawet dopuszczalności okazywania

Dla interesującej mnie problematyki pewne znaczenie mają unormowania zawarte w art. 4 u.g.c.w., zgodnie z którymi wojewodzie „przyśluguje prawo zarządzania ekshumacji zwłok z grobu wojennego i przeniesienia ich do innego grobu” (ust. 1), co – jak należy przypuszczać – uzasadnione było potrzebą tworzenia cmentarzy wojennych, nadto tym, że nie mała część grobów wojennych usytuowana była pierwotnie poza jakimikolwiek cmentarzami. Ochronę dóbr osobistych związanych z kultem pamięci o zmarłym zapewniał w przypadku takiej ekshumacji dopiero § 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 23 października 1933 r., wydanego w porozumieniu z Ministrami Spraw Wojskowych i Opieki Społecznej, w sprawie wykonania ustawy z 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych<sup>7</sup>, zgodnie z którym „o zamierzonej z urzędu ekshumacji zwłok z grobu wojennego władza zawiadamia rodzinę zmarłego, jeżeli miejsce zamieszkania jest wiadome” (ust. 1), zaś w zawiadomieniu tym „władza wezwie rodzinę zmarłego do oświadczenia w oznaczonym terminie, czy nie zamierza przed terminem projektowanej ekshumacji zabrać zwłoki z cmentarza lub grobu wojennego w celu pochowania ich w grobie rodzinnym lub na ogólnym cmentarzu grzebalnym”.

W ust. 2 art. 4 u.g.c.w. przewidziano natomiast, również szersze aniżeli zawarte w art. 15 ust. 1 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>8</sup> (zob. także art. 15a ust. 1 tej ustawy), przesłanki ekshumacji dokonywanej „wskutek umotywowanej prośby rodziny lub otoczenia osoby, pochowanej w grobie wojennym, bądź prośby instytucji społecznej”, uwzględniając które wojewoda „może zezwolić na ekshumację zwłok z grobu wojennego, przeniesienie ich na inne miejsce w kraju lub poza granicami Państwa i na sprowadzenie zwłok z obcego państwa celem pochowania w kraju w grobie wojennym”.

Oczywistym mankamentem tej regulacji jest to, że w przypadku ekshumacji dokonywanej na prośbę „otoczenia” osoby pochowanej w grobie wojennym bądź na prośbę instytucji społecznej nie przewidziano, nawet we wskazanym rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z 23 października 1933 r. w sprawie wykonania ustawy o grobach

---

miejscom takich pochówków szacunku, inaczej niż powagi, o której przepis ten również wspomina.

<sup>7</sup> Dz. U. Nr 85, poz. 595.

<sup>8</sup> Dz. U. z 2015 r., poz. 2126. Ponadto por. art. 1 ust. 2 pkt 1–3, art. 3, 4 i 7–10 ustawy z 7 maja 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady (Dz. U. z 2015 r., poz. 2120).

i cmentarzach wojennych, obowiązku zawiadomienia o zamierzonej ekshumacji rodziny zmarłego i co najmniej wyznaczenia jej terminu do złożenia stosownego oświadczenia, takiego, jaki w przypadku ekshumacji z urzędu przewidziano w § 3 tego rozporządzenia (por. art. 15a ust. 5 pkt 2–ust. 8 wskazanej ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych) .

Można łatwo odtworzyć motywy regulacji zawartej w art. 5 u.g.c.w., zgodnie z którym przeprowadzanie „robót ziemnych, wznoszenie pomników i innych urządzeń na cmentarzach i grobach wojennych wymaga zezwolenia wojewody”, choć domyślać się należy i tutaj potrzeby respektu dla dóbr osobistych tych, o których groby chodzi.

W art. 6 ust. 1 u.g.c.w. postanowiono, że groby i cmentarze wojenne pozostają pod opieką Państwa, wskazując zaś jako sprawującego nad nimi zwierzchni nadzór, „polegający na sprawdzaniu i kontrolowaniu działań podległych jednostek pod względem legalności i podejmowania w tym zakresie decyzji administracyjnych”, ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, zaznaczono nakaz zachowania uprawnień „przysługujących Kościołom i innym związkom wyznaniowym oraz wójtom (burmistrzom, prezydentom miast) na podstawie” ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych „oraz uprawnień przysługujących Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa na podstawie ustawy z 21 stycznia 1988 r. o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa”<sup>9</sup>.

Przyjęto też w tym artykule jako regułę, że koszty „budowy i utrzymania, w tym remontów, grobów i cmentarzy wojennych są ponoszone ze środków budżetu państwa” (ust. 2)<sup>10</sup>, przy czym wojewoda „może, w drodze porozumienia, powierzyć jednostce samorządu terytorialnego obowiązek utrzymania grobów i cmentarzy wojennych, z jednoczesnym

<sup>9</sup> Zob. Dz. U. Nr 2, poz. 2 ze zm.

<sup>10</sup> Zważywszy także ten obowiązek, budzi zasadnicze zastrzeżenia wyrok SN z 1 lutego 2001 r. (I CKN 1099/98, OSNC 2001, poz. 135). Zbagatelizowano w nim ekonomiczne konsekwencje usytuowania grobów wojennych na prywatnej posesji oraz pominięto, iż właścicielka nie tylko *de iure*, ale przed 1989 r. także *de facto* nie mogła domagać się od Skarbu Państwa nabycia nieruchomości, na której znajdowały się groby żołnierzy niemieckich (zob. art. 3 ust. 1 u.g.c.w. przewidującego obowiązek – ciążący na Skarbie Państwa – przejęcia, w drodze umownej lub wywłaszczenia, przede wszystkim gruntów zajętych przez groby i cmentarze wojenne). Z uzasadnienia krytykowanego werdyktu można przy tym wyciągnąć wniosek, że SN czyni wyrzut powodce, która powstrzymała się od ekonomicznej eksploatacji posesji, na której znajdowały się groby żołnierzy, choć te poddane są przecież reżimowi ochronnemu przewidzianemu w ustawie o grobach i cmentarzach wojennych.



przekazaniem odpowiednich funduszy, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego nie przejmie tego obowiązku bezpłatnie” (ust. 3), natomiast „minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego może powierzyć fundacjom, stowarzyszeniom i instytucjom społecznym, za ich zgodą, obowiązek utrzymania grobów i cmentarzy wojennych” (ust. 4). Z art. 7 tej ustawy wynika jednak, że „bezpośredni dozór nad stanem grobów i cmentarzy wojennych sprawują gminy, jeżeli czynności dozoru nie poruczono zrzeszeniom i organizacjom społecznym w myśl art. 6 ust. 4”<sup>11</sup>.

Unormowania dotyczące grobów i cmentarzy wojennych uzupełniają odpowiednio stosowane przepisy wskazanej już ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, z wyjątkiem jej art. 6 (art. 10 u.g.c.w.).

### **3. W świetle umów z Federacją Rosyjską, Ukrainą oraz Republiką Białoruś**

Istotne dla moich rozważań są niektóre postanowienia umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Federacji Rosyjskiej o grobach i miejscach pamięci ofiar wojen i represji, sporządzonej w Krakowie 22 lutego 1994 r.<sup>12</sup> oraz podobnej umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Ukrainy o ochronie miejsc pamięci i spoczynku ofiar wojny i represji politycznych, sporządzonej w Warszawie 21 marca 1994 r.<sup>13</sup>, a także bliźniaczej umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Białoruś o ochronie grobów i miejsc pamięci ofiar wojen i represji, sporządzonej w Brześciu 21 stycznia 1995 r.<sup>14</sup>

Umowa z rządem Federacji Rosyjskiej reguluje współpracę „w zakresie rozwiązywania wszelkich spraw związanych z ustalaniem, rejestracją, urządzeniem, zachowywaniem i należyтым utrzymaniem miejsc pamięci i spoczynku – polskich w Federacji Rosyjskiej i rosyjskich

---

<sup>11</sup> Zob. także § 4 wskazanego rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 23 października 1933 r. w sprawie wykonania ustawy o grobach i cmentarzach wojennych zawierający nieco odmienne sformułowanie: „Bezpośrednie czuwanie nad stanem grobów i cmentarzy wojennych należy do zarządu właściwej gminy” (ust. 1), zaś „w razie uszkodzenia grobu lub jakichkolwiek urządzeń na cmentarzu wojennym zarząd gminy obowiązany jest o tym zawiadomić wojewodę” (ust. 2).

<sup>12</sup> Dz. U. Nr 112, poz. 543, dalej także: U.P.F.R.

<sup>13</sup> Dz. U. Nr 112, poz. 545, dalej: U.P.U.

<sup>14</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 32, poz. 185, dalej: U.P.R.B.

w Rzeczypospolitej Polskiej – żołnierzy i osób cywilnych poległych, pomordowanych i zamęczonych w wyniku wojen i represji” (art. 1 ust. zd. 1). Jednakże, na podstawie ust. 3 tego artykułu, postanowienia tej umowy obejmują również „groby żołnierzy i osób cywilnych, niemieszczących się w określeniu ust. 1 niniejszego artykułu, lecz które znajdują się na terenie miejsc spoczynku, o których mowa w ust. 1”<sup>15</sup>. W zd. 2 art. 1 ust. 1 tego przepisu wyjaśniono też, że postanowienia tej umowy „obejmują także sprawy związane z ekshumacją szczątków zwłok i godnym ich pamięci pochowaniem”<sup>16</sup>.

Bardzo podobną regulację zawarto w preambule oraz art. 1 U.P.U. z tym, że mowa w nim m.in. o ochronie miejsc pamięci i spoczynku osób poległych i pomordowanych na skutek wojen i represji politycznych<sup>17</sup>, brakuje natomiast postanowienia nakazującego stosowanie tej umowy do grobów żołnierzy i osób cywilnych, znajdujących się na terenie spoczynku ofiar wojen i represji politycznych, lecz niebędących takimi ofiarami.

Tego ostatniego postanowienia nie ma też w U.P.R.B., która zawiera postanowienia analogiczne do przywołanych unormowań U.P.F.R., tyle że sama odnosi się do „miejsc pamięci i spoczynku żołnierzy i osób cywilnych zmarłych, poległych i pomordowanych w wyniku walk o niepodległość, wojen lub represji” (art. 2 ust. 1, także preambuła).

---

<sup>15</sup> We „Wspólnym Oświadczeniu Ministrów Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej i Federacji Rosyjskiej”, załączonym do U.P.F.R., „Strona polska oświadcza, że jest gotowa ściśle współdziałać ze Stroną rosyjską dla zapewnienia należytej troski o znajdujące się na terytorium Polski miejsca spoczynku żołnierzy nieobjęte działaniem umowy. Decyzje pociągające za sobą zmianę statusu takich miejsc spoczynku będą podejmowane po uprzednim poinformowaniu urzędów konsularnych Rosji w Polsce”, w końcowym zdaniu dodano ważką deklarację, że „obie Strony będą rozwijać współpracę w celu zachowania na swoich terytoriach państwowych miejsc pamięci związanych z historią Polski i Rosji”, co szczególnie wymowne w sytuacji likwidacji licznych pomników poświęconych żołnierzom Armii Radzieckiej, którzy w 1944 i 1945 r. walczyli w Polsce z Wehrmachtem i innymi formacjami niemieckimi oraz koalicji hitlerowskiej.

<sup>16</sup> Zob. np. H. Pasek, *Kraków. Ekshumacja radzieckich żołnierzy spod Barbakanu. Godne miejsce spoczynku*, „Rzeczpospolita”, 1997, nr 76, s. 3.

<sup>17</sup> Zauważyć można, że wbrew temu, iż w tytule tej umowy oraz w jej art. 1 mowa m.in. o ofiarach wojny, to wynika z niej, także z powołania się na konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 r. oraz na protokoły dodatkowe do nich, w szczególności jednak ze sformułowania, które w preambule wspomnianej umowy mówi o miejscach pamięci i spoczynku osób poległych i pomordowanych „na skutek wojen”, że odnosi się ona do osób poległych lub pomordowanych podczas wszystkich wojen.

Zważywszy cel oraz charakter tych trzech umów zrozumiałe jest, że te ich postanowienia, w których można dopatrzeć się związku z problematyką statusu dóbr osobistych zmarłych, są marginalne; niekiedy ów związek może się wydawać odległym, choć w istocie tak być nie musi. Dotyczy to np. deklarowanego przez strony U.P.F.R. kierowania się w trakcie realizacji współpracy, o której mowa w art. 1 ust. 1 „państwowymi, narodowymi i religijnymi zwyczajami i tradycjami narodów Polski i Rosji” (art. 1 ust. 2), gdy w U.P.U. mowa w art. 4 ust. 1 o uwzględnianiu „w razie potrzeby”, podczas realizacji przedsięwzięć przewidzianych w tym artykule, zwyczajów narodowych i tradycji religijnych innych narodów, co jest formułą szerszą aniżeli przyjęta w U.P.F.R., choć poprawną jest dopiero formuła, która posłużono się w art. 4 ust. 5 U.P.R.B., gdzie mowa o uwzględnianiu, bez jakichkolwiek uwarunkowań i ograniczeń, tradycji narodowych i religijnych.

Wszystkie trzy umowy przewidują wymianę posiadanych informacji (w U.P.F.R. mowa o „wszelkich posiadanych informacjach”) m.in. o miejscach spoczynku oraz danych osobowych poległych i pomordowanych (art. 3 ust. 1 U.P.U.), w art. 2 ust. 1 U.P.F.R. także danych osobowych zamęczonych. Tylko w art. 2 ust. 2 U.P.R.B. znowu przyjęta została formuła najszersza i przez to właściwa, bo wymienia się tu miejsca spoczynku oraz dane osobowe zmarłych, poległych i pomordowanych<sup>18</sup>; natomiast wymianę również wszelkich innych informacji dotyczących pochowanych osób, a związanych z realizacją zawartych umów, przewidują art. 3 ust. 1 U.P.U. i art. 2 ust. 2 U.P.R.B. Każda z trzech umów przewiduje nadto sporządzenie wykazów wszystkich znanych miejsc spoczynku, lecz tylko art. 2 ust. 2 U.P.F.R. przewiduje uwzględnianie w takich wykazach także danych osobowych pochowanych.

Wszystkie trzy umowy przewidują obowiązek urządzenia, w szczególności poprzez wyznaczenie granic i postawienie nagrobków, oraz obowiązek utrzymania m.in. różnie określanych w poszczególnych umowach miejsc spoczynku, grobów, nagrobków, znaków pamięci, pomników i innych obiektów upamiętniających (art. 2 ust. 3 i 4 oraz art. 3 U.P.F.R., art. 3 ust. 2 i art. 4 U.P.U., art. 2 ust. 3 i art. 3 U.P.R.B.),

---

<sup>18</sup> O ustalaniu danych osobowych mowa też w art. 6 ust. 1 U.P.F.R., dotyczącym przyjmowania specjalnych grup roboczych mających za zadanie także przeprowadzanie przedsięwzięć związanych z upamiętnianiem pochowanych. Podobny zapis zawarty jest w art. 7 ust. 1 U.P.U. Brak takiego postanowienia w art. 6 ust. 1 U.P.R.B. jest zrozumiałą zważywszy najszerszą formułę, która została w nim przyjęta.

niekiedy wyraźnie podkreślając, że „obok istniejących mogą być wznoszone nowe pomniki i inne formy uczczenia pamięci poległych, pomordowanych i zamęczonych, jeśli mają one istotne uzasadnienie historyczne” (art. 2 ust. 5 U.P.F.R.), co nie jest wystarczające dla praktykowanego na polskich cmentarzach żołnierzy Armii Radzieckiej umieszczania przez bliskich poległych żołnierzy płyt prywatnych, często zawierających określenia lub symbole religijne<sup>19</sup>, choć i to może stanowić przedmiot dodatkowych ustaleń stron tej umowy<sup>20</sup>. Wolna od podobnych wad jest natomiast formuła przyjęta w art. 3 ust. 4 U.P.R.B., gdzie mówi się po prostu o tym, że „obok już istniejących mogą być stosowane inne formy uczczenia pamięci zmarłych, poległych i pomordowanych”. Podobną, choć ograniczoną do „poszczególnych przypadków” formułę,

---

<sup>19</sup> Na wrocławskich radzieckich cmentarzach wojennych, oficerskim przy ul. Karkonoskiej i żołnierskim na Skowroniej Górze, znajdują się takie płyty lub tabliczki, rzadko ze zdjęciami, które najszybciej są niszczone, przywiezione przez bliskich, chyba głównie z Rosji, Ukrainy, Białorusi, Gruzji i Armenii.

<sup>20</sup> W umowach znalazły się również postanowienia zobowiązujące Strony, aby dążyły „do usunięcia z terenu otaczającego miejsca pamięci i spoczynku wszelkich obiektów nieliczących z powagą tych miejsc” (art. 3 ust. 2 U.P.F.R. i art. 3 ust. 3 U.P.R.B.) albo dążyły do „do usunięcia z terenów, na których znajdują się miejsca pamięci lub spoczynku, oraz z terenów bezpośrednio do nich przylegających wszelkich obiektów nieodpowiadających statusowi tych miejsc” (art. 4 ust. 4 U.P.U.). To ostatnie sformułowanie jest bez wątpienia właściwe i wolne od oczywistej wady sformułowania przyjętego w dwóch poprzednio wspomnianych umowach, gdzie takiego obowiązku nie odniesiono do terenów, na których znajdują się miejsca pamięci i spoczynku. Z pewnym zróżnicowaniem w każdej z tych umów został przewidziany obowiązek wzajemnego (w U.P.F.R. także „natychmiastowego”) informowania się o przypadkach (w U.P.F.R. o „wszystkich” przypadkach) wandalizmu wobec miejsc pamięci i spoczynku, ich zbezczeszczenia, zniszczenia lub uszkodzenia oraz podejmowaniu działań (w U.P.F.R. „niezwłocznych”) w celu przywrócenia tym miejscom należytego porządku (w U.P.U. „w celu odnowienia tych miejsc”), ukarania sprawców (brak takiego postanowienia w U.P.U.) i zapobiegania podobnym aktom w przyszłości. Można przypuszczać, że dostrzegalny rygorizm postanowień zawartych w U.P.F.R. był konsekwencją nierzadkich dewastacji i bezczeszczenia cmentarzy żołnierzy Armii Radzieckiej w Polsce po 1989 r., o czym piszę dalej. Wymowne, że w ogóle nie dostrzeżono potrzeby takich regulacji w omówionej niżej umowie polsko-niemieckiej i to zapewne nie tylko ze względu na szczególny, wyjątkowy w Polsce, choć znany gdzie indziej (np. na brytyjskich cmentarzach wojennych w Kenii, Erytrei czy Iranie) ochronny czy wręcz pieczołowity sposób zarządzania większością tych cmentarzy, ale także z powodu braku chyba jakichkolwiek przejawów dewastacji nawet miejsc upamiętniających żołnierzy SS, w tym również tych, wobec których wykonano orzeczoną przez polskie sądy karę śmierci, albo którzy po wojnie zmarli w polskich więzieniach odbywając karę za zbrodnie wojenne.

zawarto w art. 4 ust. 2 U.P.U. Tu też, zapewne pomni także tragicznych doświadczeń Polaków i Ukraińców oraz związanych z tymi doświadczeniami emocji, dodano, że przy urządzaniu miejsc pamięci i spoczynku oraz realizacji przedsięwzięć mających na celu uczczenie pamięci poległych i pomordowanych, mogą być „wykorzystane symbole narodowe i religijne”<sup>21</sup>.

W każdej z przedstawianych umów znalazły się postanowienia dotyczące ekshumacji szczątków zwłok żołnierzy i osób cywilnych, tyle że w U.P.F.R. chodzi o ekshumację „w celu identyfikacji pochowanych lub przekazania ich do pochowania w ojczyźnie” (art. 4 ust. 1), gdy pozostałe umowy nie przewidują ekshumacji w celu identyfikacji (art. 5 ust. 1 U.P.U. i art. 4 ust. 1 U.P.R.B.)<sup>22</sup>. Poza oczywistą zgodą Strony, na której terytorium spoczywają szczątki, ekshumacja w celu identyfikacji lub przekazania do ojczyzny jest możliwa, zgodnie z art. 4 ust. 1 U.P.F.R. i art. 4 ust. 1 U.P.R.B., wyłącznie na prośbę zainteresowanej Strony, co należy rozumieć jako prośbę tej Strony, na której terytorium szczątki nie są pochowane<sup>23</sup>. Takie postanowienia znalazły się w art. 4 ust. 1 U.P.F.R. i w art. 4 U.P.R.B., a choć o prośbie Strony, na której terytorium ekshumowane szczątki mają być pochowane, nie wspomina art. 5 U.P.U., nie inaczej należy interpretować i tu konieczne przesłanki takiej ekshumacji. W art. 4 ust. 2 i 3 U.P.F.R. mowa jest też o uzgodnieniu procedury „przeprowadzenia ekshumacji i przekazania szczątków zwłok, wraz ze znalezionymi przy nich przedmiotami osobistymi,

---

<sup>21</sup> Takie przypuszczenie jest uzasadnione również w odniesieniu do sformułowania zawartego w preambule U.P.U., którego nie umieszczono ani w U.P.F.R. ani w U.P.R.B., a które określając intencje stron umowy polsko-ukraińskiej wskazuje, iż zawarto ją „dążąc do zapewnienia wolnego przepływu informacji i pełnego dostępu do potwierdzonej źródłowo prawdy”, ponadto w odniesieniu do sformułowania mówiącego o działaniu „na rzecz zbliżenia obu narodów i ich wzajemnego zrozumienia w przyszłości” (w preambule U.P.R.B. mowa o interesie obu narodów i ich wzajemnym zrozumieniu, bez zbytecznego eksponowania tego, co zresztą oczywiste, że chodzi o zrozumienie w przyszłości, przypominającego, że ze zrozumieniem w przeszłości nie bywało zawsze najlepiej).

<sup>22</sup> W tym ostatnim przepisie mowa o ekshumacji dokonywanej w celu przekazania szczątków zwłok zainteresowanej stronie, bez wskazywania, że chodzi o ich ponowne pochowanie w ojczyźnie żołnierza lub osoby cywilnej.

<sup>23</sup> Takiego postanowienia nie zawiera U.P.U., ale jej art. 4 ust. 1 skłania do takich samych konkluzji, jakie formułują przytoczone postanowienia U.P.F.R. i U.P.R.B. Zauważmy też, że tylko w U.P.F.R. stwierdzono, że i taka ekshumacja musi być przeprowadzona pod bezpośrednim nadzorem upoważnionych przedstawicieli Stron (art. 4 ust. 3).

dokumentami, odznaczeniami oraz dystynkcjami”, nadto o protokolarnym przekazaniu znalezionych przy zwłokach innych przedmiotów. O przekazywaniu tych innych przedmiotów nie wspomina U.P.R.B. (zob. art. 4 ust. 2), przekazywania jakichkolwiek znalezionych przy ekshumowanych szczątkach przedmiotów nie przewiduje U.P.U. (zob. art. 5).

Wszystkie trzy umowy przewidują też możliwość zmiany miejsca spoczynku szczątków zwłok osób, których dotyczą postanowienia tych umów, na terytorium tego samego państwa, na którym zostały pochowane. Zgodnie z dwiema z nich jest to możliwe tylko w sytuacjach wyjątkowych (art. 5 ust. 1 U.P.F.R. i art. 5 ust. 1 U.P.R.B.), w świetle U.P.U. jest to możliwe tylko w przypadkach szczególnych (art. 6 ust. 1). Przy czym we wszystkich umowach przewidziano konieczność niezwłocznego poinformowania odpowiedniego organu państwowego lub władz drugiej Strony, zaś sama ekshumacja musi być w takim przypadku przeprowadzana przy udziale przedstawicieli właściwych instytucji obu Stron. W dwóch umowach dodano, że zmiany miejsca spoczynku „będą dokonywane przede wszystkim przez przeniesienie szczątków zwłok w istniejące miejsca spoczynku” (art. 5 ust. 1 U.P.F.R. i art. 5 ust. 1 U.P.R.B.)<sup>24</sup>. W pierwszych postanowieniach wszystkich trzech umów podkreślono potrzebę „godnego ich pamięci” ponownego pochowania ekshumowanych szczątków zwłok żołnierzy i osób cywilnych<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Natomiast tylko w U.P.F.R. zawarto postanowienie szczegółowe, zgodnie z którym „jeżeli teren będący miejscem pamięci i spoczynku lub jego część, ze względu na wyższą konieczność państwową, jest niezbędny dla innych celów, to Strona, na której terytorium państwowym ten teren się znajduje, zmieni jego granice lub wydzieli inny odpowiedni teren i poniesie wszystkie koszty powtórnego pochówku i urządzenia cmentarza. Strony będą przeprowadzać konsultacje w celu wypracowania uzgodnionych decyzji w sprawach dotyczących wytyczenia nowych granic terenu lub wyboru nowego terenu oraz sposobu jego urządzenia, włącznie z przeniesieniem pomników” (art. 5 ust. 3), kierując się „postanowieniami niniejszej umowy, celami i zasadami Konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 r. i Protokołów dodatkowych do tych konwencji, a także państwowymi, narodowymi i religijnymi zwyczajami i tradycjami narodów Polski i Rosji”. Dodać warto, że ekshumacji dotyczy też część przywołanego wcześniej „Wspólnego Oświadczenia...”, w którym stwierdzono, że „kierując się dobrą wolą i wartościami humanitarnymi, Strona rosyjska zamierza rozpocząć w maju 1994 r. w Katyniu i Miednoje ekshumację szczątków ofiar totalitaryzmu, w tym oficerów polskich, oraz uczestniczyć w godnym ich pamięci pochowaniu. Strona rosyjska oświadcza, iż jest gotowa ponieść związane z tym koszty oraz udzielić pomocy w urządzeniu cmentarzy-pomników w Katyniu i Miednoje”.

<sup>25</sup> Zob. art. 1 ust. 1 U.P.F.R., art. 1 U.P.U., ponadto jej preambułę, w której znalazło



W każdej z przedstawianych umów określono zasady finansowania przedsięwzięć związanych z utrzymaniem miejsc pamięci i spoczynku, które, co do zasady, pokrywane są przez tę Stronę, na której terytorium miejsca te się znajdują, zawierając też odstępstwa od tej reguły (art. 8 U.P.F.R., art. 9 U.P.U. i art. 8 U.P.R.B.)<sup>26</sup>.

We wszystkich tych umowach mowa też o zapewnieniu swobodnego dostępu „obywateli obu Państw do miejsc pamięci i spoczynku” (art. 10 ust. 1 U.P.F.R.) lub „do miejsc pamięci i spoczynku poległych i pomordowanych rodaków” (art. 10 ust. U.P.U.); w U.P.R.B. postanowienie bliźniacze do zawartego w U.P.F.R. uzupełniono zapisem, zgodnie z którym „każda ze Stron sprzyja odwiedzaniu tych miejsc, szczególnie w dniach doniosłych świąt i rocznic, przez osoby pragnące uczcić pamięć zmarłych, poległych i pomordowanych” (art. 9 ust. 2).

Jak widać, nakaz sprzyjania takim odwiedzinom dotyczy wszystkich obywateli, nie tylko zaś członków rodzin tych, o których miejsca pochówków chodzi.

Warto jeszcze dodać, że niezbyt zręczna formuła przyjęta najczęściej we wszystkich trzech wskazanych umowach, w których mowa o „ochronie miejsc pamięci i spoczynku” uzasadnia jednak wykładnię, iż unormowaniami tymi objęte są także miejsca pamięci ofiar wojen i represji, które nie są jednocześnie miejscami ich spoczynku. Nie sposób inaczej wytłumaczyć umieszczenia w licznych postanowieniach umownych określeń wskazujących na miejsca pamięci, albowiem, gdyby stosowną ochroną miały być objęte tylko miejsca spoczynku wystarczyło do wymienienia ich ograniczyć się, tak jak to zresztą uczyniono np. w art. 5 ust. 1 i 2 U.P.F.R., art. 6 U.P.U. i art. 5 ust. 1 U.P.R.B.

---

się sformułowanie mówiące ogólnie o dążeniu „swoich narodów do godnego uczczenia miejsc pamięci i spoczynku osób poległych i pomordowanych zarówno na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i Ukrainy na skutek wojen i represji politycznych”, także jej art. 4 ust. 2, gdzie mowa o „uczczeniu pamięci poległych i pomordowanych” oraz art. 7 ust. 1 tej umowy, w którym mowa o specjalnych grupach roboczych upoważnionych do rozwiązywania problemów związanych m.in. z upamiętnianiem osób poległych i pomordowanych, jak również art. 2 ust. 1 U.P.R.B., nadto sformułowanie zawarte w jej preambule, gdzie mowa o pragnieniu uczczenia w godny sposób miejsc „pamięci i spoczynku na terytoriach Polski i Białorusi żołnierzy i osób cywilnych zmarłych, poległych i pomordowanych w wyniku walk o niepodległość oraz wojen lub represji”.

<sup>26</sup> Formuła przyjęta w U.P.F.R., zwłaszcza w jej art. 8 ust. 2, jest pokrętna i może być przeciwstawnie interpretowana, wad tych pozbawione są odpowiednie zapisy w U.P.U. i U.P.R.B.



A przecież, co do zasady, rządy zawierające te umowy przewidziały inaczej: wskazano ochronę miejsc pamięci tych ofiar i to poprzedzając tym wskazaniem wskazanie (ochrony) miejsc ich spoczynku. Wspiera tę argumentację także postanowienie szczegółowe zawarte np. w art. 2 ust. 5 zd 2 U.P.F.R., zgodnie z którym obok „istniejących mogą być wznoszone nowe pomniki i inne formy uczczenia pamięci poległych, pomordowanych i zamęczonych, jeśli mają one istotne uzasadnienie historyczne”. Z postanowienia tego w żadnym razie nie można wyinterpretować sugestii, że owe pomniki i inne formy uczczenia poległych, pomordowanych i zamęczonych nie mogą znajdować się poza miejscami ich spoczynku, i to nie tylko w miejscach ich śmierci, ale także walk. O takiej interpretacji przesądza zaś w U.P.U. jej art. 2, gdzie wyraźnie postanowiono, że miejscem pamięci jest „miejsce związane z walką lub męczeństwem [...]”. To samo, a nawet więcej wynika jednoznacznie z art. 1 U.P.R.B., gdzie postanowiono, że miejscem pamięci i spoczynku jest miejsce „związane z walką o niepodległość, wojnami lub represjami [...]”. W U.P.U. znajdują się też inne postanowienia, które bez możliwości odmiennej interpretacji nakazują odróżniać miejsca pamięci od miejsc spoczynku (np. w jej art. 3 ust. 2 zd. 1 mowa o tym, że w „przypadku ujawnienia nowych miejsc pamięci lub spoczynku, Umawiająca się Strona, na której terytorium państwowym one się znajdują, podejmie niezwłocznie działania w celu ich ochrony”).

Wspominam o tym nie tylko dlatego, że w Polsce dochodzi do likwidacji przede wszystkim wielu takich miejsc pamięci, niebędących miejscami spoczynku, z naruszeniem obowiązujących umów zawartych przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej. To oraz bezczeszczenie radzieckich cmentarzy wojennych spotyka się z protestami dyplomatycznymi, do niedawna wyłącznie ze strony Federacji Rosyjskiej, w 2015 r. także Armenii, Białorusi i Kazachstanu. Dyplomaci tych czterech państw wskazują, że „coraz częściej napływają wiadomości o wypadkach bezczeszczenia w Polsce cmentarzy żołnierzy radzieckich, poległych w latach 1944-1945 przy wyzwoleniu tego kraju od najeźdźców niemiecko-faszystowskich, i pomników postawionych ku ich czci oraz o likwidacji takich pomników na mocy decyzji władz miejscowych. Obywatele naszych krajów ze szczególnym bólem i goryczą odbierają te czyny, dlatego że znieważają one pamięć setek tysięcy naszych ojców, dziadów i pradziadów, którzy oddali swoje życie za wolność Polski i jej narodu”. Dyplomaci ci wezwali polskie władze „do wystąpienia z oświadczeniem, że pamięci

żołnierzy radzieckich poległych w walkach o wyzwolenie Polski i w niewoli w obozach hitlerowskich na terenie Polski musi być bezwarunkowo okazywany należny szacunek, ich groby i pomniki postawione ku ich czci są nietykalne, a sprawcy bezczeszczenia lub samowolnej likwidacji tych miejsc pochówku i pomników podlegają pociągnięciu do odpowiedzialności i karaniu zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>27</sup>.

Jak wiadomo, w Armii Czerwonej służyli nie tylko Rosjanie, Ormianie, Białorusini i Kazachowie, ale także członkowie innych narodów zamieszkujących ZSRR. Lecz choć wśród tych ostatnich najliczniejsi byli Ukraińcy, ambasada Ukrainy w RP zachowuje milczenie<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Z. Bąbczyńska-Jelonek, *Klucze i gesty Waszczykowskiego*, <http://pl.sputniknews.com/opinie/20151221/1695091/klucze-waszczykowski-polska-rosja.html> (dostęp w dniu 21 grudnia 2015 r.). Wygląda na to, że tak, jak polskie władze, także kierujący IPN oraz – mimo pewnych wątpliwości – przedstawiciel Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, próbują bronić interpretacji, że z ochrony przewidzianej w U.P.F.R. wyłączone są pomniki niestojące w miejscach pochówków (zob. np. B. Rumieńczyk, *Pomniki Armii Czerwonej w Polsce. „Wolne państwo nie powinno takich symboli tolerować”*, <http://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/pomniki-armii-czerwonej-w-polsce-wolne-panstwo-nie-powinno-takich-symboli-tolerowac/0sektp>, dostęp w dniu 15 lutego 2016 r.). Nawet, gdyby przyjąć, inaczej niż uważam, tę tezę, jest ona ewidentnie sprzeczna z postanowieniami U.P.U. oraz U.P.R.B. A to doniosła prawnie konstatacja, bo przytłaczająca większość pomników, o które chodzi, poświęcona jest żołnierzom Armii Czerwonej bez wskazywania ich tożsamości lub narodowości, są one więc poddane jednoznaczniemu reżimowi ochronnemu także tych dwóch ostatnich umów. Zob. nadto R. Sitdikov, *Ostry protest Moskwy po dewastacji pomnika w Szczecinie*, <http://pl.sputniknews.com/polska/20160117/1861703/rosja-polska-szczecin-pomnik-wandalizm.html> (dostęp w dniu 18 stycznia 2016 r.); *Ambasadorowi Polski w Moskwie złożono protest w związku ze zbezczeszczeniem pomnika*, <http://pl.sputniknews.com/polska/20160225/2147573/polska-rosja-pomnik.html> (dostęp w dniu 25 lutego 2016 r.).

<sup>28</sup> Dopiero niedawno poznałem unormowania, które dotyczą ochrony dóbr osobistych zmarłych ofiar wojny i represji znajdujące się w preambule, art. 1, w szczególności jego ust. 2 i 3, art. 2, przede wszystkim jego ust. 3 oraz w art. 5 ust. 1 umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Kyrgyjskiej o wzajemnej ochronie grobów i miejsc pamięci ofiar wojny i represji, sporządzonej w Warszawie 5 czerwca 1993 r. (<http://www.radaopwim.gov.pl/category/5/>; dostęp w dniu 21 grudnia 2015 r.) oraz w preambule, art. 1, w szczególności ust. 2 i 3, art. 2, przede wszystkim jego ust. 3 i w art. 5 ust. 1 umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Uzbekistanu o wzajemnej ochronie miejsc spoczynku i pamięci ofiar wojny i represji, sporządzonej w Warszawie 11 stycznia 1995 r. (<http://www.radaopwim.gov.pl/category/5/>; dostęp w dniu 21 grudnia 2015 r.). W obu tych umowach znajdują się również postanowienia dotyczące ekshumacji (zob. w obu umowach art. 1 ust. 1 oraz

#### 4. W świetle umowy z Republiką Federalną Niemiec

Znacznie później, bo 8 grudnia 2003 r., podpisana została w Warszawie umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o grobach ofiar wojen i przemocy totalitarnej<sup>29</sup>, w znacznej części różniąca się od umów zawartych wcześniej z Federacją Rosyjską, Ukrainą i Republiką Białoruś<sup>30</sup>. W preambule U.P.R.F.N. podkreślono, że intencją przyświecającą jej stronom jest uczczenie ofiar wojen i przemocy totalitarnej oraz godne upamiętnienie i ochrona miejsc ich spoczynku, w art. 1 sprecyzowano zaś, że „umowa reguluje wszystkie kwestie związane z ustalaniem, dokumentowaniem, rejestracją, urządzaniem, zachowaniem, należywym utrzymaniem

---

art. 3 i 4). Wymowne jest to, że tak, jak w U.P.F.R., U.P.U. oraz U.P.R.B., gdzie przewidziano regulacje dotyczące aktów wandalizmu, a inaczej niż np. w U.P.R.F.N., gdzie takich postanowień nie ma, w krótkich umowach z rządami Kirgistanu i Uzbekistanu takie unormowania umieszczono (zob. art. 2 ust. 3 w obu umowach). Głównie na znajdujących się w Polsce wojennych cmentarzach radzieckich, chyba rzadko w pozacmentarnych mogiłach, pochowani są także polegli w latach 1944-1945 żołnierze radzieccy pochodzący z Kirgistanu i Uzbekistanu. Ale również ambasadorowie obu tych krajów w Polsce nie podpisali wspomnianego protestu.

<sup>29</sup> M. P. z 2005 r. Nr 55, poz. 749, dalej: U.P.R.F.N.

<sup>30</sup> Zważywszy tytuł mojego artykułu pomijam w nim postanowienia umowy podpisanej w Warszawie 24 października 2013 r. między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Węgier o grobach żołnierzy i cywilnych ofiar wojen oraz poświęconych im miejscach pamięci (M. P. z 2014 r., poz. 518). Jej niektóre postanowienia, w szczególności preambuły, art. 1, 4 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 3 i 4, art. 8 ust. 1 oraz art. 10, są w pewnym stopniu odpowiednikami unormowań, które przedstawiam w odniesieniu do czterech wcześniej zawartych umów. Pomijam też tekst umowy podpisanej w Rzymie 30 marca 2012 r. między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Włoskiej o grobach wojennych (M. P., poz. 801). Również w tej umowie znajdują się postanowienia podobne w części do tych, które przedstawiam w swoim artykule (art. 1 ust. 1, art. 3, 4 ust. 1–3, art. 6 ust. 3 i 4, art. 7, 9 ust. 1 i 2, art. 10 i 12), zob. także <http://www.cmentarzmontecassino.com.pl/index.php/home/polsko-wloska-umowa-o-grobach-wojennych/tresc-umowy> (w odniesieniu do tej i dalej wskazanych publikacji elektronicznych dostęp w dniu 15 listopada 2015 r.); K. Piotrowski, *Polsko-włoska umowa o grobach wojennych została zawarta*, <http://www.cmentarzmontecassino.com.pl/index.php/home/polsko-wloska-umowa-o-grobach-wojennych> To miejsce, gdzie pozwolę sobie na wspomnienie. Podczas wędrówki z P. Zaporowskim po Erytrei, przeczytaliśmy nad bramą włoskiego cmentarza wojennego w Kerenie napis: *Eroi*. A przecież leżą na nim nieszczęśnicy, żołnierze z afrykańskich kolonii Włoch i ich włoscy dowódcy z gen. O. Lorenzinim, którym przyszło oddać życie za imperialne tęsknoty megalomańskiego *Duce*. W zupełności wolni od podobnej emfazy byli projektanci pomnika wybudowanego na włoskim cmentarzu wojennym we Wrocławiu, gdzie wykuto inskrypcję rozpoczynającą się frazą: *L'Italia ai suoi figli...*

i ochroną miejsc spoczynku ofiar wojen i przemocy totalitarnej – polskich na terytorium Republiki Federalnej Niemiec i niemieckich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – jak również wszystkie sprawy związane z ekshumacją szczątków zwłok i ich godnym ponownym pochowaniem<sup>31</sup>.

W art. 4 ust. 1 U.P.R.F.N. przewidziano m.in. swobodny dostęp do grobów „oraz prawo wiecznego spoczynku poległym i zmarłym wskutek wojen i przemocy totalitarnej”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Na dostrzeżenie zasługują postanowienia zawarte w art. 2 U.P.R.F.N., gdzie za poległych lub zmarłych „po Stronie niemieckiej wskutek wojen” uznano osoby zrównane w świetle prawa niemieckiego z członkami niemieckich sił zbrojnych, co spowodowało chyba objęcie reżimem tej umowy i tak jest w praktyce, m.in. członków SS, jak również postanowienie zaliczające do kategorii „poległych lub zmarłych wskutek wojen” osób posiadających „obywatelstwo niemieckie, które utraciły życie wskutek przemocy totalitarnej w latach 1945-1949 na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Warto też wspomnieć o art. 8 U.P.R.F.N., zgodnie z którym jeżeli „na niemieckich lub polskich cmentarzach wojennych oprócz niemieckich lub polskich grobów wojennych znajdują się groby ofiar wojen i przemocy totalitarnej pochodzących z innych państw, fakt ten Umawiające się Strony uwzględnią przy podejmowaniu decyzji o zachowaniu i pielęgnowaniu tych grobów”, którego praktyczny walor odnosi się w Polsce do pochówków członków formacji sojuszniczych Niemiec, w tym np. formacji ukraińskich i estońskich SS, nie dotyczy zaś np. żołnierzy włoskich, których podczas II wojny światowej chowano na obecnym terytorium RP przede wszystkim na włoskich cmentarzach wojennych, np. w Warszawie i nielicznie we Wrocławiu.

<sup>32</sup> O „miejscach wiecznego spoczynku” mowa także w jej art. 6 ust. 1 przewidującym zapewnienie wzajemnie prawa „nieodpłatnego użytkowania gruntów pod cmentarze wojenne”. Warto też zwrócić uwagę na ust. 4 tego artykułu, na podstawie którego jeżeli „grunt, na którym jest położony cmentarz wojenny lub jego część, ze względu na ważny interes państwa jest niezbędny do innych celów, wówczas Umawiająca się Strona, na terytorium państwa której znajduje się grunt, zmieni jego granice lub wskaże inny odpowiedni grunt i poniesie wszelkie koszty ekshumacji i powtórnego pochówku oraz urządzenia cmentarza”, a także na jego ust. 5, zgodnie z którym „Umawiające się Strony będą przeprowadzać konsultacje w celu wypracowania uzgodnionych decyzji w sprawach wytyczenia nowych granic terenu lub wyboru nowego terenu pod cmentarz wojenny, przeniesienia szczątków zwłok, a także sposobu urządzenia nowego cmentarza wojennego, włącznie z przeniesieniem pomników nagrobnych”. W odniesieniu do zasad finansowania realizacji zadań wynikających z umowy, stosowne regulacje zawiera przede wszystkim art. 4 U.P.R.F.N., na podstawie którego „Umawiające się Strony uprawnione są do renowacji, porządkowania i pielęgnowania na własny koszt grobów i cmentarzy wojennych ofiar wojen i przemocy totalitarnej, o których mowa w artykule 2 niniejszej umowy, położonych na terytorium państwa drugiej Umawiającej się Strony” (ust. 2), przy czym „Rząd Republiki Federalnej Niemiec gwarantuje utrzymanie, renowację i pielęgnowanie na własny koszt polskich grobów i cmentarzy wojennych, określonych w artykule 2 niniejszej umowy, na terytorium Republiki Federalnej

Pewne znaczenie w zakresie ochrony przede wszystkim prawa do kultu pamięci o zmarłym, szczerkowo zaś odnoszących się także do ochrony dóbr osobistych samych zmarłych, mają unormowania zawarte w art. 7 ust. 3-5 U.P.R.F.N.<sup>33</sup> W art. 10 U.P.R.F.N. zawarto postanowienia w pewnym stopniu nawiązujące do wcześniej deklarowanego „prawa do wiecznego spoczynku”, bo przewidujące ograniczenia dopuszczalności przewiezienia szczątków do państwa będącego stroną umowy albo do państwa trzeciego<sup>34</sup>. Pewne znaczenie dla interesującej

---

Niemiec” (ust. 3), zaś „Rząd Rzeczypospolitej Polskiej gwarantuje utrzymanie, renowację i pielęgnowanie na swój koszt położonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niemieckich grobów i cmentarzy wojennych poległych i zmarłych w latach 1914-1918, zgodnie z obowiązującymi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przepisami o grobach i cmentarzach wojennych” (ust. 4).

<sup>33</sup> Postanowiono w nich, że po „zakończeniu prac związanych z przeniesieniem szczątków zwłok sporządza się protokół, w którym wymienia się dawne i nowe położenie grobu, personalia osoby ekshumowanej, treść napisu na identyfikatorze oraz inne występujące przedmioty, pozwalające na identyfikację szczątków zwłok. Protokół stanowi również podstawę przekazania odnalezionych przy ekshumowanych szczątkach zwłok przedmiotów” (ust. 3), zaś w „przypadku gdy istniejące niegdyś cmentarze wojenne przestały istnieć wskutek zmian infrastrukturalnych, a przeniesienie szczątków zwłok nie jest już możliwe, Umawiająca się Strona, na terytorium państwa której cmentarze się znajdowały, zezwalać będzie drugiej Umawiającej się Stronie na jej wniosek i koszt na wzniesienie w godnej i odpowiadającej lokalnym warunkom formie miejsc pamięci” (ust. 4 zd. 1), z kolei, gdy „dla umożliwienia ostatecznego pochowania na cmentarzu wojennym niezbędne okaże się prowizoryczne pochowanie szczątków zwłok ofiar wojen i przemocy totalitarnej, Umawiająca się Strona, na terytorium państwa, na którym są odnajdywane, podejmie działania mające na celu godne prowizoryczne pochowanie oraz oznakowanie grobów, przy uwzględnieniu przepisów obowiązujących w danym państwie”. Zob. także art. 4 ust. 1 zd. 2 tej umowy, zgodnie z którym „Umawiająca się Strony dołożą wszelkich starań w celu zapobiegania powstawaniu w otoczeniu cmentarzy wojennych obiektów lub urządzeń nieliczących z powagą tych miejsc”.

<sup>34</sup> Zgodnie z nim przewiezienie „szczątków zwłok niemieckich ofiar wojen i przemocy totalitarnej z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do Republiki Federalnej Niemiec wymaga uprzedniego udzielenia zgody przez Stronę niemiecką. Strona polska zezwala na przewiezienie szczątków zwłok jedynie w przypadku przedłożenia takiej zgody” (ust. 1), przy czym zgoda „Strony niemieckiej wymagana jest również w przypadku skierowanych do Strony polskiej wniosków mających na celu przewiezienie szczątków zwłok niemieckich ofiar wojen i przemocy totalitarnej do krajów trzecich” (ust. 2). Na podstawie ust. 3 tego artykułu przytoczone jego ustępy 1 i 2 „obowiązują odpowiednio do przewiezienia szczątków zwłok polskich ofiar wojen i przemocy totalitarnej do Rzeczypospolitej Polskiej lub krajów trzecich”. Warto też wspomnieć o ust. 5 art. 10 omawianej umowy, zgodnie z którym wszelkie „zmiany miejsca spoczynku w celu przeniesienia i przewiezienia szczątków zwłok ofiar wojen i przemocy

mnie problematyki ma też art. 11 umowy, w którego ust. 1 postanowiono m.in., że strony umowy „zobowiązują się do wymiany wszelkich posiadanych informacji dotyczących położenia miejsc spoczynku [...] oraz danych osobowych ofiar wojen i przemocy totalitarnej, niezbędnych do przeprowadzenia ich identyfikacji”, w ust. 2 zaś stwierdzając, że strony te będą udzielać „instytucjom i organizacjom odpowiedzialnym za realizację niniejszej umowy wszelkiego możliwego poparcia, w szczególności w dostępie do dokumentów na temat ofiar wojen i przemocy totalitarnej drugiej Umawiającej się Strony, którymi dysponują lub w przyszłości dysponować będą organy władzy jej kraju”.

## 5. Niepożądani<sup>35</sup>

W latach 1944–1945 na terytorium obecnej Polski poległo w walkach z wojskami niemieckimi oraz koalicji hitlerowskiej około 600.000 żołnierzy radzieckich. Wspomniałem już, że większość z nich stanowili Rosjanie, Ukraińcy i Białorusini. Ale z kwerend cmentarnych wiadomo, że pochowani zostali u nas także żołnierze należący i do innych narodów zamieszkujących ówczesny Związek Radziecki. Widać to np. na obu radzieckich cmentarzach wojennych we Wrocławiu, gdzie znajdują się mogiły czerwonoarmistów również z republik azjatyckich i zakaukaskich, licznych Żydów<sup>36</sup>, a nawet Polaków.

Groby wojenne żołnierzy radzieckich i znajdujące się na nich cmentarne pomniki są w Polsce nierzadko dewastowane i bezczeszczone<sup>37</sup>.

---

totalitarnej, przeprowadzane będą przez właściwych specjalistów pod bezpośrednim nadzorem określonych w artykule 9 niniejszej umowy instytucji i organizacji, przy obowiązkowym przestrzeganiu ustawodawstwa państwa, na którego terytorium odbywają się te zmiany”. Zob. także art. 7 ust. 1 i 2 U.P.R.F.N., na podstawie których umawiające „się Strony będą zezwalać sobie wzajemnie, bez ponoszenia z tego tytułu kosztów i po uprzednim przedłożeniu im planów w celu wyrażenia zgody, na scalanie grobów ofiar wojen i przemocy totalitarnej, których przeniesienie uważane jest za niezbędne”, przy czym przeniesienie „szczątków zwłok niemieckich ofiar wojen i przemocy totalitarnej wykonywać będą grupy robocze wyznaczone przez Stronę niemiecką”, a przeniesienie „szczątków zwłok polskich ofiar wojen i przemocy totalitarnej wykonywać będą grupy robocze wyznaczone przez Stronę polską”.

<sup>35</sup> Za pomoc w odszukaniu informacji dotyczących przejawów wandalizmu oraz bezczeszczenia cmentarzy wojennych radzieckich w Polsce oraz za wskazanie nieznannej mi umowy polsko-włoskiej o grobach wojennych, o której wspominam wyżej, dziękuję kochanej Basi Bernfeld.

<sup>36</sup> Zob. np. M. Zaporowska, *Oni polegli za polski Wrocław*, „Dos Jidisze Wort. Słowo Żydowskie” 2003, nr 9–11, s. 18–19.

<sup>37</sup> Zob. np. M. Zaporowska, *Sprejem po Ruskich. Wrocław. Dewastacje cmentarzy*,



Informacje o takich zdarzeniach są częste<sup>38</sup>. Proporcjonalnie znacznie

„Trybuna” 2002, nr 14, s. 7; ponadto zob. M. Zaporowska, *Historia żywa. Wiktor i ja musimy poczekać*, „Trybuna” 2001, nr 28, s. 9.

<sup>38</sup> Zob. np. *Prezydent ubolewa z powodu zbezczeszczenia radzieckiej mogiły*, <http://polska.newsweek.pl/prezydent-ubolewa-z-powodu-zbezczeszczenia-radzieckiej-mogily,82215,1,1.html>; *Vandals desecrate WWII Red Army graves in Poland's Bialystok*, <http://tass.ru/en/world/764956>; *Nagrobki radzieckich żołnierzy zniszczone w Zgierzu*, <http://www.tvn24.pl/lodz,69/nagrobki-radzieckich-zolnierzy-zniszczone-w-zgierzu,442850.html>; *Cmentarz już posprzątnany*, [http://zywiec.naszemiasto.pl/archiwum/cmentarz-juz-posprzatany,1178982,art,t,id,tm.html?sesja\\_gratka=f13536fabf1757f068a11128b9a5f505](http://zywiec.naszemiasto.pl/archiwum/cmentarz-juz-posprzatany,1178982,art,t,id,tm.html?sesja_gratka=f13536fabf1757f068a11128b9a5f505); P. Bojarski, *Cmentarz żołnierzy radzieckich*, <http://tematy.wiadomosci.gazeta.pl/szukaj/wiadomosci/cmentarz+%C5%BCo-%C5%82nierzy+radzieckich>; *Czekanie na szacunek*, <http://przelom.pl/historia/14720-czekanie-na-szacunek.html>; M. Pielka, *Dewastacja pomnika żołnierzy sowieckich w Lubawie*, <http://historia.org.pl/2014/08/16/dewastacja-pomnika-zolnierzy-sowieckich-w-lubawie/>; *Odpowiedzą za dewastację grobów żołnierzy*, <http://www.policja.pl/poll/aktualnosci/64923,Odpowiedza-za-dewastacje-grobow-zolnierzy.html>; K. Maćkowska, *Łagodne spóźnienie / Dewastacja / Groby rosyjskich żołnierzy mają zostać naprawione do soboty*, [http://www.archiwum.wyborcza.pl/Archiwum/1,0,705711,19980716PO-DLO,Lagodne\\_spoznienie\\_\\_Dewastacja\\_\\_Groby\\_rosyjskich\\_zolnierzy,.html](http://www.archiwum.wyborcza.pl/Archiwum/1,0,705711,19980716PO-DLO,Lagodne_spoznienie__Dewastacja__Groby_rosyjskich_zolnierzy,.html); *Zatrzymano sprawców dewastacji nagrobków żołnierzy Armii Radzieckiej w Parku im. Poniatowskiego*, <http://lodz.naszemiasto.pl/tag/cmentarz-radziecki-w-lodzi.html>; *Zniszczono groby na cmentarzu żołnierzy radzieckich*, <http://www.archiwum.moja-ostroleka.pl/zniszczono-groby-na-cmentarzu-zolnierzy-radzieckich-zdjecia,1352724364,2.html>; D. Chajewski, *Ależ będzie awantura! Zniknął cmentarz żołnierzy radzieckich*, <http://www.gazetalubuska.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20110416/POWIAT10/601141237>; M. Katzer, <http://www.nietoperz.militarni.pl/?cat=163>; *Zmiany na sowieckim cmentarzu: gwiazdy, sierpy i młoty na śmietnik*, <http://www.nowiny.pl/100078-zmiany-na-sowieckim-cmentarzu-gwiazdy-sierpy-i-mloty-na-smietnik.html>; A. Wojciechowska, *Wrocław: Na radziecki cmentarz z psem za potrzebą i poopalać się. Czy wypada?*, <http://www.gazetawroclawska.pl/arttykul/977613,wroclaw-na-radziecki-cmentarz-z-psem-za-potrzeba-i-poopalac-sie-czy-wypada,id,t.html>; *Łódź: zniszczone groby żołnierzy radzieckich*, <http://www.dzienniklodzki.pl/arttykul/399767,lodz-zniszczone-groby-zolnierzy-radzieckich,id,t.html?cookie=1>; M. Górlikowski, *O groby nieznanych żołnierzy radzieckich nikt nie dba*, [http://wyborcza.pl/1,76842,7855441,o\\_groby\\_nieznanych\\_zolnierzy\\_radzieckich\\_nikt\\_nie.html](http://wyborcza.pl/1,76842,7855441,o_groby_nieznanych_zolnierzy_radzieckich_nikt_nie.html); *Zgierz: Zdewastowano nagrobki radzieckich żołnierzy*, <http://www.wprost.pl/ar/453570/Zgierz-Zdewastowano-nagrobki-radzieckich-zolnierzy/>; *Wandale zniszczyli grób żołnierzy radzieckich*, [http://www.tarnowianin.com/n/wiadomosci/7477/wandale\\_zniszczyli\\_grob\\_zolnierzy\\_radzieckich](http://www.tarnowianin.com/n/wiadomosci/7477/wandale_zniszczyli_grob_zolnierzy_radzieckich); UM Racibórz, *Dewastacja pomnika Armii Czerwonej w Raciborzu. Oświadczenie prezydenta*, <http://raciborz.naszemiasto.pl/arttykul/galeria/dewastacja-pomnika-armii-czerwonej-w-raciborzu-oswiadczenie,2281030,t,id.html>; A. Król, *Zniszczenie pomnika Armii Czerwonej w Raciborzu. Miasto chciało ściągnąć sierpy i młoty*, <http://raciborz.naszemiasto.pl/arttykul/galeria/zniszczenie-pomnika-armii-czerwonej-w-raciborzu-miasto,2280200,t,id.html#f6485a495c3bfe05,1,3,10>



przekraczają ilość podobnych zdarzeń na nieporównywalnie liczniejszych polskich (cywilnych) cmentarzach wyznaniowych i komunalnych<sup>39</sup>. Cmentarze żołnierzy radzieckich są chyba jedynymi cmentarzami wojennymi w Polsce, na których dochodzi do dewastacji i bezczeszczeń.

Z wielu informacji wynika, że środki przekazywane lokalnym władzom na opiekę nad wojennymi cmentarzami radzieckimi są nieraz wysoce niedostateczne<sup>40</sup>.

## 6. Ignorowani

Na wojennym cmentarzu oficerów radzieckich we Wrocławiu pochowano dwóch Niemców, Horsta Viedta i Josefa Wagnera.

Horst Viedt był synem zawodowego oficera. Tuż przed skierowaniem na front w 1941 r. otrzymał pierwszy stopień oficerski. Według „relacji dr Karla Koestlera, Viedt, wychowany w tradycyjnym poczuciu poszanowania prawa i moralności, był oburzony zbrodniami hitlerowskimi na ludności cywilnej. Po otrzymaniu rozkazu o pacyfikacji rosyjskiej wsi uchylił się od niego i przeszedł przy pierwszej okazji linię frontu na stronę rosyjską. W radzieckim obozie jenieckim związał się z niemieckimi antynazistami, zrzeszonymi w Komitecie Narodowym Wolne Niemcy”<sup>41</sup>. Wstąpił do Armii Czerwonej, gdzie otrzymał nominację na stopień starszego lejtnanta, czyli porucznika. Na początku maja 1945 r., jako dowódca oddziału 75 niemieckich antyfaszystów wziął udział w zdobywaniu Wrocławia. Zginął 6 maja 1945 r. w okolicach obecnego Placu Solidarności walcząc z oddziałami SS.

Josef Wagner pochodził z rodziny chłopskiej. Był sierżantem Wehrmachtu. Po dostaniu się do niewoli radzieckiej wstąpił do oddziału

---

<sup>39</sup> Pogląd wyrażony na stronie internetowej Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, iż nie można „twierdzić, że liczba dewastacji na cmentarzach sowieckich jest większa od występujących na innych nekropoliach” ([http://www.radaopwim.gov.pl/article\\_details/12/groby-zolnierzy-armii-radzieckiej-poleglych-w-polsce-w-ii-wojnie-swiatowej/](http://www.radaopwim.gov.pl/article_details/12/groby-zolnierzy-armii-radzieckiej-poleglych-w-polsce-w-ii-wojnie-swiatowej/)), nieuwzględniający proporcji między liczbą cmentarzy wojennych radzieckich i cmentarzy wyznaniowych oraz komunalnych, w istocie zafałszowuje rozmiary dewastacji na cmentarzach radzieckich.

<sup>40</sup> Zob. np. J. Jaracz, *Zaniedbany cmentarz żołnierzy radzieckich w Rzeszowie*, <http://archiwalne.radio.rzeszow.pl/muzyka/kawa-z-mlekiem/item/26161-zaniedbany-cmentarz-%C5%BCo%C5%82nierzy-radzieckich-w-rzeszowie-pos%C5%82uchaj>; S. Królikowska, *Walbrzych: Niszczące cmentarz żołnierzy radzieckich*, <http://www.gazetawroclawska.pl/artykul/253095,walbrzych-niszczaje-cmentarz-zolnierzy-radzieckich,id,t.html>

<sup>41</sup> Zob. *Horst Viedt*, [http://pl.wikipedia.org/wiki/Horst\\_Viedt](http://pl.wikipedia.org/wiki/Horst_Viedt)

niemieckich antyfaszystów dowodzonego przez Viedta. On również otrzymał oficerskie szlify Armii Czerwonej. I tak jak Viedt zginął 6 maja 1945 r. w walkach z oddziałami SS.

Chyba tylko historycy zajmujący się zdobyciem Festung Breslau oraz pasjonaci amatorzy wiedzą w Polsce o tych obu Niemcach pochowanych na radzieckim cmentarzu wojennym we Wrocławiu. To jedyne we Wrocławiu miejsce, gdzie upamiętniają ich nagrobne płyty z napisem w języku, który coraz mniej jest w Polsce znany. Nikt inny w naszym mieście nie uznał, że warto zachować o nich pamięć w społecznej świadomości<sup>42</sup>. A przecież szczególną wymowę powinny mieć, nie tylko dla wrocławian, mogiły obu tych Niemców w mieście, które od dnia ich śmierci nie miało być ani niemieckie, ani rosyjskie, tylko polskie.

## 7. Honorowani

Na niemieckim cmentarzu wojennym w podwrocławskich Nadolicach Wielkich pochowano szczątki żołnierzy niemieckich poległych w 1945 r. na Dolnym Śląsku i na Opolszczyźnie. Także z 18 Ochotniczej Dywizji Grenadierów Pancernych SS „Horst Wessel”, w skład której wchodził wartownicy z Konzentrationslager Majdanek, 20 Dywizji Grenadierów SS „Estland”, 31 Ochotniczej Dywizji Grenadierów SS „Böhmen und Mähren” oraz 35 Dywizji Grenadierów Policji SS. A także z 36 Dywizji Grenadierów SS „Dirlewanger”, której żołnierze podczas tłumienia powstania warszawskiego wymordowali ok. 30 tys. żołnierzy AK oraz kobiet, starców i dzieci. Są tu pochowani również żołnierze walczącego w oblężonym Wrocławiu pułku SS dowodzonego przez G. Bessleina. Pod jego dowództwem służyli żołnierze z ewakuowanych oddziałów wartowniczych krakowskiego i radomskiego gestapo oraz policyjnych formacji niemieckich z Łodzi i Warszawy. A także strażnicy zlikwidowanego w styczniu 1945 r. Konzentrationslager Auschwitz<sup>43</sup>.

Dnia 5 października 2002 r. w uroczystościach poświęcenia tego cmentarza uczestniczyli przedstawiciele polskich instytucji centralnych i lokalnych, polscy żołnierze i wysocy oficerowie Wojska Polskiego oraz

---

<sup>42</sup> Tak jak w kilku miejscach w Europie i w różny sposób zachowano pamięć o innym niemieckim antyfaszycie, urodzonym we Wrocławiu pastarze i docencie Dietrichu Bonhoefferze. W naszym mieście poświęcono mu dwujęzyczną tablicę pamiątkową na domu, w którym się urodził, a przed bazyliką świętej Elżbiety Węgierskiej postawiono kopię jego berlińskiego pomnika.

<sup>43</sup> Zob. M. Zaporowska, *Skandal cmentarny*, „Dziś” 2002, nr 7, s. 69 i n. Zob. także tejże, *Kto nam ukradł esesmanów*, „Przegląd Tygodniowy” 2003, nr 36, s. 12–13 i 15.

policii, kardynał i inni purpuraci, także dyplomaci. Pułkowa orkiestra odegrała Mazurka Dąbrowskiego, na maszt wciągnięto biało-czerwoną flagę, żołnierze w rogatywkach stanęli na honorowej straży<sup>44</sup>.

Jedenaście lat wcześniej, 6 października 1991 r., na warszawskim Cmentarzu Północnym również uroczyste poświęcono kwaterę 362 wermachtowców i esesmanów poległych podczas II wojny. Na postawionych tu wysokich granitowych płytach wymieniono nie tylko tych, których w tym miejscu pochowano. Także innych, których zwłok nie odnaleziono, ale postanowiono tutaj upamiętnić.

Wśród nich wykuto datę narodzin oraz śmierci SS-Gruppenführera Jürgena Stroopa. Esesmańskiego generała, który w kwietniu i maju 1943 r. dowodził likwidacją getta warszawskiego. Skazanego na karę śmierci najpierw przez amerykański, potem polski sąd i powieszono w 1952 r. w mokotowskim więzieniu. Dopiero po latach od ustawienia płyty, na której wykuto także jego nazwisko, zauważył ten napis „sekretarz Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, a zarazem przewodniczący Polsko-Niemieckiej Komisji ds. Grobów”, gdy składał tu w imieniu Rady wieniec<sup>45</sup>. Usuwanie granitowej płyty byłoby jednak zbyt kłopotliwe i kosztowne. Ograniczono się więc do odkucia inskrypcji upamiętniającej Stroopa. Zostało po niej puste miejsce. Można je oglądać do dzisiaj<sup>46</sup>.

## Streszczenie

Pierwsza część artykułu dotyczy ochrony dóbr osobistych w ustawie o grobach i cmentarzach wojennych oraz w czterech umowach dotyczących cmentarzy wojennych zawartych przez Polskę z Rosją, Ukrainą, Białorusią i Niemcami. W drugiej części autor nawiązuje do dewastacji i bezczeszczenia wojennych cmentarzy radzieckich, losów zapomnianych

<sup>44</sup> Zob. np. M., Z., P. Zaporowscy, M. Matusiewicz, *Esesmańskie cmentarze*, „Dziś” 2004, nr 4, s. 102 i n.

<sup>45</sup> Zob. T. Urzykowski, *Hold przy grobie niemieckich żołnierzy*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114873,5952466.html>

<sup>46</sup> Zob. M. Zaporowska, *To się panu Moczarskiemu nie śniło*, „Dos Jidisze Wort. Słowo Żydowskie” 2002, nr 16–17, s. 24 oraz też, *Ausgemeißelt. Deutsche Kriegsgräberfürsorge ehrte den Henker des Warschauer Ghettos, SS-Gruppenführer Jürgen Stroop, auf einer Gedenktafel*, „Junge Welt” z 28 sierpnia 2004 r., s. 15.

mogł i postaci niemieckich antyfaszystów oraz honorów oddawanych przez przedstawicieli polskich instytucji, wojska i duchowieństwa w miejscach pochowania również esesmanów.

Słowa kluczowe: groby i cmentarze wojenne, żołnierze Armii Czerwonej, niemieccy antyfaszyści, esesmani.

### **Abstract**

The first part of the article deals with the protection of personal rights in the statutory law of Poland: legal act of graves and war cemeteries and in four international agreements concluded by Poland with Russia, Ukraine, Belarus and Germany with regard to war cemeteries. In the second part of the essay the author writes about devastation and desecration of cemeteries of Soviet soldiers, the fate of the forgotten graves and German anti-fascist characters and honors given by representatives of Polish institutions, the army and the clergy in the burial places of the SS men.

Keywords: graves and war cemeteries, soldiers of the Red Army, German anti-fascists, SS men.

Jan Mazurkiewicz<sup>1</sup>

## Następstwa cykliczności płciowej kobiet a ważność testamentów samobójczyń

Artykuł 945 kodeksu cywilnego<sup>2</sup> wskazuje w paragrafie 1 okoliczności, w których sporządzenie testamentu jest nieważne. W jego pkt 1, więc na początku, stwierdza, że testament „jest nieważny, jeżeli został sporządzony [...] w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli”.

To zrozumiałe, że ustawodawca nie mógł jednoznacznie i przede wszystkim wyczerpująco określić stanów wyłączających podczas sporządzania testamentu możliwości podjęcia świadomej i swobodnej decyzji, z czego wynika, że wszystkie takie stany należy brać pod uwagę. Taka interpretacja nie wymaga szczególnego uzasadnienia, w jasny, jednoznaczny sposób wynika bowiem z treści przytoczonego przepisu.

Mimo to można w tym miejscu sięgnąć po art. 82 k.c., mający charakter ogólny. Jest to przepis być może taki, względem którego unormowanie zawarte w art. 945 § 1 pkt 1 k.c. należałoby uznać za *lex specialis*. Mimo to wydaje się, że postanowienie zawarte w art. 82 k.c. może być bez obaw wykorzystane przy interpretacji także art. 945 § 1 pkt 1 k.c., ten ostatni bowiem nie wykazuje żadnych istotnych odmienności wobec przepisu ogólnego, a jego poprawna interpretacja znajduje jedynie potwierdzenie w formule przyjętej w art. 82 k.c. Artykuł 82 k.c. stanowi bowiem, że nieważne „jest oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo **innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych**” (pogrubienie moje).

---

<sup>1</sup> Wrocław.

<sup>2</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.), dalej: k.c.

Określenia zawarte w tym przepisie, które w przytoczonym cytacie eksponuję, uważam za najdonioślejsze także przy prowadzonej przeze mnie szczególnej wykładni art. 945 § 1 pkt 1 k.c. Bo choć postanowienie zawarte w art. 82 k.c. ma charakter ogólny, dotycząc wszystkich oświadczeń woli, bez wątpienia pozwala zinterpretować, iż także wskazany w art. 945 § 1 pkt 1 k.c. stan „wyłączający świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli” nastąpić może z jakichkolwiek powodów, w tym nie tylko choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego, ale także „innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych”. Jasne więc jest, że także w odniesieniu do tych oświadczeń woli jakimi są testamenty ustawodawca przyjmuje, iż jakikolwiek, czyli każdy czynnik wywołujący skutki polegające na wyłączeniu świadomego albo swobodnego powzięcia decyzji i wyrażenia woli, powoduje nieważność oświadczenia woli, którym jest także testament.

Przedmiotem moich refleksji jest stan, który, mimo że jest naturalny i dla połowy ludzkiej populacji w zasadzie powszechny, to jednak nadzwyczaj rzadko postrzegany także w prawnym kontekście. Z tytułu mojego artykułu wiadomo, że chodzi mi o następstwa cykliczności płciowej kobiet, nie tylko o samą miesiączkę (menstruację).

Ta ostatnia, trwająca około czterech dni, to 1/7 z reguły dwudziestośmiodniowego cyklu miesięcznego prawie każdej dojrzałej kobiety. Oczywiście, że zarówno miesiączkowanie, jak i cykl miesięczny jest udziałem dziewcząt i kobiet w okresie pokwitania, co również może mieć swój prawny kontekst, ale chyba wyjątkowo w sytuacjach, w których dochodzi do sporządzania testamentów. Zgodnie bowiem z art. 944 § 1 k.c. sporządzić „testament może tylko osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych”, najczęściej więc taka, która ukończyła 18 lat (zob. art. 11 k.c. w zw. z jego art. 10; także art. 12 i 15 k.c.), podczas gdy czas dojrzewania płciowego dla dziewcząt przypada zazwyczaj między 10 a 16 rokiem życia. Z czego wynika, że poza rzadkimi sytuacjami, gdy pokwitanie występuje także później oraz także rzadkich sytuacji, gdy kobieta, która nie ukończyła 18 lat, lecz ukończyła lat 16, uzyskuje pełną zdolność do czynności prawnych, jeśli za zgodą sądu opiekuńczego wstąpiła w związek małżeński (art. 10 § 1 zd. 2 k.r.o.), kwestia ważności testamentów w związku z następstwami cykliczności w okresie pokwitania, pojawić się może nadzwyczaj wyjątkowo.

Wspomniane 4 dni menstruacji to ok. 15% z całego cyklu miesięcznego. A jednak w polskiej literaturze medycznej sprzed lat znajdujemy informacje, że ponad 30% kobiet popełniających samobójstwo czyni to właśnie w trakcie miesiączki<sup>3</sup>. Natomiast autorzy podręcznikowej „Psychiatrii w procesie karnym” informują, że nawet 36% samobójstw jest popełnianych w czasie menstruacji<sup>4</sup>. Inne badania, przeprowadzone w stolicy Indii, Delhi, wskazują, że nieco mniej, ale przecież też nadzwyczaj pokaźna liczba, około 25% samobójczyń, odbiera sobie życie w trakcie tylko tych kilku dni<sup>5</sup>. Nowsze ustalenia badawcze, w których analizowano odsetek prób samobójczych, pod względem właśnie fazy cyklu miesięcznego, także potwierdzają powyższe wyniki<sup>6</sup>.

A przecież odsetek samobójstw miesięczkujących kobiet, zważywszy czas trwania krwawienia miesięcznego i wyłaczywszy wpływ okoliczności związanych z menstruacją, nie powinien przekraczać wspomnianych 15%. Chyba w znacznym stopniu potwierdza zasadność przypuszczenia o związkach samobójstw kobiet z ich stanem w okresie menstruacji także to, że w grupie kontrolnej zaobserwowano zjawisko odwrotne, a mianowicie: zaledwie 4,5% kobiet, które zginęły z innego powodu niż samobójstwo, było w trakcie menstruacji<sup>7</sup>.

Powodów obserwowanego, choćby dalej hipotetycznego związku między decyzjami samobójczymi kobiet a następstwami ich cykliczności płciowej, w szczególności tymi, które są związane z miesiączką, można szukać dwutorowo.

Po pierwsze, biorąc pod uwagę elementy niezwiązane *stricto* ze zmianami psychicznymi, a wynikające z występujących we wskazanych okresach uciążliwościami fizycznymi, takimi jak bóle w podbrzuszu

---

<sup>3</sup> Zob. np. K. Wiśniewska-Roszkowska, *Cykl miesięczny a fizjopatologia kobiety*, Warszawa 1959, s. 33.

<sup>4</sup> Zob. K. Spett, A. Szymusik, *Psychopatologia szczegółowa*, w: M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 271.

<sup>5</sup> Zob. A.A. Leenaars, T.D. Dogra, S. Girdhar, S. Dattagupta, L. Leenaars, *Menstruation and suicide: a histopathological study*, <http://psycontent.metapress.com/content/a046817632442283/?genre=article&id=doi%3a10.1027%2f0227-5910.30.4.202>

<sup>6</sup> Zob. np. E. Baca-García, C. Díaz-Sastre, J. de Leon, J. Saiz-Ruiz, *The Relationship Between Menstrual Cycle Phases and Suicide Attempts*, <http://journals.lww.com/psychosomaticmedicine/pages/articleviewer.aspx?year=2000&issue=01000&article=00008&type=abstract>

<sup>7</sup> Zob. A.A. Leenaars, T.D. Dogra, S. Girdhar, S. Dattagupta, L. Leenaars, *Menstruation...*



i okolicy krzyżowej, bóle głowy, wzdęcia, zaparcia, nadmierny apetyt i łaknienie, wahania temperatury ciała, bezsenność, wymioty czy też obrzęki. To zresztą oczywiste, że w rozważaniach o stanie (kondycji) psychicznej kobiet w tym okresie uwzględnienie tych czynników jest konieczne.

Po drugie, oczywista jest konieczność wzięcia pod uwagę wahań nastrojów a także stanów depresyjnych, które miesiączce towarzyszą<sup>8</sup>. Jest to sugestia badawcza tym bardziej znacząca, że w piśmiennictwie psychiatrycznym za elementarną uznano konstatację, że u ponad 80% samobójców stwierdza się co najmniej jedno zaburzenie psychiczne, jak choćby epizod depresyjny<sup>9</sup>.

Poza menstruacją najbardziej znaczący dla rozważanego przeze mnie zagadnienia jest zespół napięcia przedmiesiączkowego (*premenstrual sundrome*, w piśmiennictwie nie tylko medycznym oznaczany skrótem PMS), występujący u 3-5% młodych kobiet; jego etiologia nie została wyjaśniona. Objawy PMS, zaczynające się tuż po jajczkowaniu (14 dnia cyklu), nasilają się do 5 dnia przed miesiączką i mogą ustępować dopiero po niej. Jak wskazuje P. Skałba w najpopularniejszym i chyba najdokładniejszym polskim podręczniku chorób wewnętrznych „Internie Szczeklika”, objawy tego zespołu to między innymi ospałość, uczucie zmęczenia, drażliwość, trudności z koncentracją i pamięcią<sup>10</sup> będące nierzadko znaczącym elementem stanów depresyjnych.

Na stan psychiczny wielu kobiet w tym okresie wpływa również tzw. zespół bolesnego miesiączkowania (*dysmenorrhoea*). Zwany także pierwotnym bolesnym miesiączkowaniem, a dotyczący od 3 aż do 10% kobiet, które w trakcie miesiączki odczuwają ból, skurcze, a także towarzyszące im silne nudności, wymioty, biegunki czy osłabienie<sup>11</sup>.

Wskazane stany i okoliczności wyraźnie potwierdzają przypuszczenie, że w okresie miesiączki, ale też przed nią, kobieta może podejmować decyzje takie, których bez wymienionych dolegliwości (następstw) by nie podjęła. Oczywistym jest bowiem, iż liczne ze wspomnianych

---

<sup>8</sup> Zob. G. Gustaw, *Samobójczy okres*, „Charaktery” 2012, nr 2, s. 37.

<sup>9</sup> Zob. A. Gmitrowicz, *Problematyka samobójstw*, w: M. Jarema, J. Rabe-Jabłońska (red.), *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 2011, s. 201.

<sup>10</sup> Zob. P. Skałba, *Choroby jajników*, w: P. Gajewski (red.), *Interna Szczeklika. Podręcznik Chorób Wewnętrznych 2012*, Kraków 2012, s. 1267.

<sup>11</sup> Zob. A. Jakimiuk, K. Szafranko, *Brak owulacji*, w: Z. Słomko (red.), *Ginekologia*, t. 1, Warszawa 2008, s. 423.

objawów, jak choćby ból, wahanie nastroju, a w szczególności stany depresyjne, w sposób aktywny wpływają na psychikę.

Wracając do przywołanych wcześniej badań dotyczących częstości popełniania samobójstw przez kobiety w trakcie miesiączki, konieczne jest nieco szersze nawiązanie do tego, że poza stanem psychicznym związanym z depresją oraz zmianami w behawiorze, wynikającymi choćby z wahań nastrojów towarzyszących miesiączce, bólu czy uczuciu zmęczenia, występuje także szereg innych, już związanych bezpośrednio z samobójstwem, doniosłych dla moich rozważań czynników.

Bardzo ważną kwestią jest sposób popełniania samobójstwa przez kobiety. Następuje to bardzo często wskutek przedawkowania leków, zarówno nasennych, przeciwbólowych jak i psychotropowych<sup>12</sup>, niejednokrotnie przypisanych przez lekarza w celu leczenia depresji. To też jest chyba znaczącym, choć zapewne nie jedynym i może nie najdonioślejszym powodem, że choć kobiety podejmują próby samobójcze kilkakrotnie częściej niż mężczyźni, to ginie ich w samobójstwach relatywnie mniej<sup>13</sup>. Koniecznym jest jednak zwrócenie uwagi na to, że wszystkie wymienione leki, najczęściej już w niewielkich stężeniach, mogą u niektórych zażywających oddziaływać na koncentrację, odczucie zawrotów głowy czy nawet oszołomienia (jak leki trankwilizujące, stosowane w nerwicach mające na celu uspokojenie), a także wywoływać stany pobudzenia i splątania, które mogą występować po zażyciu trójcyklicznych leków przeciwdepresyjnych<sup>14</sup>.

Nie można także w tym miejscu nie wspomnieć o alkoholu, który nierzadko towarzyszy próbom samobójczym, także, a może nawet w szczególności kobiet. Jest to najłatwiejszy do pozyskania i najtańszy środek wpływający nie tylko w takich okolicznościach na zachowanie, działanie, percepcję siebie oraz otoczenia czy też reakcje na różnego rodzaju bodźce. A więc środek będący doniosłą przyczyną (determinantą) odstępstwa od normalnego (zwyczajnego) stanu psychicznego. Warto w tym miejscu wspomnieć i o tym, że istnieją kontrowersyjne jednak sugestie, według których w ciągu miesiączki kobiety są na alkohol bardziej podatne niż poza nią<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Zob. S. Pużyński, *Choroby afektywne nawracające*, w: S. Pużyński, J. Rybakowski, J. Wciórek (red.), *Psychiatria kliniczna*, t. 2, Wrocław 2011, s. 353.

<sup>13</sup> Zob. A. Gmitrowicz, *Problematyka...*, s. 200.

<sup>14</sup> Zob. E. Mutschler, G. Geisslinger, H.K. Kroemer, P. Ruth, M. Schäfer-Korting, *Farmakologia i toksykologia*, Wrocław 2014, s. 178 oraz 189.

<sup>15</sup> Zob. np. P. Kozera, *Kobiety w okresie ochronnym*, „Charaktery” 2009, nr 1, s.85.

Rozważając wpływ miesiączki na psychikę skupiałem się dotąd na tej relacji, bo wydaje się ona najdonioślejsza dla rozważanego przeze mnie zagadnienia medyczno-prawnego. Ale przecież nie tylko miesiączka, lecz w różny sposób cały cykl miesięczny, wpływa na organizm kobiety, ze szczególnym uwzględnieniem chorób, które zwłaszcza miesiączce mogą towarzyszyć. Zależności te mają bardzo szerokie spektrum.

Przykładem mogą być wyniki badań brytyjskich dermatologów, które, gdy piszę ten artykuł, są dostępne jedynie w formie elektronicznej. Doszli oni do wniosków, iż zmiany poziomów hormonów podczas miesiączki wpływają również na grubość skóry, a także mogą pogarszać stan pacjentek chorujących na trądzik, atopowe zapalenie skóry czy łuszczycę<sup>16</sup>, niosąc dla kobiet dolegliwości także natury psychicznej, niekiedy postrzegane jako znaczne.

Inne badania dotyczą związku pomiędzy cyklem miesięcznym a układem oddechowym. Uzyskane podczas nich wyniki wskazują co prawda, iż objawy takie jak osłuchowe świszczenia, czy duszności w większości przypadków występują około owulacji, to jednak u niektórych kobiet spośród wyjątkowo reprezentatywnej grupy badanej, bo niemalże czterech tysięcy kobiet, mogą występować okołomiesiączkowo<sup>17</sup>.

Doniosłe dla przedstawianej przeze mnie argumentacji są także badania australijskich uczonych, którzy przebadali grupę 24 kobiet i u 16 z nich zdiagnozowali astmę przedmiesiączkową, z czego aż u 4 występowała ona w każdym cyklu<sup>18</sup>. Ich badania, mimo niewielkiej ilości ob-

---

Aczkolwiek gdzie indziej publikowane są opracowania przeczące tej opinii, zob. również np.: W.M. Hay, P.E. Nathan, H.W. Heermans, W. Frankenstein, *Menstrual cycle, tolerance and blood alcohol level discrimination ability (1984)*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/6741669>; J. Brick, P.E. Nathan, E. Westrick, W. Frankenstein, A. Shapiro, *The effect of menstrual cycle on blood alcohol levels and behavior (1986)*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3795962>

<sup>16</sup> Zob. R.S. Raghunath, Z.C. Venables, G.W. Millington, *The menstrual cycle and the skin*, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/ced.12588/abstract>

<sup>17</sup> Zob. F. Macsali, C. Svanes, R.B. Sothorn, B. Benediktsdottir, L. Bjørge, J. Dratva, K.A. Franklin, M. Holm, C. Janson, A. Johannessen, E. Lindberg, E.R. Omenaas, V. Schlünssen, E. Zemp, F.G. Real, *Menstrual cycle and respiratory symptoms in a general Nordic-Baltic population*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed.han.bg.umed.wroc.pl/pubmed/23204251>

<sup>18</sup> Zob. V. E. Murphy, P.G. Gibson, *Premenstrual asthma: prevalence, cycle-to-cycle variability and relationship to oral contraceptive use and menstrual symptoms*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed.han.bg.umed.wroc.pl/pubmed/18951263>  
W swoich badaniach odnieśli się oni także do innego, współcześnie ważnego czynnika

jętych nim kobiet, są chyba wiarygodne, jeśli do podobnych wyników o liczbie kobiet cierpiących na to schorzenie w okresie PMS, doszli także hiszpańscy lekarze<sup>19</sup>.

Wspomnieć tu można również o cyklicznej trombocytopenii (CTP), która charakteryzuje się okresowymi wahaniami poziomu płytek krwi, a może być związana właśnie z cyklem miesięcznym<sup>20</sup>.

Warto też spojrzeć na interesującą mnie kwestię z pogranicza medycyny i prawa w sposób odbiegający od przyjętych w naukowych publikacjach zwyczajów czy standardów. Otóż, w piśmiennictwie prawniczym zauważono, że kobiety popełniające samobójstwo wyrażały swą ostatnią wolę, dotyczącą nie tylko, ani nawet przede wszystkim spraw (rozrządzeń) majątkowych, pisząc ją w kalendarzyku czy notesie tuż przed śmiercią, niekiedy na kilka chwil przed nią<sup>21</sup>. Były to prawie zawsze listy pożegnalne, ale najczęściej zawierające wszystkie niezbędne elementy, w tym także dotyczące formy, aby uznać je za testament w świetle polskiego prawa spadkowego. Nie odnalazłem (zapewne nieistniejących) danych o tym, ile samobójczyń, bądź też w ogóle ilu samobójców, pozostawia po sobie testament. Jednak biorąc pod uwagę, że śmiercią tą w 2012 r. zginęło w Polsce przeszło 800 kobiet, jest wielce

---

wpływającego na ogół cykl miesięcznego, czyli na stosowanie tego, co zwykle się określać jako doustną antykoncepcję.

<sup>19</sup> Zob. A. Pereira-Vega, J.L. Sánchez, F.L. Gil, J.A. Maldonado, J.M. Bravo, J.M. Ignacio, R. Vázquez, F. Álvarez, P. Romero, I. Sánchez, *Premenstrual asthma and symptoms related to premenstrual syndrome*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed.han.bg.umed.wroc.pl/pubmed/20874438>

<sup>20</sup> Zob. G. Chen, L. Chen, X. Qin, X. Xie, G. Li, B. Xu, *Cyclic thrombocytopenia related to menstrual cycle: a case report and literature review*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed.han.bg.umed.wroc.pl/pmc/articles/PMC4238553/>; A. Tomer, A.D. Schreiber, R. McMillan, D.B. Cines, S.A. Burstein, A.R. Thiessen, L.A. Harker, *Menstrual cyclic thrombocytopenia*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed.han.bg.umed.wroc.pl/pubmed/2713272>

<sup>21</sup> Zob. J. Mazurkiewicz, *La donna è mobile czyli o prawnych aspektach następstw cykliczności płciowej kobiet*, w: J. Mazurkiewicz (red.), *Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika*, Wrocław 2013, s. 338, przyp. 10. Jacek Mazurkiewicz jest chyba jedynym polskim prawnikiem badającym od lat prawne aspekty następstw cykliczności płciowej kobiet (zob. jego publikacje wskazane w *La donna...*, s. 334, przyp. 6, oraz s. 331, przyp. 1). Jemu dziękuję za sugestię podjęcia problemu badawczego, który zarysowuję w tym artykule.

prawdopodobne, że w częstych chyba listach pożegnalnych znajdują się także rozrządzenia prawami majątkowymi, oczywiście *mortis causa*<sup>22</sup>.

Konkluzje moich rozważań wyrażają się przede wszystkim w pytaniach, w których jednak pobrzmiewa pewna hipoteza. Czy zachowania oraz decyzje wynikające z następstw cyklu miesięcznego oraz z nim związanych stanów depresyjnych mogą być podstawą do uznania nieważności testamentu napisanego bezpośrednio przed śmiercią? Tym bardziej, że sporządzenie testamentu przez samobójczynię poprzedza zażycie środków chemicznych, najczęściej leków bądź alkoholu. Tu oczywiście pojawiają się pytania, na które zapewne najczęściej, *in casu*, trudno jednoznacznie odpowiedzieć. Do którego momentu możemy uznać, że kobieta, która zażyła np. psychotropy, nie jest pod ich wpływem na tyle, aby uznać, że sporządzając przedsamobójczy testament nie znajdowała się jeszcze w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli? Czy jeżeli stwierdzi się w badaniu sekcyjnym, że zażyła ona alkohol, to na ile wpłynął on na jej stan, który przesądza o nieważności napisanego przez nią wówczas testamentu? Choć najważniejszym wydaje się jednak podstawowe pytanie: w jakim stopniu na stan wyłączający świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli mają wpływ następstwa samego, niezaburzonego cyklu miesięcznego, w szczególności menstruacji, będącego przecież zjawiskiem *par excellence* naturalnym.

Moje przypuszczenie, może w części badawcza hipoteza, polega na stwierdzeniu, że rozmaite, w tym artykule w zasadzie tylko zasygnalizowane, następstwa cykliczności płciowej kobiet oraz inne okoliczności z nią w różnoraki sposób związane, mogą mieć i nierzadko mają istotny wpływ na psychikę, a nawet przejawy woli samobójczynie, także, gdy sporządza ona przedsamobójczy testament. Mogą być one i chyba często są na tyle znaczące, że mogą stanowić podstawę dla stwierdzenia nieważności takiego testamentu. Nie ulega przy tym wątpliwości, że problemy, które się tutaj już pojawiają i chyba jeszcze pojawią, powinny być przedmiotem dalszych badań naukowych lekarzy oraz psychologów, a także refleksji prawników, dotąd zadziwiająco rzadkiej.

---

<sup>22</sup> Por. J. Witkowski (red.), *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2013*, Warszawa 2013, s. 196; J. Witkowski (red.), *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2014*, Warszawa 2014, s. 220.

## **Streszczenie**

Kodeks cywilny stwierdza, iż testament „jest nieważny, jeżeli został sporządzony [...] w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli”. Wart zauważenia jest fakt, że około 25% kobiet popełniających samobójstwo robi to w trakcie trwającej zazwyczaj 4 dni, spośród 28 dniowego cyklu miesięcznego, menstruacji. Pojawia się zatem kilka pytań: dlaczego tak jest, skoro te kilka dni stanowi niepełne 15% cyklu, czy sama miesiączka wpływa na decyzję o odebraniu sobie życia, oraz na ile inne okoliczności mają z tym związek? Jak również najważniejsze, czy testament sporządzany przed śmiercią, biorąc pod uwagę znaczenie jakże licznych czynników wpływających na psychikę, w tym właśnie fazy cyklu, jest ważny w świetle kodeksu cywilnego.

Słowa kluczowe: kodeks cywilny, nieważność testamentu, samobójstwo, cykl miesięczny, menstruacja, psychika.

## **Abstract**

The Polish Civil code legitimates that a will „is invalid, when it has been made [...] in a condition which eliminate the conscious or unhampered making the decision”. It is worth to notice, that about 25% of women, who commits the suicide do that, during lasting usually 4 days, menstruation, which takes only part of 28-days menstrual cycle. Thus appears few questions: why so many women commit suicides exactly during the menstruation, when it takes only about 15% of the cycle, is there an influence of menstruation on the decision of taking one’s own life, and how much other circumstances have a relationship with that. Also, the most important, whereas the will made before the death, remembering the influence of all, very numerous factors which can enters the psyche, is valid according to Civil code.

Keywords: Civil code, invalidity of the will, suicide, menstrual cycle, menstruation, psyche.



Maciej Obrębski<sup>1</sup>

## Ochrona dóbr osobistych związanych z osobami zmarłymi w świetle orzecznictwa

1. Treść dóbr osobistych kształtuje się na podstawie powszechnie przyjętych w społeczeństwie wartości<sup>2</sup>. Z istoty zmienności katalogu tych dóbr wynika, że wraz ze zmianami stosunków społecznych mogą pojawiać się i znikać pewne dobra osobiste podlegające ochronie prawnej. W trakcie zmian stosunków społecznych doktryna i orzecznictwo uznały za podlegające ochronie dobra osobiste (niewymienione w art. 23 k.c. ), m.in. takie jak: prawo najbliższej rodziny do pochowania osoby zmarłej oraz do pamięci o niej<sup>3</sup>. W celu określenia dóbr osobistych związanych z osobami zmarłymi w pierwszej kolejności konieczne jest wskazanie, kiedy danej wartości można przypisać atrybut takiego dobra.

Należy zauważyć, że w prawie polskim nie ma ustawowej definicji dobra osobistego, a z konstrukcji art. 23 i art. 24 k.c. wynika, iż przedmiotem ochrony są wszelkie dobra osobiste, których liczba jest nieograniczona, gdyż w miarę zmieniających się w świadomości społecznej ocen wartościujących, ustalenie wyczerpującego katalogu dóbr osobistych nie byłoby ani możliwe, ani pożądane. W konsekwencji, orzecznictwu i nauce pozo- stawiono rozstrzygnięcie o tym, czy i kiedy mamy do czynienia z dobrem osobistym, które podlega ochronie prawa<sup>4</sup>.

Początkowo definiowano dobra osobiste jako indywidualne wartości świata uczuć i życia psychicznego człowieka. Później nastąpiło rozwinięcie

---

<sup>1</sup> Mgr, adwokat w Kancelarii Obrębski Adwokaci i Radcowie Prawni w Poznaniu.

<sup>2</sup> S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 78–79; A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 106; Z. Radwanski, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 153.

<sup>3</sup> J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, LEX/el. 2014.

<sup>4</sup> Por. wyrok SN z 6 kwietnia 2004 r. (I CK 484/03), OSNC 2005, nr 4, poz. 69.



i uściślenie tych definicji przez wskazanie, że indywidualne wartości o tyle tylko stanowią prawem chronione dobra osobiste, o ile odpowiadają obiektywnym kryteriom, a nie tylko subiektywnym odczuciom osoby żądającej ochrony prawnej. Tym obiektywnym kryterium i punktem odniesienia weryfikującym subiektywne przekonanie przyjmujące określoną wartość za dobro osobiste, powinna być wyrażana przez społeczeństwo (lub jego zdecydowaną większość) opinia o tym, czy konkretna wartość zasługuje na uznanie jej za prawem chronione dobro osobiste.

Przesądzenie przez ustawodawcę, że bezpośrednim przedmiotem ochrony jest dobro osobiste, zakłada, iż temu dobru odpowiada określone prawo, zatem jest tyle praw osobistych, ile chronionych dóbr. Ustawodawstwu polskiemu obca jest więc konstrukcja jednego, ogólnego prawa podmiotowego jako prawa osobistości. Prawo to, jako element osobowości człowieka, związane jest pojęciem nadrzędnym, którego desygnatami są nieograniczone co do liczby, poszczególne podmiotowe prawa osobiste<sup>5</sup>. Przyjęcie wyłączenia kryterium subiektywnego prowadziłoby do nieuzasadnionego i błędnego abstrahowania od zapatrywań moralnych i obyczajowych panujących w społeczeństwie. Kryteria obiektywne powinny być uwzględniane zarówno wówczas, gdy chodzi o wyróżnienie poszczególnych dóbr osobistych, jak i przy ocenie, czy w konkretnym wypadku doszło do naruszenia takiego dobra. Chociaż nie oznacza to całkowitego pomijania czynnika subiektywnego, to nie byłoby właściwe i juredycznie prawidłowe przyznanie rozstrzygającego znaczenia jedynie subiektywnemu odczuciu osoby żądającej ochrony prawnej<sup>6</sup>.

W doktrynie również podkreśla się, że „zupełnie ścisła i równocześnie wyczerpująca definicja dobra osobistego byłaby niemożliwa”<sup>7</sup>. Wyliczenie dóbr osobistych w przepisie art. 23 k.c. ma charakter jedynie przykładowy i należy być otwartym na możliwość pojawienia się nowych dóbr, których ustawodawca nie przewidział wcześniej<sup>8</sup>.

Doniosłe znaczenia z punktu widzenia zasad kreowania nowych dóbr osobistych ma uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 19 listopada

<sup>5</sup> Wyrok SN z 6 kwietnia 2004 r. (I CK 484/03).

<sup>6</sup> Por. wyrok SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02), OSNC 2004, nr 5, poz. 82.

<sup>7</sup> S. Grzybowski, *Ochrona dóbr...*, s. 74.

<sup>8</sup> J.S. Piatowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, w: E. Łętowska (red.), *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław 1983, s. 28; także K. Skubisz, *Glosa do orzeczenia Sądu Najwyższego I CK 484/03*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 4.

2010 r.<sup>9</sup>, w którym stwierdzono, że w ramach istniejących instrumentów ochrony cywilnoprawnej ochrona dóbr osobistych ma charakter wyjątkowy, w związku z czym sięganie do jej mechanizmów powinno następować z odpowiednią ostrożnością i powściągliwością, bez tendencji do sztucznego poszerzania katalogu tych dóbr. W judykaturze i piśmiennictwie przyjmuje się powszechnie, że dobra osobiste wynikają z tych wartości niemajątkowych, które są ściśle związane z człowiekiem, obejmując jego fizyczną i psychiczną integralność albo będąc przejawem jego twórczej działalności. Skupiają niepowtarzalną, pozwalającą na samorealizację indywidualność człowieka, jego godność oraz pozycję wśród innych ludzi. Dobrem osobistym jest wartość immanentnie złączona z istotą człowieczeństwa oraz naturą człowieka, niezależna od jego woli, stała, dająca się skonkretyzować i obiektywizować<sup>10</sup>.

Celem niniejszego opracowania jest ustalenie kręgu osób uprawnionych do korzystania z ochrony tytułowych dóbr osobistych oraz kryteriów wyznaczających zasięg tej ochrony. Analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego wskazuje na to, że najczęściej przedmiotem spraw o ochronę dóbr osobistych związanych z osobami zmarłymi jest ochrona takich dóbr, jak: kult i pamięć, herb rodowy, nazwisko i wizerunek.

2. W orzecznictwie wśród dóbr osobistych dotyczących zmarłych najwcześniej dostrzeżono problem określenia zakresu ochrony wynikającej z naruszenia dobra osobistego w postaci pamięci i kultu. Miało to miejsce już pod koniec lat 60. XX wieku. Przedmiotem rozważania Sądu Najwyższego stało się wówczas zagadnienie, czy pamięć i kult osoby zmarłej stanowi przedmiot ochrony na gruncie polskiego prawa cywilnego<sup>11</sup>. W tymże orzeczeniu sąd stwierdził, że sfera uczuciowa

---

<sup>9</sup> Uchwała SN z 19 listopada 2010 r. (III CZP 79/2010), OSNC 2011, nr 4, poz. 41, z glosami K. Kryli, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 137, M. Łolika, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 45, i J. Gospodarka, OSP 2012, nr 1, poz. 2, a także z omówieniem M. Domańskiej, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 9, s. 59, i K. Pałki, „Forum Prawnicze” 2011, nr 3, s. 99; M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna biur podróży za „zmarnowany urlop” w prawie polskim i porównawczym. Na tle uchwały Sądu Najwyższego z 19 listopada 2010 r.*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 5, s. 5; S. Łazarewicz, *Odpowiedzialność za „zmarnowany urlop” w świetle ustawy o usługach turystycznych, prawa Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 17, s. 41.

<sup>10</sup> J. Gudowski (red.), *Kodeks...*

<sup>11</sup> Por. orzeczenie SN z 12 lipca 1968 r. (I CR 252/68), OSNCPIUS 1970, nr 1, poz. 18.

związana z kultem pamięci osoby najbliższej może stanowić przedmiot ochrony prawnej na podstawie art. 23 i art. 24 k.c. Podobnie w orzeczeniu z 13 lipca 1977 r.<sup>12</sup> Sąd Najwyższy uznał, że w orzecznictwie utrwalił się pogląd, że dobrem osobistym człowieka jest również kult pamięci jego bliskich zmarłych. Z kolei, w orzeczeniu z 31 marca 1980 r.<sup>13</sup> sąd wskazał, że prawo do pamięci o osobie zmarłej stanowi dobro osobiste osób najbliższych zmarłego.

Warte jest zaznaczenia, że zagadnienia dotyczące dobra osobistego w postaci pamięci i kultu osoby zmarłej są również przedmiotem zainteresowania w zagranicznym orzecznictwie i doktrynie. Przedstawiciele m.in. niemieckiej doktryny prawa oraz niemiecka judykatura bardzo szeroko rozwinęły to zagadnienie, wskazując na istotność tego dobra osobistego<sup>14</sup>.

U przyczyn wyodrębnienia dobra osobistego w postaci pamięci i kultu osób zmarłych w katalogu dóbr osobistych legła okoliczność, iż uczucia i stosunek osób żyjących wobec osób zmarłych są częścią kultury i dziedzictwa każdego społeczeństwa i narodu<sup>15</sup>. Podkreślenia wymaga, że w ramach tego dobra mieszczą się *de facto* dwa niezależne od siebie jego substraty – „pamięć” i „kult”<sup>16</sup>. Pierwszy z nich ma charakter niematerialny, gdyż związany jest ze sferą uczuciową. Dotyczy przede wszystkim możliwości zapamiętania zmarłej osoby jako dobrego, godnego człowieka, która wynika z tradycji rodzinnej rozumianej jako dziedzictwo, spuścizna, utożsamiania się z dokonaniem i wartościami reprezentowanymi przez przodków<sup>17</sup>. Innymi słowy, służy bliskim do ochrony czci i honoru osoby zmarłej<sup>18</sup>. Natomiast, drugi substrat ma wymiar bardziej materialny, głównie związany z samym pochówkiem, zapewnieniem godnego pogrzebu, pochowaniem zwłok, ich przeniesieniem, ekshumacją, wybudowaniem nagrobka i ustaleniem na nim napisu, możliwością odwiedzania i pielęgnacją grobu i oddawaniem

<sup>12</sup> Orzeczenie SN z 13 lipca 1977 r. (I CR 234/77), Legalis.

<sup>13</sup> Orzeczenie z SN 31 marca 1980 r. (II CR 88/80), Legalis.

<sup>14</sup> Por. Ł. Cudny, K. Kryła, *Kult pamięci osoby zmarłej jako dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16.

<sup>15</sup> Por. K. Matuszewski, *Pamięć i kult osób zmarłych jako autonomiczne dobro osobiste*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 20.

<sup>16</sup> K. Matuszewski, *Pamięć...*

<sup>17</sup> Por. orzeczenie SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02).

<sup>18</sup> Z. Radwanski, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 168.

się kontemplacji<sup>19</sup>. Obejmuje także integralność prochów pozostałych po spopieleniu zwłok. Dlatego rozdzielanie ich przez osobę uprawnioną do pochówku i umieszczenie ich w osobnych urnach, złożonej do grobu i zatrzymanej do własnej dyspozycji, stanowi bezprawne działanie mogące naruszyć dobro osobiste innej osoby w postaci kultu osoby zmarłej<sup>20</sup>.

Należy poczynić także uwagę co do braku zależności ochrony kultu i pamięci po osobie zmarłej od zakresu ochrony jej dóbr osobistych za życia. W ślad za autorem glosy do wyroku Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r., aprobując wyrażony w niej pogląd zaznaczyć należy, że Sąd Najwyższy przyjmując koncepcję dóbr osobistych jako praw podmiotowych osobistych przekonująco wywiódł, że kult pamięci zmarłego polityka jest „prawem osobistym, jurydycznie samoistnym”. *De lege lata* nie przewiduje się takiego „akcesoryjnego” systemu ochrony dóbr osobistych, prowadzącego w rezultacie do uzależnienia zakresu ochrony jednego prawa od poziomu ochrony przyznanej innemu prawu osobistemu. Kultywowanie pamięci o zmarłym, bez względu na jego status społeczny, jest osobną wartością, uznaną i wysoko cenioną w naszej kulturze, dlatego też powinno być traktowane jako osobny przedmiot ochrony<sup>21</sup>. Podmiotem prawa kultywowania pamięci o zmarłym (polityku) mogą być różne osoby o zróżnicowanej sferze odczuć związanych ze zmarłym, a samo prawo to może mieć ponadto zróżnicowaną treść<sup>22</sup>.

Przy analizowaniu ochrony kultu i pamięci osoby zmarłej warty uwagi jest wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 2004 r., który dotyczył naruszenia dobrego imienia żołnierza Armii Krajowej, będącego uczestnikiem Powstania Warszawskiego i więźniem politycznym w latach 1947–1956, poprzez postawienie mu przez autora historycznego opracowania zarzutu dopuszczenia się zdrady i kolaboracji z komunistyczną policją polityczną. Doszło wskutek tego do naruszenia dobra osobistego powódek w postaci kultu pamięci bliskiego (męża i ojca) zmarłego. Wobec tej osoby sformułowany został jeden z najcięższych zarzutów,

---

<sup>19</sup> M. Pazdan w: *System Prawa Prywatnego*. t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1142.

<sup>20</sup> Por. wyrok SN z 20 września 2007 r. (II CSK 237/2007), OSNC-ZD 2008, nr C, poz. 71, z glosą S. Rudnickiego, OSP 2008, nr 9, poz. 94.

<sup>21</sup> Por. M. Ozga, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2009 r.*, I CSK 346/08, „Glosa” 2011, nr 2, s. 22–26.

<sup>22</sup> Por. wyrok SN z 23 września 2009 r. (I CSK 346/08), OSNC 2010, nr 3, poz. 48.

jakie można postawić człowiekowi, zarzut zdrady towarzyszy walki i *de facto* wydania ich na śmierć<sup>23</sup>.

3. Z kultem i pamięcią po osobie zmarłej wiąże się historia jej rodziny, przy czym jedynie fakty z życia prywatnego tych osób można zakwalifikować jako dobra osobiste. Ich naruszenie może nastąpić między innymi przez komercyjne wykorzystanie tych faktów. Interes gospodarczy podmiotu tego dokonującego byłby mniej godzien ochrony od interesu potomków wykorzystywanych postaci historycznych. Przykładem sprawy w tym zakresie może być proces rodziny Habsburgów przeciwko aktualnemu właścicielowi żywieckiego browaru<sup>24</sup>. Naruszenia prawa do kultu pamięci zmarłych przodków nie można wywodzić z faktu odwoływania się przez pozwanego do tradycji browaru, zwłaszcza że w publikacjach tych pozwany podkreślał zasługi Habsburgów dla rozwoju browaru i całego regionu, a ich rola była przedstawiana w sposób bardzo pozytywny. Nie dopatrzyl się sąd podstaw do przypisywania pozwanemu intencji wywołania u odbiorców przekonania o ciągłości podmiotowej obecnego właściciela browaru z rodziną Habsburgów, tym bardziej, że w spornych publikacjach wyraźnie podawano, kiedy i w jakich okolicznościach poprzedni właściciele utracili browar, przejęty przez państwo. Jak wskazuje się w glosie do wyroku sądu II instancji w ww. sprawie<sup>25</sup>, niepożądane byłoby zawłaszczenie historii rodzin, których przodkowie odgrywali ważną rolę. Dopóki przywoływane fakty odpowiadają prawdzie, nie dotyczą sfery prywatności i są powiązane bezpośrednio w sensie przedmiotowym i funkcjonalnym z obiektem przemysłowym, którego reklama dotyczy, nie ma podstaw, by stwierdzać naruszenie prawa osobistego<sup>26</sup>. Atrybutu publiczności nie można natomiast przypisać prywatnej historii rodziny. W takim przypadku znajdują zastosowanie reguły dotyczące ochrony kultu pamięci osoby bliskiej, jej wizerunku, nazwiska czy też jej osobowości (zwanej w literaturze przedmiotu *Persona*<sup>27</sup>).

<sup>23</sup> Por. wyrok SN z 24 lutego 2004 r. (III CK 329/02), OSNC 2005, nr 3, poz. 48.

<sup>24</sup> Por. wyrok SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02).

<sup>25</sup> Por. T. Grzeszak, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 kwietnia 2002 r.*, IACa 1399/01, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 7, s. 52–55.

<sup>26</sup> T. Grzeszak, *Glosa...*

<sup>27</sup> Orzeczenie BGH z 1 grudnia 1999 r. (I ZR 49/97), *Marlena Dietrich*, NJW 2000, s. 2195; orzeczenie SA w Poznaniu z 6 września 2000 r. (I ACa 125/00), *George Sand*, niepubl.

Inny przykład naruszenia dobra osobistego w postaci pamięci po osobie zmarłej może stanowić przymuszanie spadkobierców byłych właścicieli majątków ziemskich przez Agencję Nieruchomości Rolnych do wnoszenia pozwów w celu tzw. zaprzeczeniu pochodzenia niemieckiego ich przodków, mimo istnienia urzędowych dokumentów potwierdzających polskie obywatelstwo i polską narodowość tych osób. Konieczność wszczynania tych spraw związana jest z realizacją przysługującego ww. spadkobiercom na mocy ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa z 19 października 1991 r.<sup>28</sup> prawa pierwszeństwa nabycia nieruchomości rolnych wchodzących w przeszłości w skład majątków ziemskich. Zgodnie z art. 29 ust. 1a to prawo pierwszeństwa nie przysługuje, gdy nieruchomość została przejęta w ramach reformy rolnej w związku z niemieckim pochodzeniem właścicieli. Problem polega na tym, iż niejednokrotnie wskutek błędów, względnie braku staranności, w księgach wieczystych nie wpisywano w ogóle szczegółowej podstawy prawnej przejęcia majątku, względnie bezzasadnie wpisywano przejęcie w związku z rzekomym niemieckim pochodzeniem. W takich sytuacjach Agencja Nieruchomości Rolnych z bliżej niezrozumiałych powodów, żąda przedłożenia prawomocnego wyroku sądu, ustalającego, że przejęcie nieruchomości nie nastąpiło w związku z niemieckim pochodzeniem jej właścicieli, nie uwzględniając innych dokumentów przeczących temu pochodzeniu. Tymczasem wielokrotnie byli właściciele majątków byli gorliwymi patriotami, dla których troska o ojczyznę i jej obrona stanowiła jedną z najważniejszych wartości. Podkreślenia wymaga, że Agencja wymagała przeprowadzenia kosztownego postępowania sądowego nawet w tak oczywistych przypadkach, gdy ostatni przedwojenny właściciel został rozstrzelany przez Niemców we wrześniu 1939 r. w ramach zaplanowanej akcji eksterminacji polskiej inteligencji, bądź gdy w ramach społecznej akcji prowadził zbiórkę pieniędzy na zakup broni dla oddziału ułanów w związku ze zbliżającą się wojną. Tak rażąco niezasadne stanowisko Agencji Nieruchomości Rolnych niezaprzeczalnie prowadzi do naruszenia dobra osobistego żyjących potomków byłych właścicieli ziemskich w postaci pamięci o ich przodkach.

Kwestią wymagającą poruszenia jest czas ochrony, jaki należy zapewnić dla tego dobra osobistego. Niezaprzeczalnie konieczne jest zdywersyfikowanie tego okresu w zależności od tego, czy mamy do czynienia

---

<sup>28</sup> Ustawa o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa z 19 października 1991 r. (Dz. U. Nr 107, poz. 464 ze zm.).



z interesami osobistymi (kultem pamięci osób bliskich), czy z interesami czysto majątkowymi (wykorzystaniem w celach gospodarczych renomy historycznych postaci). Należy zgodzić się, że w pierwszym przypadku czas ochrony powinien być równy czasowi życia osób najbliższych<sup>29</sup>. Z kolei, odnośnie drugiego przypadku w doktrynie wskazuje się, że nie dłużej, niż chronione są prawa autorskie, czyli najwyżej 70 lat *post mortem*<sup>30</sup>. Pogląd ten należy poddać w wątpliwość na rzecz znalezienia indywidualnej relacji *ad casum*.

Reasumując, wskazać należy, że termin „tradycja” jest zbyt ogólny, aby mógł stanowić dobro osobiste. Z kolei, zapewnienie ochrony jej poszczególnym składnikom wymaga indywidualnego badania w każdej sprawie.

4. Z historią rodziny w sposób ścisły wiąże się herb rodowy, któremu orzecznictwo przyznało ochronę prawną jako dobru osobistemu. Problem w znaczeniu prawnym posługiwania się herbem jest nierzadki, chociażby z uwagi na stosowanie go jako elementu logotypów i innych znaków graficznych. Czyni się to zazwyczaj w celu podkreślenia tradycji reklamowanego lub oznakowanego w ten sposób produktu.

Polskie prawo, w przeciwieństwie do dawnego prawa państw zaborczych obowiązującego na terenie Polski, nie przewiduje regulacji dotyczących herbów, w szczególności zasad nabywania praw do nich i ich utraty. Obecnie źródłem prawa dotyczącego herbów jest zwyczaj. Twierdzenie to wydaje się uzasadnione wobec spełnienia dwóch wymagań obowiązywania prawa zwyczajowego: *longa consuetudo* (zasady heraldyki kształtowały się od średniowiecza) oraz *opinio iuris sive necessitatis* (środowiska przywiązujące wagę do herbu i posługujące się nim przestrzegają tych zasad i uważają je za obowiązujące)<sup>31</sup>.

Herb definiuje się jako nieliterowy znak graficzny identyfikujący jednostkę w związku z jej przynależnością do określonego rodu, który z kolei określa się jako grupę osób spokrewnionych, noszących to samo nazwisko. Herb tym samym identyfikuje jednostkę ze względu na jej przynależność rodową<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Por. T. Grzeszak, *Glosa...*

<sup>30</sup> T. Grzeszak, *Glosa...*

<sup>31</sup> K.P. Sokołowski, M. Tollik, *Herb rodowy jako prawo podmiotowe Habsburgów*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 7–8, s. 40.

<sup>32</sup> .P. Sokołowski, M. Tollik, *Herb rodowy...*



Analizując znaczenie i rolę herbu, należy podkreślić, że wykazuje on największe podobieństwo do nazwiska i pseudonimu. W odniesieniu do nazwiska wydaje się mieć podobny zakres przedmiotowy jako identyfikator. Jednak nazwisko ma szersze znaczenie prawne. Nazwisko jako obowiązkowy, podstawowy obok imienia identyfikator osobisty podlega wielu szczegółowym regulacjom administracyjnoprawnym i cywilnoprawnym, których nie da się stosować do herbu z przyczyn oczywistych. Największe podobieństwo wydaje się mieć herb z pseudonimem, który należy do dóbr osobistych wskazanych ustawowo. Pseudonim jednak jest wyłącznie indywidualnym znakiem identyfikacyjnym osoby, powstałym w wyniku posługiwania się nim w sposób ciągły, najczęściej, choć nie zawsze, w jakiejś wyodrębnionej dziedzinie życia. Inaczej jest z herbem<sup>33</sup>. Obecnie stanowi on element pewnej tradycji rodzinnej i nie służy celom identyfikacyjnym na co dzień. Istotne jest jednakże, iż dla podmiotu uprawnionego jest on pewną wartością, w stosunku do której domaga się on ochrony. W pewnym sensie herb jest nośnikiem tożsamości rodzinnej, panujących zwyczajów, pamięci.

Po raz pierwszy w polskiej judykaturze herb rodowy uznano za dobro osobiste w wyroku Sądu Najwyższego z 28 lutego 2003 r.<sup>34</sup>. Powodowie w tej sprawie domagali się znacznie szerszej ochrony przez zakazanie pozwanemu posługiwania się w materiałach informacyjno-promocyjno-marketingowych i reklamowych informacjami, znakami i sloganami handlowymi nawiązującymi do tradycji, oznaczeń produktów, renomy i nazwy Arcyksiążęcego Browaru w Żywcu, umieszczania w tych materiałach oraz znakach towarowych daty „1856” oraz symbolu korony, używania nazwiska Habsburg, także w odmianie przymiotnikowej, słowa „Arcyksiążęcy” oraz rodowego herbu Habsburgów w każdym zestawieniu i nawiązaniu do pozwanego i prowadzonego przezeń browaru i w nawiązaniu do tradycji i renomy byłego Arcyksiążęcego Browaru „Żywiec”, nakazanie pozwanemu usunięcia ze znaków towarowych oraz publikowanych materiałów daty „1856” i symbolu korony, oraz nakazanie pozwanemu złożenia w prasie krajowej i niemieckiej oświadczenia o ściśle sprecyzowanej treści, obejmującego przeproszenie powodów za bezprawne naruszanie ich dóbr osobistych, wyrażenie ubolewania z tego powodu oraz złożenie zapewnienia, że takie naruszenia nie powtórzą się w przyszłości. Powyższe żądania oznaczały, iż powodowie

<sup>33</sup> .P. Sokołowski, M. Tollik, *Herb rodowy...*, s. 42.

<sup>34</sup> Wyrok SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02).

domagali się ochrony dóbr osobistych w postaci tradycji i renomy Arcyksiążęcego Browaru w Żywcu co obejmuje nazwę i datę powstania, nazwisko założyciela, znak towarowy, oznaczenie produktów oraz symbole rodowe – herb i koronę. Zarówno sąd I instancji, jak i II instancji wyłączył możliwość zaliczenia tradycji w ogólności, a tradycji zakładu przemysłowego w szczególności, do dobra osobistego. Nie można, w ocenie sądu II instancji, przyjąć, by tradycja i renoma zakładu przemysłowego była ściśle związana z osobami spadkobierców poprzedniego właściciela. Podkreślenia jednak wymaga, że według tego sądu, nie można wykluczyć naruszenia dobra osobistego przez np. deprecjonowanie tradycji w konkretnych jej przejawach, co mogłoby się łączyć z prawem kultu pamięci zmarłych przodków<sup>35</sup>. W dalszej kolejności wskazał, że fakty historycznego związania zakładu przemysłowego z daną rodziną oraz data jego powstania należą do historii zakładu i odwoływanie się do nich nie stanowiło naruszenia dóbr osobistych uprawnionych.

Powyższe poglądy nie znalazły natomiast uznania w stanowisku Sądu Najwyższego w tej sprawie, który wskazał, że nieuzasadniona jest teza sprowadzająca się do twierdzenia, iż „tradycja w ogólności” nie może być uznana za dobro osobiste. Tradycja rodzinna rozumiana jako dziedzictwo, spuścizna, utożsamianie się z dokonaniem i wartościami reprezentowanymi przez przodków, związana jest z przynależnością do rodziny i poczuciem więzi z antenatami. Kontynuowanie lub kultywowanie dobrej tradycji przodków jest – także przy uwzględnieniu kryteriów obiektywnych, wzorców akceptowanych w społeczeństwie – uznawane za istotną wartość. Konieczne jest jednak odniesienie się do konkretnych atrybutów tradycji danej rodziny. Gdy mowa jest o tradycji rodziny, najczęściej jest to odwołanie się do tradycji patriotycznej, niepodległościowej, kulturotwórczej lub artystycznej<sup>36</sup>.

Co istotne, Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 10 kwietnia 2002 r. zaznaczył, że herb rodowy stanowi dobro osobiste, niezależnie od utraty jego znaczenia w życiu publicznym. Wykorzystanie go przez inną osobę jest naruszeniem tego dobra, uzasadniającym udzielenie ochrony z tego tytułu.

Należy mieć na uwadze, że wobec zniesienia przez konstytucję marcową z 1921 r. tytułów i herbów, ich znaczenie w życiu publicznym zostało znacznie umniejszone. Obecnie umiejętność kojarzenia poszczególnych

<sup>35</sup> Wyrok SA w Katowicach z 10 kwietnia 2002 r.

<sup>36</sup> Wyrok SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02).

herbów z konkretnymi rodami nie jest powszechna. W związku z tym rodzi się pytanie, dla kogo herb musi być symbolem osób z danej rodziny, tj. czy wyłącznie dla zainteresowanych, czy też dla szerszego kręgu osób. W przypadku komercyjnego wykorzystania herbu ocena samego naruszenia, musiałaby być powiązana ze skojarzeniem przez adresatów reklamy konkretnego herbu z konkretnymi uprawnionymi. Nie doszłoby do zawłaszczenia renomy danej osoby (jej rodu) za pośrednictwem wykorzystanego w marketingu herbu, jeżeli nikt postronny herbu nie kojarzy z konkretną osobą<sup>37</sup>.

Naruszenie prawa do herbu, oprócz jego nieuprawnionego komercyjnego wykorzystania, może polegać na przypisywaniu go sobie przez osobę nieuprawnioną, znieważaniu herbu, obrażanie osoby uprawnionej za pośrednictwem określonego wykorzystania herbu, czy na przykład wprowadzanie do niego obraźliwych zmian. Konieczne jest wskazanie przedmiotu ochrony w przypadku herbu, tj. czy podlega jej tylko herb jako całość, czy także jego poszczególne elementy. Co do zasady, herb składa się przede wszystkim z godła będącego znakiem umieszczonym na tarczy, a nadto z takich elementów dekoracyjnych, jak trzymacze (postacie ludzkie lub zwierzęta umieszczane po jednej lub – częściej – po obu stronach), labry (części zewnętrzne tarczy herbowej, mające kształt wielkich liści wyszczerbionych, wyrastających z boków hełmu, zwykle symetrycznie po obu stronach), hełm, czy korona rangowa (umieszczana, co do zasady, na hełmie). Z racji, że zazwyczaj elementy inne niż godło nie noszą cech indywidualnych, lecz są powtarzalne, wykorzystywanie ich trudno traktować jako naruszenie dobra osobistego. Inaczej sytuacja przedstawiałaby się w przypadku, gdyby posłużenie się takimi elementami danego herbu było bardzo intensywne i w zamiarze naruszającego miało wywołać skojarzenie odbiorcy z danym rodem, o ile rzeczywiście takie skojarzenie mogłoby wystąpić u przeciętnego odbiorcy. Przykładem takiej sprawy może być spór sądowy pomiędzy Stanisławem hr. Potockim a Fabryką Wódek Polmos w Łańcucie. Sprawa ta co prawda nie zakończyła się wyrokiem, wobec cofnięcia pozwu, ale stanowi doskonale odzwierciedlenie powyższego problemu. Polmos Łańcut posługiwał się znakiem towarowym wykorzystującym liczne elementy herbu hrabiów Potockich Srebrna Pilawa: tę samą tarczę, barwy, labry, klejnot i koronę hrabiowską, a nawet elementy godła wkomponowane w monogram firmy. Przed Sądem Okręgowym w Rzeszowie

<sup>37</sup> T. Grzeszak, *Glosa...*

toczył się proces, w którym Stanisław hr. Potocki domagał się od Fabryki Wódek Polmos w Łańcucie m.in. 150.000 zł zadośćuczynienia za wykorzystanie w znaku firmowym Polmosu elementów przysługującego mu herbu Srebrna Pilawa. Cofnięcie powództwa spowodowane było treścią opinii biegłych heraldyków, którzy stwierdzili brak tożsamości znaku firmowego wymienionej firmy z herbem powoda<sup>38</sup>.

5. Kolejnym dobrem osobistym, któremu orzecznictwo przyznaje ochronę jest nazwisko. Sąd Najwyższy w wyroku z 28 lutego 2003 r.<sup>39</sup> wskazał jednak, że ochrona ta nie ma charakteru bezwzględego. Sąd zaznaczył, że jej wyłączenie ma miejsce przy przedstawianiu faktów historycznych. Z taką sytuacją mamy do czynienia na przykład, gdy nazwisko przynależne przodkom wymienia się wyłącznie w formie informacji o osobach założycieli i kolejnych właścicieli zakładów przemysłowych. Takiemu użyciu nazwiska nie można przypisać cechy bezprawności, w szczególności, gdy wymienia się nazwiska twórcy zakładu (i kontynuatorów jego dzieła) wyłącznie w sposób afirmatywny, eksponujący jego zasługi dla rozwoju zakładu i całego regionu.

Innym przykładem naruszenia dobra osobistego w postaci nazwiska jest nieuprawnione wykorzystanie go w nazwie hotelu lub restauracji, np. „Hotel u Potockiego”. Nazwa taka może sugerować, iż obiekt prowadzony jest przez członka znamienitego rodu, zwłaszcza, gdy miejsce w którym jest on prowadzony, w przeszłości stanowiło własność tego rodu. Oczywiście, znaczenie ma forma tej nazwy. Z czym innym mamy do czynienia w przypadku nazwy „Hotel Habsburski”, a z czym innym w przypadku „Hotel u Habsburga”. Ta pierwsza nazwa może bowiem nawiązywać do tradycji danego miejsca, eksponując jego historię.

6. Zasadne wydaje się pytanie, czy w ramach pamięci osoby zmarłej mieści się prawo do ochrony wizerunku tej osoby. Badając wzajemny stosunek wizerunku oraz pamięci i kultu osoby zmarłej, należy uznać, że wizerunek (gdy dochodzi do jego utrwalenia, rozpowszechnienia i zniekształcenia) stanowi niejako narzędzie do naruszenia pamięci

---

<sup>38</sup> J. Matusz, *Pół litra z herbem. Hrabia Potocki kontra łańcucki Polmos i minister skarbu*, „Rzeczpospolita” z 23 stycznia 2002 r., [http://new-arch.rp.pl/artukul/370125\\_Pol\\_litra\\_z\\_herbem.html](http://new-arch.rp.pl/artukul/370125_Pol_litra_z_herbem.html); *Proces Potocki kontra Polmos zakończony*, „Gazeta Wyborcza” z 8 kwietnia 2003 r., <http://miasta.gazeta.pl/rzeszow/1,34975,1417169.html>

<sup>39</sup> Wyrok SN z 28 lutego 2003 r. (V CK 308/02).

i kultu osoby zmarłej<sup>40</sup>. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykorzystuje się archiwalne materiały (np. filmowe lub fotograficzne) dotyczące powszechnie znanej, zmarłej osoby w celach marketingowych. W szczególności, gdy ukazywałyby tę osobę w niekorzystnym świetle<sup>41</sup>.

7. Przyjmowana powszechnie jako dobro osobiste ochrona czci osoby zmarłej nie polega na przejściu prawa do czci przysługującego zmarłemu, lecz jest własnym prawem najbliższych członków rodziny zmarłego<sup>42</sup>. W związku z powyższym ważnym zagadnieniem jest określenie podmiotów, którym przysługuje legitymacja czynna w tym zakresie. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że jest to krąg osób najbliższych zmarłemu<sup>43</sup>. Pomocna w zdefiniowaniu tego pojęcia może być treść art. 10 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>44</sup>, zgodnie z którym prawo pochowania zwłok ludzkich ma najbliższa pozostała rodzina osoby zmarłej, a mianowicie: pozostały małżonek, krewni zstępni, krewni wstępni, krewni boczni do czwartego stopnia pokrewieństwa, powinowaci w linii prostej do pierwszego stopnia. Wskazać należy, że osoby wymienione we wspomnianym przepisie stanowią jedynie minimalny zakres podmiotowy osób na pewno objętych ochroną wynikającą z dobra osobistego w postaci pamięci i kultu osoby zmarłej<sup>45</sup>. Mając to na uwadze, podkreślenia wymaga, że sąd rozpoznający daną sprawę jest zobowiązany każdorazowo ustalać zakres osób uprawnionych. Może to prowadzić w konsekwencji do powstania sporu pomiędzy osobami, z których wszystkie można zaliczyć do kręgu osób niewątpliwie bliskich zmarłemu, czego przykładem jest spór pomiędzy żoną zmarłego a jego rodzicami dotyczący miejsca pochówku zmarłego<sup>46</sup>. W tej materii Sąd Najwyższy zajął stanowisko w wyroku z 11 listopada 1976 r.<sup>47</sup>, w którym pierwszeństwo do pochowania zwłok

---

<sup>40</sup> Por. J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Warszawa 2009, s. 85.

<sup>41</sup> Por. K. Matuszewski, *Pamięć...*

<sup>42</sup> J. Gudowski (red.), *Kodeks...*

<sup>43</sup> Por. orzeczenie SN z 31 marca 1980 r. (II CR 88/80).

<sup>44</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.).

<sup>45</sup> Por. K. Matuszewski, *Pamięć...*

<sup>46</sup> Por. orzeczenie SN z 7 czerwca 1966 r. (I CR 346/65), niepubl.

<sup>47</sup> Wyrok SN z 11 listopada 1976 r. (II CR 415/76), niepubl.

przyznał pozostałemu małżonkowi i dzieciom. Od tej zasady dopuszczalne są jednak wyjątki, bowiem w orzeczeniu z 7 czerwca 1966 r., Sąd Najwyższy stwierdził, że: „choć art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych wymienia w pierwszej kolejności, jako osobę uprawnioną do pochowania osoby zmarłej pozostałego przy życiu małżonka, okoliczności sprawy, a zwłaszcza wzajemne wrogie stosunki między małżonkami oraz ostatnia wola zmarłego mogą przemawiać za przyznaniem ochrony z art. 23 i art. 24 k.c. innym członkom rodziny zmarłego”<sup>48</sup>.

Przy ustalaniu kręgu podmiotów uprawnionych rodzi się kolejne zagadnienie sprowadzające się do pytania, czy każdemu z tych osób przysługuje taki sam zakres ochrony w stosunku do danego zmarłego, a jeśli mamy do czynienia z dywersyfikacją tej ochrony, to jakie są jej determinanty. W ww. orzeczeniu z 31 marca 1980 r. Sąd Najwyższy uznał, że zakres podmiotowy prawa do ochrony pamięci i kultu po zmarłej osobie jest szeroki, a prawo to przysługuje wszystkim członkom rodziny i bliskim, którzy konkretne działania osoby trzeciej mogą uznać za naruszające ich prawo do pamięci o osobie zmarłej jako dobrym i prawym człowiekiem. Podobnie uznał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 23 września 2009 r., podkreślając, że podmiotem dobra osobistego w postaci pamięci i kultu osoby zmarłej mogą być różne osoby o zróżnicowanej sferze odczuć związanych ze zmarłym. Prawo to może mieć ponadto zróżnicowaną treść. Czynnikiem wpływającym na ustalenie zakresu ochrony są między innymi subiektywne elementy w postaci szczególnych okoliczności sprawy oraz stopnia zażyłości między członkami rodziny<sup>49</sup>. Co do zasady, za mającą podstawę wydaje się twierdzenie, że większy zakres ochrony należy przyznać osobom mającym bliższy stopień pokrewieństwa.

Przykładem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, w którym podkreślono znaczenie więzi emocjonalnej, a nie pokrewieństwa w przyznawaniu ochrony dla przedmiotowych dóbr jest wyrok z 6 kwietnia 2004 r.<sup>50</sup>, dotyczący osoby Ojca Świętego. Choć od czasu orzekania w przedmiotowej sprawie zmienił się istotnie stan faktyczny (sąd rozstrzygał jeszcze za życia Papieża), to niezaprzecalnie argumentacja zawarta w tym orzeczeniu jest aktualna w odniesieniu do kultu osoby zmarłej. Upřednio

<sup>48</sup> Wyrok SN z 7 czerwca 1966 r. (I CR 346/65), niepubl.

<sup>49</sup> Por. orzeczenie SN z 7 czerwca 1966 r. (I CR 346/65).

<sup>50</sup> Wyrok SN z 6 kwietnia 2004 r. (I CK 484/03), OSNC 2005, nr 4, poz. 69.



podkreślano w doktrynie dość stanowczo, że nie należy uwzględniać i wynagradzać uczuć związanych z przywiązaniem do innej osoby<sup>51</sup>. Wskazano, że dobro osobiste, będące emanacją osobowości każdego człowieka, jest sprawą jego świadomości, a więc kategorią subiektywną, ale z drugiej strony nie jest pozbawione elementów obiektywnych i tym samym musi odpowiadać kryterium sprawdzalności, a więc kryterium obiektywnym. Kryterium tym jest odpowiedni stosunek bliskości do osoby zmarłej, będący źródłem istnienia dobra osobistego u jego podmiotu, ale jednocześnie czynnikiem kształtującym jego treść i zakres wpływających z niego uprawnień. Stosunek bliskości jest określony przede wszystkim przez więzi rodzinne, łączące daną osobę ze zmarłym, nie sposób bowiem przyjąć, że komuś przysługuje prawem chronione dobro osobiste w postaci kultu pamięci zmarłej postaci historycznej, z którą zainteresowanego łączy jedynie podziw i szacunek dla jego dokonań życiowych.

Jednakże niepodobna ograniczyć dobra osobistego tylko do więzów rodzinnych i zaprzeczyć jego istnieniu po stronie osoby związanej ze zmarłym długoletnią przyjaźnią. W takim przypadku osobie tej przysługuje ochrona jej dobra osobistego<sup>52</sup>.

## **Streszczenie**

Jakkolwiek ochrona dóbr osobistych kojarzona jest najczęściej z osobami żyjącymi, to dotyczy ona także zmarłych. Pamięć o tych ostatnich, jako dobro osobiste, zawiera w sobie cześć i godność tych osób, ale także odnosi się do prawa do grobu. Przykładem naruszenia dóbr osobistych może być nielegalne wykorzystanie nazwiska lub herbu rodowego, w szczególności gdy osoba odpowiedzialna za takie zachowanie odnosi z tego tytułu korzyści majątkowe. Tego rodzaju naruszenie dotyczy przede wszystkim członków arystokratycznych rodów, a ochrona najczęściej dochodzona jest przez ich spadkobierców. Problematyka ta jest na tyle skomplikowana, że zazwyczaj wymaga wykładni sądu ad casum.

---

<sup>51</sup> A. Szpunar, *Odszkodowanie w razie śmierci osoby bliskiej*, Warszawa 1973, s. 157 i n.; podobnie J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 17.

<sup>52</sup> Wyrok SN z 6 kwietnia 2004 r. (I CK 484/03).



Słowa kluczowe: dobra osobiste, herb, nazwisko, kult osoby zmarłej, ochrona czci, ochrona wizerunku.

### **Abstract**

Although protection of personal rights is usually combined with the living, it concerns also the dead. Remembrance of dead people as personal right involves a respect of the dead, but also sanctity of a grave. An example of violation of personal rights constitutes an illegal use of surname or coat of arms, in particular when the responsible derive material benefits from it. This instance concerns mainly members of the nobility. Above indicated category of personal rights belongs to the closest members of families of the dead. This concept is just initially clarified. The court needs to determine it ad casum.

Keywords: protection of personal rights, violation of personal rights, remembrance of dead people, sanctity of a grave, illegal use of surname, coat of arms.

Евгений Александрович Рябоконт<sup>1</sup>

## **Обязанность наследников возместить затраты на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя и правопреемство: соотношение понятий**

Правовой статус наследников предусматривает наделение их не только правами, но и возложение на них обязанностей. Поскольку наследование основывается на гражданском правопреемстве, т.е. на переходе прав и обязанностей от одного лица (правопредшественника-наследодателя) к другому (правопреемнику-наследнику), общим условием появления у наследников соответствующих обязанностей является принадлежность их наследодателю. Вместе с тем в некоторых случаях наследственное законодательство возлагает на наследников выполнение обязанностей, которые не основываются на правопреемстве, т.е. не принадлежали ранее наследодателю. К числу таких, наряду с обязанностями по совершению действий неимущественного характера (ч. 1 ст. 1240 ГК Украины), возмещению расходов на охрану наследства (ч. 4 ст. 1283 ГК Украины), уплаты вознаграждения управителю наследства (ч. 3 ст. 1285 ГК Украины), исполнителю завещания (ст. 1291 ГК Украины) и в определенной степени – обязанностями по выполнению завещательного отказа (в. ст. 1237-1239 ГК Украины) и возложения (ч. 2 ст. 1240 ГК Украины), относятся и предусмотренные ст. 1232 ГК Украины обязанности наследников по возмещению затрат на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя.

Таким образом, центральным вопросом, требующим своего решения, является то, **входят ли исследуемые обязанности в состав наследства**, или, наоборот, являются дополнительными обременениями

---

<sup>1</sup> К.ю.н., доц., Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка (doc. dr, Kijowski Narodowy Uniwersytet im. Tarasa Szewczenki).

для наследников, которые должны возмещаться ими без привязки к стоимости наследственного актива.

Следует отметить, что возложение указанных обязанностей на наследников не является абсолютной новеллой законодательства. Норма ч. 4 ст. 556 ГК УССР регламентировала, что наследники, принявшие наследство, возмещают в пределах действительной стоимости наследственного имущества необходимые расходы, понесенные третьими лицами по уходу за наследодателем во время его болезни, а также на похороны наследодателя. При этом возмещение данных расходов осуществлялось наряду с удовлетворением требований кредиторов наследодателя. Вместе с тем сравнение ч. 4 ст. 556 ГК УССР и ст. 1232 ГК Украины позволяет выделить и ряд особенностей, присущих их правовому регулированию.

Во-первых, формально ГК Украины расширяет круг обязанностей наследников за счет присоединения к существующим ранее расходам по уходу за наследодателем и на его погребение также расходов на содержание и лечение наследодателя. При этом качественного содержательного расширения круга обязанностей наследников не произошло, поскольку понятие «уход за наследодателем», закрепленное в законодательстве УССР, толковалось и как непосредственное попечение о наследодателе, общения с ним, предоставление ему нематериальных услуг, и как осуществление соответствующими лицами материальных затрат в форме содержания и лечения наследодателя. Внесение редакционных изменений в ст. 1232 ГК Украины обусловлено, прежде всего, разграничением в новом ГК понятий «содержание наследодателя» и «уход за наследодателем» (ст. 744, ч. 1 ст. 749). Первое связано с материальными затратами, в то время как второе – с предоставлением услуг личного характера, которые, как правило, не сопровождаются материальными затратами.

Во-вторых, претерпел существенные изменения субъектный состав лиц, уполномоченных требовать возмещения указанных расходов. Если согласно ГК УССР таким правом наделялись лишь третьи лица, то по действующему ГК данное ограничение не сохранилось. Более того, в ч. 1 ст. 1232 ГК Украины специально подчеркивается, что заявлять соответствующие требования могут сами наследники.

В-третьих, если ГК УССР приравнивал указанные обязанности наследников к долгам перед кредиторами наследства, ГК Украины

такого указания не содержит. Ст. 1232, расположенная в разделе «Общие положения о наследовании», не затрагивает своим регулированием особенности удовлетворения наследниками требований кредиторов, обусловленных правопреемством, т.е. невыполнением перед ними обязанностей умершим должником-наследодателем. Порядок предъявления кредиторами требований и их удовлетворения наследниками предусмотрен ст. ст. 1281, 1282 ГК, которые включены в раздел «Осуществление права на наследование». На разницу в правовой природе указанных обязанностей наследников обратил внимание и Верховный Суд Украины (ВСУ), отметив, что на требования о возмещении расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя не распространяются требования ст. 1281 ГК Украины, поскольку они не вытекают из обязательств наследодателя (пункт 15 постановления Пленума ВСУ «О судебной практике по делам о наследовании» от 30 мая 2008 № 7).

Укажем, что после смерти наследодателя могут остаться непогашенные перед другими субъектами обязательства по договорам, предметом которых было предоставление ему содержания, ухода, лечения, а иногда – даже приобретение места будущего захоронения. В таких случаях невыполненные наследодателем обязанности переходят к его наследникам в порядке правопреемства, то есть не на основании ст. 1232, а в составе других долгов перед кредиторами наследства (ст. ст. 1281, 1282 ГК Украины).

В-четвертых, по ГК УССР наследники обязаны были возместить только «необходимые расходы» по уходу и погребению наследодателя, в то время как ГК Украины указывает на «разумность расходов». Соотнесение необходимых и разумных расходов позволяет утверждать, что ГК 2003 года предоставляет кредиторам более широкие полномочия в части определения объема возмещения: под необходимыми затратами понимались те, которые были минимально необходимыми для обеспечения элементарных условий по уходу за наследодателем и его захоронению; разумные расходы уже могут выходить за пределы минимальных. Например, к числу необходимых затрат, понесенных на погребение наследодателя, могут быть отнесены расходы на приобретение гроба, венка, заказ транспорта для перевозки тела наследодателя к месту захоронения, проведение панихиды, оплата места захоронения и необходимых

регистрационных процедур, установление могильной плиты, а к разумным – заказ транспорта для перевозки лиц, изъявивших желание присутствовать при погребении, проведение специальных похоронных обрядов, установление надгробия, памятника или других надгробных сооружений.

В-пятых, ст. 1232 ГК Украины ограничивает возмещение расходов на содержание, уход и лечение наследодателя трехлетним сроком до смерти наследодателя. И хотя ГК УССР формально такого условия не содержал, однако при возникновении спора суд, учитывая трехлетний срок исковой давности (ст. 71 ГК УССР), не мог предоставить истцу право на возмещение за период, больший трех лет. Правда, трехлетний срок исчислялся не со дня смерти наследодателя, а со дня возникновения требования уполномоченного лица.

В юридической литературе вопросу по поводу отнесения расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя в состав наследства, несмотря на его важность, не уделяется достаточного внимания. При этом в большинстве научных работ, авторы которых поднимают этот вопрос, излагается позиция о том, что поскольку указанные обязанности не принадлежали наследодателю, они не являются объектом правопреемства, а поэтому и не должны включаться в состав наследства.

Так, в классическом труде Б.С. Антимонова и К.А. Граве 1955 «Советское наследственное право» утверждалось, что эти обязанности не наследуются с той оговоркой, что обязанности по погребению все же могут относиться к пассиву наследства, учитывая, что «ни один из наследников не вправе уклониться от участия в необходимых расходах по похоронам наследодателя пропорционально своей доли в активе наследства»<sup>2</sup>. О.П. Печеный замечает, что ст. 1232 ГК Украины не определяет источник возмещения расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя, поэтому они возмещаются не за счет наследства, а за счет наследников<sup>3</sup>. В.И. Крат, отталкиваясь от содержания ст. 1218 ГК Украины, согласно которой в состав наследства включаются только права и обязан

---

<sup>2</sup> Антимонов Б.С., Граве К.А. *Советское наследственное право* [текст] / Б.С. Антимонов, К.А. Граве. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 248.

<sup>3</sup> Печеный О.П. *Наследственное право. Практический комментарий к Гражданскому кодексу Украины* [текст] / О.П. Печеный. – Х.: Фактор, 2012. – С. 88.

ности наследодателя, отмечает, что эти расходы не возмещаются за счет наследства<sup>4</sup>.

Несмотря на наличие бесспорных, на первый взгляд, предпосылок для вывода о не вхождении в состав наследства обязанностей наследников, урегулированных ст. 1232 ГК Украины, согласиться с ним довольно сложно. На наш взгляд, при определении объема наследственного пассива следует отталкиваться от позиции проф. В.И. Серебровского, который выдвинул идею о разграничении обязательств, включаемых в состав наследства, на две группы. В первую из них входят долги, вытекающие из договорных или недоговорных обязательств наследодателя. Иными словами, это долги самого наследодателя. Обязательства, которые входят во вторую группу, возникают в связи со смертью наследодателя и обосновываются необходимостью проведения его захоронения, возмещению расходов по охране наследства. Это долги, возникновение которых порождается смертью наследодателя<sup>5</sup>.

Следует, конечно, учитывать, что указанная позиция сформировалась в условиях действия законодательства, нормы которого прямо привязывали эти расходы к стоимости наследственного актива, т.е. реального имущества, перешедшего к наследнику в пределах его доли. В связи с этим следует обратить внимание на то, что в процессе кодификации гражданского законодательства стран СНГ и принятия новых гражданских кодексов обычно не наблюдается отхода от принципа соотношения стоимости указанных расходов со стоимостью наследственного актива и включения соответствующих обязанностей в состав наследства. Например, согласно ч. 1 ст. 1174 ГК Российской Федерации (РФ) необходимые расходы, вызванные предсмертной болезнью наследодателя, расходы на его достойное захоронение, в том числе расходы на оплату места погребения наследодателя, возмещаются за счет наследства в пределах его стоимости. Аналогичный подход присущ и гражданским кодексам

---

<sup>4</sup> Крат В.І. *Обов'язок спадкоємців відшкодувати витрати на утримання, догляд, лікування та поховання спадкодавця* [текст] // *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, міністерства юстиції, науковців, фахівців.)*. – Т. 12: *Спадкове право* / За ред. І.В. Спасибо-Фатеевої / В.І. Крат. – Х.: ФО-П Колісник А.А., 2009. – С. 154.

<sup>5</sup> Серебровский В.И. *Очерки советского наследственного права* [текст] / В.И. Серебровский. – М.: Издательство Академии наук СССР, 1953. – С. 210-211.

других государств СНГ, в частности, Республики Азербайджан (ст. 1157), Грузии (ст. 1334). Соответствует он и правовому опыту государств Запада, где указанные расходы также возмещаются за счет наследства (§ 549 Австрийского Общего гражданского уложения, § 1968 Германского гражданского уложения).

Отнесение обязанностей по возмещению расходов, понесенных на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя, в состав наследства, не встречает возражений и в доктрине указанных государств. В частности, при толковании приведенной нормы ГК РФ О.Е. Блинков обратил внимание на то, что хотя обязанности по достойному погребению наследодателя и следует отличать от долгов самого наследодателя, они неразрывно связаны с наследственным имуществом, и именно поэтому обременяют его. При этом расходы, вызванные предсмертной болезнью наследодателя, автор относит к числу собственных долгов наследодателя<sup>6</sup>.

Позицию отечественного законодателя, который в ГК 2003 г., с одной стороны, не сохранил правило о возмещении наследниками расходов в пределах действительной стоимости наследственного имущества, а с другой – возложил исполнение соответствующих обязанностей на наследников, вряд ли можно назвать последовательной. Если определенные обязанности возникают у наследников, а не, например, у членов семьи или родственников умершего, понятно, что сам факт их появления неразрывно обусловлен наделением предусмотренных в законе лиц правовым статусом наследников, неотъемлемой частью которого и становятся такие обязанности. Поэтому невозможно одновременное сосуществование обязанностей наследников возмещать расходы, указанные в ст. 1232 ГК Украины, и не включение последних в состав наследства (наследственного пассива). Кроме того, рассматривать обязанности наследников по ст. 1232 ГК Украины, как существующие вне наследства, было бы неразумно, поскольку в случае наследования имущества незначительной стоимости суммы возмещения наследниками расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя

---

<sup>6</sup> Блинков О.Е. *Общие тенденции развития наследственного права государств – участников Содружества Независимых Государств и Балтии* [текст] Дис. д.ю.н. – 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / О.Е. Блинков. – М., 2009. – С. 363, 364, 366.



могут существенно превышать наследственный актив. Обобщенная автором судебная практика свидетельствует о том, что требования о возмещении расходов, заявленные на основании ст. 1232 ГК Украины, нередко составляют несколько десятков тысяч гривен<sup>7</sup>, а в некоторых случаях – более ста тысяч<sup>8</sup>. Возложение на наследников таких расходов сверх наследственного актива не только приведет к правовой несправедливости, но и будет способствовать уклонению потенциальных наследников от принятия такого наследства, а в случае принятия – от выполнения таких обязательств, что в итоге негативно скажется на гражданском обороте.

Отнесение расходов по содержанию, уходу, лечению и захоронению к числу исполняемых наследниками за счет собственных средств, будет означать по сути не применение к наследственным правоотношениям целого ряда норм наследственного права. Во-первых, речь идет о нераспространении этих норм в отношении порядка, условий и сроков предъявления требований. Лицо, которое понесло указанные расходы, имеет право заявить требование об их возмещении наследниками в любое время после смерти наследодателя, даже в день ее наступления, а наследники должны выполнить обязательство в семидневный срок со дня его предъявления (ч. 2 ст. 530 ГК Украины). При этом с позиции наследственного законодательства, связывающего приобретение статуса наследника только с завершением срока для принятия наследства (ст. 1270 ГК Украины), наследника, не принявшего наследство, нельзя обязывать совершать какие бы то ни было юридические действия по наследству, в том числе и выполнять обязанности наследодателя, если иное не предусмотрено специальными нормами. Во-вторых, исключение исследуемых обязанностей из числа унаследованных

---

<sup>7</sup> Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 28 травня 2012 р. – Справа № 2608/6347/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24272841>; рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 21 лютого 2013 р. – Справа № 2609/12775/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29584136>

<sup>8</sup> Рішення апеляційного суду Запорізької області від 21 грудня 2010 р. – Справа № 22-6526/2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13048752>

существенно сужает полезное действие ч. 3 ст. 1298 ГК Украины, которая уполномочивает нотариуса до истечения срока на принятие наследства выдавать наследнику разрешение на получение части вклада наследодателя в банке (финансовом учреждении), если это вызвано обстоятельствами, имеющими существенное значение. К таким обстоятельствам нотариальная практика, основываясь на ранее действующей Инструкции о порядке совершения нотариальных действий нотариусами Украины 2004 (абзац первый пункта 199) относит, в частности, необходимость покрытия расходов по уходу за наследодателем во время его болезни и расходов, понесенных на погребение наследодателя. Вывод о не включении обязанностей наследников по ст. 1232 ГК Украины в состав наследства фактически означает невозможность для нотариусов выдавать разрешение для указанных целей, в связи с чем практически парализует действие положения ч. 3 ст. 1298 ГК Украины.

Не может получить одобрительной оценки также разъединение правового регулирования доли затрат на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя и расходов по охране и управлению наследственным массивом, объединенных ранее в ч. 4 ст. 556 ГК УССР. Негативным следствием такого разъединения стало отсутствие единого подхода в определении связи с составом наследства затрат, не обусловленных фактом правопреемства, но неразрывно связанных с наследованием и статусом наследников. Так, если расходы на охрану наследства возмещаются наследниками согласно наследственных долей в силу прямого указания ч. 4 ст. 1283 ГК Украины, то аналогичной нормы по поводу выплаты вознаграждения управляющему наследством (ч. 3 ст. 1285 ГК Украины) не существует, что на равном месте порождает пробелы в регулировании однотипных правоотношений.

Все перечисленные обязанности наследников, а также другие обязанности, непосредственно не вызваны правопреемством, но неразрывно связанные с приобретением наследства (например, выплата вознаграждения исполнителю завещания, исполнение завещательного отказа, возложения), по нашему убеждению, **должны включаться в состав наследственных долгов** с распространением на них принципа ограничения ответственности наследников стоимостью наследственного актива. Последний в перспективе должен быть извлечен из ч. 1 ст. 1282 ГК Украины, закреплен в общих

положениях о наследовании и рассматриваться не только как таковой, который устанавливает ограничение ответственности наследников перед кредиторами наследодателя, но как общий принцип, предусматривающий невозможность преобладания наследственного пассива над наследственным активом. Бесспорно, предложенные изменения должны происходить параллельно с введением очередности удовлетворения требований уполномоченных субъектов наследниками.

При рассмотрении судебных споров, достаточно многочисленных в этой категории дел, вопрос об отнесении расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя в состав наследства анализируется достаточно редко. Однако в отдельных судебных решениях наблюдается верное его решение. В качестве примера может быть приведена позиция апелляционного суда Николаевской области, который на основании системного анализа ст. ст. 1216, 1217, 1232, 1267-1269 ГК Украины, пришел к выводу, что «наследники умершего, **в соответствии со своей долей в наследстве** (выделено мной – Е.Р.), возмещают лицу, похоронившему наследодателя, его расходы на погребение ...»<sup>9</sup>. Косвенно высказанная позиция подтверждается также решениями, в которых для обоснования разумности понесенных расходов учитывается стоимость наследственной доли. Если судом устанавливается, что стоимость имущества, полученного по наследству, меньше, чем размер заявленных расходов, или превышает их в незначительной сумме, это является основанием для уменьшения размера возмещения<sup>10</sup>.

По содержанию ст. 1232 ГК Украины, лицом, **уполномоченным** требовать от наследников возмещения определенных в ней расходов, может быть как один из наследников, так и третье лицо. Обратим внимание на то, что в законодательстве закреплена ряд

---

<sup>9</sup> Рішення апеляційного суду Миколаївської області від 8 липня 2013 р. – Справа № 784/2740/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33609678>

<sup>10</sup> Рішення апеляційного суду Донецької області від 22 травня 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33457354>; рішення апеляційного суду Харківської області від 16 жовтня 2013 р. – Справа № 2036/5358/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34218219>

норм, устанавливающих обязанность указанных в них лиц или органов понести расходы по уходу, содержанию, лечению и погребению других лиц. Так, по договору пожизненного содержания (ухода) (ст. 744 ГК Украины) приобретатель обязуется обеспечить отчуждателя содержанием и (или) уходом пожизненно. Ч. 3 ст. 749 ГК Украины возлагает на приобретателя по договору пожизненного содержания обязанность похоронить отчуждателя с отнесением затрат на него или распределением их между ним и наследниками отчуждателя, в случае наследования ими части его имущества. Согласно абз. 1 ч. 1 ст. 1201 ГК Украины лицо, причинившее вред смертью потерпевшего, обязано возместить лицу, осуществившему необходимые расходы на погребение и сооружение надгробного памятника, эти расходы. Родители обязаны осуществлять воспитание детей (ст. 150 СК Украины), содержать их до достижения ими совершеннолетия (ст. 180 СК Украины), а в некоторых случаях – и совершеннолетних сына, дочь (ст. 198, 199 СК Украины). В свою очередь совершеннолетние сын, дочь обязаны проявлять заботу о родителях, оказывать им помощь (ч. 1 ст. 172 СК Украины), содержать нетрудоспособных родителей, нуждающихся в материальной помощи (ч. 1 ст. 202 СК Украины). Обязанности по воспитанию и содержанию могут полагаться на других членов семьи и родственников (ст. ст. 257-274 СК Украины), опекунов, попечителей, учреждения, выполняющие их функции (ст. ст. 67, 69 ГК Украины, ст. ст. 245, 247-249 СК Украины).

В соответствии с Законом Украины «Об общеобязательном государственном социальном страховании от несчастного случая на производстве и профессионального заболевания, повлекших утрату трудоспособности» от 23 сентября 1999 г. в случае смерти потерпевшего члены его семьи имеют право на получение от Фонда социального страхования от несчастных случаев услуг, связанных с погребением умершего (ч. 2 ст. 43). Ч. 1 ст. 13 Закона Украины «О погребении и похоронном деле» от 10 июля 2003 г. предусматривает, что исполнителю волеизъявления умершего или лицу, которое обязалось похоронить умершего, предоставляется пособие на погребение. Выплата такого пособия предусматривается также п. 5 ч. 1 ст. 34, ст. ст. 45, 46 Закона Украины «Об общеобязательном государственном социальном страховании в связи с временной потерей трудоспособности и расходами, обусловленными рождением и погребением» от 18 января 2001 г.

Таким образом, у субъектов, несущих расходы по содержанию, уходу, лечению и погребению наследодателя, источником возникновения соответствующего обязательства может быть указание закона или положения договора. **В подобных случаях, исходя из того, что законодательство обязывает таких лиц осуществить действия по содержанию, уходу, лечению и погребению наследодателя за счет собственных средств, или устанавливает компенсацию этих расходов за счет специальных фондов, считаем, что они не должны наделяться правом требовать от наследников возмещения понесенных расходов.** Если законодательством предусмотрена частичная компенсация указанных расходов, соответствующая сумма подлежит обязательному вычету из общей суммы требований, заявляемых к наследникам.

Вместе с тем в судебной практике существование указанных обязанностей учитывается не всегда. Так, в судебном заседании было установлено, что истица действительно понесла материальные расходы по погребению наследодателя и на изготовление памятника, в связи с чем иск был удовлетворен<sup>11</sup>. При этом судом был оставлен без оценки тот факт, что истица является стороной (приобретателем) по договору пожизненного содержания, который был заключен с умершим. Вследствие этого суд ошибочно не применил ч. 3 ст. 749 ГК Украины, которая устанавливает обязанность приобретателя по погребению отчуждателя, не установил, была ли унаследована часть имущества умершего, и существуют ли, соответственно, основания для распределения расходов на погребение между наследником отчуждателя и приобретателем по договору пожизненного содержания.

Неоднородна и судебная практика по поводу исчисления размера заявленных требований в случаях начисления сумм государственной помощи на погребение. В большинстве решений отмечается, что сумма государственной помощи подлежит вычету из общей суммы расходов, понесенных истцом<sup>12</sup>. Аналогичная практика сложилась

---

<sup>11</sup> Рішення апеляційного суду Дніпропетровської області від 12 жовтня 2011 р. – Справа № 22-ц-8602/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18944614>

<sup>12</sup> Рішення апеляційного суду Миколаївської області від 22 серпня 2013 р. – Справа № 784/3552/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/>

и в отношении сумм материальной помощи, выделенных на погребение из других источников, например, за счет средств, выплаченных профсоюзами<sup>13</sup>. Если размер государственной помощи равен размеру расходов, понесенных на погребение наследодателя, или превышает их, суд имеет все основания для отказа в удовлетворении иска<sup>14</sup>. Вместе с тем большое количество решений принимается судами без проверки того факта, начислялось ли государственное пособие или иная материальная помощь на погребение<sup>15</sup>.

Из содержания ст. 1232 ГК Украины следует, что обязанность по возмещению расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя возлагается **на всех наследников**. Поэтому данные расходы подлежат распределению между всеми наследниками, принявшими наследство, и удовлетворение в судебном порядке требования к одному или к нескольким из наследников возможно только в соответствующей доле. Например, при наличии заявленных

---

33156507; рішення апеляційного суду Дніпропетровської області від 23 квітня 2012 р. – Справа № 2-4113/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23741634>; рішення апеляційного суду Миколаївської області від 8 липня 2013 р. – Справа № 784/2740/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33609678>; рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 21 лютого 2013 р. – Справа № 2609/127775/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29584136>

<sup>13</sup> Рішення апеляційного суду Донецької області від 22 травня 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33457354>

<sup>14</sup> Рішення апеляційного суду Хмельницької області від 26 жовтня 2006 р. – Справа № 22-ц-1616 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/376012>

<sup>15</sup> Рішення апеляційного суду Запорізької області від 21 грудня 2010 р. – Справа № 22-6526/2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13048752>; рішення апеляційного суду Донецької області від 8 травня 2009 р. – Справа № 22-488/2009 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9971412>; рішення Коломийського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 4 лютого 2014 р. – Справа № 346/3450/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37100220>



расходов в сумме 25,508 грн. 96 коп. и семи наследников по закону иск был заявлен к трем из них в сумме 11,799 грн. 74 коп.<sup>16</sup>, то есть пропорционально размеру наследственных долей каждого из них. Если бы истец одновременно был бы наследником умершего, сумма расходов подлежала бы разделу не на семь, на восемь частей.

Предъявление требований без соблюдения принципа пропорциональности их удовлетворения наследниками является основанием для уменьшения их размера. Так, суд отметил, что «обращаясь... о взыскании ½ части расходов на погребение, истцом не обосновано и не подтверждено, почему при наличии трех наследников первой очереди ... именно на ответчика должно быть возложена обязанность возместить ½ часть расходов на погребение<sup>17</sup>.

В случае, если расходы, указанные в ст. 1232 ГК Украины, понесли и истец, и ответчик, возмещена может быть только разница, на которую расходы истца превышают расходы ответчика, с учетом размера наследственных долей<sup>18</sup>.

Обязательным условием возникновения обязанности в контексте ст. 1232 является приобретение обязанным лицом правового статуса наследника, т.е. принятие им наследства. Требования, обращенные к лицам, срок принятия наследства для которых еще не истек или которые пропустили срок для принятия наследства, удовлетворению не подлежат. Например, отменяя решение местного суда об удовлетворении иска о возмещении расходов на погребение и принимая решение об отказе в удовлетворении исковых требований, апелляционный суд обоснованно отметил, что обращение в суд с иском к ответчице, которая не приняла наследство в пределах срока, установленного ст. 1270 ГК, «преждевременно, поскольку данные исковые требования могут быть предъявлены только после

---

<sup>16</sup> Рішення апеляційного суду Вінницької області від 10 червня 2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9829057>

<sup>17</sup> Рішення Баришівського районного суду Київської області від 19 лютого 2014 р. – Справа № 355/2133/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37272161>

<sup>18</sup> Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 21 лютого 2013 р. – Справа № 2609/127775/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29584136>



возобновления ответчице срока подачи заявления о принятии наследства, обращения последней в нотариальную контору с соответствующим заявлением и его принятия»<sup>19</sup>.

В судебной практике встречаются также дела, в которых ответчиками выступают не наследники умершего, а наследники данных наследников. При рассмотрении такого спора местным судом вопрос о переходе по наследству не выполненной наследодателем обязанности по возмещению расходов на погребение был бесспорно решен в пользу такого перехода. Позиция суда первой инстанции была поддержана апелляционным и кассационным судом<sup>20</sup>. Таким образом, допустив переход невыполненных умершим обязанностей по ст. 1232 ГК Украины по наследству, суд не признал присущности им личного характера, фактически приравняв их к числу обычных денежных обязательств. Данный вывод может быть дополнительным аргументом в пользу вывода о включении указанных в анализируемой статье расходов (обязанностей) в состав наследства, ведь в противном случае ни о каком переходе обязанностей, возлагаемых на наследников вне стоимости наследственной массы, речь идти не может.

Основным при определении размера расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя является их **разумность**, предусматривающая обусловленность этих расходов именно целесообразностью, необходимостью совершения наследниками или третьим лицом определенных действий относительно наследодателя при его жизни или после смерти.

Чаще всего предметом судебного разбирательства по ст. 1232 ГК Украины становятся дела о возмещении расходов на погребение наследодателя. К их числу относятся расходы на ритуальные услуги и обряды, в том числе услуги по организации похорон, услуги священника, аренда зала прощания, копание могилы, перевозки катафалка, вынес тела, услуги кремации, санитарные услуги морга,

---

<sup>19</sup> Рішення апеляційного суду Полтавської області від 25 липня 2013 р. – Справа № 539/1271/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32626953>

<sup>20</sup> Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 листопада 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35692754>

стоимость ритуального набора, гроба с отделкой, одежды и обуви для умершего, венков, покрывала, подушки, свечей и т.д. В случаях колебаний по поводу того, существовала ли необходимость в приобретении некоторых из указанных вещей (одежды для умершего), учитывая наличие подобных вещей в составе имущества умершего, суды исходят из процессуального принципа презумпции вины ответчика, который должен предоставить достаточные доказательства в подтверждение своих возражений<sup>21</sup>.

Достаточно острые споры возникают по поводу отнесения к расходам на погребение сумм средств, израсходованных на установление надгробных сооружений (надгробия или памятника) и поминальные обеды, проведенные после захоронения и на девятый и сороковой день после смерти. В основу решения этого вопроса возлагается определение понятия «погребение», сформулированное в пункте 17 ч. 1 ст. 2 Закона Украины «О погребении и похоронном деле». Согласно данной нормы, погребение – это комплекс мероприятий и обрядовых действий, которые осуществляются с момента смерти человека до помещения гроба с телом или урны с прахом в могилу или колумбарную нишу, обустройство и содержание мест захоронения в соответствии с обычаями и традициями, не противоречащими законодательству. Словосочетание «комплекс мероприятий и обрядовых действий» толкуется судами как организация погребения и проведение в связи с этим мероприятий ритуального характера согласно местным условиям<sup>22</sup>.

Таким образом, к числу мероприятий и действий, связанных с погребением, по закону относятся не только действия по непосредственному помещению тела в могилу, но и обустройство и содержание мест захоронения, то есть действия, которые могут осуществляться в течение длительного времени после прощания с умершим. Несоответствие между общим пониманием захоронения как процедуры, завершаемой захоронением тела умершего, и нормами закона, по непонятным причинам включающим в нее

---

<sup>21</sup> Рішення апеляційного суду Сумської області від 30 березня 2011 р. – Справа № 22-ц-613/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16024838>

<sup>22</sup> Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 21 лютого 2013 р. – Справа № 2609/127775/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29584136>

также обустройство и уход за могилой, породила разнородную судебную практику по этому вопросу. Решения, которыми требования по возмещению затрат на установку надгробных сооружений и их обустройство удовлетворялись<sup>23</sup>, обоснованы ссылкой на вышеупомянутую норму Закона «О погребении и похоронном деле». В решениях, которыми в удовлетворении подобных исков отказывалось, суды исходили из неразумности таких расходов, вызванной несогласием установки памятника с истцом, который, как и ответчик, является наследником умершего, высокой стоимостью таких расходов по сравнению со стоимостью наследственной доли истца, уровнем его материального обеспечения<sup>24</sup>, или из того, что к расходам на погребение в контексте ст. 1232 ГК Украины расходы на изготовление памятника<sup>25</sup> или укладку тротуарной плитки<sup>26</sup> не относятся. На наш взгляд, последнее обоснование юридически уязвимо, поскольку явно не согласуется с требованиями Закона «О погребении и похоронном деле». Следовательно, единственным законным способом отклонения иска о возложении на наследников обязательства по возмещению соответствующих расходов является

---

<sup>23</sup> Рішення апеляційного суду Донецької області від 8 травня 2009 р. – Справа № 22-488/2009 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9971412>; рішення Ленінського районного суду м. Донецька від 26 грудня 2013 р. – Справа № 2/260/2119/2013 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36714138>; рішення апеляційного суду Миколаївської області від 22 серпня 2013 р. – Справа № 784/2884/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33156507>

<sup>24</sup> Рішення апеляційного суду Харківської області від 16 жовтня 2013 р. – Справа № 2036/5358/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34218219>

<sup>25</sup> Рішення апеляційного суду Хмельницької області від 26 жовтня 2006 р. – Справа № 22-ц-1616 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/376012>

<sup>26</sup> Рішення апеляційного суду Черкаської області від 26 жовтня 2012 р. – Справа № 22-ц/2390/2700/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27704081>; рішення апеляційного суду Донецької області від 22 травня 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33457354>

доказывание их неразумности.

Средства, потраченные на проведение поминальных обедов, по законодательству не относятся к расходам на погребение наследодателя, поэтому правовых оснований для удовлетворения соответствующих требований не существует. Такая же тенденция наблюдается и в судебной практике. В подавляющем большинстве решений отмечается, что поскольку в число расходов на погребение можно отнести те, которые осуществляются с момента смерти человека до помещения гроба с телом в могилу, расходы на организацию поминальных обедов не могут быть отнесены к расходам на погребение<sup>27</sup>; проведение соответствующих мероприятий является «личной добровольной инициативой и принудительно не могут быть возмещены за счет наследников», даже если эти меры и являются обычными для данной местности<sup>28</sup>.

Из содержания отдельных решений, которыми требования о возмещении расходов на проведение поминальных обедов удовлетворялись<sup>29</sup>, не наблюдается, какими аргументами руководствовался

---

<sup>27</sup> Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20 листопада 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35692754>; рішення апеляційного суду Запорізької області від 18 грудня 2013 р. – Справа № 22-ц/778/5920/2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36439085>; рішення апеляційного суду Полтавської області від 25 липня 2013 р. – Справа № 539/1271/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32626953>; рішення апеляційного суду Черкаської області від 26 жовтня 2012 р. – Справа № 22-ц/2390/2700/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27704081>; рішення Оболонського районного суду м. Києва від 5 грудня 2013 р. – Справа № 756/13039/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36007666>

<sup>28</sup> Рішення апеляційного суду Миколаївської області від 8 липня 2013 р. – Справа № 784/2740/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33609678>

<sup>29</sup> Рішення апеляційного суду Запорізької області від 6 червня 2011 р. – Справа № 22-ц-3032/2011 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16308673>

суд в процессе формирования правовой позиции.

Некоторые суды при толковании понятия «разумность расходов» берут за основу уровень материальных активов и социальный статус умершего, что, по мнению суда, опровергает ссылки апелланта по поводу чрезмерной стоимости процедуры захоронения. При этом суд уточнил, что возмещение по ст. 1232 ГК Украины осуществляется независимо от материального положения ответчика и стоимости наследственной доли<sup>30</sup>. Принятие такой позиции, в основу которой по сути положены допущенные интересы умершего физического лица, может привести к принятию решений, в которых стоимость возмещения намного превышает стоимость унаследованного имущества.

Реализация субъективного права на возмещение расходов по ст. 1232 ГК Украины находится в прямой зависимости от убедительности доказательств, которые способен предоставить истец. Изучение судебной практики свидетельствует о том, что чаще всего истец может доказать факт несения расходов именно на погребение наследодателя, что подтверждается товарными чеками, свидетельством на погребение, оформленным на имя истца<sup>31</sup> и т.д.

Доказывание расходов, обусловленных содержанием, уходом и лечением наследодателя, сопряжено с более существенными проблемами, вызванными тем, что такие расходы имели место еще до смерти наследодателя; сложностью доказывания нужности таких расходов для обеспечения наследодателя, которого уже нет в живых; трудностями при исчислении их размера, ведь эти расходы могли нести и другие лица, в том числе наследники, члены семьи<sup>32</sup>, сам наследодатель<sup>33</sup>. Кроме того, достаточно редко у истца сохраняются

---

<sup>30</sup> Рішення апеляційного суду Донецької області від 22 травня 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33457354>

<sup>31</sup> Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 19 квітня 2012 р. – Справа № 2-233/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24035720>

<sup>32</sup> Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 21 лютого 2013 р. – Справа № 2609/127775/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29584136>

<sup>33</sup> Рішення апеляційного суду Вінницької області від 10 червня 2010 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс].

документы, подтверждающие факт платежа и его назначение<sup>34</sup>. В одном из решений суд, отказывая в удовлетворении иска, сослался на то, что товарные чеки, квитанции и другие расчетные документы были выданы на имя умершего, а не на имя истцов<sup>35</sup>, что является стабильной практикой при покупке лекарств, оплате услуг лечебных учреждений, сиделки и т.д. Доказать, что соответствующие средства были переданы умершему, наследникам фактически невозможно. Не менее показательным то, что основанием для непризнания предъявленных чеков как надлежащих и допустимых доказательств, и как следствие, – для отказа в иске, может быть отсутствие в чеках «данных, которые бы дали основания утверждать, что покупателем указанного в них товара был именно истец»<sup>36</sup>.

Исследование особенностей правового регулирования обязанностей наследников возместить затраты на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя дает основания сформулировать следующие выводы:

- 1) несмотря на то, что обязанности, регулируемые ст. 1232 ГК Украины, не принадлежали самому наследодателю, и поэтому возникают у наследников вне порядка гражданского правопреемства, их тем не менее целесообразно относить к составу наследства, что влечет распространение на них норм наследственного законодательства, в частности, ч. 1 ст. 1282 ГК Украины относительно ограничения ответственности наследников стоимостью наследственного имущества; ст. 1268-1270 ГК Украины, связывающих приобретение наследником прав и обязанностей наследодателя с принятием наследства и не позволяющих предъявлять

---

– Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9829057>

<sup>34</sup> Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 28 травня 2012 р. – Справа № 2/2608/4041/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24035720>

<sup>35</sup> Рішення апеляційного суду Запорізької області від 18 грудня 2013 р. – Справа № 22-ц/778/5920/2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36439085>

<sup>36</sup> Рішення Баришівського районного суду Київської області від 19 лютого 2014 р. – Справа № 355/2133/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37272161>



к нему требования до окончания срока для принятия наследства; ч. 3 ст. 1298 ГК Украины, предоставляющей нотариусу право до истечения срока на принятие наследства выдать наследнику разрешение на получение части вклада наследодателя в банке (финансовом учреждении), если это вызвано обстоятельствами, имеющими существенное значение (одним из наиболее распространенных таких обстоятельствах является возмещение расходов, понесенных в связи с погребением наследодателя). Такое же толкование в целом наблюдается и в судебных решениях.

Позицию ГК Украины, который, с одной стороны, не воспроизвел нормы ГК УССР о возмещении наследниками расходов в пределах действительной стоимости наследственного имущества, а с другой – возложил исполнение соответствующих обязанностей на наследников, следует назвать непоследовательной. Наделение определенными обязанностями наследников, а не других лиц (членов семьи, родственников умершего) неразрывно связано и обусловлено предоставлением им правового статуса наследников, неотъемлемой частью которого и становятся такие обязанности. Поэтому невозможно одновременное сосуществование обязанностей наследников возместить расходы, указанные в ст. 1232 ГК Украины, и не вхождение последних в состав наследства (наследственного пассива);

- 2) у субъектов, которые могут понести расходы на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя, источником возникновения соответствующего обязательства может быть указание закона или положения договора. В подобных случаях, исходя из того, что законодательство обязывает таких лиц осуществить действия по содержанию, уходу, лечению и погребению наследодателя за собственные средства, или устанавливает компенсацию этих расходов за счет специальных фондов, считаем, что они не должны наделяться правом требовать от наследников возмещения понесенных расходов. Если законодательством предусмотрена частичная компенсация указанных расходов,



- соответствующая сумма подлежит обязательному вычету из общей суммы требований, заявляемых к наследникам;
- 3) обязанность по возмещению расходов по ст. 1232 ГК Украины возлагается на всех наследников. Поэтому данные расходы подлежат распределению между всеми наследниками, принявшими наследство, и удовлетворение в судебном порядке требования к одному или к нескольким из наследников возможно только в соответствующей части. Предъявление требований без соблюдения принципа пропорциональности их удовлетворения наследниками являются основанием для уменьшения их размера;
  - 4) при определении размера расходов на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя субъекты правоприменения должны руководствоваться принципом разумности. Последний предусматривает обусловленность этих расходов именно целесообразностью, необходимостью совершения наследниками или третьим лицом определенных действий относительно наследодателя при его жизни или после смерти. Обобщение судебной практики позволяет утверждать о ее неоднородности в вопросе отнесения либо не отнесения одних и тех же расходов в состав обязанностей наследников по ст. 1232 ГК Украины.

### **Аннотация**

обязанности наследников по возмещению затрат на содержание, уход, лечение и погребение наследодателя, указанные в ст. 1232 Гражданского кодекса (ГК) Украины 2003 г., не принадлежали самому наследодателю, а потому не являются объектом наследственного преемства. Вместе с тем данные обязанности целесообразно относить к составу наследства, что влечет распространение на них норм наследственного законодательства, в частности, ч. 1 ст. 1282 (ГК) Украины относительно ограничения ответственности наследников стоимостью наследственного имущества.

Наделение определенными обязанностями наследников, а не других лиц (членов семьи, родственников умершего) неразрывно

связано и обусловлено предоставлением им правового статуса наследников, неотъемлемой частью которого и становятся такие обязанности. Поэтому невозможно одновременное сосуществование обязанностей наследников возмещать расходы, предусмотренные в ст. 1232 ГК Украины, и не вхождение последних в состав наследства (наследственного пассива).

ключові слова: спадкоємність, спадкування, Обов'язки спадкоємців, помер, успадкований борг.

### **Abstract**

Duties of heirs on the compensation of expenses on the maintenance, care, treatment and burial of the deceased, indicated in an item 1232 of the Civil code of Ukraine 2003, did not belong to the deceased personally, and that is why are not the object of inherited succession. At the same time these duties are expediently attributed to composition of inheritance, that draws distribution on them norms of the inherited legislation, in particular, part 1 of item 1282 of the Civil code of Ukraine in relation to limitation of responsibility of heirs by the cost of the inherited property. Providing with the certain duties of heirs, but not other persons (family members or relatives of the deceased), is indissolubly constrained and contingently a grant to them legal status of heirs, by inalienable part of that and such duties become. The simultaneous coexistence of duties of heirs to compensate the charges, envisaged in an item 1232 of the Civil code of Ukraine, and not including last in the complement of inheritance (inherited passive), is therefore impossible.

Keywords: succession, inheritance, heirs' obligations, deceased, inherited passive.

Marcin Rosegnal<sup>1</sup>

## Planistyczne problemy lokalizacji cmentarza

Problematyka lokalizacji cmentarza, mimo że dotyczy zjawiska kresu życia człowieka, a więc powinna być przedmiotem zainteresowania ogółu społeczeństwa, kojarzy się głównie z krzykliwymi nagłówkami prasy<sup>2</sup> lub wiadomości telewizyjnych, pokazujących negatywne zjawiska związane z planowaną lokalizacją lub funkcjonującym już cmentarzem. Na ogół tematyka lokalizacji, rozbudowy cmentarza podejmowana jest w sytuacji, gdy dotychczasowa nekropolia jest już przepełniona, a na pochówki przeznaczają się tereny rezerwowane na przejścia, tereny zielone albo na budowę domu przedpogrzebowego. Cmentarz w sensie prawno-administracyjnym jest wyraźnie wyodrębnionym, oznaczonym, zdeterminowanym terenem, przeznaczonym do grzebania zmarłych. Jest więc specyficzną strukturą przestrzenną, wymagającą dla prawidłowej realizacji swej funkcji zapewnienia przemyślanej, określonej przestrzeni. Cmentarze od czasów prehistorycznych do czasów współczesnych posiadały różne, odmienne kształty przestrzenne i formy stylowe. Ich założenie, kształt, kompozycja zależne były od epoki, kręgu kulturowego, religijnego, klimatu oraz warunków lokalizacyjnych i terenowych. Jak wskazuje K. Łakomy<sup>3</sup>, niezależnie od uwarunkowań przyczyniających się do powstania nekropolii, niezmiennie związane były one z kultem, różnorodną symboliką, stanowiąc strefę

---

<sup>1</sup> Mgr, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Przemyśl–Rzeszów.

<sup>2</sup> *Nowy cmentarz pod wodą. Zła lokalizacja?*, [http://szczecin.gazeta.pl/szczecin/1,34959,10915828,Nowy\\_cmentarz\\_pod\\_woda\\_\\_Zla\\_lokalizacja\\_\\_\\_ZDJECIA\\_.html](http://szczecin.gazeta.pl/szczecin/1,34959,10915828,Nowy_cmentarz_pod_woda__Zla_lokalizacja___ZDJECIA_.html); *Cmentarz grozi skażeniem?*, <http://www.toiowo.eu/index.php/808-aktualnosci/2013/3634-cmentarz-grozi-skazeniem>; *Tutaj jest bagno. To nieodpowiednie miejsce na cmentarz*, <http://www.wizjalokalna.pl/article.php?id=1661>; *Wojna na całego w Palikówce. Cmentarza na prywatnych działkach nie będzie!*, <http://www.nowiny24.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20120320/WEEKEND/120309680>

<sup>3</sup> K. Łakomy, „Ogrody pamięci” w sztuce ogrodowej i architekturze krajobrazu, „Architektura. Czasopismo Techniczne” 2012, nr 7, s. 8.

*sacrum* wyodrębnioną z otaczającej przestrzeni. Konieczność zapewnienia określonego obszaru, fragmentu przestrzeni ziemskiej, potrzebnej do wypełnienia obowiązku pogrzebania zwłok, wiąże się z sporządzeniem właściwych instrumentów planistycznych gminy.

Podstawowe znaczenie dla lokalizacji cmentarzy ma dość archaiczna ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>4</sup>, uzupełniana przepisami ustawy z 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych<sup>5</sup> oraz aktami wykonawczymi tj. rozporządzeniem Ministra Gospodarki Komunalnej z 25 sierpnia 1959 r. w sprawie określenia, jakie tereny pod względem sanitarnym są odpowiednie na cmentarze<sup>6</sup> i rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 7 marca 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków<sup>7</sup>. Zgodnie z art. 3 ustawy o cmentarzach, cmentarze (komunalne i wyznaniowe<sup>8</sup>) zakłada się i rozszerza na terenach określonych w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego. Literalna wykładania przywołanego przepisu wskazuje, że podstawą lokalizacji cmentarza może być jedynie miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. Dość oczywista i jednoznaczna regulacja, nastroczała jednak szereg problemów i wątpliwości, w szczególności pod kątem możliwości założenia cmentarza na podstawie decyzji o ustaleniu inwestycji celu publicznego w przypadku braku planu miejscowego. Trzeba wspomnieć, że mimo, iż plan miejscowy jest podstawowym i najsilniejszym instrumentem prawnym kształtowania przestrzeni<sup>9</sup>,

---

<sup>4</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.), dalej: ustawa o cmentarzach.

<sup>5</sup> Ustawa z 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych (Dz. U. Nr 39, poz. 311 ze zm.).

<sup>6</sup> Rozporządzenie Ministra Gospodarki Komunalnej z 25 sierpnia 1959 r. w sprawie określenia, jakie tereny pod względem sanitarnym są odpowiednie na cmentarze (Dz. U. Nr 52, poz. 315).

<sup>7</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 7 marca 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków (Dz. U. Nr 48, poz. 284).

<sup>8</sup> Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o cmentarzach właściwe władze kościelne decydują o założeniu lub rozszerzeniu cmentarza wyznaniowego, które może nastąpić na terenie przeznaczonym na ten cel w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, po uzyskaniu zgody właściwego inspektora sanitarnego.

<sup>9</sup> J. Człowiekowska, *Ład przestrzenny jako cel i zasada działania organów administracji publicznej w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, w: J. Zimmermann (red.), *Przestrzeń w prawie administracyjnym*, Warszawa 2013, s. 336.

to jego sporządzenie w obecnym porządku prawnym jest fakultatywne<sup>10</sup>, poza nielicznymi przypadkami, gdy przepisy odrębne wprowadzają obowiązek sporządzenia planu miejscowego dla określonej kategorii terenów. W literaturze<sup>11</sup> można spotkać pogląd, iż do przepisów odrębnych wprowadzających obowiązek sporządzenia planu miejscowego należy zaliczyć art. 3 ustawy o cmentarzach. Wydaje się, że powyższy pogląd nie jest uprawniony. Przepisy odrębne, wprowadzające obowiązek sporządzenia planu miejscowego, dotyczą obszarów o szczególnym reżimie prawnym np. parku kulturowego, obszaru Pomnika Zagłady i jego strefy ochronnej, obszaru planu generalnego lotniska, użytku publicznego itp. Przepisy te odnoszą się więc do obowiązku sporządzenia planu miejscowego dla określonego terenu, stanowiącego przedmiot szczególnej reglamentacji administracyjnoprawnej, a nie dla określonego rodzaju inwestycji<sup>12</sup>. Zauważyć należy, że obowiązek sporządzenia planu miejscowego wynika bezpośrednio z ustawy i jest wyartykułowane przez ustawodawcę wprost, poprzez podkreślenie i jednoznaczne nałożenie na gminę obowiązku sporządzenia planu. Ustawa o cmentarzach nie zawiera obowiązku sporządzenia i uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego<sup>13</sup>. Rozstrzyga jedynie o formie, na podstawie której może nastąpić lokalizacja cmentarza.

Wracając do zasadniczego wątku rozważań, należy się zastanowić czy w przypadku braku planu miejscowego, przewidującego lokalizację cmentarza, możliwe jest założenie cmentarza w drodze decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Powyższa kwestia była przedmiotem rozbieżności<sup>14</sup>, zarówno w praktyce organów administracyjnych, jak i orzecznictwie.

---

<sup>10</sup> K. Dziedzic-Bukowska w: P. Sosnowski, K. Buczyński, J. Dziedzic-Bukowska, J. Jaworski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 143; T. Bąkowski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Kraków 2004; T. Brzezicki, A. Brzezicka-Rawa, w: W. Sz wajdler (red.), *Aspekty prawne planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2013, s. 50.

<sup>11</sup> A. Plucińska-Filipowicz, A. Kosicki w: A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 144.

<sup>12</sup> T. Brzezicki, I. Fisz, *Lokalizacja cmentarza, „Nieruchomości”* 2014, nr 4, <http://czasopisma.beck.pl/nieruchomosci/artukul/lokalizacja-cmentarza>

<sup>13</sup> Wyrok WSA w Szczecinie z 24 marca 2011 r. (II SA/Sz 20/11), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

<sup>14</sup> M.J. Nowak, *Plan miejscowy dla cmentarza*, <http://www.wspolnota.org.pl/aktualnosc/aktualnosc/plan-miejscowy-dla-cmentarza>

W wyroku z 2 grudnia 2009 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim<sup>15</sup> stwierdził, że dla założenia i rozszerzenia cmentarza w sytuacji braku planu, należy stosować przepis ogólny, jakim jest art. 50 ust. 1 ustawy z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>16</sup>, zgodnie z którym, inwestycja celu publicznego jest lokalizowana na podstawie planu zagospodarowania przestrzennego, a w przypadku jego braku, w drodze decyzji o ustaleniu lokalizacji celu publicznego. Identyczne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie w wyroku z 24 marca 2011 r.<sup>17</sup> Jednakże powyższy kierunek orzecznictwa nie został podtrzymany przez Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z 11 października 2011 r. stwierdził, że kwestię lokalizacji cmentarza należy regulować poprzez miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, wyznaczający odpowiedni teren pod cmentarz. Brak planu z postanowieniami dotyczącymi lokalizacji cmentarza nie skutkuje w tym przypadku możliwością wydania decyzji o lokalizacji celu publicznego. Chcąc zatem założyć cmentarz gmina musi uchwalić miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego i określić w nim tereny przeznaczone na cmentarz<sup>18</sup>. Brak prawa miejscowego w postaci planu zagospodarowania przestrzennego powoduje, że lokalizacja inwestycji celu publicznego, jaką jest cmentarz, nie jest możliwa, a wydanie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego jest niedopuszczalne i bezprzedmiotowe. Należy w pełni zgodzić się z stanowiskiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy<sup>19</sup>, który stwierdził, że nie da się pogodzić twierdzenia, iż założenie lub poszerzenie cmentarza, w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, możliwe jest w drodze decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego<sup>20</sup>, z *ratio legis*

---

<sup>15</sup> Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 2 grudnia 2009 r. (II SA/Go 805/09), LEX nr 1266956.

<sup>16</sup> Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 199), dalej: u.p.z.p.

<sup>17</sup> Wyrok WSA w Szczecinie z 24 marca 2011 r. (II SA/Sz 20/11), LEX nr 1022070. Podobnie wyrok WSA w Łodzi z 14 grudnia 2011 r. (II SA/Łd 832/11), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

<sup>18</sup> Identyczne stanowisko zajął WSA w Szczecinie z 1 lutego 2012 r. (II SA/Sz 1328/11), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

<sup>19</sup> Wyrok WSA w Bydgoszczy z 3 kwietnia 2013 r. (II SA/Bd 1119/12), LEX nr 1310513.

<sup>20</sup> W literaturze pojawiają się głosy postulujące, aby lokalizacja inwestycji celu publicznego była ustalana jedynie w planie miejscowym. Tak np. M. Zakrzewska,

art. 3 ustawy o cmentarzach. Przyjęcie stanowiska podważającego konieczność sporządzenia planu miejscowego pod lokalizację cmentarza, czyniłoby regulację powyższego przepisu zbędną, a to stałoby w oczywistej sprzeczności z zasadą racjonalności ustawodawcy oraz zasadą, że system prawny jest logiczny, spójny i zupełny.

Kończąc wątek warto przywołać pogląd W.M. Hrynickiego<sup>21</sup>, zgodnie z którym zaproponowane przez ustawodawcę rozwiązanie normatywne w zakresie lokalizacji cmentarza nie budzi kontrowersji i wydaje się być słuszną konstrukcją, chociażby z uwagi na doniosłość przeznaczenia gruntu na ten cel publiczny i racjonalne gospodarowanie przestrzenią. Ponadto, zdaniem J. Wilka<sup>22</sup>, ustalenia, że norma zawarta w art. 3 ustawy o cmentarzach nakazuje, aby lokalizacja cmentarza następowała wyłącznie na terenie przeznaczonym na ten cel w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, potwierdza także wykładnia historyczna. Do 31 grudnia 1998 r. ustawa o cmentarzach stanowiła, że cmentarze zakłada się i rozszerza na terenach wyznaczonych w oparciu o plany zagospodarowania przestrzennego, a w braku takich planów – w oparciu o wytyczne do tych planów. W wyniku nowelizacji ustawy nie ma już możliwości opierania się na wytycznych do planów, ale jednocześnie nie przewidziano, by w braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego opierać się na decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Od 1 stycznia 1999 r. nie przewiduje się możliwości działania (polegającego na zakładaniu lub rozszerzaniu cmentarzy) „w braku takich planów”.

Jak już wykazano powyżej, brak obowiązującego planu miejscowego powoduje, że założenie lub rozszerzenie cmentarza komunalnego czy też wyznaniowego nie jest możliwe. O potrzebie lokalizacji cmentarza, jego umiejscowienia w przestrzeni gminy, winien decydować organ stanowiący gminy, podejmując uchwałę w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a nie organ wykonawczy gminy w formie decyzji administracyjnej. Dlatego też organy gminy, widząc zasadność i potrzebę założenia cmentarza, powinny niezwłocznie wszcząć

---

*Ochrona środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2010, s. 45.

<sup>21</sup> W.M. Hrynicki, *Zakładanie, rozszerzanie i utrzymywanie cmentarzy – przyczynek do dyskusji na temat prywatyzacji oraz obowiązku istnienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, „Administracja. Teoria–Dydaktyka–Praktyka” 2013, nr 4, s. 50–52.

<sup>22</sup> J. Wilk, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2011 r., II OSK 1390/11, LEX/el. 2012.*



procedurę planistyczną, celem zagwarantowania niezbędnej przestrzeni dla lokalizacji cmentarza. Pamiętać należy, że postępowanie planistyczne jest procedurą sformalizowaną, wieloetapową oraz czasochłonną, wymagającą zachowania określonej sekwencji czynności.

Z uwagi na brzmienie przepisu art. 20 ust. 1 u.p.z.p., z którego wynika obowiązek zachowania zgodności planu miejscowego z ustaleniami studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, zasadnym jest, aby zwrócić uwagę na konieczność zabezpieczenia określonej przestrzeni pod lokalizację cmentarza już na etapie sporządzania (lub zmiany) studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy. Mimo, iż art. 3 ustawy o cmentarzach kładzie akcent na plan miejscowy, to biorąc pod uwagę relację pomiędzy studium gminy a planem miejscowym, oczywistym staje się, że odpowiednia rezerwa terenu musi być zagwarantowana już na etapie formułowania kierunków zagospodarowania poszczególnych obszarów. Jak podnosi Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku<sup>23</sup> z 12 czerwca 2014 r. „zgodność między treścią studium, a treścią planu miejscowego winno się postrzegać jako kontynuację identyczności zasad zagospodarowania terenu ustalanych ogólnie w studium i podlegających sprecyzowaniu w planie miejscowym. Plan miejscowy ma jedynie doprecyzować te zasady i to w taki sposób, aby nie doprowadzić do ich zmiany lub modyfikacji. Chodzi o to, aby granice poszczególnych terenów określone w studium i później przyjęte w planie zagospodarowania przestrzennego, miały być jak najbardziej ze sobą zbieżne”. Przeznaczenie terenu na cmentarz w studium determinuje bowiem przeznaczenie tego terenu na ten sam cel w planie<sup>24</sup>.

Zgodnie z judykaturą, miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego może ustalać przeznaczenie terenów i wprowadzać ograniczenia w wykonywaniu prawa własności, w tym i najdalej idący, zakaz zabudowy, jedynie w odniesieniu do terenów nim objętych tzn. znajdujących się w granicach jego opracowania. Plan miejscowy, ustanawiający przepisy gminne nie może wprowadzać ograniczeń w wykonywaniu prawa własności na działkach położonych poza granicami określonymi w planie<sup>25</sup>. Dlatego też istotnym jest zachowanie przez organ wykonawczy

---

<sup>23</sup> Wyrok NSA z 12 czerwca 2014 r. (II OSK 66/13), LEX nr 1519416.

<sup>24</sup> Wyrok WSA w Krakowie z 16 września 2014 r. (II SA/Kr 891/14), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

<sup>25</sup> Tak m.in. wyrok WSA w Gdańsku z 13 lipca 2013 r. (II SA/Gd 427/11), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

gminy czynności poprzedzających sporządzenie planu miejscowego<sup>26</sup>. Szczególne znaczenie ma tutaj analiza zasadności przystąpienia do sporządzenia planu miejscowego, na etapie której organ planistyczny weryfikuje zgodność planowanego przeznaczenia z studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego. Są to czynności proceduralnie, niezbędne ze względu na konieczność precyzyjnego określenia rozwiązań z zakresu zagospodarowania i zabudowy terenów, które zostaną przyjęte w planie miejscowym<sup>27</sup>. Rzetelnie wykonana analiza pozwala właściwie określić granice planu miejscowego na etapie uchwały intencyjnej. Mimo, że treść uchwały organu stanowiącego gminy o przystąpieniu do sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego ogranicza się wyłącznie do wszczęcia procedury planistycznej oraz określenia granic terytorialnych zamierzonych działań planistycznych<sup>28</sup>, to zakres przedmiotowej uchwały ma decydujące znaczenie dla prawidłowości przyjętej konstrukcji i zakresu planu miejscowego.

W tym miejscu należy się zatrzymać celem przeanalizowania i wskazania pewnych zasad co do minimalnych granic planu miejscowego, w którym lokalizowany jest cmentarz. Pamiętać bowiem należy, że teren pod cmentarz powinien być lokalizowany w sposób eliminujący lub ograniczający szkodliwy wpływ cmentarza na otoczenie. Na etapie decydowania o zakresie przestrzennym cmentarza konieczne jest przeanalizowanie oddziaływania jego potencjalnej lokalizacji na otoczenie. Wydaje się, że żeby zapewnić lokalizacji eliminacji konfliktów przestrzennych i społecznych, konieczne jest uwzględnienie obok czynników sanitarnych, także wartości, o których mowa w art. 1 ust. 2 u.p.z.p. W praktyce można spotkać plany miejscowe, których granice zamykają się dokładnie na granicach samej nekropoli, bez odnoszenia się do otoczenia i oddziaływania cmentarza na tereny sąsiednie<sup>29</sup>. Takie podejście,

---

<sup>26</sup> Zgodnie z art. 14 ust. 5 u.p.z.p. przed podjęciem uchwały intencyjnej wójt, burmistrz albo prezydent miasta wykonuje analizy dotyczące zasadności przystąpienia do sporządzenia planu i stopnia zgodności przewidywanych rozwiązań z ustaleniami studium, przygotowuje materiały geodezyjne do opracowania planu oraz ustala niezbędny zakres prac planistycznych.

<sup>27</sup> P. Kwaśniak, *Plan miejscowy w systemie zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2011, s. 187.

<sup>28</sup> Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 5 marca 2014 r. (II SA/Go 109/14), LEX nr 1440633.

<sup>29</sup> Np. miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego cmentarza komunalnego „Centralny” w Opolu, uchwała nr LV/824/14 Rady Miasta Opola z 27 lutego 2014 r. (Dz. Urz. Woj. Opol. z 12 marca 2014 r. poz. 708); miejscowy plan zagospodarowania

biorąc pod uwagę zasadność analizowania przy lokalizowaniu cmentarza wpływu na otoczenie, nie jest prawidłowe i jest obecnie negowane tak w działalności organów nadzoru<sup>30</sup> jak i orzecznictwie.

Jak wskazał w wyroku z 27 października 2011 r.<sup>31</sup> Naczelny Sąd Administracyjny, miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego obejmujący teren planowanego cmentarza, zgodnie z art. 15 ust. 2 pkt 9 u.p.z.p., w związku z art. 3 i art. 5 ustawy o cmentarzach musi obowiązkowo określać strefę sanitarną cmentarza przewidzianą w § 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki Komunalnej z 25 sierpnia 1959 r. w sprawie określania, jakie tereny pod względem sanitarnym są odpowiednie na cmentarze. Zdaniem Sądu, wprowadzenie pasów izolujących teren cmentarny od innych terenów (tzw. stref sanitarnych cmentarza) jest ustaleniem szczególnych warunków zagospodarowania terenów oraz ograniczeń w ich użytkowaniu, w tym zakazu zabudowy w rozumieniu art. 15 ust. 2 pkt 9 u.p.z.p. Teren cmentarza w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego jest terenem szczególnym ze względu na sformułowane w przepisach prawa szczególne uwarunkowania, jakie powinny spełniać tereny przeznaczone pod cmentarz. Wskazane wyżej regulacje prawne powinny zatem znaleźć odzwierciedlenie

---

przestrzennego terenu części Wasilków – budowa cmentarza w Osowiczach, uchwała Rady Miejskiej w Wasilkowie nr L/269/10 z 30 września 2010 r., którego nieważność stwierdził Wojewoda Podlaski rozstrzygnięciem nadzorczym nr NK .II.AR.0911-164/2010 z 15 listopada 2010 r. (Dz. Urz. Woj. Podl. z 18 listopada 2010 r. Nr 276, poz. 3458); miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego obszaru „Poszerzenie cmentarza Prądnik Czerwony” – uchwała nr LXVI/845/09 Rady Miasta Krakowa z 18 marca 2009 r. (Dz. Urz. Woj. Mał. z 10 kwietnia 2009 r. Nr 184, poz. 1296); miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego obszaru „Rejon cmentarza Podgórskiego” – uchwała nr LXXVII/1130/13 Rady Miasta Krakowa z 26 czerwca 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Mał. z 18 lipca 2013 r. poz. 4570).

<sup>30</sup> Rozstrzygnięcie nadzorcze nr PN.4131.41.2014 Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z 12 lutego 2014 r. (Dz. Urz. Woj. War.-Maz. z 21 lutego 2014 r. poz. 962); rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Śląskiego nr IFIII.4131.43.2012 z 27 lipca 2012 r. (Dz. Urz. Woj. Śl. z 30 lipca 2012 r. poz. 3112); rozstrzygnięcie nadzorcze nr LEX-I.4131.272.2012.MZ1 Wojewody Mazowieckiego z 25 lutego 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Maz. z 2013 r.); rozstrzygnięcie nadzorcze nr NK.II.AR.0911-164/10 Wojewody Podlaskiego z 15 listopada 2010 r. (Dz. Urz. Woj. Podl. z 2010 r. Nr 276, poz. 3458); rozstrzygnięcie nadzorcze nr IN-III.4130.13.2013 Wojewody Świętokrzyskiego z 2 grudnia 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Świąt. z 6 grudnia 2013 r. poz. 4029).

<sup>31</sup> Wyrok NSA z 27 października 2011 r. (II OSK 1623/11), LEX nr 1212794. Podobnie wyroki NSA: z 27 października 2011 r. (II OSK 1624/11), LEX nr 1151958; z 27 października 2011 r. (II OSK 1625/11), LEX nr 1151960.

w postanowieniach miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, obejmującego planowany cmentarz. Brak w planie miejscowym regulacji w przedmiocie strefy ochronnej może doprowadzić do znacznego ograniczenia w korzystaniu z prawa własności bądź do uniemożliwienia korzystania z tego prawa przez właścicieli (użytkowników wieczystych) nieruchomości leżących w pobliżu cmentarza, w tzw. strefie sanitarnej i jednocześnie do niemożności dochodzenia przez nich przewidzianych prawem roszczeń<sup>32</sup>.

W myśl § 3 ust. 1 przywołanego powyżej rozporządzenia odległość cmentarza m.in. od zabudowań mieszkalnych powinna wynosić co najmniej 150 m, przy czym odległość ta może być zmniejszona do 50 m pod warunkiem, że teren w granicach od 50 m do 150 m odległości od cmentarza posiada sieć wodociągową i wszystkie budynki korzystające z wody są do tej sieci podłączone. Jak zauważył Wojewódzki Sąd Administracyjny<sup>33</sup> w Krakowie, „brak jest podstaw aby przyjmować za właściwą interpretację, że powyższy przepis odnosi się także do zabudowań, które dopiero mogą powstać. Z wykładni literalnej §3.1. w/w rozporządzenia wynika bowiem jednoznacznie, że dotyczy on wyłącznie zabudowań już istniejących. Uwzględniając ponadto okoliczność, że przepis ten powstał ponad 50 lat temu i nigdy nie był nowelizowany, a także istniejącą wtedy sytuację prawno-gospodarczą, brak jakichkolwiek podstaw aby przy jego interpretacji stosować inną wykładnię niż literalna, która (...), nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych”.

Plan miejscowy nie musi obejmować terenu całej gminy, może obejmować tylko część terytorium gminy przeznaczoną pod cmentarz, ale wówczas plan musi obejmować także związaną z nim strefę sanitarną<sup>34</sup>. Obowiązek uwzględnienia strefy sanitarnej przy wyznaczaniu granic planu miejscowego może wywoływać trudności w sytuacji lokalizowania

---

<sup>32</sup> Szerzej na temat środków ochrony i zasadach roszczeń w procedurze uchwalania planu miejscowego zob. P. Ruczkowski, *Środki ochrony praw właścicielskich w procedurze uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, w: I. Niżnik-Dobosz (red.), *Przestrzeń i nieruchomości jako przedmiot prawa administracyjnego. Publiczne prawo rzeczowe*, Warszawa 2012, s. 192–212.

<sup>33</sup> Wyrok WSA w Krakowie z 9 kwietnia 2010 r. (II SA/Kr 143/10), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> Podobnie wyrok WSA w Krakowie z 7 kwietnia 2008 r. (II SA/Kr 386/06), LEX nr 533613; wyrok NSA z 4 grudnia 2007 r. (II OSK 1503/07), LEX nr 460509.

<sup>34</sup> Wyrok NSA z 11 października 2011 r. (II OSK 1390/11), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

cmentarza przy granicach administracyjnych gmin. Pojawia się zatem pytanie, czy możliwa jest lokalizacja cmentarza, którego strefa sanitarna będzie wykraczać poza granice administracyjne gminy? Na tak postawione pytanie, należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Sytuacja taka nie może mieć miejsca, ponieważ wszelkie niekorzystne oddziaływania muszą zamykać się w granicach danego planu miejscowego, a tym samym nie mogą przechodzić na obszary sąsiedniej gminy. Realizacja przez daną gminę uprawnień wynikających z art. 3 ust. 1 i art. 4 ust. 1 u.p.z.p., musi mieścić się w granicach przyznanego jej władztwa planistycznego<sup>35</sup>. Kwestię zakazu przekraczania granic władztwa planistycznego należy rozumieć jako zakaz wykraczania poza granice przysługującej gminie kompetencji, tj. poza granice administracyjne danej gminy. Oznacza to, że organ planistyczny uchwalając określony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego nie ma kompetencji do ustalania przeznaczenia terenów znajdujących się poza obszarem objętym granicami tego planu. Nie jest dopuszczalne rozstrzygnięcie w miejscowym planie o przeznaczaniu gruntów, które nie znajdują się w granicach obszaru objętego ustaleniami tego planu<sup>36</sup>. Gmina ma zatem prawo realizować władztwo planistyczne wyłącznie na swoim terenie i nie przysługuje jej ono na terenie innej gminy<sup>37</sup>. W konsekwencji, jeżeli gmina ma zamiar określić w przygotowywanym przez siebie miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego (lub jego zmianie) granice terenów pod lokalizację cmentarza (wraz z strefami sanitarnymi), to może to uczynić wyłącznie w swych granicach administracyjnych.

Jak już sygnalizowano, teren pod cmentarz powinien być lokalizowany w sposób wykluczający możliwość wywierania szkodliwego wpływu cmentarza na otoczenie. Przypadkowa lokalizacja cmentarza może wpływać negatywnie na środowisko przyrodnicze, a tym samym zdrowie

---

<sup>35</sup> Szerzej o istocie władztwa planistycznego, jego podstawach prawnych i ograniczeniach zob. W. Jakimowicz, *O normatywnych podstawach władztwa planistycznego gminy*, w: I. Zachariasz (red.), *Kierunki reformy prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2012, s. 70–88.

<sup>36</sup> Wyrok WSA w Krakowie z 9 maja 2006 r. (II SA/Kr 780/05), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok WSA we Wrocławiu z 15 stycznia 2014 r. (II SA/Wr 754/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

<sup>37</sup> Rozstrzygnięcie nadzorcze nr IG-III.4130.36.2013 Wojewody Świętokrzyskiego z 29 kwietnia 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Świąt. z 9 maja 2013 r. poz. 2077); rozstrzygnięcie nadzorcze nr KN-I.4131.1.461.2014.8 Wojewody Wielkopolskiego z 27 listopada 2014 r. (Dz. Urz. Woj. Wielk. z 28 listopada 2014 r. poz. 6408).

i życie człowieka<sup>38</sup>. Dlatego też na cmentarze należy przeznaczać tereny na krańcach miast, osiedli lub gromad, w izolacji od zabudowań, na gruntach przeznaczonych pod zieleń publiczną lub odpowiednich na jej urządzenie, w pobliżu miejscowej sieci komunikacyjnej. Teren cmentarza powinien być ogrodzony i znajdować się w miarę możliwości na wzniesieniu i nie podlegać zalewom oraz posiadać ukształtowanie umożliwiające łatwy spływ wód deszczowych. Ponadto, miejsce na cmentarz powinno być tak wybrane, aby najczęściej spotkane w tym miejscu wiatry wiały od terenów mieszkaniowych w kierunku cmentarza.

Podkreślenia wymaga, że cmentarze projektuje się i utrzymuje jako tereny o założeniu parkowym. Powyższe znajduje potwierdzenie w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 26 sierpnia 2003 r. w sprawie wymaganego zakresu projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do przywołanego rozporządzenia, regulującego podstawowe barwne oznaczenia graficzne i literowe dotyczące przeznaczenia terenów, które należy stosować na rysunku planu miejscowego, cmentarze zaklasyfikowano do terenów zieleni, z oznaczeniem literowym ZC i kolorem zielonym jako oznaczeniem barwnym<sup>39</sup>.

Kolejny wymóg dotyczący cmentarzy wynika z art. 5 ust. 2 ustawy o cmentarzach, zgodnie z którym na każdym cmentarzu powinien być dom przedpogrzebowy lub kostnica, które służą: do składania ciał osób zmarłych do czasu ich pochowania, do wykonywania oględzin zwłok

---

<sup>38</sup> Od 1996 r. zespół badaczy z Instytutu Geografii krakowskiej Akademii Pedagogicznej prowadził badania nad wpływem cmentarzy na środowisko miejsca pochówku i jego otoczenia. Więcej o badaniach: <http://www.up.krakow.pl/konspekt/11/zychowska.html>

<sup>39</sup> W miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego obejmującego sołectwo Modliszewice – uchwała nr LV/415/201 Rady miejskiej w Końskich z 29 kwietnia 2010 r. – określono przeznaczenie tymczasowe terenu 3.R jako teren rolniczy, natomiast przeznaczenie docelowe jako teren cmentarza. Rozstrzygnięciem nadzorczym nr IG.III.7041/2-72/10 Wojewody Świętokrzyskiego z 2 czerwca 2010 r. (Dz. Urz. Woj. Świąt. z 2010 r. Nr 222, poz. 2204), stwierdzono nieważność powyższego planu. W ocenie organu nadzoru, taki sposób ustalenia przeznaczenia terenu narusza art. 15 ust. 2 pkt 1 i 11 u.p.z.p. poprzez niejednoznaczne określenie przeznaczenia terenów. Skoro przeznaczeniem docelowym (podstawowym) jest cmentarz, to zgodnie z załącznikiem nr 1 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 26 sierpnia 2003 r. w sprawie wymaganego zakresu projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, teren ten powinien być oznaczony symbolem ZC z naniesionymi na rysunek planu tzw. strefami sanitarnymi.



ludzkich dla celów sądowo-lekarskich, sanitarnych oraz policyjnych oraz do wykonywania innych czynności związanych z chowaniem zwłok. Powyższy wymóg ma istotne znaczenie dla ustaleń planu miejscowego. Mimo, iż cmentarze, co do zasady, są terenami zielonymi, to jednak wprowadzenie w ich granice obiektów budowlanych niezbędnych do prawidłowej realizacji funkcji powoduje, że tereny te stają się terenami przeznaczonymi do zabudowy. Powyższe implikuje zaś konieczność określenia obok przeznaczenia terenów także zasad kształtowania zabudowy oraz wskaźników zagospodarowania terenu<sup>40</sup>. Ustalając zasady zagospodarowania terenu, rada gminy ma do dyspozycji katalog parametrów i wskaźników kształtowania zabudowy i zagospodarowania terenu zawarty w przepisach art. 15 ust. 2 pkt 6 u.p.z.p. oraz § 4 pkt 6 rozporządzenia z 26 sierpnia 2003 r. w sprawie wymaganego zakresu projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą<sup>41</sup> i doktryną<sup>42</sup> obowiązek ujmowania w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego wszystkich elementów wymienionych w art. 15 ust. 2 u.p.z.p., rozumiany jest jako co najmniej obowiązek ustosunkowania się do każdego z nich. W modelowym ujęciu oznacza to, że w przypadku zamiaru odstąpienia od uregulowania któregośkolwiek z tych zagadnień, w planie miejscowym winna znaleźć się stosowna wzmianka, zaś na organie planistycznym

---

<sup>40</sup> W rozstrzygnięciu nadzorczym nr KN.I.4131.1.7.2013.6 z 3 lipca 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Wielk. z 2013 r. poz. 4301) Wojewoda Wielkopolski wskazał, że wadliwym jest wyznaczenie linii zabudowy w ramach terenu 8ZC wyłącznie w części przeznaczonej pod lokalizację domu przedpogrzebowego, przy jednoczesnym dopuszczeniu innej zabudowy w formie katakumb, budynków stosowanych na polach grzebalnych, szaletów publicznych w ramach całego terenu ZC. Organ nadzoru za niezgodne z wymogami u.p.z.p. uznał brak wskaźnika powierzchni zabudowy i parametrów, mimo dopuszczenia w ramach terenu cmentarza leśnego, realizacji domu przedpogrzebowego, budynków usytuowanych na grobach zlokalizowanych na grobach grzebalnych dla dorosłych, budynków stanowiących wejścia do katakumb i szaletów publicznych. W wyroku z 11 kwietnia 2008 r. WSA w Warszawie (IV SA/Wa 2554/07), LEX nr 519156, stwierdził, że w planie obowiązkowo określić należy m.in. wysokość projektowanej zabudowy na obszarze objętym planem, a brak ustaleń w tym zakresie stanowi istotne naruszenie zasad sporządzania planu.

<sup>41</sup> Tak np.: wyrok WSA w Poznaniu z 23 października 2013 r. (IV SA/Po 732/13), LEX nr 1414565; wyrok WSA w Olsztynie z 10 października 2013 r. (II SA/Ol 481/13), LEX nr 1390163.

<sup>42</sup> Np. Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 154, M. Szewczyk w: Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Kruś, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2012, s. 109–116.



spoczywa obowiązek wykazania zbędności danej regulacji i utrwalenia przyczyn takiego pominięcia w uzasadnieniu uchwały, ewentualnie w materiałach planistycznych. Obowiązkiem rady gminy jest takie określenie zasad zabudowy i zagospodarowania terenu, aby postanowienia uchwały dało się w sposób niebudzący wątpliwości zinterpretować. Aby cel taki osiągnąć lokalny prawodawca powinien używać wartości liczbowych i fachowego słownictwa, co stanowić będzie zobiektywizowaną metodę kształtowania ładu przestrzennego na danym terenie<sup>43</sup>. Tym bardziej, że budowa cmentarza jako budowli stanowiącej obiekt budowlany wymaga uzyskania pozwolenia na budowę<sup>44</sup> i organ administracji architektoniczno-budowlanej musi mieć możliwość oceny zgodności planowanej inwestycji z ustaleniami planu miejscowego. Nie powinno też budzić wątpliwości, że niezbędnymi elementami infrastruktury cmentarza jest zieleń parkowa, izolacyjna oraz drogi dojazdowe i parking. Funkcji cmentarza nie sposób bowiem zawęzić wyłącznie do kwater grzebalnych i wymienionego wprost w ustawie domu pogrzebowego czy kaplicy. Wszak do tego rodzaju budynku niezbędny jest dojazd i dojście, co wymaga zapewniania odpowiedniej liczby miejsc parkingowych. Wreszcie, wskazać przyjdzie, że w akcie prawa miejscowego wszystkie te elementy infrastruktury oraz niezbędną zieleń zaliczono jednoznacznie do terenu cmentarza. Organ planistyczny zobowiązany będzie zatem odnieść się do wszystkich powyższych elementów, mając na względzie parkowy charakter założenia cmentarnego<sup>45</sup>.

W kontekście powyższych rozważań, należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden element związany z procedurą sporządzania projektu planu miejscowego pod cmentarz, a który często, na skutek błędnego interpretowania przeznaczenia cmentarzy jako terenów zielonych, pomijany

---

<sup>43</sup> Wyrok WSA we Wrocławiu z 11 czerwca 2013 r. (II SA/Wr 277/13), LEX nr 1329990.

<sup>44</sup> Wyrok NSA z 24 listopada 2010 r. (II OSK 1694/10), LEX nr 657050.

<sup>45</sup> Jako przykład planów miejscowych regulujących kompleksowo kwestię lokalizacji cmentarza, kładących duży akcent na kwestię zieleni, powiązań kompozycyjnych, harmonii terenu, można wskazać miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego obszaru „Cmentarz Grębałów” – uchwała nr XXXV/453/08 Rady Miasta Krakowa z 27 lutego 2008 r. (Dz. Urz. Woj. Mał. z 12 marca 2008 r. Nr 174, poz. 1009); miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego obszaru „Cmentarz – Prądnik Czerwony, część od strony północnej przy ul. Powstańców” – uchwała nr V/55/07 Rady Miasta Krakowa z 31 stycznia 2007 r. (Dz. Urz. Woj. Mał. z 13 marca 2007 r. Nr 168, poz. 1217).

jest w postępowaniu planistycznym<sup>46</sup>, co skutkuje naruszeniem zasad sporządzenia planu miejscowego. Chodzi tutaj o konieczność uzyskania zgody na zmianę przeznaczenia gruntów rolnych na cele nierolnicze i nieleśne, jeżeli planowany cmentarz ma być zlokalizowany na gruntach podlegających ochronie. Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 4 marca 2014 r.<sup>47</sup>, dokonanie w miejscowym planie zmiany przeznaczenia gruntów na cele nierolnicze i nieleśne powinno być poprzedzone wystąpieniem o uzyskanie zgody, o jakiej mowa w art. 7 ust. 2 pkt 5 ustawy z 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych. Uchybienie w tym zakresie zalicza się do istotnego naruszenia trybu sporządzania planu miejscowego, a także właściwości organów w tym zakresie, co prowadzić musi do stwierdzenia nieważności uchwały rady gminy w całości lub części.

Miejscowy plan zagospodarowania jest w myśl art. 14 ust. 8 u.p.z.p. aktem prawa miejscowego, którego ustalenia wiążą na obszarze, na którym obowiązuje. Powyższa okoliczność determinuje zawartość planu miejscowego, którego ustalenia nie mogą wykraczać poza enumeratywne wyliczenie spraw w art. 15 ust. 2 u.p.z.p.<sup>48</sup> Jako przykład przekroczenia zagadnień, które winien regulować plan miejscowy, można wskazać ustalenia § 5 ust. 1 i 2 uchwały nr XXXII/266/13 Rady Miejskiej Rawicz z 29 maja 2013 r., którym nałożono obowiązek etapowego

---

<sup>46</sup> Na powyższą kwestię zwraca uwagę Wojewoda Mazowiecki w rozstrzygnięciu nadzorczym nr LEX-I.4131.272.MZ1 z 25 lutego 2013 r. (Dz. Urz. Woj. Maz. z 12 kwietnia 2013 r. poz. 4576).

<sup>47</sup> Wyrok NSA z 4 marca 2014 r. (II OSK 2730/13), LEX nr 1495297.

<sup>48</sup> Jak wskazał NSA w wyroku z 9 lutego 2011 r. (II OSK 2385/10), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, w stanowieniu aktów prawa miejscowego organy samorządu terytorialnego związane są ramami stworzonymi przez ustawy. Akty te są aktami o charakterze podustawowym, a zatem stanowione są na podstawie upoważnień ustawowych. Nie mogą wykraczać poza jakiegokolwiek unormowania ustawowe, czynić wyjątków od ogólnie przyjętych rozwiązań ustawowych, a także powtarzać kwestii uregulowanych w aktach prawnych hierarchicznie wyższych. Każde unormowanie wykraczające poza udzielone upoważnienie jest naruszeniem normy upoważniającej i zarazem naruszeniem konstytucyjnych warunków legalności aktu prawa miejscowego wydanego na podstawie upoważnienia ustawowego. Zgodnie z art. 94 Konstytucji RP regulacje zawarte w akcie prawa miejscowego mają na celu jedynie „uzupełnienie” powszechnie obowiązujących przepisów rangi ustawowej kształtujących prawa i obowiązki, natomiast nie są wydawane w celu wykonania ustawy, tak jak rozporządzenia w rozumieniu art. 92 Konstytucji. Podobnie wyrok WSA we Wrocławiu z 19 września 2012 r. (II SA/Wr 424/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

urządzenia cmentarza oraz określenia w pierwszym etapie realizacji rezerwy terenowej powierzchni grzebalnych na najbliższe 25 lat.

Wskazać należy na jeszcze jeden element, który winien zawierać plan miejscowy, dedykowany lokalizacji cmentarza. Zgodnie z art. 6 ustawy o cmentarzach użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel, nie może nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu. Po upływie powyższego terminu wójt (burmistrz, prezydent miasta) może wydać decyzję o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego. Jeżeli teren cmentarny stanowi lub stanowił uprzednio własność Kościoła katolickiego lub innego kościoła albo związku wyznaniowego, wydanie decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel wymaga zgody właściwej władzy tego kościoła lub związku wyznaniowego. Zasadne jest więc, aby plany miejscowe wskazywały inny cel, o którym mówi ustawa, rozumiany jako inny kierunek zagospodarowania, funkcję terenu, która będzie mogła być zrealizowana po zamknięciu cmentarza<sup>49</sup>. Niestety większość planów miejscowych, regulujących swymi ustaleniami zasady zagospodarowania terenów przeznaczonych pod cmentarze, nie zawierają żadnych regulacji, które pozwoliłyby określić cel, przeznaczenie terenu, które mogłoby być realizowane po zamknięciu cmentarza. Być może wynika to z okresu, jaki musi upłynąć od ostatniego pochówku, czy też szeregu obowiązków, które należy podjąć aby nadać terenowi cmentarnemu inną funkcję. Pamiętać należy, że przy zmianie przeznaczenia terenu cmentarnego szczątki zwłok znajdujące się na tym terenie powinny być przeniesione na inny cmentarz na koszt nabywcy terenu lub nowego jego użytkownika, a także o obowiązku zachowania znajdujących się na terenie cmentarza zabytków, które mogą być przeniesione w inne miejsce po uzyskaniu pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków.

Inną kwestią, na którą warto zwrócić uwagę, jest określenie podmiotów właściwych do założenia wniosku o sporządzenie planu miejscowego pod cmentarz. W przypadku cmentarza komunalnego, mając na uwadze, że zakładanie i rozszerzanie cmentarzy komunalnych należy do zadań własnych gminy, powyższa kwestia nie wywołuje większych trudności. Zgodnie z art. 14 ust. 4 u.p.z.p. uchwałę intencyjną w sprawie przystąpienia do sporządzenia planu miejscowego podejmuje rada gminy

---

<sup>49</sup> Zawraca uwagę na ten element także M. Radeberg-Skorzysko, *Cmentarze w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, „Zeszyt SUZOIU” 2014, nr 1, s. 44.

z własnej inicjatywy lub na wniosek organu wykonawczego gminy. Sytuacja komplikuje się w odniesieniu do cmentarzy wyznaniowych. Mimo, że zakładanie cmentarzy wyznaniowych stanowi cel publiczny w rozumieniu art. 6 pkt 9 u.g.n., gdyż przepis ten nie różnicuje cmentarzy w zależności od podmiotu uprawnionego do ich zakładania<sup>50</sup>, na gruncie podmiotów upoważnionych do złożenia wniosku o sporządzenie planu miejscowego występuje znacząca różnica.

Zgodnie z art. 42 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>51</sup> plany zagospodarowania przestrzennego obejmują także inwestycje sakralne i kościelne oraz katolickie cmentarze wyznaniowe. Przeznaczenie terenu na te cele ustala się w tych planach na wniosek biskupa diecezjalnego lub wyższego przełożonego zakonnego. Przepis art. 42 ust. 1 przywołanej ustawy jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów art. 14 ust. 1 i 4 u.p.z.p. i jako taki wyłącza możliwość przeznaczenia określonego terenu na katolicki cmentarz wyznaniowy bez stosownego wniosku biskupa diecezjalnego lub wyższego przełożonego zakonnego. Jak słusznie zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 6 lutego 2008 r.<sup>52</sup> pogląd ten znajduje uzasadnienie nie tylko w niebudzącym wątpliwości brzmieniu przedmiotowego przepisu ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, ale także w jego wykładni systemowej i funkcjonalnej. Katolicki cmentarz wyznaniowy pozostaje w gestii Kościoła Katolickiego i to Kościół, a nie gmina, decyduje o tym, czy cmentarz jest potrzebny, a jeśli tak, to w jakim zakresie. Jego sytuacja prawna jest zatem zgoła odmienna niż sytuacja cmentarza komunalnego. Oczywiście nie oznacza to, że gmina jest związana wnioskiem biskupa diecezjalnego (przełożonego zakonnego) co do wskazanego we wniosku miejsca lokalizacji cmentarza. Ta kwestia pozostaje w zakresie władztwa planistycznego gminy. Innymi słowy gmina nie jest związana treścią wniosku, o którym mowa, jednak nie może przeznaczać określonych obszarów na katolickie cmentarze wyznaniowe z własnej inicjatywy. Jak podkreśla się w literaturze, prawo do zakładania i poszerzenia cmentarzy wyznaniowych dotyczy jedynie sfery podejmowania

---

<sup>50</sup> Wyrok WSA z 5 kwietnia 2013 r. (II SA/GI 1308/12), LEX nr 1310547.

<sup>51</sup> Ustawa z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U z 2013 r. poz. 1169 ze zm.).

<sup>52</sup> Wyrok NSA z 6 lutego 2008 r. (II OSK 1611/07), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

autonomicznej decyzji o konieczności założenia cmentarza<sup>53</sup>. Przyznanie tego uprawnienia nie jest tożsame z uprawnieniami gminy w zakresie umiejscowienia cmentarza komunalnego.

W kontekście analizowanej kwestii wymaga zaznaczenia, że wniosek o lokalizację cmentarza wyznaniowego winien być złożony przez właściwą władzę kościelną już na etapie sporządzania studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy. Skoro ustalenia studium są wiążące dla organów gminy przy sporządzaniu planów miejscowych, a założenie lub poszerzenie cmentarza wyznaniowego może nastąpić na terenie przeznaczonym na ten cel w planie miejscowym, to już na etapie sporządzania studium właściwy biskup diecezjalny lub wyższy przełożony zakonny winien zgłosić organowi wykonawczemu gminy potrzebę uwzględnienia w studium lokalizacji cmentarza wyznaniowego. Zgłoszenie wniosku rozpoczyna procedurę uzgodnienia miejsca dla założenia cmentarza wyznaniowego<sup>54</sup>. B. Rakoczy sformułował pogląd, iż właściwy organ planistyczny po podjęciu uchwały o przystąpieniu do sporządzenia studium, w myśl art. 11 pkt 2 u.p.z.p., ma obowiązek zawiadomić o tym fakcie właściwy organ władzy kościelnej. Z powyższym stanowiskiem trudno się zgodzić. Po pierwsze, właściwych organów władzy kościelnej nie sposób zaliczyć do organów i instytucji właściwych do uzgadniania i opiniowania projektu studium. Jak podnosi Z. Niewiadomski<sup>55</sup> rolę organów innych jednostek samorządu terytorialnego, administracji rządowej, w tym organów administracji specjalnych jest udział w sporządzaniu projektu studium, celem uwzględnienia w akcie polityki przestrzennej gminy ustaleń zawartych w ponadlokalnych aktach planowania oraz uwzględnienia inwestycji ponadgminnych na terenie gminy. Zauważyć należy, że wyliczenie podmiotów w art. 11 pkt 5 i 6 u.p.z.p. jest enumeratywne, a właściwych organów władzy kościelnej nie można przypisać do żadnej z kategorii wyliczonych instytucji i organów. Po drugie, należy wskazać, że zgodnie z art. 24 Konkordatu budowę obiektów sakralnych i kościelnych oraz założenie

---

<sup>53</sup> B. Rakoczy, *Ustawa o stosunku do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 295.

<sup>54</sup> Tak np.: B. Wierzbowski, *Glosa do wyroku NSA z dnia 6 lutego 2008 r., II OSK 1611/07*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2010, t. 2, s. 194–202; B. Rakoczy, *Glosa do wyroku NSA z dnia 6 lutego 2008 r., II OSK 1611/07*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2010, t. 2, s. 187–194; M. Kręc, *Glosa do wyroku NSA z dnia 6 lutego 2008 r., II OSK 1611/07*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2011, t. 1, s. 121–140.

<sup>55</sup> Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 112.

cmentarza inicjują właściwe władze kościelne. Jak słusznie zauważyła M. Kręc, „(...) w celu skorzystania z przysługujących im uprawnień, właściwe organy władzy kościelnej w pierwszej kolejności mają obowiązek uzgodnić miejsce lokalizacji cmentarza wyznaniowego z organami gminy. (...) organy gminy, jako co do zasady niezainteresowane w lokalizacji katolickiego cmentarza wyznaniowego, nie są zobowiązane do zawiadamiania biskupa diecezjalnego lub wyższego przełożonego zakonu o podjęciu uchwały o przystąpieniu do sporządzenia zmiany studium”. Pamiętać należy, że właściwe organy władzy kościelnej, widząc zasadność założenia cmentarza wyznaniowego na terenie gminy, mogą w każdym czasie złożyć wniosek do organów gminy o zmianę studium oraz sporządzenie lub zmianę planu miejscowego. Zgodnie z art. 31 u.p.z.p. wójt, burmistrz albo prezydent miasta prowadzi rejestr wniosków o ich sporządzenie lub zmianę. Między innymi w oparciu o złożone wnioski organ wykonawczy gminy dokonuje analizy zmian w zagospodarowaniu przestrzennym gminy, celem oceny aktualności studium i planów miejscowych. Można zatem wysnuć wniosek, że zakomunikowanie przez władze kościelne z odpowiednim wyprzedzeniem organom gminy potrzeby utworzenia cmentarza wyznaniowego pozwoli na przeprowadzenie przez organ wykonawczy gminy potrzeby zmian w polityce przestrzennej gminy i wdrożenie kolejnych procedur potwierdzających lub negujących zasadność przystąpienia do sporządzenia opracowań planistycznych.

Powyższe uwagi skłaniają do zastanowienia się nad kosztami sporządzenia planu miejscowego dla lokalizacji cmentarza wyznaniowego. Artykuł 21 ust. 1 u.p.z.p. wprowadza zasadę, zgodnie z którą koszty sporządzenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego ponosi gmina. Od powyższej zasady ustawodawca przewidział wyjątki. Koszty sporządzenia planu miejscowego obciążają inwestora realizującego inwestycję celu publicznego<sup>56</sup> w części, w jakiej jest on bezpośrednią konsekwencją zamiaru realizacji tej inwestycji. Jak już podniesiono powyżej, zakładanie cmentarzy wyznaniowych stanowi realizację celu publicznego, chociażby z uwagi na nałożony na zarządy cmentarzy wyznaniowych położonych w miejscowościach, w których nie ma cmentarzy gminnych, obowiązek umożliwienia pochówku osób innego wyznania i niewierzących. Istnieją zatem przesłanki do obciążenia władz kościelnych (inwestora) częścią kosztów związanych z sporządzeniem planu

---

<sup>56</sup> Definicję inwestycji celu publicznego zawiera art. 2 pkt 5 u.p.z.p.



miejscowego. Niestety ustawodawca w kwestii finansowania kosztów sporządzenia planu miejscowego posługuje się nie do końca jednoznaczny kryterium „bezpośredniej konsekwencji zamiaru realizacji inwestycji celu publicznego”, pomijając całkowicie elementy dotyczące trybu, terminu dochodzenia roszczeń, podmiotu oceniającego zasadność naliczenia kosztów. Dlatego też, można przyjąć za Z. Niewiadomskim<sup>57</sup>, że powyższe kwestie powinno regulować porozumienie lub umowa z inwestorem, zawarta przed wprowadzeniem rezerwy terenu pod cmentarz do projektu planu miejscowego.

Kończąc rozważania na temat planistycznych problemów lokalizacji cmentarza, należy powrócić do kwestii wymogów sanitarnych. W myśl art. 1 ust. 2 i ust. 3 ustawy o cmentarzach, właściwy inspektor sanitarny winien wydać zgodę na założenie lub rozszerzenie cmentarza, która powinna przybrać formę decyzji i być wydana przed wydaniem decyzji właściwego organu zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę cmentarza. Niewątpliwie zatem wymagania sanitarne powinny być spełnione już na etapie przeznaczenia terenu na założenie cmentarza, a nie dopiero na etapie urządzania cmentarza. W sformalizowanej procedurze planistycznej występuje moment, gdy organy inspekcji sanitarnej, jako podmioty włączone w proces planistyczny, muszą wypowiedzieć się co do spełnienia wymogów sanitarnych planowanej lokalizacji cmentarza<sup>58</sup>. Zgodnie z art. 17 pkt 6a u.p.z.p. projekt planu miejscowego opiniuje właściwy państwowy wojewódzki inspektor sanitarny, natomiast na podstawie art. 58 ust. 1 ustawy z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko, organem Państwowej Inspekcji Sanitarnej właściwym w sprawach opiniowania i uzgadniania w ramach strategicznych ocen oddziaływania na środowisko w przypadku miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego jest państwowy powiatowy inspektor sanitarny. Zaznaczyć należy, że uzyskanie w trakcie trwania procedury planistycznej, zmierzającej do uchwalenia miejscowego

---

<sup>57</sup> Z. Niewiadomski (red.), *Planowanie...*, s. 202.

<sup>58</sup> M. Kotulski, *Legislacja administracyjna w planowaniu przestrzennym*, w: M. Stahl, Z. Duniewska (red.), *Legislacja administracyjna. Teoria. Orzecznictwo. Praktyka*, Warszawa 2012, s. 431; K. Małyś-Sulińska, *Rozstrzygnięcia ograniczające samodzielność planistyczną gminy toku sporządzania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, w: M. Stec, M. Mączyński (red.), *Nadzór nad samorządem, a granice jego samodzielności*, Warszawa 2011, s. 156.



planu zagospodarowania przestrzennego obejmującego teren cmentarza, stanowiska organu Inspekcji Sanitarnej w zakresie spełnienia wymagań higienicznych i zdrowotnych przez projekt planu, nie jest równoznaczne z uzyskaniem zgody na założenie lub rozszerzenie cmentarza w rozumieniu wymogów ustawy o cmentarzach. Opinia sanitarna projektu miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego w ramach procedury planistycznej ma zupełnie odmienny charakter (choćby z uwagi na różne podstawy prawne i formę) od wyrażenia zgody (decyzja) na realizację konkretnego zamierzenia inwestycyjnego, w tym przypadku założenia lub rozszerzenia cmentarza<sup>59</sup>.

Cmentarze jako elementy otaczającej nas przestrzeni, stanowią widoczny symbol przemijania człowieka i jego kruchości. Są terenami, świadomie wydzielonymi z przestrzeni i zakomponowanymi, które obok spełniania podstawowego obowiązku jakim jest pochowanie zmarłych, realizują szereg innych zadań, które wiążą się ze strefą *sacrum* (są miejscem modlitwy, zadumy, wspomnień). Zachowanie wymogów prawnych, a przede wszystkim przemyślana lokalizacja cmentarza, wpisująca się w otoczenie, zachowujące warunki założenia parkowego, pozwoli, aby cmentarze nie pełniły tylko funkcji grzebalnych, ale były także miejscami zadumy o wielowątkowej treści kulturowej oraz wysokich walorach przyrodniczych, architektonicznych i krajobrazowych. Pamiętać należy bowiem, że sama przestrzeń cmentarza wyraża pewien porządek, jest nośnikiem informacji i pewnych wartości<sup>60</sup>. Realizacja powyższych elementów i wartości winna być zapewniona w podstawowym (i jedynym w obecnym systemie prawnym dla lokalizacji cmentarza) instrumencie planistycznym tj. miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Mimo, że procedura sporządzenia planu miejscowego jest długotrwała, wielostopniowa, wymagająca zaangażowania wielu podmiotów, stanowi konstrukcję zapewniającą sprawowanie właściwej kontroli przez społeczeństwo i organy administracji (szczególnie sanitarnej).

---

<sup>59</sup> Tak też WSA w Gliwicach w wyroku z 13 grudnia 2012 r. (II SA/GI 804/12), LEX nr 1451925.

<sup>60</sup> K. Łakomy, *Symbolika i tradycja a prawne uwarunkowania projektowania cmentarzy*, „Architektura. Czasopismo Techniczne” 2012, nr 7, s. 341.

## **Streszczenie**

Cmentarz jest szczególnego rodzaju strukturą przestrzenną, wymagającą zapewnienia określonego terenu, celem zapewnienia realizacji funkcji z nim związanych. Jest terenem, z jednej strony podlegającym określonym w prawie wymogom co do jego lokalizacji, a z drugiej strony powodującym ograniczenia co do możliwości zagospodarowania terenów bezpośrednio do niego przylegających. Dlatego też ustawodawca przewidział wymóg lokalizacji cmentarza w drodze miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Jednakże taka forma lokalizacji cmentarza wywołuje szereg wątpliwości i problemów. Celem artykułu jest analiza możliwości lokalizacji cmentarza w drodze innego instrumentu planistycznego, a także wykazanie najczęściej podnoszonych przez judykaturę i organy nadzoru błędów popełnianych w trakcie procedury sporządzenia planu miejscowego dla potrzeb lokalizacji cmentarza.

Słowa kluczowe: cmentarz, planowanie przestrzenne, miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego.

## **Abstract**

Cemetery is a particular spatial structure which requires a specific location enabling realisation of its functions. On one hand, cemetery is a place subject to location requirements defined by law. On the other hand, it contributes to restrictions regarding the possibilities of use of adjacent space. Due to this fact, the legislator predicted the requirement of locating a cemetery in a local spatial plan of development. However, such a form of cemetery location causes a variety of doubts and problems. The aim of this article is the analysis of possibilities of cemetery location taking into account other planning instrument as well as the analysis of mistakes committed during the procedure of outlining a local plan for the needs of cemetery location, which is the issue most often raised by jurisdiction and supervisory bodies.

Keywords: cemetery, spatial planning, local plan.

Joanna Studzińska<sup>1</sup>

## Realizacja woli spadkodawcy a postępowanie działowe

Dział spadku polega na podziale całego majątku spadkowego pomiędzy spadkobierców<sup>2</sup>. Może to nastąpić albo w drodze umowy zawartej pomiędzy spadkobiercami, albo w postępowaniu sądowym. Sposoby podziału majątku spadkowego mogą być rozmaite; od przyznania poszczególnych

---

<sup>1</sup> Dr, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie.

<sup>2</sup> Szerzej na temat zakresu i znaczenia postępowania działowego: P. Ciszewski, K. Górniak, A. Stempniak, *Postępowanie w sprawach o dział spadku. Komentarz oraz wzory pism procesowych i orzeczeń sądowych*, Warszawa 2012; J. Gwiazdomorski, *Stwierdzenie praw do spadku*, „Nowe Prawo” 1950, nr 7–8; J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, *Stwierdzenie praw spadkowych (kilka uwag polemicznych do artykułów Prof. dr Jana Gwiazdomorskiego)*, „Nowe Prawo” 1950, nr 11–12; J. Biernat, *Umowa o dział spadku*, Warszawa 2007; J. Biernat, *Z problematyki tzw. testamentu działowego w polskim prawie spadkowym*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4; T. Felski, *Wpływ woli testatora na sposób podziału majątku spadkowego*, „Palestra” 1994, nr 12; M. Frasz, *Dział spadku. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 2; W. Kamiński, *Dochodzenie roszczeń z tytułu nakładów w postępowaniu działowym*, „Palestra” 1973, nr 12; E. Kremer, *Problematyka prawna spląt z gospodarstwa rolnego*, „ZNUJ. Prace Prawnicze” 1993, nr 145; T. Misiuk, *Problemy integracyjne postępowania działowego*, „Palestra” 1973, nr 7–8; R. Moszyński, J. Policzkiewicz, *Działy spadkowe*, Warszawa 1961; J. Nadler, A. Stelmachowski, *Zbieg działu spadku ze zniesieniem współwłasności gospodarstwa rolnego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 9; A. Oleszko, *Umowy prawa spadkowego oraz mające zastosowanie w sprawach spadkowych w świetle praktyki sądowej i notarialnej*, Warszawa 1989; M. Pazdan, *Umowny dział spadku w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Prace z prawa cywilnego, wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątoskiego*, Wrocław 1985; P. Pogonowski, *Postępowanie o dział spadku*, „Rejent” 2005, nr 9; A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2010; A. Stempniak, *Spadkobiercy i nabywcy spadku jako uczestnicy konieczni postępowania o dział spadku*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 6; A. Stempniak, *Tryby działu spadku*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 9; J. Stobienia, *Realizacja praw wierzycieli spadkodawcy po dziale spadku*, „ZN. IBPS” 1982, nr 17–18; R. Szytyk, *Dział spadku i zniesienie współwłasności gospodarstwa rolnego*, „Rejent” 2001, nr 9.

przedmiotów z masy spadkowej poszczególnym spadkobiercom, poprzez spieniężenie np. nieruchomości i podział uzyskanej sumy, do przyznania np. nieruchomości jednemu spadkobiercy z obowiązkiem spłaty pozostałych. Najistotniejszą funkcją działu spadku jest jednak urzeczywistnienie celów społeczno-gospodarczych, jakie system prawa spadkowego przypisuje instytucji dziedziczenia, a więc przede wszystkim uzyskanie przez poszczególnych spadkobierców wyłącznych praw do oznaczonych składników majątku spadkowego (scheda spadkowa)<sup>3</sup>.

Warto zatem przedstawić, na ile ustawodawca zabezpieczył respektowanie woli spadkodawcy podczas postępowania działowego, na ile decyduje o tym ustawa i czy regulacje w tym przedmiocie są wystarczające. Istotne jest także, na ile istotne jest poszanowanie interesów osób najbliższych w zderzeniu z rzeczywistą wolą spadkodawcy.

### 1. Wola spadkodawcy i jej uzewnętrznienie a ograniczenia ustawowe

Jedną z głównych zasad prawa spadkowego jest zasada swobody testowania, która oznacza, że osoba fizyczna w drodze czynności prawnej ma możliwość zadysponowania swoim majątkiem na wypadek śmierci. Dyspozycje te w prawie spadkowym noszą nazwę rozrządzeń<sup>4</sup>. Swoboda testowania nie oznacza jednak, że istnieje zupełna dowolność w podejmowaniu tych czynności. Prawo spadkowe przyjęło zasadę, że rozrządzenia na wypadek śmierci mogą być dokonywane tylko w formie ściśle określonej czynności prawnej i nie mogą naruszać pewnych reguł, które zawarte są w przepisach bezwzględnie obowiązujących<sup>5</sup>. Granice swobody testowania są jednak zakreślone w ustawie stosunkowo szeroko i wyznacza je postulat zrozumiałości oświadczenia woli i możliwości wywołania przez nie skutków prawnych, na które jest skierowane w świetle obowiązującego porządku prawa pozytywnego<sup>6</sup>. Realizację woli spadkodawcy przeprowadzać będą przede wszystkim sądy w różnych postępowaniach z zakresu prawa spadkowego, a zatem muszą mieć one instrumenty, aby interpretować testament życzliwie dla testatora (*favor testamenti*). Jest to w dużej mierze utrudnione, gdy precyzyjne

<sup>3</sup> J. Kremis, *Dział spadku*, w: *System Prawa Prywatnego*. t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 752.

<sup>4</sup> S. Wójcik, F. Zoll, *Testament*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2006, nr 2, s. 79 i n.

<sup>5</sup> L. Kaltenberg-Skarbek, W. Żurek, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011, s. 37 i n.

<sup>6</sup> P. Dzienis, *Glosa do postanowienia SN z dnia 13 czerwca 2001 r., II CKN 543/00*, „*Palestra*” 2002, nr 11–12, s. 231.

przepisy przybierają formułę reguł interpretacyjnych i wymuszają określone rozumienie pewnych elementów aktu ostatniej woli.

Dla realizacji woli spadkodawcy szczególnie ważna jest właśnie swoboda testowania, przez którą rozumie się możliwość dokonywania przez jednostkę (testatora), w drodze testamentu, prawnie skutecznych rozrządzeń swoim majątkiem na wypadek śmierci. Rozrządzenia te mogą być różne, np. ustanowienie spadkobiercy (art. 959 i n. k.c.), ustanowienie zapisu lub polecenia (art. 968 i n. k.c.), wydziedziczenie (art. 1008 i n. k.c.), wykluczenie niektórych potencjalnych spadkobierców ustawowych od dziedziczenia ustawowego, bez równoczesnego ustanowienia spadkobiercą innych osób (tzw. testament negatywny). Wynika ona z konstytucyjnej zasady ochrony prawa do dziedziczenia, co oznacza przede wszystkim prawo spadkodawcy do rozstrzygnięcia o losach przysługującego mu majątku po śmierci<sup>7</sup>. Ustawowy porządek dziedziczenia uwzględnia jedynie sytuacje typowe, opiera się na sztywnym schemacie<sup>8</sup>, kiedy to ustawodawca określa zarówno krąg spadkobierców ustawowych, jak i kolejność ich dziedziczenia oraz wielkość udziału w spadku. Trudno jednak krępować spadkodawcę i odmawiać mu uprawnienia do dokonywania rozrządzeń jego majątkiem w testamencie, w sposób odbiegający od zasad ustawowego porządku dziedziczenia. Z drugiej strony pełna, niczym nieograniczona swoboda testowania kryje w sobie różne niebezpieczeństwa. Mogłaby ona prowadzić do następstw godzących w więzi rodzinne, naruszać cele społeczno-gospodarcze, do których dąży ustawodawca tworząc określony porządek dziedziczenia. Stąd też swoboda testowania nie jest nieograniczona. Sąd Najwyższy wskazał, iż na tyle istotna jest wola spadkodawcy, że ogłoszeniu podlega każdy dokument, który przedstawia się jako rozrządzenie ostatniej woli spadkodawcy, niezależnie od swej ważności. Kwestia ważności tego dokumentu, jako testamentu mogącego być podstawą dziedziczenia, rozważana jest dopiero w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku w ramach obowiązków nałożonych na sąd spadku w art. 670 k.p.c.<sup>9</sup>. Według bowiem ustalonej judykatury, ostatnia wola spadkodawcy może być wyrażona nawet w liście skierowanym do osoby trzeciej,

---

<sup>7</sup> A. Doliwa, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2012, s. 52 i n.

<sup>8</sup> Szerzej na temat możliwych sposobów powołania spadkobiercy K. Osajda, *Ustanowienie spadkobiercy de lege ferenda*, „Studia Prawa Prywatnego” 2009, nr 1, s. 60.

<sup>9</sup> Postanowienie SN z 14 grudnia 1998 r. (III CSKN 76/98), niepubl.

jeżeli wykazuje on niezbędne cechy testamentu własnoręcznego<sup>10</sup>. Podstawowym ograniczeniem w tym zakresie jest wskazanie przez ustawodawcę kolejności dziedziczenia ustawowego oraz prawo do zachowku.

Duże ułatwienie dla spadkodawcy wprowadziła nowelizacja kodeksu cywilnego<sup>11</sup> włączając regulacje dotyczące zapisu windykacyjnego. Dotychczas spadkodawca, decydując o wskazaniu konkretnych osób i przypisaniu im pewnych przedmiotów, nie miał pewności, że po śmierci jego wola zostanie w ten sposób zrealizowana. Ustanawiając w testamencie kilku spadkobierców, nie mógł on skutecznie przesądzić o sposobie podziału przedmiotów należących do spadku. Celem nowelizacji było uproszczenie procedury przekazywania składników majątkowych z mocy testamentu i możliwość decydowania o losach przedmiotów spadkowych bez ułamkowego określania ich części. W praktyce istota zapisu windykacyjnego sprowadza się do natychmiastowej realizacji woli spadkodawcy już z chwilą otwarcia spadku, co stanowi istotny wyłom w polskim prawie spadkowym opartym na sukcesji uniwersalnej.

## 2. Formy wyrażenia woli przez spadkodawcę – testament, zapis windykacyjny, zapis, polecenie

Przede wszystkim, jak już zostało wskazane wcześniej, jedyną przewidzianą wprost przez ustawodawcę formą wyrażenia woli przez spadkodawcę jest sporządzenie testamentu<sup>12</sup>. Zgodnie z art. 941 k.c., rozrządzić majątkiem na wypadek śmierci można jedynie przez testament<sup>13</sup>. Oświadczenie woli spadkodawcy można uznać za testament jedynie

<sup>10</sup> J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 649 k.p.c.*, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. T. 2*, Warszawa 2014, s. 904.

<sup>11</sup> Ustawa z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 85, poz. 458).

<sup>12</sup> Szerzej o pojęciu i znaczeniu testamentu S. Wójcik, F. Zoll, *Testament...*, s. 79 i n.; J.S. Piątowski, B. Kordasiewicz, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2011, s. 101 i n.

<sup>13</sup> Szerzej: M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia testamentowe*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2; M. Niedośpiał, *Testament w polskim prawie cywilnym. Zagadnienia ogólne*, Kraków 1991; M. Niedośpiał, *Zagadnienia ogólne testamentu w polskim prawie cywilnym*, Kraków–Poznań 1993; Z. Radwański, *Wykładowia testamentów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1993, nr 1; A. Rojek, *Wydziedziczenie i testament negatywny*, „Przełęcz Sądowy” 2006, nr 9; J. Rudnicki, *Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 2; E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004.



wtedy, gdy istnieje wola testowania, tzn., gdy sama treść oświadczenia woli i użyte sformułowania oraz okoliczności złożenia oświadczenia o tym świadczą<sup>14</sup>. W tym zakresie spadkodawca najszerzej korzysta ze swobody testowania i ograniczenia co do swobody rozrządzeń mogą wynikać jedynie z ustawy odnośnie regulacji co do czynności prawnych<sup>15</sup>. Konieczność zapewnienia realizacji woli spadkodawcy i zasada pierwszeństwa testamentu nad dziedziczeniem ustawowym została potwierdzona także w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego, który podkreślał, że z polskiej Konstytucji płynie nakaz uwzględniania woli właściciela jako podstawowego czynnika rozstrzygającego o tym, komu mają w razie jego śmierci przypaść przedmioty, które tworzą jego majątek. Jako przykład takiego wyroku można podać wyrok TK z 25 lutego 1999 r.<sup>16</sup>. W konsekwencji należy uznać, że zakwestionowanie woli spadkodawcy może nastąpić jedynie wyjątkowo i w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Nadmierna ingerencja ustawy w suwerenność ostatniej woli spadkodawcy może być uznana za naruszenie istoty prawa dziedziczenia”.

Szczególną formą wyrażenia przez spadkodawcę określonej woli są rozrządzenia testamentowe. Jest to zatem zapis i polecenie testamentowe. Zawiadomienie o dokonanym otwarciu i ogłoszeniu testamentu powinno obejmować informacje o istotnych dla danej osoby rozrządzeniach testamentowych oraz o prawie żądania odpisów i wyciągów z akt sprawy (art. 525 k.p.c.). W szczególności chodzi tu o otrzymanie odpisu testamentu.

Zgodnie z art. 968 § 1 k.c., spadkodawca może przez rozrządzenie testamentowe zobowiązać spadkobiercę ustawowego lub testamentowego do spełnienia określonego świadczenia majątkowego na rzecz oznaczonej osoby (zapis zwykły), zaś jak stanowi art. 968 § 2 k.c., spadkodawca może obciążyć zapisem zwykłym także zapisobiercę (dalszy zapis)<sup>17</sup>. Zapis zwykły nie powoduje innych skutków poza tymi, iż zapisobiercy mają roszczenie o wykonanie zapisu (do spadkobierców, innych zapisobierców). W wyniku zapisu przedmioty spadkowe nie przechodzą automatycznie (z mocy prawa) na zapisobiercę. Skutkiem zapisu jest

<sup>14</sup> Postanowienie SN z 22 grudnia 1997 r. (II CKN 542/97), OSNC 1998, nr 7–8, poz. 118.

<sup>15</sup> J. Ciszewski, J. Knabe, *Komentarz do art 941 k.c.*, w: J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 1595.

<sup>16</sup> Wyrok TK z 25 lutego 1999 r. (K 23/98), OTK 1999, nr 2, poz. 25.

<sup>17</sup> J.S. Piątowski, B. Kordasiewicz, *Prawo...*, s. 130.



powstanie roszczenia po stronie zapisobiorcy – może on domagać się (również przed sądem) wykonania zapisu – tj. sporządzenia umowy ze spadkobiercą (spadkobiercami) o przekazanie własności i wydanie rzeczy zapisanej przez spadkodawcę. Zapisem zwykłym może być np. wydanie (przeniesienie własności) określonej rzeczy wchodzącej do spadku, zapłata określonej sumy pieniężnej czy przelew wierzytelności lub wykonanie określonego dzieła przez obciążonego zapisem na rzecz zapisobiorcy. Przedmiotem zapisu na tle k.c. może być także, jak zostało wskazane w literaturze, posiadanie<sup>18</sup>. Jak wskazał Sąd Najwyższy, może to być także zobowiązanie do ustanowienia odrębnej własności lokalu<sup>19</sup>, ułamek udziału spadkowego<sup>20</sup>, czy przyszłe i powtarzające się świadczenie pieniężne<sup>21</sup>.

Tym samym testator, chcąc dokonać ściśle określonego przysporzenia na rzecz osoby wskazanej w testamencie, może zrealizować swój zamiar w drodze ustanowienia zapisobiorcy<sup>22</sup>. Istnieje duża swoboda spadkodawcy nie tylko w określaniu przedmiotu zapisu zwykłego, ale także w regulowaniu stosunków między stronami kreowanego zobowiązania, czyli wszystkich jego elementów łącznie ze sposobem, miejscem, terminem wykonania oraz skutkami jego niewykonania lub nienależytego wykonania. Odnosi się to w równej mierze do zobowiązania z tytułu zapisu zwykłego, jak i dalszego zapisu. Podstawowe znaczenie przy ustanowieniu zapisu ma wola testatora i strony, wykonując zapis, powinny się jej podporządkować<sup>23</sup>.

Polecenie testamentowe jest także rozrządzeniem testamentowym spadkodawcy. Zgodnie z art. 982 k.c. spadkodawca może włożyć na spadkobiercę lub na zapisobiercę obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem. Rozrządzenie takie może być umieszczone wyłącznie w testamencie, spadkodawca musi więc uczynić je osobiście<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> M. Niedośpiał, *Zasadnicze...*, s. 65.

<sup>19</sup> Uchwała SN z 20 listopada 1981 r. (III CZP 48/81), OSN 1982, nr 4, poz. 49.

<sup>20</sup> Uchwała SN z 18 grudnia 1990 r. (III CZP 68/90), OSN 1991, nr 8–9, poz. 102 z glosą E. Skowrońskiej, „Przegląd Sądowy” 1991, nr 1–2 oraz E. Niezbeckiej, OSP 1992, nr 7–8, poz. 163.

<sup>21</sup> Uchwała SN z 21 grudnia 1971 r. (III CZP 82/71), OSN 1972, nr 4, poz. 65.

<sup>22</sup> E. Niezbecka, *Ustanowienie spadkobiercy i zapisobiercy w testamencie*, „Rejent” 1992, nr 6, s. 36.

<sup>23</sup> E. Niezbecka, *Ustanowienie spadkobiercy...*, s. 36.

<sup>24</sup> E. Niezbecka, *Komentarz do art. 982 k.c.*, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. IV. Spadki*, Warszawa 2012, s. 212.

Spadkodawca może także w testamencie ustanowić wykonawcę testamentu. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 986 § 1 k.c., spadkodawca może w testamencie powołać wykonawcę lub wykonawców testamentu. Zadaniem wykonawcy testamentu jest wykonanie określonej w testamencie woli zmarłego. W tym celu wykonawca testamentu ma uprawnienie do zarządzania majątkiem spadkowym i posiadania tego majątku. Uprawniony jest także do sprawowania zarządu całym spadkiem, jego zorganizowaną częścią lub oznaczonym składnikiem spadku (art. 986<sup>1</sup> k.c.), a także do sprawowania zarządu przedmiotem zapisu windykacyjnego do chwili objęcia we władanie tego przedmiotu przez osobę, na której rzecz uczyniono zapis windykacyjny (art. 990<sup>1</sup> k.c.)<sup>25</sup>. W świetle art. 988 § 2 k.c. wykonawca testamentu może pozywać i być pozywany także w sprawach wynikających z zarządu zorganizowaną częścią spadku lub jego oznaczonym składnikiem. Regulacja ujęta w art. 989 k.c. została uzupełniona o dodatkowe zakresy działania wykonawcy testamentu. Przepis art. 986<sup>1</sup> k.c. usuwa wątpliwości co do zakresu kompetencji wykonawcy testamentu, szczególnie w kontekście możliwości powołania kilku wykonawców testamentu. Testator swobodnie decyduje, kogo powołuje na wykonawcę testamentu, oraz o tym, czym dany wykonawca będzie zarządzał<sup>26</sup>. Dla realizacji ostatniej woli spadkodawcy celowe jest częste ustanawianie osoby wykonawcy testamentu. Powołanie takiej osoby, będącej jednocześnie osobą wykazującą się w ocenie spadkodawcy szczególną moralnością czy profesjonalizmem, pozwala lepiej zabezpieczyć praktyczne wykonanie ostatniej woli spadkodawcy. Pozwala jednocześnie na łagodne przejście majątku spadkowego z posiadania jednej osoby w posiadanie spadkobiercy, co jest szczególnie istotne w tych częściach spadku, które przejawiają funkcję produkcyjną, np. w przypadku przedsiębiorstwa.

Najbardziej efektywnym sposobem zapewnienia realizacji woli spadkodawcy jest zapis windykacyjny<sup>27</sup>. Wywołuje on skutki rzeczowe z chwilą otwarcia spadku (zapisobierca windykacyjny staje się wówczas *ex lege* uprawnionym do przedmiotu zapisu). W przypadku zapisu

---

<sup>25</sup> A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego w zakresie prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12, s. 633.

<sup>26</sup> E. Niezbecka, *Komentarz do art. 986<sup>1</sup> k.c.*, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, s. 220.

<sup>27</sup> W uzasadnieniu ustawy wprowadzającej zapis windykacyjny do kodeksu cywilnego podkreślono, że wcześniejszy stan prawa spadkowego nie spełniał oczekiwań społecznych – uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3018, Sejm VI kadencji, <http://www.sejm.gov.pl>, s. 1.

windykacyjnego bezpośrednia sukcesja następuje po spadkodawcy i ma charakter syngularny. Pomiędzy spadkodawcą a zapisobiercą nie istnieje węzeł prawny<sup>28</sup>. Poprzez uczynienie takiego zapisu spadkodawca decyduje wprost, że określone, poszczególne przedmioty majątkowe mają przysiąc określonym osobom, te przedmioty majątkowe stają się własnością tych osób natychmiast w chwili śmierci spadkodawcy i przedmioty te w ogóle nie należą do spadku. Ustawodawca uznał zatem, że zapis windykacyjny w testamencie jest rozwiązaniem korzystniejszym dla spadkodawcy niż umowa darowizny na wypadek śmierci, gdyż pozwala najpełniej urzeczywistnić wolę spadkodawcy. Spadkodawca może odwołać testament, zmienić go w każdej chwili, np. w razie zmiany sytuacji majątkowej. Jego treść pozostaje niejawną do chwili śmierci, co nie wpływa na relacje rodzinne. Zapisobiercy ponoszą odpowiedzialność za długi spadkowe, zatem nie wpłynie to na zaspokojenie wierzycieli spadkodawcy. W tym jest przewaga zapisu windykacyjnego nad darowizną na wypadek śmierci, która miała stanowić alternatywę dla testamentu i zapisu windykacyjnego, co postulowano w literaturze od dłuższego czasu<sup>29</sup>. Jest to postanowienie spadkodawcy zawarte w testamencie sporządzonym w formie aktu notarialnego, w którym przeznaczona dla konkretnej osoby przedmiot tego zapisu, czyli: rzecz oznaczoną co do tożsamości, zbywalne prawo majątkowe, przedsiębiorstwo, gospodarstwo rolne lub ustanowienie na rzecz zapisobiercy użytkowania lub służebności.

Zapis windykacyjny daje spadkodawcy możliwość bezpośredniego rozdysponowania określonych składników majątku określonym osobom, które staną się właścicielami tych przedmiotów „od razu”. Ten zapis ma więc znaczenie najczęściej w trzech niezwykle ważnych obszarach, tj. w działalności gospodarczej, w razie możliwego sporu pomiędzy spadkobiercami, w sytuacji, gdy spadkobiercami są dzieci. Ustanowienie zapisu windykacyjnego stanowi jedno z rozrządzeń testamentowych, które stwarza możliwość zadysponowania określonymi przedmiotami

<sup>28</sup> M. Niedośpiał, *Swoboda testowania*, Bielsko Biała 2004, s. 93 i n.; J. Górecki, *Zapis windykacyjny – uwagi de lege ferenda*, w: E. Drozd, A. S. Oleszko, M. Pazdan (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego*, Kluczbork 2007, s. 129 i n.; H. Witczak, *Zapis windykacyjny*, EP 2011, nr 5, s. 4 i n.

<sup>29</sup> J. Biernat, *Z problematyki tzw. testamentu działowego w polskim prawie spadkowym*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4, s. 48 i n.; M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia testamentowe...*, s. 70; K. Łaski, *Postępowanie spadkowe, Proponowane kierunki zmian*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2001, nr 7–8, s.86 i n.,

majątkowymi na rzecz oznaczonych podmiotów, bez powoływania ich do dziedziczenia z bezpośrednim skutkiem rzeczowym<sup>30</sup>.

Sąd w postanowieniu o stwierdzeniu nabycia zapisu windykacyjnego powinien wskazać – sposób niebudzący wątpliwości – zapisobiorcę (zapisobiorców) i niezbędne dane pozwalające na indywidualizację przedmiotu dokonanego zapisu, np. w odniesieniu do nieruchomości nr księgi wieczystej lub w przypadku jej braku dane z ewidencji gruntów i budynków. Natomiast jeżeli przedmiotem zapisu są rzeczy ruchome, sąd powinien wskazać na ich cechy odróżniające je od innych rzeczy ruchomych np. marka, numer rejestracyjny, ewidencyjny czy też seryjny itp.<sup>31</sup>

Zaznaczyć należy, że wola spadkodawcy i swoboda testowania ma znaczenie wtedy, gdy została przez spadkodawcę w sposób należyty wyrażona. Jak stanowi art. 926 § 1 k.c., powołanie do spadku wynika z ustawy albo z testamentu i powołanie do dziedziczenia z testamentu ma pierwszeństwo przed powołaniem z ustawy<sup>32</sup>. Ustawodawca stoi także na stanowisku ochrony interesów spadkobierców. W chwili otwarcia testamentu zmieniają się zasady dziedziczenia i osoby powołane do spadku z mocy ustawy mogą zostać pominięci w prawie do dziedziczenia i podziału masy spadkowej. W takiej sytuacji osoby te, które czują się pokrzywdzone w wyniku podziału masy spadkowej na mocy testamentu, mogą domagać się rekompensaty pieniężnej w formie zachowku od spadkobierców. Zachowku można dochodzić w postępowaniu sądowym, jeżeli spadkobiercy nie chcą wypłacić należnych im kwot w drodze ugody. W przypadku dziedziczenia ustawowego przepisy wyznaczają zakres i krąg podmiotów, które z tytułu więzów rodzinnych i prawnych uprawnione zostały do dziedziczenia<sup>33</sup>. Zatem gdy spadkodawca nie sporządził testamentu, krąg i kolejność spadkobierców wyznacza ustawa kodeksu cywilnego<sup>34</sup>. Testament może zmieniać kolejność dziedziczenia

<sup>30</sup> H. Witczak, *Zmiany w prawie spadkowym – zapis windykacyjny*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 20, s. 1082.

<sup>31</sup> J. Górecki, *Zapis windykacyjny w praktyce notarialnej*, „Rejent” 2012, nr 7, s. 30 i in.

<sup>32</sup> J. Ciszewski, J. Knabe, *Komentarz do art. 926 k.c.*, w: J. Ciszewski (red.), *Kodeks...*, s. 1559.

<sup>33</sup> L. Kaltenberg-Skarbek, W. Żurek, *Prawo spadkowe...*, s. 30 i n.

<sup>34</sup> Szerzej J. Gwiazdomorski, *Dziedziczenie ustawowe w projekcie kodeksu cywilnego PRL*, w: *Materiały dyskusyjne do projektu kodeksu cywilnego PRL*, Warszawa 1955, s. 180 i n.; J. Gwiazdomorski, *Ustawowe i testamentowe dziedziczenie*

określoną w Kodeksie cywilnym (dziedziczenie ustawowe) i istnieje wówczas możliwość rozrządzenia majątkiem w stosunku do osób także spoza grup uprawnionych do dziedziczenia według zasad dziedziczenia ustawowego.

### 3. Postępowanie działowe a wola spadkodawcy

Długo czas w polskim prawie cywilnym zasada sukcesji uniwersalnej powodowała, że w chwili otwarcia spadku spadkobierca nie otrzymywał praw do przedmiotów, które dano mu w testamencie<sup>35</sup>. Prawa takie spadkobierca uzyskiwał dopiero wraz z dokonaniem działu spadku. Złożone z wielu elementów postanowienie działowe obejmuje rozliczenie wzajemnych między uczestnikami należności i rozstrzygnięcie o spornych między nimi stosunkach. Dotyczy zatem uregulowania stanu prawnego po otwarciu spadku i poczynienia wszelkich rozliczeń, w mniejszym stopniu zaś nacisk kładziony jest tu na realizację rzeczywistej woli spadkodawcy.

Podstawowym celem postępowania działowego jest doprowadzenie do tego, aby pomiędzy współspadkobiercami przestała istnieć wspólność wynikająca z dziedziczenia<sup>36</sup>. Zgodnie z art. 686 k.p.c., w postępowaniu działowym sąd rozstrzyga także o istnieniu zapisów zwykłych, których przedmiotem są rzeczy lub prawa należące do spadku, jak również o wzajemnych roszczeniach pomiędzy współspadkobiercami z tytułu posiadania poszczególnych przedmiotów spadkowych, pobranych pożytków i innych przychodów, poczynionych na spadek nakładów i spleconych długów spadkowych<sup>37</sup>. W postępowaniu o dział spadku sąd

---

*gospodarstw rolnych*, „Państwo i Prawo” 1966, nr 6; J. Gwiazdomorski, *Zarys prawa spadkowego*, Warszawa 1972; M. Pazdan, *O potrzebie i kierunkach zmian dziedziczenia ustawowego w polskim prawie cywilnym*, „Rejent” 2005, nr 9; M. Pazdan, *Projektowane zmiany w unormowaniu dziedziczenia ustawowego*, „Rejent” 2008, nr 4; W. Żukowski, *Porządek dziedziczenia ustawowego po nowelizacji kodeksu cywilnego ustawami z dnia 2 kwietnia 2009 r. oraz 18 marca 2011 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, nr 1.

<sup>35</sup> Na gruncie wcześniej obowiązującego stanu prawnego SN w uchwale wydanej na podstawie przepisów prawa spadkowego wskazał, że niedopuszczalność testamentu działowego wywołującego skutki rzeczowe wynika z zasady sukcesji uniwersalnej – uchwała SN z 17 grudnia 1947 r. (C 7/74), OSNC 1948, nr 1, poz. 2.

<sup>36</sup> A. Stempniak, *Tryby działu spadku*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 9, s. 413 i n.

<sup>37</sup> Szerzej: M. Frasz, *Dział spadku. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Rejent” 2006, nr 2; T. Misiuk, *Problemy...*; R. Moszyński, J. Policzkiewicz, *Działy spadkowe*, Warszawa 1961; A. Oleszko, *Umowy prawa spadkowego oraz mające zastosowanie w sprawach spadkowych w świetle praktyki sądowej i notarialnej*, Warszawa 1989;

rozstrzyga także o wzajemnych roszczeniach pomiędzy współspadkobiercami z tytułu posiadania poszczególnych przedmiotów spadkowych, pobranych pożytków i innych przychodów, poczynionych na spadek nakładów i spłaconych długów<sup>38</sup>.

Dział spadku może polegać na zgodnym porozumieniu wszystkich spadkobierców ze sobą i podpisaniu umowy, tzw. umownego działu spadku (art. 1037 k.c.) lub przeprowadzeniu postępowania sądowego (sądowy dział spadku).

Umowny dział spadku może nastąpić w postaci umowy pozasądowej, ugody sądowej zawartej w postępowaniu pojednawczym, ugody sądowej zawartej w postępowaniu nieprocesowym i ugody zawartej przed sądem polubownym<sup>39</sup>. Umowny dział spadku wymaga zgody wszystkich spadkobierców zarówno co do potrzeby dokonania podziału, techniki (metody) jego przeprowadzenia, w tym także wysokości i sposobu świadczenia ewentualnych spłat i dopłat, jak i co do formy tej czynności prawnej<sup>40</sup>.

W sytuacji braku porozumienia sąd ustala skład i wartość konkretnych części spadku, czasami spadek jest przekazywany jednemu spadkobiercy z obowiązkiem spłaty pozostałych. Sądowy dział spadku wchodzi w rachubę w szczególności wtedy, gdy spadkobiercy nie dokonali działu umownego oraz nie sporządzili zapisu na sąd polubowny, gdy – stosownie do art. 1045 k.c. – nastąpiło uchylene się od skutków prawnych umowy o dział spadku<sup>41</sup> albo umowa o dział spadku okazała się bezwzględnie nieważna. W przypadku, gdy działem spadku objęto tylko jego część, osoby zainteresowane mogą żądać dokonania działu pozostałej części spadku<sup>42</sup>. Do sądowego działu spadku, dokonywanego na mocy orzeczenia sądu, może dojść w postępowaniu nieprocesowym

---

M. Pazdan, *Umowny dział spadku w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Prace z prawa cywilnego, wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątowskiego*, Wrocław 1985; P. Pogonowski, *Postępowanie o dział spadku*, „Rejent” 2005, nr 9; A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2010; A. Stempniak, *Tryby działu spadku*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 9; R. Szytk, *Dział spadku i zniesienie współwłasności gospodarstwa rolnego*, „Rejent” 2001, nr 9.

<sup>38</sup> Uchwała SN z 26 marca 1970 r. (III CZP 7/70), OSNCP 1970, nr 12, poz. 219.

<sup>39</sup> T. Misiuk, *Problemy integracyjne postępowania działowego*, cz. 2, „Palestra” 1973, nr 9, s. 3.

<sup>40</sup> J. Kremis, *Rozdział XI. Dział spadku*, w: *System Prawa Prywatnego...*, t. 10, s. 766.

<sup>41</sup> Uchwała SN z 6 marca 1967 r. (III CZP 7/67), OSNCP 1967, nr 10, poz. 171.

<sup>42</sup> Uchwała SN z 28 sierpnia 1986 r. (III CZP 47/86), OSNCP 1987, nr 8, poz. 114.



wym prowadzonym przed sądem, jak też w postępowaniu przed sądem polubownym.

Ponadto dział spadku może być rozstrzygnięty w testamencie przed notariuszem albo może mieć miejsce tzw. cywilny podział spadku – tj. sprzedaż przedmiotów wchodzących w skład spadku i uzyskana w ten sposób suma zostaje podzielona pomiędzy współspadkobierców proporcjonalnie do ich udziałów.

Podział spadku pomiędzy współspadkobierców może zostać dokonany na jeden z trzech sposobów<sup>43</sup>. Poszczególne przedmioty mogą zostać podzielone fizycznie, przyznane poszczególnym spadkobiercom. Następuje to stosownie do wielkości udziałów poszczególnych spadkobierców. W ramach tego podziału dopuszczalne jest ustalenie dopłat na rzecz niektórych współspadkobierców, jeżeli majątku spadkowego nie da się podzielić w taki sposób, aby wartość przedmiotów przyznanych poszczególnym osobom odpowiadała wielkości ich udziałów. Drugim sposobem podziału jest przyznanie pewnych przedmiotów spadkowych w całości jednemu lub kilku współspadkobiercom. Zostają oni z reguły obciążeni obowiązkiem dokonania spłaty na rzecz pozostałych. Trzecim sposobem jest tzw. podział cywilny. Przedmioty należące do spadku zostają sprzedane, a uzyskana kwota ulega podziałowi pomiędzy współspadkobiercami w stosunku do przysługujących im udziałów.

W zasadzie sąd jest związany, bowiem sposobem podziału podanym przez spadkobierców w zgodnym wniosku. Może on od tego odstąpić jedynie wówczas, gdy występuje sprzeczność proponowanego podziału z prawem, zasadami współżycia społecznego albo też podział naruszałby w sposób rażący interesy osób uprawnionych. W przypadku braku zgodnego wniosku uczestników postępowania sąd powinien dokonać działu z uwzględnieniem składu dzielonego spadku oraz interesów poszczególnych współspadkobierców z decydującym wpływem testamentowym rozrządzeniem co do działu spadku tylko w przypadku, kiedy spadkobiercy nie są w pełni zgodni co do sposobu podziału majątku spadkowego<sup>44</sup>. Powinien dążyć w miarę możliwości do dokonania podziału fizycznego. Zatem zasada respektowania woli testatora przy podziale

---

<sup>43</sup> Szerzej na temat przebiegu postępowania i zakresu orzekania T. Misiuk, *Problemy integracyjne postępowania działowego*, cz. 3, „Palestra” 1973, nr 10, s. 46 i n.

<sup>44</sup> W. Ulanowski, *Wpływ woli testatora na dział spadku*, „Radca Prawny” 2012, nr 11, s. 12 i n.



majątku spadkowego ma praktyczne znaczenie wyłącznie w sądowym postępowaniu o dział spadku, przy podziale spadku w naturze, w braku w tym zakresie zgodnej woli współspadkobierców<sup>45</sup>.

Jak wskazał Sąd Najwyższy, jedynie w razie złożenia przez wszystkich współwłaścicieli zgodnego wniosku co do zniesienia współwłasności sąd jest obowiązany wydać postanowienie odpowiadające treści wniosku, jeżeli spełnione zostaną wymagania, o których mowa w art. 621 k.p.c., a projekt podziału nie sprzeciwia się prawu ani zasadom współżycia społecznego, ani też nie narusza w sposób rażący interesu osób uprawnionych. W innych wypadkach sąd nie jest związany wnioskiem co do sposobu zniesienia współwłasności<sup>46</sup>. W braku odmiennej woli spadkodawcy zapisobierca może żądać wykonania zapisu niezwłocznie po ogłoszeniu testamentu.

W świetle regulacji postępowania działowego, tj. art. 682 k.p.c., art. 684 k.p.c., art. 686 k.p.c. oraz regulacji prawa materialnego, uznać należy, iż wiele okoliczności wywiera bezpośredni i pośredni wpływ na to, co każdy ze spadkobierców ma otrzymać ze spadku i szeroko został zakreślony wpływ na treść orzeczenia działowego. Uznać należy, iż uwzględnić tu należy także wskazania spadkodawcy co do określenia sposobu podziału spadku, jak i wskazania co do przyznania określonych przedmiotów poszczególnym spadkobiercom.

Należy zatem, analizując zakres respektowania woli spadkodawcy podczas postępowania działowego wskazać, na ile realnie może on przedstawiać w tym przedmiocie swoje stanowisko i na ile może lub powinno być ono respektowane. Wiąże się to z zagadnieniem zakresu przyznanej w prawie spadkowym swobody testowania i dopuszczalności rozrządzenia spadkodawcy co do działu spadku<sup>47</sup>. Brak jest wyraźnej regulacji ustawowej dopuszczającej dyspozycje testamentowe i możliwość określenia przez spadkodawcę sposobu podziału majątku spadkowego. Zawarcie zatem w testamencie tego rodzaju rozrządzeń nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych i nie wiąże spadkobierców<sup>48</sup>.

Jednakże należy mieć na względzie swobodę testowania, która obejmować może dyspozycje spadkodawcy co do sposobu działu spadku obok innych rozrządzeń testamentowych wskazanych we wcześniejszej

---

<sup>45</sup> T. Felski, *Wpływ woli...*, s. 7.

<sup>46</sup> Postanowienie SN z 6 listopada 2002 r. (III CKN 1372/00).

<sup>47</sup> J. Biernat, *Z problematyki tzw. testamentu działowego...*, s. 33.

<sup>48</sup> J. S. Piątkowski, B. Kordasiewicz, *Prawo spadkowe...*, s. 125, 205.

części opracowania, tj. powołanie do dziedziczenia (art. 959 i n. k.c.), ustanowienie zapisu (art. 968 i n. k.c.), polecenie (art. 982 i n. k.c.), wydziedziczenie (art. 1008 i n. k.c.), czy powołanie wykonawcy testamentu (art. 986 i n. k.c.). Mają one charakter samoistnych rozrządzeń testamentowych, wiążących nie tylko spadkobierców, ale także sąd prowadzący postępowanie działowe. Podstawową regulacją w tym przedmiocie jest art. 961 k.c. stanowiący, iż jeżeli spadkodawca przeznaczył oznaczonej osobie w testamencie poszczególne przedmioty majątkowe, które wyczerpują prawie cały spadek, osobę tę poczytuje się w razie wątpliwości nie za zapisobiercę, lecz za spadkobiercę powołanego do całego spadku. Istnieje częsta praktyka sporządzania testamentu, w którym spadkodawca dokonuje rozrządzenia majątkowego na wypadek śmierci oznaczając poszczególne osoby i mające im przyspaść konkretne przedmioty. Wówczas poprzestanie jedynie na wykładni treści takiego testamentu nie pozwalało rozstrzygnąć istotnej wątpliwości, czy zamiarem spadkodawcy było jedynie powołanie spadkobierców testamentowych, czy też chciał dokonać zapisu<sup>49</sup>. Według SN, ustawodawca – mając na uwadze motywację działań osób sporządzających akt ostatniej woli – przyjął, że przeznaczenie określonej osobie przedmiotów majątkowych wyczerpujących prawie cały spadek jest przejawem woli uczynienia tej osoby swoim następcą prawnym pod tytułem ogólnym, a więc spadkobiercą. Jeżeli przedmioty majątkowe pominięte mają wartość znaczniejszą w relacji do rzeczy i praw objętych testamentem, to wówczas stosowanie art. 961 k.c. jest wyłączone<sup>50</sup>. Jeżeli rozrządzenia testatora nie budzą wątpliwości co do ich charakteru lub w drodze interpretacji testamentu charakter ten można ustalić, to wykluczone jest stosowanie tej dyrektywy. Jednakże w przypadku, gdy testament może być tłumaczony zarówno jako powołanie do spadku, jak i uczynienie zapisu, znajduje zastosowanie dyrektywa zd. 2 art. 961 k.c. mająca na celu usunięcie wątpliwości w sytuacji, gdy spadkodawca wprawdzie dokonał rozrządzeń, ale jednocześnie nie określił jednoznacznie ich charakteru<sup>51</sup>. Wątpliwości wywołuje także relacja zachodząca między zapisem windykacyjnym a art. 961 k.c. Z jednej strony, zapis windykacyjny ma prowadzić do tego, aby oznaczona osoba nabyła określony przedmiot majątkowy, który zostaje wyłączony z masy spadkowej. Z drugiej strony, zgodnie

<sup>49</sup> Szerzej K. Kremis, *Reguły interpretacyjne*, „Rejent” 2009, nr 9, s. 86 i n.

<sup>50</sup> Postanowienie SN z 3 listopada 2004 r. (III CK 472/03), Legalis.

<sup>51</sup> Postanowienie SN z 1 grudnia 2011 r. (I CSK 419/10), Legalis.

z art. 961 k.c., jeżeli zapis bądź zapisy windykacyjne będą wyczerpywać cały lub prawie cały spadek, osoby na rzecz których ustanowiono te zapisy należy traktować nie za zapisobierców, ale za spadkobierców. Relacje te mogą doprowadzić do tego, że zapis windykacyjny będzie pełnił swoją funkcję jedynie wtedy, gdy poza tym zapisem będzie znaczny majątek tworzący masę spadkową. Przy „nieznacznym” spadku zapisobierca windykacyjny staje się niejako „automatycznie” spadkobiercą<sup>52</sup>.

Wskazać można natomiast odnośnie realizacji woli spadkodawcy w postępowaniu działowym trzy stanowiska. Pierwsze przyjmuje w zasadzie, że wskazówki spadkodawcy co do sposobu działu spadku nie mają znaczenia prawnego<sup>53</sup>. Nie jest zatem dopuszczalne umieszczenie tego rodzaju zaleceń w testamencie przez spadkodawcę. Przede wszystkim spadkodawca nie posiada w świetle obowiązujących regulacji prawnych wprost wyrażonych takich uprawnień, poza możliwością zawarcia zapisu windykacyjnego. Drugie stanowisko wskazuje, iż dyspozycje co do działu spadku są samoistnymi rozrządzeniami testamentowymi i są one nie tylko dozwolone, ale i wiążące dla spadkobierców, zatem wiążą także bezwzględnie sąd<sup>54</sup>. W świetle trzeciego stanowiska, decyzja spadkodawcy jest rodzajem zalecenia, które, w miarę możliwości, powinno zostać przez sąd uwzględnione<sup>55</sup>. Istnieje wiele okoliczności, takich jak faktyczne posiadanie, wysokość udziałów spadkobierców czy poczynienie nakładów na schedę spadkową. Zgodnie ze wskazaniem T. Felskiego<sup>56</sup>, zasada respektowania woli testatora przy podziale majątku spadkowego ma praktyczne znaczenie wyłącznie w sądowym postępowaniu o dział spadku, przy podziale spadku w naturze, w braku w tym zakresie zgodnej woli współspadkobierców. Jak wskazuje A. Stempniak<sup>57</sup>, rozrządzenie testatora co do działu spadku może jedynie wpływać na sposób podziału majątku spadkowego. Takie stanowisko podziela także E. Skowrońska-Bocian wskazując, że sąd może odejść od sposobu działu spadku wskazanego przez testatora jedynie

<sup>52</sup> Tak A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego w zakresie prawa spadkowego*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 12, s. 632.

<sup>53</sup> J.S. Piątowski, *Prawo...*, s. 122.

<sup>54</sup> M. Niedpościąg, *Swoboda testowania...*, s. 120–123.

<sup>55</sup> F. Błahuta w: *Kodeks cywilny. Komentarz, t. III*, Warszawa 1972, s. 1856–1857; S. Wójcik w: *System Prawa Prywatnego...*, t. IV, s. 228; J. Biernat, *Umowa o dział spadku...*, s. 158–159; J. Biernat, *Z problematyki...*, s. 37–38.

<sup>56</sup> T. Felski, *Wpływ woli...*, s. 8.

<sup>57</sup> A. Stempniak, *Tryby działu spadku...*, s. 413.

w razie sprzeczności takiego działu z prawem lub z zasadami współżycia społecznego lub pokrzywdzeniu przez taki dział niektórych spadkobierców<sup>58</sup>. Także orzecznictwo stoi na stanowisku umiarkowanych skutków oświadczenia testatora co do sposobu działu spadku wskazując, iż oświadczenia spadkobiercy w postępowaniu działowym, że przekazuje swój udział w spadku innemu spadkobiercy, nie można uznać za zbycie spadku, lecz za wniosek uczestnika postępowania wyrażający jego wolę co do sposobu dokonania działu przez sąd<sup>59</sup>.

Wprowadzenie zapisu windykacyjnego sprawia, że przedmiot nim objęty zgodnie z art. 922 § 2 k.c. zostaje wyłączony ze spadku, tzn. przedmiot ten, co do zasady, zostaje wyłączony z masy spadkowej<sup>60</sup>. Wyjątki występują jedynie w następujących sytuacjach: gdy zapisobierca nie dożył chwili otwarcia spadku (art. 927 w zw. z art. 981 k.c.); gdy zachodzi niezgodność dziedziczenia (art. 928 § 2 w zw. z art. 981 k.c.); gdy zapisobierca odrzucił spadek (art. 1020 w zw. z art. 981 k.c.) i wówczas przedmiot zapisu wchodzi w skład masy spadkowej. Stosownie bowiem do art. 981<sup>5</sup> k.c., do zapisu windykacyjnego stosuje się odpowiednio przepisy o powołaniu spadkobiercy, przyjęciu i odrzuceniu spadku, o zdolności do dziedziczenia i o niegodności i zgodnie z art. 981 k.c. do zapisu windykacyjnego stosuje się odpowiednio przepisy o powołaniu spadkobiercy. Biorąc pod uwagę wprowadzenie do polskiego porządku prawnego zapisu windykacyjnego, który jest testamentem działowym, dział spadku w testamencie wywiera skutki rzeczowe w chwili otwarcia spadku. Prawa takie spadkobierca uzyskuje przed dokonaniem działu spadku, który tych przedmiotów nie obejmuje. W większości poglądów<sup>61</sup> wskazuje się na konieczność orzekania przez sąd w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku o nabyciu przedmiotów rozdysponowanych tytułem zapisu windykacyjnego, co nakłada na sąd spadku konieczność ustalania wielu okoliczności. Przede wszystkim, celem stwierdzenia nabycia przedmiotu zapisu windykacyjnego

<sup>58</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2003, s. 178.

<sup>59</sup> Postanowienie SN z 3 października 1980 r. (III CRN 180/80), OSN 1981, nr 2–3, poz. 45 z glosami: A. Oleszki, „Nowe Prawo” 1983, nr 7–8, s. 156 i n. oraz M. Zychowicza, „Nowe Prawo” 1983, nr 7–8, s. 160 i n.

<sup>60</sup> A. Stempniak, *Nowelizacja Kodeksu cywilnego...*, s. 631.

<sup>61</sup> Ł. Mleko, *O zapisie windykacyjnym i wprowadzeniu do systemu prawnego darowizny na wypadek śmierci*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 6–7, s. 108.

sąd musi ustalić, czy przedmiot ten należał do spadkodawcy w chwili otwarcia spadku<sup>62</sup>.

Uznać zatem można, że w pozostałym zakresie przyjęć należy rozwiązanie pośrednie, wobec braku wyraźnego wskazania, tj. stanowisko spadkodawcy jako testamentowe rozrządzenia spadkodawcy co do działu spadku można traktować jako zalecenie podlegające uwzględnieniu przez spadkobierców dokonujących działu umownego i sąd prowadzący postępowanie działowe o tyle, o ile jest to możliwe i nie jest sprzeczne z celem tego postępowania<sup>63</sup>.

#### **4. Podsumowanie**

Jak zostało wskazane, testament to nie tylko wskazanie spadkobiercy – choć to jego główne zadanie – ale poza tym może on zawierać wiele innych postanowień, określanych mianem rozrządzeń testamentowych. Dopiero instytucja zapisu windykacyjnego zapewniła odpowiedni instrument prawny pozwalający osiągnąć jak najwyższy poziom gwarancji, że wola spadkodawcy będzie w pełni zrealizowana. W przypadkach, kiedy powstawały wątpliwości odnośnie do charakteru prawnego dokonanych rozrządzeń, tj. czy wolą testatora było powołanie wskazanych osób do dziedziczenia, czy jedynie ustanowienie na ich rzecz zapisów, a wykładnia testamentu nie doprowadziła do ich usunięcia, zastosowanie musiały znaleźć reguły interpretacyjne zawarte w przepisie art. 961 k.c., zatem, jeżeli spadkodawca w testamencie przeznaczał oznaczonej osobie poszczególne przedmioty majątkowe, które wyczerpywały prawie cały spadek – (tym bardziej cały spadek), osobę tę poczytywać należało (w razie wątpliwości) nie za zapisobiercę, lecz za spadkobiercę powołanego do całego spadku.

W praktyce wcale nierzadko testator rozrządzał swoim majątkiem na wypadek śmierci właśnie w ten sposób, że przeznaczał określonej osobie/osobom poszczególne przedmioty majątkowe. Niestety, bardzo często pomiędzy wolą spadkodawcy a obowiązującą w odniesieniu do dziedziczenia zasadą sukcesji uniwersalnej, dochodziło do konfliktu. W związku z dopuszczeniem sporządzania zapisów windykacyjnych pojawiła się możliwość uszanowania woli spadkodawców (pełniejsza

---

<sup>62</sup> K. Osajda, *Zapis windykacyjny – nowa instytucja...*, s. 74.

<sup>63</sup> F. Błahuta w: *Komentarz...*, s. 1856–1857; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe...*, s. 90, 222; S. Wójcik w: *System...*, t. IV, s. 455; T. Felski, *Wpływ woli testatora...*, s. 5 i n.; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, s. 301.

realizacja zasady swobody testowania), pełniejsza realizacja celów prawa spadkowego, umożliwienie zapewnienia ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstwa w razie śmierci spadkodawcy (jest jasne, kto jest kompetentny do podejmowania decyzji), lepsza ochrona zapisobiercy w porównaniu z zapisem zwykłym, zwłaszcza przed rozrządzeniem przez spadkobierców przedmiotem zapisu, czy zwiększenie wpływu spadkodawcy na dział spadku, co pozwala na zmniejszenie intensywności sporów między spadkobiercami na tym tle.

Uznać zatem należy, iż w świetle obowiązujących rozwiązań prawnych ustawodawca zapewnił możliwie szerokie poszanowanie woli spadkodawcy w postępowaniu działowym rozwiewając wątpliwości co do konieczności poszanowania woli testatora.

### **Streszczenie**

Najistotniejszą funkcją działu spadku jest jednak urzeczywistnienie celów społeczno-gospodarczych, jakie system prawa spadkowego przypisuje instytucji dziedziczenia, a więc przede wszystkim uzyskanie przez poszczególnych spadkobierców wyłącznych praw do oznaczonych składników majątku spadkowego (scheda spadkowa). Istotne jest jednak respektowanie woli spadkodawcy, który pozostawił majątek spadkowy. Stąd w artykule przeanalizowano, na ile ustawodawca zabezpieczył respektowanie woli spadkodawcy podczas postępowania działowego, na ile decyduje o tym ustawa i czy regulacje w tym przedmiocie są wystarczające. Istotne wydawało się także wskazanie, na ile istotne jest poszanowanie interesów osób najbliższych w zderzeniu z rzeczywistą wolą spadkodawcy.

Słowa kluczowe: wola spadkodawcy, postępowanie działowe, zapis windykacyjny.

### **Abstract**

The most important function of the partition of inheritance is the realization of socio-economic objectives that the law system assigns the institution of succession. Above all the main aim of this procedure is to obtain exclusive rights to the designated assets of the estate by

individual heirs. But it is important to respect the will of the testator, who left a fortune downward. It is reasonable to examine the extent to respect the will of the testator during the partitioning procedure, as far as the law decides about it and whether regulations on this matter are adequate. It also seemed significant to study whether it is important to respect the interests of heirs including the real will of the testator.

Keywords: the testator's will, proceedings for inheritance, regulatory restrictions of inheritance.



Paweł Szulewski<sup>1</sup>

## Śmierć 2.0 – problematyka dóbr cyfrowych *post mortem*

### 1. Wprowadzenie

Niezwykły rozwój Internetu, jego powszechność i prostota obsługi doprowadziły do powszechnej cyfryzacji i przeniesienia wielu płaszczyzn aktywności ludzkiej ze świata rzeczywistego do świata wirtualnego. Obecnie Internet ma szeroki wpływ nie tylko na życie codzienne, wymianę informacji i danych bądź komunikację międzyludzką, ale przyczynił się również do znaczących i postępujących zmian m.in. w gospodarce, prawie oraz samym społeczeństwie. W dzisiejszych czasach prawie każdy jest dostępny i aktywny w sieci, a niektórzy jej użytkownicy spędzają nawet więcej czasu w świecie wirtualnym niż realnym. Coraz więcej osób można również zakwalifikować do tzw. pokolenia cyfrowych tubylców (ang. *Digital Natives*), którzy nie wyobrażają sobie życia bez Internetu, bądź pokolenia cyfrowych imigrantów (ang. *Digital Imigrants*) którzy zostali pośrednio zmuszeni adaptować się do otaczającej ich rzeczywistości<sup>2</sup>. W konsekwencji aktywność życiowa współczesnego społeczeństwa skupia się niewątpliwie w sieci. To właśnie tam robione są zakupy, nawiązywane nowe znajomości, utrzymywane kontakty z przyjaciółmi, słuchana muzyka i oglądane filmy. W Internecie jest prowadzona działalność gospodarcza, rachunki bankowe oraz przechowywane zdjęcia i dokumenty. Ponadto współczesne serwisy internetowe zaliczane do tzw. Web 2.0 umożliwiają swoim użytkownikom dodatkowo aktywne kreowanie nowych treści cyfrowych<sup>3</sup>. W rezultacie każdy z użytkowników Internetu

---

<sup>1</sup> Mgr, Uniwersytet Wrocławski, LL.M.

<sup>2</sup> Zob. M. Prensky, *Digital Natives, Digital Immigrants*, w: *On the Horizon*, „MCB University Press” 2001, nr 5.

<sup>3</sup> Zob. T. O'Reilly, *What Is Web 2.0, Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1>

produkuje, używa i zapisuje ogromną ilość treści cyfrowych, plików i danych wyrażonych w bitach.

Uzasadnionym pytaniem, które należy postawić wobec powyższego stanu faktycznego jest: jaki los spotka wszystkie te treści cyfrowe po śmierci ich użytkowników. Czy dopuszczalne jest mówienie w tym kontekście o spadku cyfrowym? Jakie normy prawne powinny znaleźć zastosowanie? I czy możliwym jest rozporządzanie treściami cyfrowymi na wypadek śmierci, ich przekazanie wskazanym osobom lub wręcz ich dziedziczenie.

Aktualnie, pomimo niezwykłego rozwoju Internetu i wszechobecnej cyfryzacji, nie sposób znaleźć jasne zasady i ramy prawne regulujące los dóbr cyfrowych po śmierci ich użytkowników. Prawo nadal wydaje się nie czynić zadość potrzebom społeczeństwa oraz marginalizować problematykę dóbr cyfrowych. Zarówno praktyka, literatura, ustawodawstwo jak i sądownictwo w wielu krajach nie wypowiada się wcale na ten temat. W innych porządkach prawnych prawodawcy próbują tworzyć zupełnie nowe regulacje prawne dotyczące spadku cyfrowego bądź nowelizować istniejące już normy prawa spadkowego.

Pierwsze regulacje prawne dotyczące dóbr cyfrowych po śmierci ich użytkownika wprowadzono w Stanach Zjednoczonych<sup>4</sup>, gdzie w lipcu 2014 r. Komisja Kodyfikacyjna (ang. *Uniform Law Commission*) przyjęła nowe, kompleksowe ustawodawstwo w tym zakresie – *Fiduciary Access to Digital Assets Act*<sup>5</sup>.

Na terenie Unii Europejskiej problematyka ta została dostrzeżona przez środowisko akademickie m.in. w Wielkiej Brytanii i Niemczech, a także w sąsiedniej Szwajcarii. W Niemczech Naczelna Rada Adwokacka w czerwcu 2013 r. zajęła oficjalne stanowisko w sprawie tzw. spadku cyfrowego i przygotowała opinię prawną dotyczącą problematyki dziedziczenia dóbr cyfrowych<sup>6</sup>.

Zagadnienie to jest szczególnie ważne ze względu na doniosłe konsekwencje braku adekwatnej regulacji oraz skalę zjawiska. Zgodnie

---

<sup>4</sup> Zob. Connecticut Public Act No. 05-136; Rhode Island General Laws, Chapter 33–27; Indiana Code 29-1-13; Oklahoma Statutes, Title 58, Section 269; Idaho Code 15-5-424; Virginia House Bill 1584.

<sup>5</sup> Zob. *Fiduciary Access to Digital Assets Act*, <http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary+Access+to+Digital+Assets>

<sup>6</sup> Zob. *Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass*, „Stellungnahme“ 2013, nr 34.

z danymi statystycznymi Eurostatu współcześnie ponad 72% mieszkańców Unii Europejskiej korzysta regularnie z Internetu<sup>7</sup>, ponadto na świecie jest obecnie ponad 1,35 miliarda aktywnych użytkowników portalu społecznościowego Facebook<sup>8</sup>, spośród których każdej minuty umiera co najmniej trzech<sup>9</sup> pozostawiając po sobie nie tylko profil w tym serwisie, ale również wiele innych dóbr cyfrowych.

## 2. Definicja dóbr cyfrowych

Rozpoczynając rozważania nad możliwością rozporządzania dobrami cyfrowymi na wypadek śmierci, należy najpierw spróbować skonstruować generalną definicję dóbr cyfrowych. Zgodnie z jedną z pierwszych definicji, stworzoną przez A. J. van Niekerk, dobra cyfrowe (ang. Digital Assets) to „dowolna forma treści i/lub środka przekazu wyrażona w postaci kodu binarnego, który wiąże się z prawem do jej użytkowania”<sup>10</sup>. Definicja ta z 2006 r. obecnie wydaje się jednak niepełna, ponieważ poza swoim zakresem pozostawia elementy, które nie są treścią *per se*, takie jak chociażby konta w portalach społecznościowych, nazwy domen, punkty zebrane w programach lojalnościowych, waluty wirtualne czy metadane.

W konsekwencji współcześnie w ustawodawstwie Stanów Zjednoczonych można znaleźć następującą definicję: „(9) «Digital asset» means a record that is electronic. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself a record that is electronic” (Dobra cyfrowe oznaczają zapis w formie elektronicznej. Pojęcie to nie obejmuje aktywów podstawowych lub odpowiedzialności, chyba że aktywa te lub odpowiedzialność są same w sobie zapisem w wersji elektronicznej)<sup>11</sup>.

W Unii Europejskiej brakuje jednolitej definicji dóbr cyfrowych. Niemniej jednak dyrektywa 2011/83/UE w sprawie praw konsumentów wprowadza pojęcie „treści cyfrowe”. Pojęcie to oznacza „dane

---

<sup>7</sup> Zob. Eurostat, *Individuals regularly using the Internet*, 2014.

<sup>8</sup> Zob. *Facebook Newsroom, Company info: Statistics*, <http://newsroom.fb.com/company-info>

<sup>9</sup> Zob. E. Brucker-Kley, T. Keller, L. Kurtz, K. Pärli, M. Schweizer, M. Studer, *Sterben und Erben in der digitalen Welt. Von der Tabuisierung zur Sensibilisierung. Crossing Borders*, „ZHAW School of Management and Law” 2013.

<sup>10</sup> Zob. A.J. van Niekerk, *The Strategic Management of Media Assets: A Methodological Approach*, w: *Allied Academies*, New Orleans 2006.

<sup>11</sup> Tak Fiduciary Access to Digital Assets Act, Section 2 (9).

wytwarzane i dostarczane w formie cyfrowej”<sup>12</sup>. Termin „treści cyfrowe” został wprowadzony do polskiego porządku prawnego ustawą o prawach konsumentów z 30 maja 2014 r.<sup>13</sup>, jednak w kontekście omawianej problematyki jest pojęciem niepełnym i obejmującym jedynie pewien wycinek wszystkich dóbr cyfrowych. Treści cyfrowe pozostawiają bowiem, poza swoim zakresem, wiele istotnych po śmierci użytkownika stosunków prawnych m.in. prawo dostępu i posługiwania się tymi treściami, jak również prawa do konta wirtualnego.

Wobec powyższego, doktryna niemiecka posługuje się pozaustawowym pojęciem spadku cyfrowego (niem. *digitaler Nachlass*), w którego zakres wchodzi wszelkie dobra cyfrowe, przez które rozumie się również prawa autorskie do stworzonych w Internecie utworów, prawa z tytułu rejestracji domen, stosunki obligacyjne pomiędzy dostawcą usług internetowych a użytkownikiem oraz prawo dostępu i korzystania z kont założonych i administrowanych przez użytkownika<sup>14</sup>.

Podsumowując, na potrzeby niniejszego artykułu należy przyjąć, że dobra cyfrowe to pojęcie zbiorcze obejmujące swoim zakresem wszelkie treści cyfrowe, prawo dostępu do tych treści, jak i różnego rodzaju dobra wirtualne, konta oraz serwisy *online*. Pojęcie to obejmuje również dane zgromadzone w chmurze, ślady aktywności w Internecie (metadane), jak również prawa i obowiązki wynikające z umów zawieranych w lub za pośrednictwem Internetu. Drugim kryterium ignorowanym do tej pory przez literaturę, jednak niezmiernie ważnym w kontekście możliwości dziedziczenia dóbr cyfrowych, jest wartość tych dóbr, która może przybrać wymiar ekonomiczny lub sentymentalny. Wobec powyższego zasadnym wydaje się posługiwanie się terminem dobro cyfrowe w miejsce terminu treści cyfrowe.

W oparciu o tak szeroką definicję w praktyce można wyróżnić następujące typy dóbr cyfrowych wraz z przykładami: (1) profile społecznościowe: Facebook, Google+, LinkedIn; (2) klasyczne treści cyfrowe: ebooki – Amazon lub muzyka w formacie cyfrowym – iTunes; (3) wirtualne światy oraz gry online: League of Legends, Second Life; (4) konta w programach lojalnościowych: Payback, HappyPoints; (5) wirtualne

---

<sup>12</sup> Tak dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, art. 2, pkt. 11.

<sup>13</sup> Zob. ustawa z 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014 r. poz. 827).

<sup>14</sup> Zob. *Deutscher Anwaltsverein...*

waluty: BitCoins; (6) konta w portalach aukcyjnych: Allegro, eBay; (7) poczta e-mail: Gmail, Yahoo!; (8) blogi i mikro-blogi: Blogger, Twitter, Instagram; (9) prawa do korzystania z domeny; (10) oraz inne dane przechowywane w chmurze: Dropbox, Office 356.

Bardzo szeroka definicja i wiele różnych typów dóbr cyfrowych obejmuje większość przypadków aktualnie znanych serwisów Web 2.0 pozostawiając zarazem niezbędny luz interpretacyjny, jednak zauważyć należy, iż z perspektywy prawnej wiąże się również z bardzo wieloma odmiennymi rodzajami stosunków prawnych. Poprawna i jednoznaczna kwalifikacja stosunku prawnego w rzeczywistości jest zazwyczaj trudna i złożona lecz ma kluczowy wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie, czy możliwym jest przenoszenie danego typu dóbr cyfrowych zmarłego użytkownika na jego następców prawnych.

### 3. Wartość dóbr cyfrowych

Współcześnie z perspektywy ekonomicznej coraz częściej zaczyna się zauważać, iż dobra cyfrowe mają niewątpliwie swoją wartość. Wartość ta może mieć dwojaki charakter zależny od typu dobra cyfrowego i może być czysto ekonomiczna (możliwa do wyrażenia w pieniądzu) bądź sentymalna (stanowiąca wartość niemajątkową dla określonej grupy osób)<sup>15</sup>.

Domeny internetowe odpowiadające znanym światowym firmom bądź ich markom są najczęściej przywoływanym przykładem dóbr cyfrowych posiadających znaczącą wartość rynkową. Innym adekwatnym przykładem mogą być niepublikowane dotąd, a przechowywane w chmurze utwory znanych artystów. Oczywiście nie wszystkie treści cyfrowe przedstawiają tak ogromną wartość, jak utwory pozostawione przez Nabokova<sup>16</sup> lub Michaela Jacksona<sup>17</sup>, jednak swoją wartość mają niewątpliwie także liczne blogi kulinarne, strony i poradniki poświęcone sportom bądź podróżom, *fanpage* na Facebooku opatrzone dużą ilością „Like-ów” oraz wideo-blogi i kanały na YouTube. Jednak rynkowa wartość dóbr cyfrowych jest nie tylko związana z powyższymi przykładami.

---

<sup>15</sup> Zob. L. Edwards, E. Harbinja, „*What happens to my Facebook profile when I die?*” *Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death*, „CREATE Working Paper” 2013, nr 5.

<sup>16</sup> Zob. A. Kirschbaum, *The Inside Story of Nabokov's Last Work*, „The Guardian” z 17 listopada 2009 r.

<sup>17</sup> Zob. informacja prasowa Epic Records, *Xscape: New Michael Jackson Album*, 31 marca 2014 r.

Swoją wartość ekonomiczną mają również kolekcje muzyki w formie cyfrowym lub e-booków, awatary użytkowników, bądź wręcz same konta graczy. Pominąć nie można również baz danych, korespondencji służbowej, list kontaktów, obrotu z tytułu działalności e-commerce oraz same konta w portalach aukcyjnych.

Współcześnie świadomość wartości ekonomicznej dóbr cyfrowych zaczyna rosnąć przede wszystkim wśród ekonomistów i przedstawicieli świata biznesu, ale również wśród samych użytkowników. Z perspektywy makroekonomicznej skalę zjawiska obrazuje dobrze raport przygotowany przez firmę McKinsey&Company z lipca 2013 r. Zgodnie z jego wynikami inwestycje na świecie w kapitał cyfrowy osiągnęły ponad 6 bilionów USD, co stanowi około 8,5% nominalnego światowego PKB<sup>18</sup>. Podobne rezultaty pokazuje raport firmy PriceWaterhouseCoopers UK, zgodnie z którym konsumenci w skali roku w Wielkiej Brytanii wydają około 50 miliardów GBP rocznie na treści cyfrowe i usługi w sieci<sup>19</sup>. Natomiast z perspektywy mikroekonomicznej ten sam raport pokazuje, że przeciętny Brytyjczyk posiada 42 ebooki, 30 seriali telewizyjnych, 2678 piosenek i 28 filmów w formie cyfrowym<sup>20</sup>. Z kolei zgodnie z raportem firmy McAfee, która w 2011 r. w Stanach Zjednoczonych przeprowadziła ankietę dotyczącą wartości posiadanych przez użytkowników dóbr cyfrowych, statystyczny użytkownik posiada dobra cyfrowe o wartości ponad 37.000 USD. Na kwotę tę składają się treści dotyczące wspomnień osobistych wycenionych na 19 tys. USD, dokumenty osobiste – 7000 USD, informacje i treści zawodowe – 4000 USD, treści i dobra związane z zainteresowaniami i hobby – 3000 USD, komunikacja – 3000 USD oraz treści rozrywkowe – 2000 USD<sup>21</sup>. Wyniki takie mogą budzić pewne zaskoczenie i poprzez prawdopodobne przeszacowanie poddawać w wątpliwość rezultat końcowy, jednak niewątpliwie wskazują i potwierdzają, że dobra cyfrowe reprezentują niebagatelną wartość ekonomiczną oraz ulokowany w nich kapitał.

---

<sup>18</sup> Zob. J. Bughin, J. Manyika, *Measuring the full impact of digital capital*, [http://www.mckinsey.com/Insights/High\\_Tech\\_Telecoms\\_Internet/Measuring\\_the\\_full\\_impact\\_of\\_digital\\_capital?cid=other-eml-alt-mkq-mck-oth-1307](http://www.mckinsey.com/Insights/High_Tech_Telecoms_Internet/Measuring_the_full_impact_of_digital_capital?cid=other-eml-alt-mkq-mck-oth-1307)

<sup>19</sup> Zob. PricewaterhouseCoopers LLP (PWC UK), *The value of a digital life*, <http://www.pwc.co.uk/cyber-security/insights/digital-lives-we-value-our-digital-assets-at-25-billion.jhtml>

<sup>20</sup> *The value of...*

<sup>21</sup> Zob. McAfee, *McAfee Reveals Average Internet User Has More Than \$37,00 in Underprotected Digital Assets*, w: <http://www.mcafee.com/us/about/news/2011/q3/20110927-01.aspx>



Niemniej jednak nie wszystkie dobra cyfrowe mają tak oczywistą wartość ekonomiczną. Niektóre z nich, takie jak osobiste zdjęcia, filmy z uroczystości rodzinnych, prywatne konta w serwisach społecznościowych bądź tweety na Twitterze mogą nie mieć tak jednoznacznej wartości ekonomicznej, mają jednak z całą pewnością ogromną wartość osobistą, sentymentalną, niemajątkową dla osób najbliższych zmarłego<sup>22</sup>. Ponadto dobra cyfrowe stworzone lub posiadane przez zmarłego użytkownika mogą również być nośnikiem wspomnień o tej osobie i mieć istotne znaczenie z perspektywy historycznej, socjologicznej i psychologicznej<sup>23</sup>. Nie sposób zgodzić się z opinią wyrażoną przez J.P. Hopkinsa, zgodnie z którą niektórym dobrom cyfrowym, takim jak np. konta w serwisach randkowych czy cyfrowe treści dla dorosłych, nie sposób przypisać żadnej wartości ekonomicznej i dlatego należy wyłączyć je z omawianego zakresu<sup>24</sup>.

#### 4. Dobra cyfrowe *post mortem*

Rozważając skutki, jakie śmierć użytkownika może wywołać w kontekście dóbr cyfrowych, w praktyce możliwe są cztery scenariusze: (1) porzucenie dóbr cyfrowych; (2) całkowite usunięcie dóbr cyfrowych – implementacja prawa do bycia zapomnianym w Internecie (*right to be forgotten*); (3) archiwizacja dóbr cyfrowych zmarłego użytkownika; (4) oraz przeniesienie – dziedziczenie dóbr cyfrowych.

Obecnie pierwszy z wyżej wymienionych scenariuszy jest najczęściej spotykany. Wielu użytkowników dóbr cyfrowych, jak również ich najbliższych czy spadkobierców nie postrzega dóbr cyfrowych jako elementu spuścizny pozostawionej przez zmarłego. Dobra cyfrowe najczęściej zostają niesłusznie wyłączone z obszaru zainteresowania najbliższych. Wynika to często pośrednio z braku informacji na temat dóbr cyfrowych zmarłego. Przeciętny użytkownik posiada bowiem około 26 kont do różnych serwisów i portali internetowych<sup>25</sup>. Najbliżsi zmarłego

---

<sup>22</sup> L. Edwards, E. Harabinja, *Protecting Post-mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World*, „Cardozo Arts & Entertainment Law Journal” nr 1.

<sup>23</sup> Zob. R.N. McEwen, K. Scheaffer, *Virtual Mourning and Memory Construction on Facebook: Here Are the Terms of Use*, „Bulletin of Science Technology & Society” nr 3–4.

<sup>24</sup> Zob. J.P. Hopkins, *Afterlife in the Cloud: Managing a Digital Estate*, „Hastings Science and Technology Law Journal” z 4 sierpnia 2013 r.

<sup>25</sup> J.P. Hopkins, *Afterlife...*



oraz jego spadkobiercy najczęściej nie mają wiedzy na temat w/w kont, co uniemożliwia podjęcie jakichkolwiek działań, a te podejmowane są najczęściej bardzo czasochłonne i charakteryzują się znikomą skutecznością. Powyższe czynniki prowadzą do „życia po życiu” wielu profili osób zmarłych w serwisach społecznościowych. Tylko w 2012 r. na Facebooku znajdowało się ponad 30 mln profili osób zmarłych<sup>26</sup>. Profile takie w żargonie określane jako „profile widmo” bądź „profile zombie”, po pierwsze, są niezwykle trudnym doświadczeniem z perspektywy najbliższych zmarłego ze względu na automatyczne ich wyświetlanie, autouzupełnianie i sugerowanie w wynikach wyszukiwarki czy przypomnienia o zbliżających się wspólnych rocznicach bądź urodzinach. Po drugie jednak, porzucone profile stanowią realne zagrożenie z perspektywy bezpieczeństwa w Internecie. Stają się one bardzo łatwym łupem dla osób zajmujących się cyberprzestępczością bądź kradzieżą tożsamości. Po trzecie, z ekonomicznego punktu widzenia porzucenie dóbr cyfrowych wiąże się z utratą zgromadzonego przez zmarłego w tej formie kapitału.

Drugim rozwiązaniem jest całkowite usunięcie dóbr cyfrowych i ich kopii z Internetu. Z technicznego punktu widzenia rozwiązanie to jest niezmiernie trudne, a prawdopodobnie wręcz niemożliwe do zrealizowania ze względu na mnogość kopii danych zapisanych w wielu różnych miejscach i na licznych serwerach. Niektórzy dostawcy usług udostępniają obecnie możliwość usunięcia treści cyfrowych, konta bądź profilu w oparciu o regulacje zawarte w warunkach świadczenia usług (ang. *Terms & Conditions*). Możliwość taka w większości przypadków wymaga jednak pewnej aktywności samego użytkownika dóbr cyfrowych, a zatem w praktyce wyłącza możliwość jakiegokolwiek działania podjętego po śmierci użytkownika przez jego najbliższych bądź spadkobierców. Tylko nieliczni dostawcy usług (Facebook, Google) umożliwiają osobom najbliższym po śmierci użytkownika zwrócenie się z prośbą o usunięcie dóbr cyfrowych. Inni (np. Yahoo!, Twitter, Xing) zastrzegają sobie prawo automatycznego usunięcia konta po upływie określonego czasu całkowitego braku aktywności użytkownika. Zauważyć należy, że całkowite usunięcie dóbr cyfrowych podobnie jak ich porzucenie wiąże się z utratą ulokowanego w nich kapitału jak również prowadzi do pewnych braków dokumentacyjnych z perspektywy historycznej.

---

<sup>26</sup> Tak J. Kaleem, *Death On Facebook Now Common As “Dead Profiles” Create Vast Virtual Cemetery*, „The Huffington Post” z 7 grudnia 2012 r.

W czasach, gdy większość wspomnień zapisywana jest w wersji cyfrowej, przeżycia opisywane są na blogach lub portalach społecznościowych, zdjęcia i filmy przechowywane w wersji elektronicznej, bezpowrotne ich usunięcie może wywołać znaczącą lukę historyczną i doprowadzić do sytuacji, w której nie będzie możliwości odtworzenia bądź przekazania pamiątek i dorobku „cyfrowych tubylców” kolejnym pokoleniom.

Trzecim rozwiązaniem jest archiwizacja dóbr cyfrowych zmarłych użytkowników oraz utworzenie statutu *in memoriam*. Model ten jest aktualnie promowany i w praktyce wyłącznie dostępny w serwisie Facebook. Funkcja archiwizacji profili zmarłych użytkowników została wprowadzona już w 2007 r. w odpowiedzi na strzelaninę na Virginia Tech (Blacksburg, U.S.). W ogólnej ocenie rozwiązanie to odpowiada pośrednio na potrzeby zmarłego, jego najbliższych oraz innych użytkowników. W praktyce archiwizacja oznacza, że profil wciąż jest dostępny w sieci, jednak z ograniczoną możliwością jego edycji. Zablokowana zostaje możliwość logowania się do profilu, zmiany jego ustawień, profil również nie będzie się pojawiał w grupie sugerowanych znajomych lub w przypomnieniach o nadchodzących urodzinach. Niemniej jednak dotychczasowym znajomym zmarłego pozostawiono możliwość publikowania wiadomości na profilu oraz dostępu do zgromadzonych na nim treści cyfrowych. Archiwizacja profili w portalach społecznościowych pozwala rozwiązać wiele praktycznych problemów związanych z dobrami cyfrowymi po śmierci ich użytkownika, realizuje potrzeby wynikające z przedstawionych argumentów socjologicznych, psychologicznych oraz historycznych, jednak nadal pozostaje nieefektywna w kontekście ekonomicznym.

W związku z powyższym najpełniejszym i najkorzystniejszym rozwiązaniem jest czwarta możliwość, czyli przeniesienia, o ile nie wręcz dziedziczenie dóbr cyfrowych. Naturalną konsekwencją śmierci, znaną już od czasów rzymskich, było dziedziczenie spuścizny zmarłego po jego śmierci przez osoby najbliższe lub z nim spokrewnione. Bezsprzecznym jest również prawo rozporządzania własnością na wypadek śmierci. Nie budzi również żadnych wątpliwości, iż dobra materialne takie jak książki, płyty CD, notatniki, zdjęcia a nawet pendrive’y są elementem majątku zmarłego, a tym samym spadku. Ta generalna zasada powinna również znaleźć zastosowanie współcześnie i odnosić się do świata wirtualnego.

Możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych staje się również istotna z perspektywy gospodarczej oraz zachowania ciągłości obrotu gospodarczego. W dobie e-commerce i przeniesienia znacznego obszaru aktywności gospodarczej do Internetu spadkobiercy zmarłego powinni mieć dostęp do treści cyfrowych dotyczących prowadzonej przez nich działalności gospodarczej bądź zawodowej (poczta e-mail, listy klientów, dokumenty firmowe, listy przewozowe bądź e-faktury). Brak szybkiego dostępu do w/w treści może prowadzić do bardzo poważnych konsekwencji prawnych i ekonomicznych. Kolejnym argumentem przemawiającym za koniecznością dopuszczenia dziedziczenia dóbr cyfrowych jest przytaczana już wielokrotnie perspektywa ekonomiczna. Dobre cyfrowe mają często znaczną wartość, która nie powinna zostać utracona i która powinna przypaść w udziale spadkobiercom zmarłego. Ponadto, włączenie dóbr cyfrowych do masy spadkowej wpłynie również pozytywnie na rozwój świadomości ich użytkowników i prawdopodobnie zmianę sposobu zarządzania niektórymi dobrami cyfrowymi (ang. *Digital Assets Management*), a w konsekwencji pozwoli wyeliminować m.in. problematykę „profilu widmo” oraz ograniczyć pewne formy cyberprzestępczości. Możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych jest również odpowiedzią na przedstawione argumenty socjologiczne, psychologiczne oraz historyczne.

Podsumowując próbę rzetelnej analizy przedstawionego zagadnienia podnieść należy, iż możliwość przenoszenia dóbr cyfrowych po śmierci obok wielu swoich zalet ma jednak również pewne istotne wady w zakresie wątpliwości natury prawnej i etycznej. Należy do nich zaliczyć m.in. wątpliwości związane z problematyką ochrony danych osobowych i prywatności *post mortem* jak również wątpliwości dotyczące ochrony prawno-autorskiej utworów. Wprowadzenie możliwości dziedziczenia dóbr cyfrowych w niektórych przypadkach może stanowić naruszenie prawa do prywatności ze względu na fakt, że spadkobiercy mogą uzyskać dostęp do informacji prywatnych lub danych wrażliwych, które do tej pory nie były im znane, takie jak orientacja seksualna lub historia medyczna. Wątpliwości takie nie są jednak czymś nowym i były wyrażane również w kontekście przedmiotów osobistych zmarłych, takich jak prywatne zapiski, dokumenty, dzienniki i listy. Rozstrzygnięcie zawsze było jednoznaczne i nie konstituowało żadnej szczególnej ochrony dla tego typu przedmiotów. Niemniej jednak koncepcja ta wymaga pewnej modernizacji w kontekście zmian zachodzących w społeczeństwie,

powszechności Internetu oraz łatwości dostępu za jego pośrednictwem do różnego typu danych i informacji. Kolejnym argumentem przemawiającym przeciwko możliwości dziedziczenia dóbr cyfrowych jest kwestia możliwości naruszenia autorskich praw majątkowych twórców utworów, które wchodzą w skład dóbr cyfrowych pozostawionych przez użytkownika – szczególnie w kontekście prawa do zwielokrotniania utworu, prawa do publicznego udostępniania utworów i prawa podawania do publicznej wiadomości innych przedmiotów objętych ochroną, a także prawa do ich rozpowszechniania. Podkreślenia wymaga również, iż większość dóbr cyfrowych jest świadczona przez dostawców usług internetowych w oparciu o umowy zawarte z użytkownikami bądź regulaminy świadczenia usług, które mogą wyłączać lub znacząco ograniczać możliwość przenoszenia dóbr cyfrowych. Niemniej jednak, pomimo powyższych wciąż otwartych do interpretacji zagadnień, możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych należy postrzegać jako nieodległą przyszłość.

Prowadząc badania nad możliwością rozporządzania bądź dziedziczenia dóbr cyfrowych na wypadek śmierci ich użytkownika, należy przeanalizować cztery różne perspektywy prawne. Pierwszą (1) z nich jest stosunek umowny, jaki łączy zazwyczaj użytkownika tych dóbr z dostawcą usług internetowych. Drugą (2) jest obowiązujące prawo spadkowe i zasady dziedziczenia narzucone przez ustawodawcę. Trzecią (3) zagadnienia dotyczące prawa własności intelektualnej, a czwartą (4) problemy związane z ochroną danych osobowych oraz tzw. prywatnością *post mortem*.

## **5. Przeniesienie dóbr cyfrowych**

### **5.1. Prawo umów**

Analizując możliwość dziedziczenia czy rozporządzania dobrami cyfrowymi na wypadek śmierci, należy podkreślić, że większość, jeżeli nie wszystkie, dóbr cyfrowych jest dystrybuowanych i dostarczanych przez dostawców usług internetowych (ang. Service Provider). W odróżnieniu od ich fizycznych kopii zapisanych na dowolnym nośniku danych, obecne dobra cyfrowe przechowywane są często wyłącznie w wersji cyfrowej na serwerach należących do dostawcy usług, a użytkownik nie posiada ich kopii. W konsekwencji, jak słusznie zauważa L. Edwards, „wiele ważnych dóbr cyfrowych jest kontrolowanych, zarówno praktycznie jak i prawnie, przez cyfrowych pośredników – firmy takie jak Google, Facebook, eBay, Twitter, Vimeo, Tumblr, Yahoo! Mail,

Hotmail, Blizzard itd.”<sup>27</sup>. Relacja prawna pomiędzy użytkownikiem a dostawcą usług jest oparta i uregulowana na podstawie umowy, nazywanej warunkami świadczenia usług lub umową licencyjną dla użytkownika końcowego (ang. *End User License Agreement*). Użytkownik, który jest zainteresowany rozpoczęciem używania nowych treści cyfrowych tj. nabyciem nowej piosenki w iTunes, korzystaniem z poczty Gmail, utworzeniem profilu na Facebooku lub przechowywaniem swoich dokumentów na Dropbox, w pierwszej kolejności jest zobowiązany do przeczytania i akceptacji w/w umowy. W praktyce jednak większość użytkowników akceptuje warunki świadczenia usług w sposób mechaniczny, bez zapoznania się z nimi, bądź wręcz nie mając świadomości ich obowiązywania, niemniej jednak dokumenty te w świetle prawa są wiążące i kreują powstały stosunek prawny, jak również decydują o ewentualnej możliwości rozporządzania i przenoszenia dóbr cyfrowych na inne osoby.

W toku analizy wybranych warunków świadczenia usług zauważyć należy, iż niektóre umowy z dostawcami usług regulują sytuację prawną po śmierci użytkownika przedmiotowych dóbr cyfrowych, inne natomiast ignorują zupełnie ten problem. Ponadto dodatkowym aspektem podlegającym analizie może być brak skuteczności wpisanych przez dostawcę do umowy postanowień w świetle prawa krajowego. Dotyczy to szczególnie mniejszych dostawców mających siedziby często w krajach systemu anglosaskiego, którzy nie dostosowują proponowanych warunków świadczenia usług do specyfiki prawa krajowego lub wręcz systemu prawa kontynentalnego.

Analiza zasad prawa cywilnego w zakresie prawa umów i prawa spadkowego wskazuje, iż prawa i obowiązki wynikające z umów zawartych przez użytkownika z dostawcą usług są dziedziczne i wchodzi w skład masy spadkowej. W prawie polskim konkluzję taką można wyprowadzić na gruncie interpretacji art. 922 § 1 kodeksu cywilnego. Do podobnych wniosków prowadzi analiza prawa niemieckiego i postanowień tamtejszego kodeksu cywilnego (BGB). W nauce niemieckiej na potwierdzenie wyprowadzonych wniosków S. Herzog przedstawia wnioskowanie *per analogiam* do regulacji prawnych dotyczących bieżącego rachunku bankowego (niem. *Konzept des Giroverhältnisses*) oraz umów

---

<sup>27</sup> Tak L. Edwards, E. Harabinja, *Protecting...*

najmu (niem. *Mietvertrag*)<sup>28</sup>. Starając się implementować niemieckie rozwiązanie dotyczące rachunku bankowego do problematyki dóbr cyfrowych, a konkretnie kont poczty e-mail dojdź należy do wniosku, że spadkobiercy zmarłego użytkownika dziedziczą treści cyfrowe zapisane na w/w koncie i mają prawo żądania ich wydania od dostawcy usług internetowych. Dziedziczeniu nie podlega jednak samo konto, które po przekazaniu spadkobiercom zapisanych na nim treści powinno zostać usunięte. Wyjątkiem może być sytuacja, w której konto samo w sobie posiada wartość majątkową i było wykorzystywane np. do prowadzenia działalności gospodarczej. W takiej sytuacji spadkobiercy powinni mieć możliwość zawarcia z dostawcą usług nowej umowy dotyczącej przedmiotowego konta we własnym imieniu i na własną rzecz. Tego typu umowa doprowadzi do powstania właściwego stosunku prawnego pomiędzy dostawcą a nowym użytkownikiem, pozwoli spadkobiercy legalnie korzystać z przedmiotowego konta i będzie stanowiła potwierdzenie oraz akceptację warunków świadczenia usług.

Rozwiązanie powyższe choć niewątpliwie skuteczne, jest jednak tylko rozwiązaniem pośrednim. Dlatego aktualnym wciąż pozostaje postulat J.P. Hopkinsa, który uważa, że „użytkownicy powinni posiadać swoje dobra cyfrowe i posiadać jasno zdefiniowane prawo do ich przeniesienia po śmierci. Co więcej (...) prawodawstwo powinno zabronić dostawcom usług podejmowania prób zablokowania prawa do przeniesienia dóbr cyfrowych na wypadek śmierci przy wykorzystaniu Warunków Świadczenia Usług”<sup>29</sup>. W chwili obecnej swoboda zawierania umów wydaje się wartością nadrzędną i w niektórych przypadkach umożliwia wyłączenie możliwości przenoszenia dóbr cyfrowych na wypadek śmierci. Możliwość taka wskazuje na brak zapewnienia przez ustawodawcę adekwatnego poziomu ochrony interesów użytkownika, będącego w tym kontekście konsumentem. Analiza Warunków Świadczenia Usług dominujących dostawców usług internetowych wskazuje, że regulują oni omawianą problematykę w bardzo różny i odmienny sposób. Niektóre z nich (Google) umożliwiają przeniesienie zapisanych na koncie treści cyfrowych po określonym czasie braku aktywności na wskazane osoby, inne (Facebook) zacierają w kierunku archiwizacji treści, a kolejne (Yahoo!) całkowicie wykluczają możliwość dostępu przez kogokolwiek

---

<sup>28</sup> Zob. S. Herzog, *Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, NJW 2013, 3745.

<sup>29</sup> Zob. J.P. Hopkins, *Afterlife...*



do pozostawionych przez użytkownika treści cyfrowych. Brak rozstrzygającej regulacji prawnej w tym zakresie wpływa niekorzystnie na sytuację prawną użytkowników i umożliwia powyższą swobodę działania po stronie dostawców.

## 5.2. Prawo spadkowe

Artykuł 922 § 1 polskiego kodeksu cywilnego odwołując się jedynie do „praw i obowiązków majątkowych zmarłego” wprowadza szeroki zakres dziedziczenia i nie ogranicza go wyłącznie do prawa własności, ale również zawiera w swoim zakresie m.in. posiadanie oraz inne prawa i obowiązki zmarłego z wyłączeniem praw i obowiązków ściśle związanych z osobą zmarłego<sup>30</sup>. Doktryna polska wyróżnia wprost cztery przesłanki do zaliczenia danego prawa lub obowiązku jako części składowej spadku. Prawo lub obowiązek musi mieć: (1) charakter cywilnoprawny; (2) charakter majątkowy; (3) nie być ściśle związany z osobą zmarłego; (4) nie przechodzić na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami<sup>31</sup>. W związku z powyższym wiele dóbr cyfrowych w oczywisty sposób wypełnia te kryteria a kontrargument mówiący, że niektóre z nich – szczególnie darmowe serwisy e-mail lub portale społecznościowe – nie mają żadnej wartości ekonomicznej i są ściśle związane z osobą zmarłego wydaje się błędnym. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w doktrynie amerykańskiej, nawet z pozoru darmowe serwisy z perspektywy ekonomicznej i prawnej *de facto* są serwisami płatnymi. Otrzymują one wynagrodzenie za swoje usługi w postaci udostępnionych przez użytkowników treści cyfrowych jak również udzielonych licencji na wykorzystywanie tych treści.

Usługi świadczone przez dostawców nie mogą być również kwalifikowane jako ściśle związane z osobą zmarłego ze względu na ich pełną standaryzację i brak jakiegokolwiek weryfikacji użytkownika przy zawieraniu z nim umowy (akceptacji Warunków Świadczenia Usług). Zaznaczyć jednak należy, że w części przypadków same treści cyfrowe umieszczone przez użytkownika na udostępnionych mu kontach mogą mieć charakter personalny. Podkreślenia wymaga fakt, iż spoza dziedziczenia wyłączone są oczywiście dobra osobiste, które wygasają

---

<sup>30</sup> Zob. E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, art. 922.

<sup>31</sup> Tak A. Kidyba, E. Niezbecka, *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Tom V*, Warszawa 2011, art. 922.



wraz ze śmiercią człowieka<sup>32</sup>. Podsumowując, co do zasady, przyjąć należy, iż dobra cyfrowe posiadające swoją wartość ekonomiczną powinny podlegać dziedziczeniu i zostać zaliczone do masy spadkowej.

W doktrynie niemieckiej można już spotkać próby stworzenia konstrukcji prawnej normującej przedmiotową tematykę. T. Hoeren wyodrębnił podział wiadomości e-mail na (1) wiadomości pobrane z serwera i zapisane w pamięci komputera bądź innego urządzenia, które jako składnik trwały masy majątkowej będą dziedziczone bez względu na zawartość ich dysków oraz na (2) wiadomości, które nie zostały pobrane i są zapisane jedynie na serwerach zewnętrznych należących do dostawcy usług, a zarazem nie będą wchodziły w skład masy spadkowej<sup>33</sup>. Jednakże na podstawie zawartej z dostawcą usług umowy spadkobiercy zmarłego mają prawo żądać wydania im treści cyfrowych zapisanych na koncie użytkownika<sup>34</sup>. Jednak obecnie ważniejszym kryterium podziału, niż miejsce zapisania treści cyfrowych, wydaje się sama ich zawartość i cel przetwarzania. Stąd w nauce pojawiają się próby wyłączenia spod dziedziczenia treści o charakterze osobistym lub ściśle związanych z osobą zmarłego<sup>35</sup> i w konsekwencji prace badawcze nad podziałem wiadomości e-mail na treści cyfrowe przenoszalne i nieprzenoszalne (niem. *vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche E-Mails*)<sup>36</sup>. Jako nieprzenoszalne powinny być kwalifikowane wiadomości e-mail o ściśle osobistym charakterze, natomiast jako przenoszalne głównie wiadomości o charakterze biznesowym i zawodowym. Wprowadzenie takiego podziału nasuwa jednak zasadnicze pytanie, na które do tej pory nie znaleziono odpowiedzi, a mianowicie, kto będzie rozstrzygał o poprawnej kwalifikacji wiadomości do jednej z tych grup.

---

<sup>32</sup> A. Kidyba, E. Niezbecka, *Kodeks...*

<sup>33</sup> Zob. T. Hoeren, *Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers*, NJW 2005, 2195.

<sup>34</sup> Tak TT. Hoeren, *Der Tod...*; S. Herzog, *Der digitale Nachlass...*; M. Martini, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, JZ 23/2012.

<sup>35</sup> Zob. T. Hoeren, *Der Tod...*

<sup>36</sup> Zob. K. Brisch, M. Müller-ter Jung, *Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten*, Computer und Recht, CR 7/2013.

### 5.3. Prawo własności intelektualnej

Kolejną gałęzią prawa mającą wpływ na możliwość dziedziczenia bądź przenoszenia dóbr cyfrowych jest prawo własności intelektualnej, a konkretnie prawo autorskie. Filmy na YouTube, zdjęcia wgrane na Picasa, posty w blogu, e-booki z Amazona lub muzyka z iTunes są przedmiotem ochrony autorskoprawnej. Możliwość rozporządzania dobrami cyfrowymi zależna będzie od ich rodzaju. Należy tutaj wyróżnić (1) treści cyfrowe będące utworem stworzonym przez samego użytkownika, które na zasadach ogólnych prawa autorskiego podlegać będą dziedziczeniu bądź przeniesieniu na inne osoby, oraz (2) utwory, do których prawa autorskie należą do podmiotów trzecich (autorów, producentów i innych). Przeniesienie bądź dziedziczenie tych ostatnich bez zgody posiadacza praw do utworu i wobec braku zastosowania do treści cyfrowych doktryny wyczerpania może prowadzić do naruszenia wyłącznych praw w/w podmiotów. Niemniej jednak tocząca się obecnie dyskusja nad rozszerzeniem doktryny wyczerpania o treści cyfrowe i dopuszczenie obrotu wtórnego już nie tylko oprogramowania komputerowego, ale również innych treści takich jak muzyka oraz ebooki, może rozwiązać ten problem.

### 5.4. Ochrona danych osobowych oraz prywatność *post mortem*

Ostatnim punktem odniesienia w niniejszej analizie powinno być zagadnienie ochrony danych osobowych i tzw. prywatności *post mortem*. Zgodnie z aktualnym stanem prawnym<sup>37</sup> ochrona taka w Polsce obejmuje jedynie osoby naturalne, a zatem wygasa w momencie śmierci użytkownika. W związku z powyższym dobra cyfrowe zawierające dane osobowe nie będą podlegały żadnej dodatkowej ochronie, a zatem mogą być swobodnie przetwarzane i w konsekwencji przenoszone bądź dziedziczone. Pojawia się jednak pytanie o zastosowanie w takiej sytuacji tzw. prawa do bycia zapomnianym bądź zyskującej coraz większą popularność koncepcję prywatności *post mortem*<sup>38</sup>. Jednak pytaniem, na które należy znaleźć odpowiedź w takich okolicznościach jest: czy

---

<sup>37</sup> Tak Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 8; Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, art. 7; dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, art. 1.

<sup>38</sup> Zob. E. Harbinja, *Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could be the Potential Alternatives?* 2013, nr 1.

rzeczywiście koniecznym jest rozciągnięcie reżimu ochrony danych osobowych na dane zmarłych? A jeżeli tak, kto powinien egzekwować te prawa, w jakim zakresie i w jaki sposób będzie to oddziaływać na możliwość przenoszenia bądź dziedziczenia dóbr cyfrowych? Jak już zauważono, argumentem przemawiającym za odmówieniem tego typu ochrony jest brak ochrony danych osobowych zapisanych na tradycyjnych nośnikach, które są elementem spadku i nie podlegają ochronie (dzienniki, listy). Kontrargumentem jest jednak powszechność i publiczność Internetu oraz prostota wykorzystania tego typu danych przez innych użytkowników bądź dostawców usług.

Ponadto zauważyć również należy, że w kontekście dziedziczenia niektórych dóbr cyfrowych zastosowanie będą miały regulacje prawne dotyczące ochrony tajemnicy korespondencji i zakazujące dostawcy usług ujawniania tej korespondencji osobom trzecim.

## 6. Podsumowanie

Dobra cyfrowe posiadają niewątpliwie wartość, która może mieć charakter czysto ekonomiczny jak również sentymentalny. W związku z powyższym dobra cyfrowe jako „prawa i obowiązki majątkowe” powinny wchodzić w zakres spadku i podlegać dziedziczeniu. Możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych nie została uregulowana w polskim porządku prawnym. Ustawodawstwa zagraniczne przyjmują jedno z dwóch rozwiązań: (1) starają się stworzyć nowe regulacje prawne o charakterze *lex specialis* regulujące możliwość rozporządzania i dziedziczenia dóbr cyfrowych bądź (2) adaptować obowiązujące już zasady prawa spadkowego na potrzeby świata wirtualnego.

Z perspektywy prawa umów dziedziczenie dóbr cyfrowych powinno nie budzić kontrowersji. Co więcej, wprowadzenie regulacji prawnych w tym zakresie na szczeblu prawa powszechnie obowiązującego powinno korzystnie wpłynąć na sytuację prawną użytkowników i zablokować skrajne rozwiązania proponowane przez dostawców usług internetowych.

Z perspektywy prawa spadkowego, dziedziczenie dóbr cyfrowych zapisanych na dyskach twardych urządzeń należących do użytkownika nie budzi żadnych kontrowersji. Co więcej, dziedziczenie dóbr cyfrowych zapisanych na serwerach dostawców usług powinno również być możliwym ze względu na ogólne zasady prawa spadkowego i bezsporną wartość majątkową jaką dobra te reprezentują. Rozstrzygnięcie,

czy dostawca usług jest zobowiązany do przekazania spadkobiercom jedynie treści cyfrowych zapisanych na kontach użytkowników czy samych kont, jest ciągle przedmiotem interpretacji.

Z perspektywy prawa autorskiego, utwór podlega ochronie autorsko-prawnej, a jego ochrona rozciąga się również po śmierci twórcy. Dlatego możliwość dziedziczenia dóbr cyfrowych stanowiących utwór, do którego prawa należą do podmiotu trzeciego, zależne obecnie będzie od zakresu umowy licencyjnej bądź określonych pól eksploatacji.

Z perspektywy prawa ochrony danych osobowych, dobra cyfrowe po śmierci użytkownika nie podlegają ochronie w tym zakresie. Niektóre dobra cyfrowe będą chronione ze względu na ochronę danych osobowych żyjących osób trzecich bądź pośmiertną ochronę dóbr osobistych zmarłego. Z kolei dobra cyfrowe reprezentujące treść komunikacji będą podlegały ochronie w oparciu o tajemnicę korespondencji.

Podjętując jakiegokolwiek działania w zakresie uregulowania możliwości przenoszenia bądź dziedziczenia dóbr cyfrowych, należy pamiętać o podstawowych filarach prawa takich jak prawo własności, swoboda testowania, wolność prowadzenia działalności gospodarczej czy ochrona prywatności i życia rodzinnego. W obecnej sytuacji tradycyjne konstrukcje prawne zdają się nie spełniać już swoich pierwotnych funkcji, a ustawodawcy nie nadążają za rozwojem Internetu i nowych technologii. Potrzeba społeczna umożliwienia rozporządzania dobrami cyfrowymi na wypadek śmierci wzrasta i dlatego prawo powinno dostosować się do oczekiwań, jakie są przed nim stawiane i umożliwić dziedziczenie dóbr cyfrowych. Pytaniem otwartym pozostaje, w jaki sposób ten cel najefektywniej osiągnąć.

## **Streszczenie**

Web 2.0 pozwoliło na cyfryzację i przeniesienie wielu płaszczyzn aktywności ludzkiej ze świata rzeczywistego do świata wirtualnego, wobec czego uzasadnionym obecnie jest postawienie pytania także o konsekwencje prawne śmierci użytkownika Web 2.0 na zgromadzone przez niego dobra cyfrowe. Należy rozważyć, co dzieje się z dobrami cyfrowymi takimi jak poczta e-mail, konta w serwisach społecznościowych, kolekcje e-booków i inne po śmierci ich użytkowników. Niniejszy

artykuł jest głosem w dyskusji nad dopuszczalnością rozporządzania dobrami cyfrowymi na wypadek śmierci oraz możliwością ich przeniesienia na wskazane osoby.

Słowa kluczowe: treści cyfrowe, dobra cyfrowe, przenoszalność, śmierć, dziedziczenie.

### **Abstract**

Constant and rapid development of the Internet, moving human activities from the real world to the digital one and following its impact on human behaviour and culture generates a lot of legal questions and dilemmas. One of them is transferability of digital assets in case of death. The questions arising in this place are: what is going to happen to all those information, data and assets after the death of their user? Is it possible to talk about a digital legacy? Which norms and regulations are applicable in these situations? Consequently, is it possible to transfer digital assets in case of death?

Keywords: digital assets, transferability, death, inheritance, post-mortem.

Piotr Szymaniec<sup>1</sup>

## **Doczesne szczątki Jeremy'ego Benthama a zasada użyteczności. Prawa osób zmarłych i stosunek do religii w Benthamowskim utylitaryzmie<sup>2</sup>**

1. Twórca filozofii utylitaryzmu Jeremy Bentham już w swoim pierwszym testamencie z 24 sierpnia 1769 r., sporządzonym, gdy miał dwadzieścia jeden lat, zażyczył sobie, by jego ciało zostało poddane sekcji, służąc tym samym adeptom medycyny<sup>3</sup>. W ostatecznej ostatniej woli, datowanej na 30 maja 1832 r., mniej niż dwa miesiące przed śmiercią filozof wyraził życzenie, by z jego szkieletu – pozostałego po dokonaniu sekcji – uczynić kukłę<sup>4</sup> odzianą w należące doń ubranie. Głowa zaś, niewątpliwie najcenniejsza część ciała myśliciela, miała zostać zmumifikowana, co też uczyniono<sup>5</sup>. Jednakże efekt mumifikacji, dokonanej metodami stosowanymi przez Maorysów, był na tyle przerażający, że zdecydowano się nie pokazywać go publicznie, lecz wykonać woskową kopię głowy Benthama, którą zrobił francuski artysta Jacques Talrich. Zamknięty w szklano-mahoniowej gablocie, szkielet myśliciela, wystrojony i wyposażony w woskową głowę, stał się słynnym „wizerunkiem własnym” (*Auto-Icon*), do 1850 r. znajdującym się w posiadaniu wykonawcy testamentu Benthama – doktora Thomasa Southwooda Smitha, który także przeprowadzał sekcję zwłok

---

<sup>1</sup> Dr, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Angelusa Silesiusa w Wałbrzychu.

<sup>2</sup> Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/09/BHS5/04436.

<sup>3</sup> T.L.S. Sprigge (red.), *Correspondence of Jeremy Bentham. 1752–1780*, London 1968, vol. I: 1752–1776, list 84a. Testament ten napisał filozof, gdy tylko przekroczył wiek zgodnie z prawem upoważniający go do dokonania tej czynności prawnej.

<sup>4</sup> Podobny pomysł pojawił się wcześniej w pochodzącej z 1705 r. pracy Thomasa Greenhilla *Nekrokedia or The Art of Embalming* (1705).

<sup>5</sup> Według jednej z historii związanych z zamierzeniami filozofa już dziesięć lat przed śmiercią Bentham miał nosić w kieszeni szklane oczy, które miały być wstawione w oczodoły mumii jego głowy.

filozofa. Później natomiast został przekazany przez Smitha założonemu w 1826 r. uniwersytetowi londyńskiemu, czyli University College of London. Z przechowywaniem go w University College wiąże się parę anegdot, z których żadna nie jest jednak prawdziwa<sup>6</sup>. Według jednej z nich Bentham ciągle uczestniczy w posiedzeniach rady uniwersytetu (*College Council*), a jego bytność ma być odnotowywana w protokołach stwierdzeniem: „obecny, ale niegłosujący”. Wedle innej zaś w przypadkach równości głosów Bentham miał jednak głosować – zawsze za przeprowadzaniem zmian. W rzeczywistości szczątki filozofa tylko dwa razy były obecne na zebraniu rady uniwersytetu – podczas obchodów jego 150-lecia w 1976 r. oraz w 2013 r., gdy po raz ostatni przewodniczył odchodzący z funkcji prezydenta uniwersytetu znany prawnik i ekonomista Sir Malcolm Grant<sup>7</sup>.

W niniejszej pracy podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy i ewentualnie jak decyzję Benthama można wyjaśnić na gruncie utylitaryzmu. Prowadzić ono będzie do szerszego problemu, a mianowicie stanowiska Benthamowskiego utylitaryzmu dotyczącego ochrony szczątków ludzkich, praw osób zmarłych oraz respektowania ich wyrażonej za życia woli. Problem ten nie jest bez znaczenia, ponieważ utylitaryzm – w różnych swych mutacjach – jest doktryną ciągle inspirującą współczesną filozofię prawa i znajdującą zwolenników wśród prawników<sup>8</sup>. Ponadto wiąże się on zresztą z jeszcze jednym istotnym i niełatwym zagadnieniem – stosunkiem utylitaryzmu do religii.

---

<sup>6</sup> R. Richardson, B. Hurwitz, *Jeremy Bentham's self image: an exemplary bequest for dissection*, „British Medical Journal” 1987, nr 295, s. 196; *Auto Icon*, <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/who/autoicon>

<sup>7</sup> N. Booth, *Myth and legend*, <http://www.ucl.ac.uk/museums/jeremy-bentham/about/myth-legend>; E. Smallman, *181-year-old corpse of Jeremy Bentham attends UCL board meeting*, „The Metro” z 12 lipca 2013 r., <http://metro.co.uk/2013/07/12/181-year-old-corpse-of-jeremy-bentham-attends-ucl-board-meeting-3879586>

<sup>8</sup> Na założeniach utylitaryzmu opiera się choćby modna obecnie „ekonomiczna analiza prawa” (*Law & Economics*), czego nie kryje jeden z jej założycieli – Richard Posner. Także australijski filozof Peter Singer, przez wielu uważany za *enfant terrible* współczesnej etyki i myśli politycznej, uznaje się za kontynuatora utylitaryzmu typu Benthamowskiego; zob. o tym: S. Ziembicki, *Uwagi o utylitaryzmie jako determinancie prawa*, w: M. Sadowski, E. Bojek, M. Machaj, P. Szymaniec (red.), *Studia Erasmiana Wratislaviensia. Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyt naukowy studentów, doktorantów i pracowników Uniwersytetu Wrocławskiego*, Wrocław 2007, s. 78–88.



2. Aby wskazać zakres ochrony zwłok oraz innych residuów istot ludzkich z punktu widzenia utylitaryzmu jako doktryny filozoficznoprawej, trzeba przypomnieć główne jej zasady. Podstawą tej doktryny jest zasada użyteczności (*principle of utility*), prowadząca do zaaprobowania lub potępienia określonej działalności w zależności od tego, „czy wskazuje ona tendencję do powiększenia czy zmniejszenia szczęścia obchodzącej nas strony”. Użyteczność zaś rozumie Bentham jako „właściwość jakiegoś przedmiotu, dzięki której sprzyja on wytwarzaniu korzyści, zysku, przyjemności, dobra lub szczęścia (wszystko to w obecnym przypadku sprowadza się do tego samego) lub (co znowu sprowadza się do tego samego) zapobiega powstawaniu szkody, przykrości, zła lub nieszczęścia zainteresowanej strony”<sup>9</sup>. Przy czym, zdaniem Benthama, zgodnie z zasadą użyteczności należy oceniać zarówno postępowanie jednostek, jak i „rządu” (*government*), czyli władz państwa, w tym zwłaszcza działalności tych władz w stosunku do członków społeczeństwa<sup>10</sup>.

Wypada nadmienić, że dla filozofa społeczeństwo stanowi zbiór jednostek, które aktualnie się na nie składają, twierdzi on bowiem stanowczo, że społeczeństwo pojmowane jako byt ponadjednostkowy i określające coś więcej niż sumę osób, nie istnieje. Zatem, o ile interes społeczeństwa to suma interesów jednostek, o tyle szczęście społeczeństwa oznacza

---

<sup>9</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, przeł. B. Nawroczyński, Warszawa 1958, s. 18, 19. Zasadę tę charakteryzuje Bentham jako „akt umysłu, (...) uczucie, (...) uczucie uznania, (...) uczucie, które w zastosowaniu do jakiegoś czynu uznaje jego użyteczność, (...) tę jego [czynu – przyp. P. Sz.] właściwość, która powinna stanowić o tym, czy czyn ten aprobujemy, czy nie” – *ibidem*, s. 19 (przypis). Tym samym Bentham nie rozstrzyga, czy źródłem aprobaty moralnej czynów – jak chcieliby David Hume i Adam Smith – jest uczucie, czy może – jak z kolei w XVIII stuleciu twierdzili zgodnie z wielką tradycją antyczną neoplatonicy z Cambridge – rozum, choć bliższy wydaje mu się pierwszy pogląd – był wszak podobnie jak Hume zwolennikiem asocjacionizmu, uznając, że człowiek czerpie wiedzę o rzeczywistości wskutek kojarzenia wrażeń dostarczanych przez zmysły; zob. np.: K. Chojnicka, *Bentham Jeremy*, w: M. Jaskólski (red.), *Słownik historii doktryn politycznych. Tom I. A–C*, Warszawa 1997, s. 180. Ostatecznie jednak problem ten nie jest dlań najistotniejszy, ponieważ na czymkolwiek opierałaby się ocena moralna, efekt jest identyczny.

<sup>10</sup> Dla nieco odmiennnej interpretacji, wskazującej, że Bentham stosował jednak trochę inne standardy w odniesieniu do oceny działań w sferze prywatnej i publicznej – zob. D. Lyons, *In the Interest of the Governed*, Oxford 1973. Na ten temat por. też J. Brenton Stearns, *Bentham on Public and Private Ethics*, „Canadian Journal of Philosophy”, 1975, nr 4, s. 583–594.

ogół szczęścia jego członków<sup>11</sup>. Jednocześnie zdaniem Benthama wszyscy ludzie są pod względem etycznym równi, co oznacza, że przyjemności (oraz przykrości) każdego człowieka liczą się tak samo, bez względu na to, kim są i jakie miejsce w społeczeństwie zajmują<sup>12</sup>. Z tych przesłanek (aksjomatów) Bentham wyprowadza wniosek, że jakieś działanie – obojętnie czy osób prywatnych, czy rządu – przyczynia się do zwiększenia użyteczności, jeżeli „jego tendencja do pomnożenia szczęścia społeczeństwa jest większa od ewentualnej tendencji do zmniejszenia go”<sup>13</sup>. Etyka Benthama jest przy tym etyką konsekwencjalistyczną, ponieważ podczas oceny czynu interesują nas bardziej jego następstwa niż przesłanki czy motywów. Taka zasada ma przyświecać osobom, których decyzje i koncepcje wpływają na społeczeństwo jako całość, a więc np. legislatorom, ekonomistom zajmującym się polityką gospodarczą czy specjalistom od działań, które nazwać byśmy mogli „inżynierią społeczną”<sup>14</sup>. Z tego też względu hedonizm Benthama nazwany bywa „kolektywistycznym”<sup>15</sup>. Według przekonującej interpretacji w myśli filozofa występują dwa – współzależne zresztą – rodzaje hedonizmu, a mianowicie hedonizm psychologiczny, zgodnie z którym przyjemność jest bodźcem ludzkich działań, i hedonizm etyczny, będący podstawą zasady użyteczności<sup>16</sup>. Pierwszy z nich teoretycznie podbudowuje i uzasadnia drugi<sup>17</sup>. Nie jest jednak tak, że twórca utylitaryzmu wykluczał występowanie u człowieka innych motywów niż dążenie do przyjemności. Trafnie wszakże uważa Tomasz Tulejski, zaznaczając: „Bentham

<sup>11</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa...*, s. 19–20.

<sup>12</sup> Por. T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji. Filozofia polityczna Jeremego [sic!] Benthama*, Łódź 2004, s. 45–47.

<sup>13</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, s. 20.

<sup>14</sup> Por. H. Maślińska, *Bentham i jego system etyczny*, Warszawa 1964, s. 27.

<sup>15</sup> Zob.: H. Maślińska, *Bentham...*, s. 75–76; H. Gomperz, *Krytyka hedonizmu*, Warszawa 1900.

<sup>16</sup> Zob. R.B. Brandt, *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, przeł. B. Stanosz, Warszawa 1996, s. 522 i n.

<sup>17</sup> Por. H. Maślińska, *Bentham...*, s. 28–31. Autorka ta w interesującej nas tutaj kwestii dotyczącej opierania warstwy normatywnej doktryny etycznej na deskryptywnych założeniach dotyczących bodźców ludzkiego działania pisze: „(...) unaukowanie etyki oznaczało dla Benthama wytypowanie jasnego, prostego w strukturze uniwersalnego systemu, opartego – z jednej strony – o somatologię i psychologię, z drugiej zaś – o ekonomię i politykę; uniwersalnego – bo odpowiadającego całemu rodzajowi ludzkiemu, jednocześnie zaś dostosowanego do określonego etapu rozwoju społecznego – bo odnoszącego dyrektywy ogólne do wymogów współczesnej Benthamowi epoki” – H. Maślińska, *Bentham...*, s. 31.

nie twierdzi, iż nie istnieją inne motywy oprócz przyjemności, jednak dążenie do niej jest najsilniejszym z pragnień i dlatego ma zdecydowaną przewagę w każdym procesie decyzyjnym<sup>18</sup>. Jednocześnie należy przyjąć, że zgodnie z psychologicznym hedonizmem Benthama jednostki dążą przede wszystkim do maksymalizacji swojej własnej przyjemności, niekoniecznie zwracając uwagę na maksymalizację przyjemności wszystkich. Stąd też z punktu widzenia utilitaryzmu konieczne są sankcje – w tym sankcje prawa karnego – które powstrzymują członków społeczności przed nadmiernym zwiększaniem własnej przyjemności kosztem innych członków społeczeństwa.

Według Benthama przyjemności oraz przykrości w odniesieniu do każdej społeczności mierzy się za pomocą siedmiu kryteriów, to znaczy: intensywności, czasu trwania, pewności lub niepewności ich wystąpienia, bliskości ich wystąpienia, „płodności” (*fertility*), a więc tego, czy będą prowadzić do dalszych przyjemności albo przykrości, „czystości”, czyli tego, czy nie wystąpią po nich uczucia przeciwne, na przykład przyjemność nie przeobrazą się w przykrość, i wreszcie „rozciągłość”, tj. liczba osób, które będą objęte daną przyjemnością bądź przykrością<sup>19</sup>. Analizując myśl Benthama, dojść należy do przekonania, że na jej gruncie z aprobatą moralną spotkać się mogą te działania, które służą przyjemności – albo zmniejszeniu przykrości – społeczeństwa osób żyjących. Głos pokoleń, które przeminęły, a tym samym jakkolwiek pojmowana tradycja nie może pętać tego społeczeństwa. To, co służy takiemu społeczeństwu, stanowi dlań usługę (*service*). Usługą taką może być wszystko, także poświęcenie swojego ciała po własnej śmierci na rzecz dokonywania eksperymentów medycznych, co uczynił sam Bentham domagając się w testamencie, by jego zwłoki były poddane sekcji<sup>20</sup>.

Do wykonania usług jesteśmy zobowiązani moralnie, a kategoria usługi jest podstawowym pojęciem zarówno przedstawionej przez Benthama koncepcji nakazu, w tym nakazu prawnego, jak i Benthamowskiej teorii uprawnień (*rights*) wynikających z prawa pozytywnego (tylko takie uprawnienia filozof uznawał, stanowczo odrzucając powszechnie

<sup>18</sup> T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 29.

<sup>19</sup> J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, s. 53–55.

<sup>20</sup> Bentham promował pomysł zapisywania zwłok na cele medyczne w artykułach publikowanych w czasopiśmie „Westminster Review”. Zob. T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 174; R. Harrison, *Bentham*, London 1983, s. 7–8.

w XVII- i XVIII-wiecznej jurysprudencji pojęcia prawa naturalnego i uprawnień naturalnych<sup>21</sup>). Usługa stanowi dla Benthama kluczowe pojęcie również z tego powodu, iż był on bliski poglądu, że relacje między członkami społeczeństwa można sprowadzić do wzajemnego świadczenia sobie usług. Przy czym nie wszystkie usługi zostają objęte sankcją prawną, gdyż nie jest racjonalne, by ciężary – leżące zarówno po stronie jednostek, jak i samego aparatu państwowego – wynikające z nałożenia takiej sankcji przewyższały wiążące się z tym korzyści<sup>22</sup>. Przykładowo:

---

<sup>21</sup> Pozytywistyczne pojęcia prawa przejął od Benthama jego uczeń – John Austin. Zob. np. J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, przeł. red. B. Szlachta, Kraków 2006, s. 341–342; J. Morrow, *A History of Political Thought. A Thematic Introduction*, New York 1998, s. 224–225, 271–272. Wypada tutaj przytoczyć rozważania Roberta A. Yelle’a, według którego Benthamowski projekt pozytywizmu prawniczego i kodyfikacji miał wiele wspólnego ze stosunkiem tego filozofa do religii. Mianowicie, o ile teologia protestancka doby reformacji – również ta uprawiana w Wielkiej Brytanii – dążyła do wyeliminowania z obrządku religijnego tego, co nazywano katolicką idolatrią i przywrócenia autorytetu Biblii, o tyle Bentham, uważający się za „Lutra prawoznawstwa”, chciał oczyścić naukę prawa w Wielkiej Brytanii z pozostałości teologii protestanckiej oraz z tego, co sam określał jako idolatrię, czyli reifikację języka połączoną z bałwochwalczym czczeniem pojęć niemających żadnego desygnatu w rzeczywistości i co uznawał za teologiczne wpływy w prawoznawstwie i w *common law*. Przykładem takiej idolatrii dla Benthama była szkoła prawa naturalnego, na którą przypuścił sławny atak. Z kolei nacisk na kodyfikację i prawo pozytywne, który kładł filozof, nawiązywał do zwrotu ku Pismu Świętemu, jaki dokonał się w protestantyzmie; zob. R.A. Yelle, *Bentham’s Fictions: Canon and Idolatry in the Genealogy of Law*, „Yale Journal of Law & the Humanities”, 2005, nr 2, s. 151–179; por. też G. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford 1986, s. 425.

<sup>22</sup> Zob. T. Tulejski, *Jeremy Bentham i użyteczna koncepcja własności*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2004, nr 2, s. 230–231; por. T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 173–178. Uprawnienie jako pojęcie prawne u Benthama można sprowadzić do braku zobowiązania do powstrzymania się od działania (w terminologii filozofa *naked right*) oraz do dwóch usług: usługi jednostki, na którą prawo pozytywne nakłada zobowiązanie do zaniechania lub działania (*vested or establish right*) oraz usługi władzy państwowej – mającej miejsce w przypadku, gdyby jednostka dobrowolnie swojego zobowiązania nie wykonała; zob. też: J. Bentham, *Pannomial Fragments*, w: *The Works of Jeremy Bentham, Now First Collected, Under the Superintendence of His Executor, John Browning. Part IX*, Edinburgh 1839, s. 217–222; T. Tulejski, *Jeremy Bentham i użyteczna koncepcja własności...*, s. 229–230; T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 178–183; por. także: J. Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws*, w: *The Works of Jeremy Bentham...*, Part IX..., s. 181–185. Z uwagi na to, że nieodłącznym komponentem uprawnień jest przymus państwowy, Bentham może powiedzieć, że różnica między uprawnieniami a przekroczeniami (*offences*) jest czysto werbalna. „Przekroczenia” – przestępstwa czy delikty – istnieją bowiem po to, żeby sankcjonować uprawnienia; zob. J. Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws...*, s. 150.

Bentham nie domagał się, by usługa w postaci przekazania swojego ciała na eksperymenty medyczne była obwarowana przymusem prawa. Trzeba tutaj zauważyć, że Bentham widział bardzo dużą rolę prawa we wcielaniu w życie zasad moralności, stąd też najważniejsze jego dzieło otrzymało tytuł: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, który wskazywałby, iż moralność jest wprawdzie czymś odrębnym od prawa, niemniej jednak prawodawstwo ma urzeczywistniać zasady „unaukowionej” – to znaczy utylitarystycznej – etyki. Nauka prawa musi być więc według filozofa ściśle połączona z etyką oraz polityką<sup>23</sup>. Na rolę prawa w doktrynie Benthama zasadnie zwracała uwagę Halina Maślińska: „Sztuka prawodawstwa poucza, w jaki sposób ogół ludzi stanowiący społeczeństwo może być nastawiony na sposób postępowania w całości najlepiej prowadzący do szczęścia całego społeczeństwa”<sup>24</sup>. Na gruncie myśli angielskiego filozofa prawo nie tylko ma być nastawione na realizację etyki utylitarystycznej, ale przysługuje mu niezwykle doniosła rola w budowaniu społeczeństw, którą Bentham ukazał w opisowej części swoich rozważań. Otóż jego zdaniem funkcjonowanie wszelkich instytucji społecznych – w tym także, a może przede wszystkim państwa – wypływa z ich użyteczności. Przy czym przyjemność, jaką odczuwają jednostki z ich istnienia, wiąże się z tym, iż umożliwiają one realizację oczekiwań. Oczekiwania zaś są uczuciami przyjemności z myślenia o jakiejś przyszłej przyjemności, któremu towarzyszy poczucie (wiara), że zostanie ona urzeczywistniona<sup>25</sup>. Podstawowe oczekiwanie ludzi dotyczy, według Benthama, zagwarantowania każdemu owoców jego pracy i przedsiębiorczości, a zatem własności, która w przekonaniu filozofa jest absolutnie niezbędna do tego, aby czuli się oni szczęśliwi. Przedmioty bowiem, które z niemałym trudem zdobyli i z którymi złączyło ich przyzwyczajenie, do pewnego stopnia łączą się z nimi, stając się przedłużeniem ich samych<sup>26</sup>. Według Benthama ochrona

---

<sup>23</sup> Por. np. J. Morrow, *A History...*, s. 113–115.

<sup>24</sup> H. Maślińska, *Bentham...*, s. 33.

<sup>25</sup> Zob. J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa...*, s. 62.

<sup>26</sup> *Bentham's Theory of Legislation Being 'Principles de Législation' and 'Traité de Législation, Civile et Pénale'*. Translated and Edited from the French of Étienne Dumont by Charles Milner Atkinson. Vol. I. *Principles of Legislation. Principles of the Civil Code*, London–Edinburgh–Glasgow 1914, s. 145–147. Zob. też: T. Tulejski, *Jeremy Bentham i utylitarzna koncepcja własności...*, s. 231; T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 131–135. Warto w tym miejscu dodać, że całkiem podobnie uzasadniał niezbędność indywidualnej wartości filozof, z którym dzieliło



własności jest możliwa wyłącznie w państwie, wobec czego – tak jak wszystkie inne uprawnienia – także ona nie może istnieć jako prawo wcześniejsze (chronologicznie lub logicznie) od prawa pozytywnego, lecz właśnie w prawie pozytywnym jest zakorzeniona. Stąd – jak słusznie zaznacza Tomasz Tulejski – „w doktrynie Benthama państwo, prawo i własności stanowią nierozzerwalną triadę”<sup>27</sup>.

W myśli Benthama zwłoki ludzkie odarte są z nimbu świętości, dlatego też filozof nie tylko dopuszczał, ale i stanowczo zalecał oddawanie ich na eksperymenty medyczne<sup>28</sup>. Stąd na jej gruncie żadne argumenty natury teoretycznej nie stoją także przeciwko temu, by zwłoki bądź

---

Benthama niemal wszystko – G.W.F. Hegel, dodający jeszcze, że „pierwszym modusem wolności”; zob. G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, przeł. A. Landman, Warszawa 1969, uzupełnienie do § 46, s. 358.

<sup>27</sup> T. Tulejski, *Jeremy Bentham i utylitarna koncepcja własności...*, s. 227; zob. także M. Maneli, *Jeremy Bentham*, w: M. Maneli, *Historia doktryn polityczno-prawnych XIX wieku. Część I*, Warszawa 1964, s. 186.

<sup>28</sup> W tym miejscu warto wspomnieć o istotnych historycznych okolicznościach, które towarzyszyły ostatniej woli Benthama. Otóż od czasów ustawy z 1752 r. sekcje zwłok były wykonywane na ciałach osób skazanych na śmierć, co było postrzegane przez większość społeczeństwa jako dodatkowy powód do niesławy i kwalifikowaną formę wykonania kary głównej. Ponieważ osób oddających dobrowolnie swoje zwłoki na użytek medycyny było niewiele, a zapotrzebowanie na dokonywanie sekcji w celach dydaktycznych, bądź zgoła rozrywkowych, znaczne, więc na początku XIX w. nierzadkie były przypadki wykradania zwłok z grobów. Aby zaradzić tej sytuacji, postanowiono dokonać zmiany obowiązującego ustawodawstwa, co ostatecznie doprowadziło do uchwalenia w sierpniu 1832 r. – dwa miesiące po śmierci Benthama – *Anatomy Act*. Ustawa ta pozwalała na przekazywanie przez kierownictwa domów dla ubogich (*poorhouses*) oraz szpitali zwłok biednych pensjonariuszy na sekcje, co pozwalało oszczędzić koszty ich pochówku. Rozwiązanie to w niespokojnym roku 1832 r. – znaczoną epidemią cholery, wystąpieniami społecznymi i reformą prawa wyborczego – wzbudzało mieszane reakcje, a znaczna część robotników uważała, iż zamiarem prawodawców było pogwałcenie ich dodatkowo jeszcze po śmierci. W tych okolicznościach – jak podają Ruth Richardson i Brian Hurwitz – Southwood Smith, lekarz, któremu Bentham powierzył swoje ciało, zmienił swoje poglądy na temat przymusowych sekcji. O ile w artykule z 1824 r. był zwolennikiem wykorzystywania ciał zmarłych biednych do nauczania anatomii przyszłych lekarzy, o tyle już w pracy z 1829 r. i w mowie wygłoszonej w 1832 r. nad zwłokami twórcy utylitaryzmu prezentował stanowisko przeciwne takiemu pomysłowi, wcielaniem w życie przez *Anatomy Act*; zob. R. Richardson, B. Hurwitz, *Jeremy Bentham's self image...*, s. 195–196; T. S. Smith, *A lecture given over the remains of Jeremy Bentham, Esq.*, London 1832, 8–9. Na temat prac nad *Anatomy Act* i udziału w nich Benthama – zob. R. Richardson, *Bentham and 'Bodies for Dissection'*, „The Bentham Newsletter” 1986, nr 10, s. 22–33.

szczątki ludzkie stawały się czyjąś własnością, jeśli tylko znajdzie się ktoś, kto będzie czerpać przyjemność z ich posiadania. Można zatem skonstatować, że zapisanie przez Benthama swojej *Auto-Icon* Southwoodowi Smithowi mieściło się w sposobie pojmowania przez niego prawa własności. Zresztą warunkiem wstępnym wykonania takiego „wizerunku własnego” jest uprzednie przekazanie zwłok na własność innej osobie.

W opublikowanym po raz pierwszy w niewielkim nakładzie i jedynie do prywatnego użytku najpewniej w 1842 r. tekście, który powstawał w latach 1831–1832 najpewniej jako ostatnia praca Benthama, zalecał on ludziom tworzenie „wizerunków własnych” (*auto-icons*) z pozostawianych przez nich szczątków, mających być najdoskonalszym możliwym obrazem ich samych. Wskazywał, że w ten sposób też „nowiuteńki przedmiot własności jest przywoływany po raz pierwszy do istnienia” („a spick and span new subject-matter of property is brought for the first time into existence”). Dalej porównywał ten przedmiot własności – swoiste dzieło stworzone z samego siebie – z dziełem literackim, sugerując jednocześnie, że uregulowania prawne jego dotyczące powinny być związane z unormowaniami praw autorskich (*literary property*). Przewidywał również możliwość wynajmu *auto-icons* i zastawu ustanowionego na nich<sup>29</sup>. Jak komentuje Carolyn Shapiro Wyatt, nawiązanie

---

<sup>29</sup> J. Bentham, *Auto-Icon; or, Further Uses of the Dead to the Living. A Fragment from the MSS. of Jeremy Bentham*, London (?) 1842, s. 10; na temat autentyczności ten pracy – zob. C.F.A. Mamoy, *The 'Auto-Icon' of Jeremy Bentham at University College, London*, „Medical History” 1958, nr 2, s. 78–80 (z badań Mamoya wynika, że pierwsza jej wersja powstała już w 1820 r.); por. też: *A Bibliographical Catalogue of the Works of Jeremy Bentham*, Tokyo 1989, s. 25. O pracy tej – zob. także: D. Collings, *Bentham's Auto-Icon: Utilitarianism and the Evisceration of the Common Body*, „Prose Studies”, 2000, vol. 23, s. 95–127; R. Richardson, B. Hurwitz, *Jeremy Bentham's self image...*, s. 196–197. W kontekście analizy powieści Samuela Richardsona *Clarissa, or the History of a Young Lady* temat ów podejmuje również Ann Louise Kibbie, *The Estate, the Corpse, and the Letter: Posthumous Possession in "Clarissa"* „ELH”, 2007, nr 1, s. 129–135. Można nadmienić, że upowszechnienie fotografii, a potem wideo, spowodowało dezaktualizację znacznej części argumentów Benthama na rzecz tworzenia *auto-icons*. Warto zauważyć, że z punktu widzenia założeń Benthama działalność współczesnego kontrowersyjnego niemieckiego anatoma Gunthera von Hagens, który w 1977 r. wynalazł skuteczną metodę zatrzymywania rozkładu tkanek zwaną plastynacją i organizuje wystawy pod nazwą „Body Worlds” prezentujące swoiste rzeźby ze szczątków ludzkich, nie tylko nie wzbudza żadnych problemów etycznych, ale może być uznana za pożyteczną. Nie wywołuje ona także problemów prawnych na gruncie Benthamowskiej koncepcji własności, ponieważ koncepcja ta rozstrzyga, że własność wykreowanych w ten sposób obiektów przypadać



do praw autorskich jest podyktowane tym, że dla Benthama bowiem akt decyzji o zamienieniu się po śmierci w *auto-icon* jest swoistym nowym rodzajem pisma, za którego pomocą jednostka dokonuje deskrypcji samej siebie<sup>30</sup>.

Stosunek do szczątków ludzkiego ciała wywodzi się często z wierzeń religijnych danego społeczeństwa. W odniesieniu do tych wierzeń Bentham przyjmował, że sprowadzić je można także do przyjemności i przykrości, tyle że takich, które mają pochodzić od „wyższej istoty niewidzialnej” i zostać udzielone w tym lub przyszłym życiu. Te drugie jednak filozof traktuje jako bliżej nieokreślone, ponieważ pozostają poza polem obserwacji dostępnym człowiekowi, czyli poza empirycznie uchwytnym doświadczeniem<sup>31</sup>. Funkcje duchownych postrzegał zaś Bentham nie w kategoriach powołania czy poświęcenia się bóstwu i – również bądź ewentualnie – bliźnim, lecz wyłącznie jako wykonywanie swoistej usługi, której istotą jest zmniejszenie przykrości (cierpienia) członka danego kościoła bądź bractwa religijnego wiążącego się, po pierwsze, z wyobrażeniem kary pośmiertnej, a po drugie z koniecznością rozstania się z tym światem<sup>32</sup>. Na gruncie myśli Benthama przyjemności i przykrości generowane przez wyznawaną religię mają niejako wypaczony charakter, ich źródłem jest bowiem nie to, co w naszej rzeczywistości mierzalne, sprawdzalne i dostrzegalne, lecz byty, o których nic konkluzyjnego nie możemy powiedzieć, nie jesteśmy

---

będzie medykowi, któremu zwłoki zostały dobrowolnie zapisane przez zmarłe osoby i który dodatkowo włożył w nie swoją pracę. Na temat metody von Hagensa – zob. *The Plastination Process*, [http://www.bodyworlds.com/en/plastination/plastination\\_process.html](http://www.bodyworlds.com/en/plastination/plastination_process.html)

<sup>30</sup> „The act of auto-iconism is a new kind of writing (...) – C. Shapiro Wyatt, *“Farther Uses of the Dead to the Living”*. *Reading the Felicity of the Body in Jeremy Bentham’s Auto-Icon*, a lecture delivered at the International Society for Utilitarian Studies conference, Stern School of Business, New York University, 8–11 sierpnia 2012 r., s. 12, <http://repository.falmouth.ac.uk/id/eprint/65>

<sup>31</sup> Por. J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa...*, s. 48–50. Bentham pisał wręcz o przyjemności czerpanej z pobożności; zob. M. Maneli, *Jeremy Bentham...*, s. 185. Zob. także: H. Maślińska, *Bentham...*, s. 37–49, gdzie autorka do rekonstrukcji poglądów Benthama dotyczących religii wykorzystwała między innymi jego opublikowane dopiero w 1932 r. dzieło *Theory of Fictions*, a także opublikowaną we francuskim przekładzie i opracowaniu (dokonanym przez G. Grote) w 1822 r. pod pseudonimem „Ph. Beauchamp” pracę ojca utylityzmu *La religion naturelle, son influence sur le bonheur du genre humain*.

<sup>32</sup> J. Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws...*, s. 179; zob. też: T. Tulejski, *Jeremy Bentham i utylitarna koncepcja własności...*, s. 229.

w stanie. W związku z tym religia traktowana jest w doktrynie brytyjskiego filozofa tylko jako ewentualne narzędzie realizacji celów politycznych<sup>33</sup>. Dlatego też nakazy religijne dotyczące grzebania zmarłych,

<sup>33</sup> Zob. J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa...*, s. 176–179. Jak pisze James E. Crimmins, Bentham w latach 1809–1823 wielokrotnie podejmował tematykę religii w swojej twórczości, deklarując się stanowczo jako ateista, wykpiwając chrześcijaństwo, ostro krytykując Kościół anglikański i wyrażając pragnienie wyrugowania w przyszłości religii z umysłów ludzkich; zob. J.E. Crimmins, *Bentham on Religion: Atheism and the Secular Society*, „Journal of the History of Ideas” 1986, nr 1, s. 95 i n. Jednak jak zaznacza M. P. Mack, Bentham, mimo swej wrogości do instytucjonalnej religii, przyjmował ideę grzechu i ludzkiego dążenia do jego pokonania, uznając wszakże za grzech rozbieżność między ludzką wolą a rozumieniem, między czynnikiem wolicjonalnym i racjonalnym jego natury; por. M.P. Mack, *Jeremy Bentham. An Odyssey of Ideas. 1748–1792*, New York–London 1963, s. 306. Ponadto należy podkreślić, że brytyjski filozof doceniał religię jako „przedmiot politycznej użyteczności” (*an object of political utility*), służący wzmocnieniu działania „praw społeczeństwa” („the laws of society”), gdyż ujmujący bóstwo jako byt mający na celu ich utrzymanie. Na przykład sankcje religijne – związane z wyobrażeniem kary po śmierci – mogą wzmacniać wprowadzane przez państwo zakazy naruszania cudzej własności. Sankcje te mają znaczenie o tyle, że – jak wskazywał filozof – „państwo nie ma ani oczu, które mogą wszystko widzieć, ani rąk, które mogą wszystkiego pilnować” („the state has neither eyes which can see everything, nor hands which can attend to everything”). Dlatego też w przygotowanej przez siebie propozycji kodeksu karnego – nieco paradoksalnie z uwagi na jego własne przekonania religijne – pisał o możliwości penalizacji poglądów religijnych, które określił jako *caco-theism* (niewłaściwy, wadliwy teizm). Poglądy takie polegają na przypisywaniu bóstwo skłonności przeciwnych dobrobytowi publicznemu (*public welfare*), a więc takich, które prowadzą do zwiększenia cierpienia i jednocześnie ograniczenia szczęścia w społeczeństwie, potępiając nawet niewinne przyjemności. Można się domyślić, że Bentham uważał za szkodliwe stanowisko propagujące powszechną ascezę (pisał o opiniach, których efektem jest zmniejszenie liczebności populacji). Ostatecznie jednak filozof uważał, że lepszym sposobem na zwalczanie takich poglądów jest wprowadzenie wolności ich badania i ukazywania ich fałszywości, choć – co trzeba podkreślić – już sam pomysł poddania represji prawa karnego głoszenia określonych przekonań religijnych stawia pod znakiem zapytania zaliczanie tego filozofa do liberalizmu – J. Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws...*, s. 170–171; por. (warto zaznaczyć, że różni badacze, analizując zwłaszcza społeczno-ekonomiczne koncepcje Benthama, zastanawiali się nad tym, czy w późniejszym okresie twórczości nie zaczynał on odchodzić od liberalizmu; zob. W.H. Coates, *Benthamism, laissez faire, and collectivism*, „Journal of the History of Ideas” 1950, nr 3, s. 357–363; T. Tulejski, *Jeremy Bentham i utylitarna koncepcja własności...*, s. 232–233). Na temat ascezy – zob. J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, s. 29–32; *Bentham’s Theory of Legislation Being ‘Principles de Législation...*, vol. I, s. 6–8, 19–20, 27 (filozof zaznaczał, że ascetyzm był wykwittem fałszywie rozumianej zasady użyteczności, nakierowanej na wieczną przyjemność w przyszłym świecie);

mimo że znajdują nierzadko uzasadnienie przyjemnościami zazwyczaj w przyszłym świecie, odnoszą się – na gruncie wywodów Benthama – bardziej do pozostających przy życiu i ich przyjemności z możliwości choćby wyobrazonego z nimi kontaktu, a także ze związaną z tym minimalizacją bólu (cierpienia).

W opinii Benthama – czemu dał on wyraz we wspomnianej już pracy z lat 1831–1832 – temu samemu celowi służyć miało tworzenie *auto-icons*. Filozof–użytykarysta zadawał pytanie o pożytek, jaki z martwego człowieka mogą odnieść żywi: *Of what use is a dead man to the living?* Podobnie jak jego zwolennik – wspomniany doktor Southwood Smith, który w 1824 r. opublikował artykuł na ten sam temat – Bentham odpowiadał, że przede wszystkim medycyna może z takiego człowieka czerpać korzyści. Na tym jednak jego odpowiedź się nie kończyła. Według filozofa bowiem jedyną formą nieśmiertelności, jakiej ludzie mogą doświadczyć, jest wdzięczna pamięć członków rodziny i – w przypadku osób

---

o politycznej roli religii – zob. także: *Bentham's Theory of Legislation Being 'Principles de Législation' and 'Traité de Législation, Civile et Pénale'*. Translated and Edited from the French of Étienne Dumont by Charles Milner Atkinson. Vol. II. *Principles of Penal Code*, London–Edinburgh–Glasgow 1914, s. 284–285; S.G. Engelmann, „*Indirect Legislation*”: *Bentham's Liberal Government*, „*Polity*” 2003, nr 3, s. 378. Przy czym – co także należy zaznaczyć – w innych pismach Bentham ostro występował przeciwko odpowiedzialności karnej za wolnomyślicielstwo i jego skrajną postać – ateizm (wszak sam się uważał za ateistę); por. J. Bentham, *The Theory of Legislation*, red. C.K. Ogden, London 1931, s. 435–437. Filozof dopuszczał zatem – jako wyjątki od zasady tolerancji religijnej – zakazy propagowania pewnych poglądów religijnych, które uważał za przeciwnie zasadzie użyteczności, natomiast wolne od tego typu regulacji miało być głoszenie poglądów przeciwko religii. Przy czym w Benthamowskim projekcie kodeksu karnego nie znajdziemy za to przestępstw, które by dotyczyły bezczeszczenia zwłok. Można jeszcze na marginesie dodać, iż Bentham był zwolennikiem przyjęcia „kodeksu kościelnego” (*ecclesiastical code*), w którym byłby uregulowany status duchowieństwa. Kodeks ten miał opierać się na kilku prostych zasadach: tolerancji (z wyjątkami dotyczącymi ewentualnej penalizacji „zgubnych” poglądów, o których była mowa); podporządkowaniu suwerenowi (nawet w przypadku duchownych Kościoła katolickiego, którzy podlegają też obcej zwierzchności, czyli papieżowi; Bentham był zdania, iż szczegóły tego podporządkowania mogłaby regulować umowa międzynarodowa zawarta z papieżem, nie był zatem przeciwnikiem konkordatu), równości (wobec prawa) duchownych w stosunku do współobywateli i – na ile to możliwe – wewnątrz samego stanu duchownego, a także oszczędności, jeśli chodzi o wynagrodzenia przedstawicieli tego stanu; zob. J. Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws...*, s. 203. Przy czym generalnie filozof pochlebniej wypowiadał się o protestantyzmie niż o Kościołowi katolickiemu; zob. *Bentham's Theory of Legislation Being 'Principles de Législation...*, vol. II, s. 288–289.

o szczególnych zasługach – społeczeństwa. Istnienie „wizerunku własnego”, zdaniem Benthama, ułatwiać miało utrwalenie postaci zmarłego w umysłach żyjących, a gdy chodziło o kogoś o wyjątkowych dokonaniach – także służyć miało kontynuacji jego dzieła. Bentham pisał, że *auto-icon* tak samo mogłaby pełnić funkcję honorującą daną osobę, jak i „dehonorującą” (*dehonorific*) ją. Sugerował więc, że w odniesieniu do osób, których rola została uznana za szkodliwą, wystawianie ich kukieł stworzonych z doczesnych szczątków pomagałoby w utrwaleniu negatywnego ich obrazu w społeczeństwie<sup>34</sup>. Filozof wręcz postulował, by tworzyć „świątynie honoru i hańby” (*Temples of Honour and Dishonour*) i „świątynię sławy” (*Temple of Fame*). Przy czym „wizerunki własne” mogłyby zmieniać swoje miejsce ekspozycji w zależności od panujących w danym czasie opinii na temat zasług określonych postaci. Nawiązując do pojęć zakorzenionych w religii chrześcijańskiej, myśliciel wspominał nawet o czyścicu auto-ikon (*Auto-Icon purgatory*). W tych „świątyniach honoru i hańby” liczyłyby się tylko zasługi, pozycja społeczna i majątek zmarłych nie miałyby żadnego znaczenia. Przy czym filozof zastrzegał, że każdy mógłby rozporządzić swoim ciałem, by wykonano z niego *auto-icon*, zatem pośmiertna sytuacja każdego człowieka miała być taka sama. Filozof przewidywał nawet, że przeznaczenie ciała na cele medyczne przez ludzi ubogich pociągałoby za sobą wykonanie ich „wizerunków własnych” ze środków publicznych<sup>35</sup>. To zaś – zgodnie z Benthamowskim postulatem, by uznawać równość wszystkich ludzi w wymiarze etycznym, tzn. w zakresie odczuwania przyjemności i przykrości<sup>36</sup> – prowadziłoby do powstania bardzo specyficznej egalitarnej „społeczności” *auto-icons*<sup>37</sup>. Myśliciel sugerował

<sup>34</sup> W ten sposób na gruncie koncepcji Benthama daje się wytłumaczyć pozostawienie nie tylko mumii Włodzimierza Lenina, ale może nawet Józefa Stalina.

<sup>35</sup> Por. J. Bentham, *Auto-Icon; or, Further Uses of the Dead to the Living...*, s. 2–4, 6–7; por. A.L. Gates, *Translating the Dead: Bodies, Burials, and British Romanticism*, PhD dissertation, University of Illinois at Chicago, Chicago 2013, s. 225, 227, 230–233; na temat koncepcji Benthama jako ześwieczonej idei nieśmiertelności – zob. też: J. E. Crimmins, *Bentham on Religion: Atheism and the Secular Society...*, s. 105–108.

<sup>36</sup> Por. np.: T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 45–46. Postulat ten wyraża indywidualizm metodologiczny, który jest wstępnym założeniem doktryny społeczno-politycznej i etyki Benthama.

<sup>37</sup> J. Bentham, *Auto-Icon; or, Further Uses of the Dead to the Living...*, s. 3; na temat elementów egalitaryzmu w projekcie Benthama – zob. P.A. Pickering, R. Westcott, *Monuments and Commemorations: A Consideration*, „Humanities Research” 2003, nr 2, s. 3; A. L. Gates, *Translating the Dead...*, s. 227–228.

więc, że powszechnym pragnieniem ludzi jest pozostawienie pamięci po sobie, a właśnie dzięki „wizerunkom własnym”, istniałby bowiem przedmiot materialny, który by pomagałby w zachowaniu wspomnienia o zmarłym<sup>38</sup>.

Bentham zachwalał swój pomysł uznając, że byłby to świetny sposób realizacji równości, której domagało się chrześcijaństwo, a która nie była i nie jest możliwa w świecie społecznym<sup>39</sup>. Można odnieść wrażenie, że twórca utilitaryzmu chciał w ten sposób wprowadzić ziemską i zsekularyzowaną formę sądu nad duszami, który według religii chrześcijańskiej odbywał się po przekroczeniu przez zmarłych bram tamtego świata<sup>40</sup>. Sąd taki, który odbywałyby przyszłe pokolenia nad szczątkami zmarłych<sup>41</sup>, miałby cechę sprawiedliwości, której w takim stopniu nie może zrealizować żadna procedura sądowa służąca rozstrzygnięciu spraw żywych<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Tę funkcję *auto-icons* podkreśla Amy L. Gates, *Translating the Dead...*, s. 240–241. Godzi się dopowiedzieć, że mniej więcej w czasie, gdy Bentham pisał swój esej o *auto-icons*, w Wielkiej Brytanii rozpoczęła się prawdziwa mania upamiętniania, której szczyt miał miejsce w połowie XIX w. Rzecz jasna, upamiętnianie to odbywało się w zdecydowanie bardziej tradycyjnych formach niż te, o których pisał filozof, a mianowicie w postaci tradycyjnych pomników i statui oraz wystaw figur woskowych; zob. P.A. Pickering, R. Westcott, *Monuments and Commemorations: A Consideration...*, s. 1–4; P.A. Pickering, A. Tyrrell, *Contested Sites: Commemoration, Memorial and Popular Politics in Nineteenth Century Britain*, Aldershot 2004.

<sup>39</sup> –J. Bentham, *Auto-Icon; or; Further Uses of the Dead to the Living...*, s. 3; J.E. Crimmins, *Bentham on Religion: Atheism and the Secular Society...*, s. 107.

<sup>40</sup> Projekt Benthama zawierałby świecki, alternatywny wariant sądu ostatecznego. Z kolei dla jednego z komentatorów, Mirana Božoviča, obejmuje on „alternatywne, świeckie zmartwychwstanie ciała” (*alternative, secular resurrection of the body*) – M. Božovič, *The Body and Psycho; Or, of 'Farther Uses of The Dead to The Living'*, „Umbr(a): Science and Truth” 2000, nr 1, s. 92.

<sup>41</sup> Por. J.E. Crimmins, *Bentham on Religion: Atheism and the Secular Society...*, s. 108.

<sup>42</sup> Trzeba tutaj powiedzieć, że w obszarze rozważań o prawie Bentham, stając na gruncie czystego pozytywizmu prawniczego, marginalizował pojęcie sprawiedliwości, przez którą rozumiał wyłącznie zgodność rozstrzygnięcia sądowego bądź innego aktu stosowania prawa z ustawą; por. J. Bentham, *Traktat o dowodach sądowych*, opracowanie: E. Dumont, przeł. F. Reklajtyś, Gniezno [1935?, 1939?], s. 14–15; M. Maneli, *Jeremy Bentham...*, s. 191–192. Podobnie filozof eliminował to pojęcie z refleksji o polityce i – uznając je za sporne – celowo nie używał go do przedstawienia funkcji i zadań państwa; por. T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 55 (przypis).



Jednocześnie Bentham podkreślał funkcję wychowawczą opisywanych przez siebie mauzoleów „wizerunków własnych”, uznając, że umieszczone tam postaci można by wykorzystać do kształtowania postaw kolejnych pokoleń<sup>43</sup>. W tym kontekście trzeba zauważyć, że wskazówkę dotyczącą zamiarów, którymi kierował się Bentham, każąc sporządzić swój *Auto-Icon*, zawiera krótki fragment z testamentu filozofa datowanego na 30 maja 1832 r. Stwierdzał on, że jego przyjaciele i uczniowie powinni byli zbierać się w wyznaczone dni w roku w obecności kukły zrobionej ze szkieletu Benthama, aby upamiętniać „twórcę systemu moralności opartego na największym szczęściu”<sup>44</sup>. Jeżeliby przyjąć za dobrą monetę to, co filozof napisał w testamencie, w jego przekonaniu *Auto-Icon* miał służyć konsolidacji zwolenników

---

<sup>43</sup> Dlatego na przykład zalecał wystawianie w teatrach – z wykorzystaniem *auto-icons* (sic!) – „Dialogów zmarłych”, na wzór gatunku w starożytności uprawianego przez Menipposa z Gadary i Lukiana z Samosaty, w okresie nowożytności spopularyzowanego przez Bernarda de Fontenelle’a (*Nouveaux Dialogues des morts*, 1683) i François’a Fénelona (*Dialogues des Morts et Fables*, napisane przecież jako dzieło dydaktyczne dla księcia Burgundii i ogłoszone w 1712 r.), w czasach zaś współczesnych Benthamowi reaktywowanego przez Waltera Savage’a Landora (*Imaginary Conversations*, 1824–1829). W ujęciu Benthama zmarli – przede wszystkim filozofowie i uczeni – mieli dyskutować na temat postępów dziedzin wiedzy, do których się przyczynili i ideałów, do których osiągnięcia za życia dążyli; por. J. Bentham, *Auto-Icon; or, Further Uses of the Dead to the Living...*, s. 12–13; por. też: A. L. Gates, *Translating the Dead...*, s. 233.

<sup>44</sup> Fragment ten w oryginale brzmi: „My body I give to my dear friend Doctor Southwood Smith (...) The skeleton he will cause to be put together in such a manner as that the whole figure may be seated in a chair usually occupied by me when living, in the attitude in which I am sitting when engaged in thought in the course of time employed in writing. (...) The body so clothed, together with the chair and the staff in the my later years bourne by me, he will take charge of and for containing the whole apparatus he will cause to be prepared an appropriate box or case (...) If it should so happen that my personal friends and other disciples should be disposed to meet together on some day or days of the year for the purpose of commemorating the founder of the greatest happiness system of morals and legislation my executor will from time to time cause to be conveyed to the room in which they meet the said box or case with the contents therein to be stationed in such part of the room as to the assembled company shall seem meet” – *The will of Jeremy Bentham Queens Square Place, Westminster, Wednesday 30th May, 1832*, <http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/who/autoicon>; oryginał testamentu przechowywany w National Archives; por. J. Bentham, *Auto Icon*, „Chicago Review” 1970, nr 1, s. 103–105; C.F.A. Mamoy, *The ‘Auto-Icon’ of Jeremy Bentham...*, s. 80. Takie zebrania utylitarystów rzeczywiście się odbywały w apartamentach Southwooda Smitha; por. C.F.A. Mamoy, *The ‘Auto-Icon’ of Jeremy Bentham...*, s. 83.

użyteczności i pełniłby podobną funkcję jak w Kościele katolickim szczątki świętych<sup>45</sup>. Mielibyśmy zatem do czynienia z zsekularyzowanymi praktykami religijnymi, służącymi do celów czysto ideologicznych<sup>46</sup>. Funkcja, jaką w zamyśle filozofa pełnić miał jego „wizerunek własny”, przypominała nieco tę, o której myśleli pomysłodawcy kultu Lenina w Związku Radzieckim w 1924 r.<sup>47</sup>

Pamięć o zmarłych – zarówno tych, z którymi łączyły nas niegdyś związki rodzinne czy towarzyskie, jak też tych, którzy upamiętnili się w dziejach ludzkości – poprawiać może ludziom samopoczucie, łagodząc przykrość, jaka łączy się ze świadomością czekającego wszystkich koniecznością rozstania się z tym światem. Zatem można z punktu widzenia założeń użyteczności niebezzasadnie dowodzić, że miejsca pamięci, jakimi są także tradycyjne cmentarze – zmniejszając przykrość związaną z biologiczną kondycją człowieka, którego egzystencja zawsze jest ograniczona w czasie – przyczyniają się do utrzymania poziomu szczęścia w każdym społeczeństwie, są więc użyteczne. Z tych samych powodów – jak można twierdzić – pozytywne znaczenie może mieć respektowanie woli osób zmarłych, co jednak nie stanowi z perspektywy użyteczności samo dla siebie jakiegokolwiek zobowiązania moralnego<sup>48</sup>. Ponadto wolę tę szanować wypada – zgodnie z tą doktryną – tylko

---

<sup>45</sup> Skądinąd zaś wiadomo, że Bentham – podobnie jak Auguste Comte – postrzegał siebie jako zbawcę świata, najwyższym kapłanem nowego światopoglądu czy wręcz sekty („sekty utilitarian” – *the sect of utilitarians*), „osobistości o wielkiej świętości i znaczeniu” (*personage of great sanctity and importance*) – J. Bentham, *Dream (c. 1780–1782)*, Manuscripts of Jeremy Bentham, University College of London, U.C. Box 169/79, za: J. E. Crimmins, *Bentham on Religion: Atheism and the Secular Society*, „Journal of the History of Ideas” 1986, nr 1, s. 103. Gdzie indziej zaś filozof porównywał siebie – pół żartem, pół serio – do Mahometa, przyjmując na siebie tym samym rolę proroka, wyobrażał sobie też, że w trakcie wyimaginowanych „rozmów umarłych” wielcy filozofowie przeszłości – na przykład Francis Bacon – będą gratulować mu osiągnięć; zob. J. Bentham, *Auto-Icon; or, Further Uses of the Dead to the Living...*, s. 14–15.

<sup>46</sup> Ruth Richardson i Brian Hurwitz sugerują, że decyzje Benthama o stworzeniu *Auto-Icon* oraz powierzeniu przeprowadzenia sekcji zaufanemu lekarzowi mogły być także podyktowane jego obawą przed wykradzeniem zwłok z grobu w celu wykonania pokątnej sekcji ciała tak słynnej osoby, jaką był filozof, gdyby został pochowany w sposób tradycyjny; por. R. Richardson, B. Hurwitz, *Jeremy Bentham's self image...*, s. 197. W takiej sytuacji jego szczątki i miejsce ich przechowywania w żaden sposób nie mogłyby spełnić funkcji symbolu dla utilitarystów.

<sup>47</sup> Zob. też M. Božovič, *The Body and Psycho...*, s. 89–90.

<sup>48</sup> Przytoczyć tu można interpretację Carolyn Shapiro Wyatt, która analizując



dopóty, dopóki nie koliduje to ze zwiększaniem szczęścia żyjących członków społeczeństwa. Stąd pozostając w obszarze dyskursu inspirowanego utylitaryzmem Benthama, nie da się choćby utrzymać jako niewygasających ze śmiercią twórcy części uprawnień wchodzących w skład autorskich praw osobistych. O ile zapisane w polskiej ustawie o prawie autorskim „prawo do oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo” daje się uzasadnić w taki sam sposób, jak uszanowanie woli zmarłego, o tyle – jak sądzę – bardziej skomplikowany jest problem uzasadnienia prawa do „nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania”<sup>49</sup>. Z jednej strony bowiem Bentham, który był zwolennikiem pod koniec XVIII wieku kategorii praw autorskich, nie mógł aprobować, by dopuszczalne byłoby zniszczenie bądź uszkodzenie przedmiotu materialnego będącego jedyną formą utrwalenia utworu, gdyż takie działanie – nawet podjęte przez właściciela tego przedmiotu – pozbawiałoby teraźniejsze i przyszłe pokolenia przyjemności, jaką mogłyby czerpać z tego utworu<sup>50</sup>. To samo dotyczy omawianego tutaj „wizerunku własnego” – *auto-icon* – któremu wszakże filozof przypisywał status podobny

---

samo pojęcie ciała w filozofii Benthama dochodzi do przekonania, że „ciało” w niej jest „niezbędnie potrzebną rzeczywistą jednostką prowadzącą do realizacji większego szczęścia większej liczby ludzi”. Realizacja szczęścia bowiem jest dokonywana, jeżeli może pojawić się „materialnie”. *Auto-Icon* zatem jest ciałem, tekstem i „ciałem–tekstem”, z którego pozostali przy życiu będą czytać o zmarłym, jak z książki. Służy on zachowaniu ciągłości między wolą osoby, to znaczy jej świadomą intencją, a jej cielesnością. Innymi słowy, według Benthama dzięki stworzeniu *auto-icon* subiektywna wola podmiotu zyskuje obiektywizację w czymś, co rzeczywiste i przedmiotowe. *Auto-icon* staje się upostaciowieniem fikcji prawnej, jaką jest wola zmarłego. Wola ta pozostaje nadal w jakiejś mierze fikcją, ale jednak fikcją zmaterializowaną – złączoną z tym, co realne (filozof wiele miejsca w swoich dziełach poświęcił rozważaniu fikcji i ich kwestionowaniu); zob. C. Shapiro Wyatt, „*Farther Uses of the Dead to the Living*”..., s. 10–11, 15. Ponadto wola zmarłego nie może być fikcją, która wiąże ręce żyjącym w odniesieniu do rzeczy względem niego zewnętrznych. Jedynym więc przedmiotem, w którym wola ta może realnie trwać i to bez uszczerbku dla przyszłych pokoleń, a nawet z korzyścią dla nich, jest jego własne ciało.

<sup>49</sup> Zob. art. 16 pkt. 2–3 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 621 ze zm.).

<sup>50</sup> Wykorzystując argumentację Benthama dotyczącą poglądów religijnych, można by uznać, że na gruncie jego doktryny dopuszczalne byłyby nieliczne wyjątki od wskazanej zasady, dotyczące dzieł oczywiście sprzecznych z określonym za pomocą zasady użyteczności „dobrobytem społeczeństwa”. Wydaje się ponadto, że podobny tok rozumowania może być zastosowany do uzasadnienia na gruncie Benthamowskiego utylitaryzmu ochrony zabytków.

do tego, który przysługuje właśnie utworowi (np. dziełu plastycznemu). Z drugiej jednak strony restrykcyjnie interpretowany obowiązek nie naruszalności treści i formy oraz „rzetelnego wykorzystania” utworu zmarłego autora może godzić w posiadającą wyższą wartość przyjemnością ludzi żyjących, którzy chcieliby ów utwór wykorzystać – wobec czego takie rozumienie analizowanego tutaj prawa nie zyskuje aprobaty na gruncie Benthamowskiego utylitaryzmu.

W doktrynie Benthama zysk finansowy jest jednym z rodzajów przyjemności, a działania służące jego uzyskaniu są oceniane jako dobre, jeżeli nie powodują większej niż on sam „przykrości” (szkody czy też krzywdy) innych osób niż ta, która go otrzymuje. Pieniądz niekiedy zresztą uznał zresztą filozof za najlepszy miernik przyjemności rzeczy<sup>51</sup>. Otrzymywanie zarobku za pomocą czy też „kosztem” osoby zmarłej, ponieważ nie umniejsza szczęścia społeczeństwa żywych, jest zupełnie zgodny z zasadą użyteczności<sup>52</sup>. Zatem wystawienie kukły sporządzonej

---

<sup>51</sup> Zob. H. Maślińska, *Bentham...*, s. 65–67; T. Tulejski, *Od zasady użyteczności do demokracji...*, s. 49–53. W tym miejscu dochodzimy do problemu rachunku przyjemności na gruncie utylitaryzmu Benthama. Filozof ten z optował bowiem za rozwijaniem metod, które pozwolą obiektywnie i – na ile to możliwe – precyzyjnie porównywać ze sobą różne przyjemności. Jego usiłowania znalezienia sposobu mierzenia przyjemności często spotykały się z krytyką i nie do końca zasłużonymi oskarżeniami o naiwność (jednym z błędów interpretatorów jest utożsamianie „rachunku przyjemności” z rachunkiem wszystkich okoliczności branych pod uwagę przy ocenie czynu czy określonego działania politycznego). Przy czym Bentham – o czym trzeba pamiętać – uważał, że proponowany przezeń „rachunek przyjemności”, wyróżniający aż czternaście rodzajów przyjemności oraz siedem wymiarów każdej rozważanej przyjemności, trzeba zawsze mieć na uwadze, lecz nie trzeba go ściśle stosować w przypadku każdego osądu moralnego. Ponadto wątpił on w to, czy dokładne metody takiego rachunku możliwe są do zastosowania w każdej sytuacji kiedykolwiek zostaną wynalezione, dochodził jednak do przekonania, że rachunek ów ma podobny status jak w matematyce rachunek prawdopodobieństwa, wobec czego mimo wszystkich wątpliwości i niedoskonałości zawsze będzie mieć znaczenie w odniesieniu do proponowanych regulacji prawnych i wprowadzanych posunięć politycznych; zob. T. Brunius, *Jeremy Bentham's Moral Calculus*, „Acta Sociologica” 1959, nr. 2–3, s. 73–85.

<sup>52</sup> Analizując liczne korzyści, które może przynieść tworzenie *auto-icons*, Bentham zastanawiał się między innymi nad ich wymiarem oszczędnościowym (*Economical, or Money saving*), czyli oszczędnościami, do jakich mogą prowadzić (tutaj można sobie wyobrazić zmniejszenie kosztów pochówków czy utrzymania cmentarzy), oraz lukratywnym, odnoszącym się właśnie do dochodów, jakie takie kukły zdolne są przynosić (*Lucrative, or Money getting*). Wśród cokolwiek egzotycznych sposobów wykorzystania „wizerunków własnych” Bentham wymieniał, być może żartem,

ze szczątków Benthama na widok publiczny w jakimś gabinecie osobliwości i pobieranie opłat za jego oglądanie trzeba by uznać za działanie całkowicie spełniające test zasady użyteczności. Tym bardziej to należałoby uznać za korzystne dla szczęścia społecznego, gdyby środki w ten sposób uzyskane były przeznaczane na utrzymywanie takiej instytucji, jak uniwersytet (np. University College of London). Wypada zatem wskazać, że przedstawione w reportażach Marii Zaporowskiej plemię Papuasów zamieszkujące w wiosce w centralnej części Nowej Gwinei, które z jednej strony czci przodków i mumifikuje ich ciała, z drugiej zaś pozwala bardzo stare mumie antenatów oglądać za pieniądze i je fotografować, postępuje całkiem w zgodzie z Benthamowską zasadą, choć nic nie wie ani o utylityzmie, ani o jego twórcy<sup>53</sup>.

Rekapitulując poczynione tu uwagi należy stwierdzić, że z jednej strony Benthamowska koncepcja *auto-icon* („wizerunku własnego”) zakorzeniona jest w doktrynie utylitarystycznej stworzonej przez tego filozofa. Wszak Bentham chciał zaproponować takie rozwiązanie, dzięki któremu – zgodnie z założeniem utylityzmu, że dobre jest to, co przynosi jak najwięcej szczęścia – ciało zmarłego człowieka w największym stopniu mogłyby służyć żyjącym. Dlatego właśnie postulował, by tak zwane tkanki miękkie (z wyjątkiem głowy) zostały poddane sekcji i w ten sposób mogły być użyteczne dla rozwoju medycyny oraz edukacji przyszłych lekarzy. *Auto-icon*, wykonany ze szkieletu i głowy „wizerunek” zmarłego, mógł być użyteczny, gdyż służyłby przywołaniu pamięci o zmarłym i łagodzeniu lęku przed śmiercią u żyjących,

---

„wysadzenie” nimi – jak krzewami lub drzewami – drogi dojazdowej do wiejskiego domu, przy czym przed zniszczeniem wskutek warunków atmosferycznych chronione miałyby być za pomocą werniksu i kauczuku – por. J. Bentham, *Auto-Icon; or, Further Uses of the Dead to the Living...*, s. 3. Tego typu pomysły powodowały, że przez lata badacze nie brali na poważnie stwierdzeń zawartych w cytowanym późnym eseju filozofa; por. A. L. Gates, *Translating the Dead...*, s. 223.

<sup>53</sup> W papuaskiej wiosce blisko Wameny, miasta leżącego w centralnej części Irianu Zachodniego, indonezyjskiej części Nowej Gwinei, atrakcją turystyczną są mumie w pozycji kucznej, które mają około 200–300 lat i są szczątkami przodków obecnych mieszkańców. Mumie te traktowane są z estymą, a zapewne otoczone także kultem, choć „zarabiają” również na swoich potomków. Za niewygórowaną opłatą wyjmowane są z chat, sadowane na pniakach, gdzie mogą być fotografowane wraz z turystami oraz Papuasami. Ci ostatni traktują chyba otrzymaną zapłatę w banknotach nie tylko jako pieniądź, ale jako ozdobę, ponieważ zależy im bardziej na czystości banknotu niż na jego nominalu. Informację tę zawdzięczam Marii Zaporowskiej, która jako trzynastoletnia podróżniczka wędrowała przez środkową Nową Gwineę.

a jednocześnie spełniałyby zdecydowanie bardziej „przyziemne” funkcje, na przykład wystawiane na widok publiczny, przynosiłyby zyski właścicielom. Z tego względu Bentham pisał, że *auto-icons* byłyby nowym rodzajem własności, przypominającym własność utworu literackiego. Z drugiej jednak strony pomysł Benthama wiąże się z jego stosunkiem do religii, a w szczególności chrześcijaństwa. Twórca utylitaryzmu uznawał jedynie polityczną użyteczność religii jako swoistego instrumentu inżynierii społecznej i pragnął sekularyzacji społeczeństwa, jednakże nie wyrzekał się całkiem chrześcijańskiej idei nieśmiertelności. Koncepcja *auto-icons* jest odblaskiem tej idei, realizowanym zresztą nie w jakichś „zaświatach”, których istnienie Bentham kwestionował, lecz na „tym” świecie. Analizując pisma filozofa dojść można do przekonania, że chciał on stworzyć swego rodzaju panteon „świętych” dla nowego, zeświecczonego i realizującego zasadę użyteczności społeczeństwa, tzn. galerię najwybitniejszych jednostek, do których zaliczał także siebie. W tym aspekcie Benthamowski zamysł wydaje się jakąś antycypacją projektu kultu Włodzimierza Lenina i innych komunistycznych „świętych”.

## **Streszczenie**

Jeremy Bentham, twórca utylitaryzmu, nakazał w swoim testamencie z 1832 r., by jego ciało zostało poddane sekcji zwłok, natomiast jego szkielet wraz ze z mumifikowaną głową miały stać się podstawą *Auto-Icon* – specyficznego „wizerunku własnego”. Do chwili obecnej *Auto-Icon* Benthama można oglądać w University College of London. W niniejszej pracy została podjęta próba rekonstrukcji motywów, jakie kierowały Benthamem, to zaś posłużyło do postawienia szerszego pytania dotyczącego ochrony zwłok ludzkich z punktu widzenia utylitaryzmu jako doktryny filozoficznoprawnej. Z jednej strony Benthamowska koncepcja *auto-icon* zakorzeniona jest w doktrynie utylitarystycznej stworzonej przez tego filozofa. Wszak Bentham chciał zaproponować takie rozwiązanie, dzięki któremu ciało zmarłego człowieka w największym stopniu mogłyby służyć żyjącym. Dlatego właśnie postulował, by tak zwane tkanki miękkie (z wyjątkiem głowy) zostały poddane sekcji i w ten sposób mogły być użyteczne dla rozwoju medycyny oraz

edukacji przyszłych lekarzy. *Auto-icon* mógł być z kolei użyteczny, gdyż służyłby przywołaniu pamięci o zmarłym i łagodzeniu lęku przed śmiercią u żyjących, a jednocześnie spełniałyby zdecydowanie bardziej „przyziemne” funkcje, na przykład wystawiane na widok publiczny, przynosiłyby zyski właścicielom. Z tego względu Bentham pisał, że *auto-icons* byłyby nowym rodzajem własności, przypominającym własność utworu literackiego. Z drugiej jednak strony pomysł Benthama wiąże się z jego stosunkiem do religii, a w szczególności chrześcijaństwa. Twórca utylitaryzmu uznawał jedynie użyteczność religii jako swoistego instrumentu inżynierii społecznej i pragnął sekularyzacji społeczeństwa, jednakże nie wyrzekał się całkiem chrześcijańskiej idei nieśmiertelności. Koncepcja *auto-icons* jest odblaskiem tej idei. Zamiarem filozofa było stworzenie swego rodzaju panteon najwybitniejszych jednostek dla nowego, zeświecczonego i realizującego zasadę użyteczności społeczeństwa. Do grona tych „świętych” zaliczał także siebie. W tym aspekcie Benthamowski zamysł wydają się jakąś antycypacją projektu kultu Włodzimierza Lenina.

Słowa kluczowe: Jeremy Bentham, auto-icon, utylitaryzm, ciało ludzkie, użyteczność, religia, prawa osób zmarłych, ludzkie zwłoki.

### **Abstract**

Jeremy Bentham, the founder of utilitarianism, ordered in his will of 1832 that his body was to be dissected, and his skeleton with his mummified head was to become the basis of the so-called Auto-Icon. Bentham's Auto Icon can be seen now in the University College of London. The paper presents an attempt to reconstruct the motives which guided Bentham – this issue leads to the broader questions concerning the protection of human corpses from the point of view of the utilitarian legal thought. On the one hand, the Benthamian concept of auto-icon is rooted in utilitarian doctrine created by the philosopher. Bentham wanted to propose such a solution so that the body of a deceased man could serve the living persons to the greatest possible extent. Therefore, he urged that the so-called soft tissues (except a head) of a deceased person were to be dissected, and thus may be useful for the development of medicine and education of future physicians. Auto-icon could in turn be useful because it could recall the memory of the deceased and alleviate the fear of death in the living individuals, and simultaneously

it could serve the much more “mundane” purposes, e.g. it can be exposed to public view and thus confer benefits to the owners. Therefore, Bentham wrote that auto-icons would be a new kind of property resembling the literary property. On the other hand, the Bentham’s idea is strongly connected with his attitude to religion, particularly Christianity. The founder of utilitarianism recognized only the usefulness of religion as a kind of instrument of social engineering and desired the secularization of society, but he did not entirely renounce the Christian idea of immortality. The concept of auto-icon reflects this idea. Bentham’s intention was to create a kind of pantheon of the greatest individuals for the new, secular society implementing the principle of utility. Moreover, Bentham ranked himself among those “saints” for a utilitarian society. In this respect, the Benthamian idea of auto-icon seems to anticipate the project of Vladimir Lenin’s cult.

Keywords: Jeremy Bentham, auto-icon, utilitarianism, human body, utility, religion, the rights of deceased persons, human corpse.

Monika Tenenbaum-Kulig<sup>1</sup>

## **Użycie terenu cmentarnego na inny cel według ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych**

### **1. Wprowadzenie**

Niejednokrotnie w praktyce mamy do czynienia z sytuacjami, w których na terenie, na którym w przeszłości znajdował się czynny cmentarz, zlokalizowane są obecnie różnego rodzaju obiekty, niemające z cmentarzem nic wspólnego. Tytułem przykładu można wskazać, że na terenie części „dawnego cmentarza żydowskiego” przy ul. Gwarnej we Wrocławiu znajdują się garaże i pomieszczenia gospodarcze<sup>2</sup>, a na terenie części „dawnego cmentarza przykościelnego” w innej miejscowości znajduje się boisko do gier zespołowych i dom kultury<sup>3</sup>. Media donoszą również o przypadkach, w których tereny cmentarzy zostały zaorane czy zrównane z ziemią<sup>4</sup>. Wiedza o tym, że na określonym terenie w przeszłości znajdował się czynny cmentarz może również zniechęcać potencjalnych nabywców. Wymienione sytuacje skłaniają do rozważań na temat możliwości użycia terenu cmentarnego na inny cel.

Zagadnienie możliwości użycia terenu cmentarnego na inny cel jest uregulowane w art. 6 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>5</sup>, w którym określono wymogi, jakie muszą być ku

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Wrocławski, radca prawny.

<sup>2</sup> Zob. uzasadnienie wyroku SO we Wrocławiu z 12 października 2011 r. (II Ca 818/11), niepubl.

<sup>3</sup> Zob. uzasadnienie wyroku SA w Szczecinie z 23 kwietnia 2014 r. (I ACa 89/14), LEX nr 1466954.

<sup>4</sup> Zob. np. <http://www.prw.pl/articles/view/29902/Zaorali-cmentarz-nikogo-nie-pytajac>; <http://www.zabytkidolnegoslaska.com.pl/index.php/zabytki-artykuly/ochrona-zabytkow/15532-buldozerami-po-nagrobkach-interwencja-stowarzyszenia-monitoring-zabytkow>

<sup>5</sup> Ustawa z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 118, poz. 687 ze zm.), dalej: u.c.z.



temu spełnione. W artykule, o którym mowa, zostały użyte przez ustawodawcę określenia „terenu cmentarnego”, „cmentarza” i „terenu pocmentarnego”. Żadne z nich nie zostało jednak zdefiniowane ustawowo, co powoduje, że pojęcie terenu cmentarnego jest różnie interpretowane w orzecznictwie sądowym. W konsekwencji, w praktyce sądy niekiedy – nawet w tej samej sprawie – zajmują różne stanowisko odnośnie tego, czy dany teren jest terenem cmentarnym. To z kolei prowadzi do zajęcia odmiennego stanowiska w kwestii, czy konieczne jest zachowanie wymogów określonych w art. 6 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Kluczowe jest więc zajęcie stanowiska w przedmiocie tego, jak powinno być rozumiane pojęcie terenu cmentarnego.

## 2. Pojęcie terenu cmentarnego

### 2.1. Przegląd stanowisk przedstawicieli doktryny i orzecznictwa

Jak już wspomniano, pojęcie „terenu cmentarnego”, użyte w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, nie zostało zdefiniowane. E. Dramorost<sup>6</sup> czy M. Pietrzak<sup>7</sup> przyjmują, że teren cmentarny jest to teren cmentarza.

L. Adamowicz używa określenia „przeznaczenie cmentarza na inny cel”<sup>8</sup>, co świadczy o utożsamieniu pojęć „teren cmentarny” i „cmentarz”. J. Mazurkiewicz zdaje się przyjmować, że pojęcia „cmentarza” i „terenu cmentarnego” nie muszą odnosić się do tego samego przedmiotu. Autor ten używa stwierdzenia „zmiana przeznaczenia cmentarza lub terenu cmentarnego”<sup>9</sup>. Jednak ze względu na brak wyraźnego odniesienia się przez wskazanego autora do tej kwestii, wysunięcie takiego wniosku z samego tylko faktu użycia spójnika „lub” jest być może zbyt daleko idące.

Wydaje się, że do grupy poglądów odróżniających pojęcia „cmentarza” i „terenu cmentarnego” należałoby zaliczyć stanowisko A. Mezglewskiego, który opisując treść art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych posługuje się co prawda pojęciem „terenu pocmentarnego” (które z kolei występuje w art. 6 ust. 3 u.c.z.), ale zdaje

<sup>6</sup> E. Dramorost, *Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 26.

<sup>7</sup> M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2013, s. 291.

<sup>8</sup> L. Adamowicz w: H. Misztal (red.), *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2000, s. 463.

<sup>9</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar; Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 657, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication?id=28001&from=&dirids=1&tab=1&lp=2&QI>

się z tego wynikać, że terenem cmentarnym dla wskazanego autora jest teren, na którym cmentarz już nie istnieje.

Rozróżnienie, o którym mowa, jest przyjmowane w orzecznictwie<sup>10</sup>, choć nie zawsze. Kwestia rozgraniczenia pojęć „cmentarza” i „terenu cmentarnego” nie jest więc – jak się wydaje – oczywista. W judykaturze został jednak wyrażony pogląd, że mimo braku definicji legalnej terminu „cmentarz” w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, „potoczne znaczenie tego słowa oraz pozostałe przepisy ustawy nie powodują trudności interpretacyjnych w tym zakresie”<sup>11</sup>.

Kwalifikując teren określonej nieruchomości jako cmentarz, Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z 12 października 2011 r. (II Ca 818/11) stwierdził, że „przedmiotowa nieruchomość znajduje się na terenie, który w przeszłości był miejscem pochówku wielu osób”. Sąd ten podzielił stanowisko jednej ze stron, że bez względu na obecną zabudowę i brak śladów naziemnych (macew) teren pozostaje nadal cmentarzem<sup>12</sup>. W odniesieniu do terenu, którego dotyczyła wymieniona sprawa, brak jest w archiwum urzędu miejskiego dokumentów potwierdzających wydanie decyzji o użyciu przedmiotowej działki na inny cel w trybie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Z uzasadnienia wyroku wynika również, że „likwidacja cmentarzy w okresie powojennym nie była poprzedzana pracami ekshumacyjnymi”<sup>13</sup>. W konsekwencji Sąd Okręgowy we Wrocławiu uznał, że mamy do czynienia z cmentarzem i w związku z tym niezbędne jest zachowanie wymogów wynikających z art. 6 u.c.z. Oznacza to, że sąd w przedstawionym stanie faktycznym utożsamiał pojęcia „cmentarza” i „terenu cmentarnego”.

W sprawie, której dotyczył opisywany wyrok, Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia – również utożsamiając pojęcia „cmentarza” i „terenu cmentarnego” – dokonał jednak innej kwalifikacji spornego terenu. Wynika z tego, że wskazanie, jak długo mamy do czynienia z cmentarzem czy terenem cmentarnym może być problematyczne i wywoływać wątpliwości interpretacyjne.

---

<sup>10</sup> Wyrok NSA z 4 grudnia 2001 r. (II S.A./Wr 1947/99), LEX nr 35478; wyrok WSA w Warszawie z 19 grudnia 2011 r. (IV SA/Wa 1592/11), LEX nr 1135197.

<sup>11</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 12 października 2011 r. (II Ca 818/11).

<sup>12</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 12 października 2011 r. (II Ca 818/11).

<sup>13</sup> Wyrok SO we Wrocławiu z 12 października 2011 r. (II Ca 818/11).

W sprawie, o której mowa, sąd pierwszej instancji uznał, że na terenie, którego dotyczył spór, „znajdował się cmentarz”<sup>14</sup>. Sąd Rejonowy przyjął, że nie jest cmentarzem teren, na którym w przeszłości znajdował się czynny cmentarz, który został zamknięty, ale w stosunku do którego brak jest decyzji w sprawie użycia terenu cmentarnego na inny cel, który to teren jest pozbawiony zewnętrznych śladów wskazujących, że jest to cmentarz i z którego nie dokonano ekshumacji. W konsekwencji Sąd Rejonowy uznał, że nieruchomości stanowiąca przedmiot umowy nie jest cmentarzem, lecz działką gruntu zabudowaną budynkami garażowymi, konkludując, że procedura określona w art. 6 u.c.z. nie ma zastosowania<sup>15</sup>. Z przedstawionych stanowisk sądów obu instancji wynika, że sądy odnosiły zastosowanie procedury, o której mowa, do cmentarza/terenu cmentarza (nie posługiwały się określeniem terenu cmentarnego). Świadczy to o utożsamianiu pojęć „cmentarz” i „teren cmentarny”.

W orzecznictwie sądowym reprezentowane jest jednak także stanowisko odróżniające pojęcia „cmentarza” i „terenu cmentarnego”. W wyroku z 4 grudnia 2001 r. Naczelny Sąd Administracyjny – Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu<sup>16</sup> posługiwał się pojęciem terenu cmentarnego w odniesieniu do terenu, który „stanowił w okresie wcześniejszym cmentarz”, „w przeszłości (...) stanowił miejsce pochówku zmarłych”.

Rozróżnienie to przyjął także Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 19 grudnia 2011 r.<sup>17</sup> uznając, że określony teren stanowił poprzednio cmentarz, a obecnie teren cmentarny. Sąd, wychodząc z założenia, że ustawodawca odróżnił pojęcia cmentarza i terenu cmentarnego, wskazał, że ze względu na to, że przy zmianie przeznaczenia terenu cmentarnego szczątki zwłok znajdujące się na tym terenie powinny być przeniesione na inny cmentarz (art. 6 ust. 7 u.c.z.), „przeniesienie (...) wyłącznie zewnętrznych atrybutów cmentarza jakimi są nagrobki powoduje, że dotychczasowy cmentarz staje się terenem cmentarnym, do którego nadal znajdują zastosowanie przepisy art. 6 ust. 1, 2 i 3 ustawy. Jeżeli zatem, jak podniesiono w skardze w latach 80. dokonano przeniesienia wyłącznie macew, bez przeniesienia szczątków ludzkich, nie można twierdzić, że teren utracił charakter terenu

---

<sup>14</sup> Wyrok SR dla Wrocławia-Śródmieścia z 27 kwietnia 2011 r. (IX C 365/10), za: uzasadnienie wyroku SO we Wrocławiu z 12 października 2011 r. (II Ca 818/11).

<sup>15</sup> Wyrok SR dla Wrocławia-Śródmieścia z 27 kwietnia 2011 r. (IX C 365/10).

<sup>16</sup> Wyrok NSA z 4 grudnia 2001 r. (II SA/Wr 1947/99).

<sup>17</sup> Wyrok WSA z 19 grudnia 2011 r. (IV SA/Wa 1592/11).

cmentarnego (...). W tym ujęciu teren cmentarny jest to teren dotychczasowego cmentarza pozbawiony zewnętrznych atrybutów (utrata statusu cmentarza następuje z chwilą ich usunięcia), na którym znajdują się szczątki zwłok.

Samo pojęcie „cmentarza” jest definiowane w literaturze na różne sposoby. Część autorów posługuje się definicjami przedmiotowymi. Na przykład zdaniem E. Baniukiewicz, cmentarz jest to teren przeznaczony do grzebania zmarłych, będący miejscem specjalnie wybranym w tym celu, pierwotnie zwykle nieznajdującym się w bezpośrednim sąsiedztwie od siedzib ludzkich, które zwykle z upływem lat przybliżają się do niego, a w miastach stanowią jego bezpośrednie sąsiedztwo<sup>18</sup>. Podobną definicję cmentarza proponuje A. Kalinowski, określając go jako „miejsce, w którym w grobach indywidualnych bądź zbiorowych grzebie się ciała zmarłych lub przechowuje się prochy po ich spaleniu”<sup>19</sup>. Warto zwrócić uwagę na to, że określenie „cmentarz” wywodzi się od słowa *coemeterium*, pochodzącego od greckiego *koimeterion*, oznaczającego miejsce spoczynku<sup>20</sup>. Wskazane definicje cmentarza mają charakter przedmiotowy, odnoszą bowiem to pojęcie do miejsca.

Odmienne rozumienie określenia „cmentarz” zaproponował S. Rudnicki. Zdaniem tego autora „ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie zawiera definicji cmentarza, ale określa, że jest to teren przeznaczony w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego na chowanie zmarłych”<sup>21</sup>. „Teren cmentarza jest przedmiotem użyteczności publicznej o szczególnym charakterze. Jego funkcją jest z jednej strony zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w zakresie stworzenia godnego miejsca dla pochówku osób zmarłych, umożliwiającego wykonywanie w ciszy, spokoju i odpowiednim otoczeniu zewnętrznym kultu ich pamięci, zgodnie z obyczajem, tradycją i wyznawaną religią, oraz spełnianie obrzędów religijnych, z drugiej strony

---

<sup>18</sup> E. Baniukiewicz, *Pojęcie cmentarza. Działania konserwatorskie*, w: *Ochrona cmentarzy zabytkowych. Materiały szkoleniowe pracowników Państwowej Służby Ochrony Zabytków oraz materiały konferencji Organizacja lapidariów cmentarnych Żagań – Koźuchów 20-23 czerwca 1993*, Warszawa 1994, s. 21.

<sup>19</sup> A. Kalinowski, *Cmentarze. Ewolucja przepisów w kościelnym ustawodawstwie kodeksowym XX wieku*, Pelplin 2001, s. 16. Zob. też A. Czohara w: A. Czohara, T.J. Zieliński, *Ustawa o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Polsce. Komentarz*, LEX/el.

<sup>20</sup> A. Kalinowski, *Cmentarze...*, s. 18.

<sup>21</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999, s. 61.

ochrona przed zakłócaniem i profanacją miejsca spoczynku zmarłych, a wreszcie ochrona sanitarna środowiska. Takie przeznaczenie nadaje cmentarzom szczególny charakter publicznoprawnych zakładów użyteczności publicznej nie posiadających osobowości prawnej<sup>22</sup>. Ujęcie to zostało zakwalifikowane w literaturze jako nawiązujące do aspektu podmiotowego i spotkało się aprobatą<sup>23</sup>.

## 2.2. Podsumowanie przedstawionych stanowisk

Wypowiedzi przedstawicieli doktryny w kwestii rozumienia pojęcia „terenu cmentarnego” są fragmentaryczne, natomiast nieco bardziej rozbudowane są wypowiedzi sądów, choć orzecznictwo dotyczące rozważanej kwestii nie jest bogate. Z dokonanego przeglądu stanowisk i wykładni językowej art. 6 u.c.z. wynika, że w przedmiocie znaczenia pojęć „cmentarza” i „terenu cmentarnego” oraz ich wzajemnej relacji możliwe jest zajęcie jednego z kilku stanowisk.

Po pierwsze można przyjąć, że teren cmentarny jest to teren cmentarza w znaczeniu przedmiotowym, czy też cmentarz w znaczeniu przedmiotowym. Jak już wspomniano, pojęcie „terenu cmentarnego”, użyte w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, nie zostało zdefiniowane. Z art. 6 ust. 1 u.c.z. można wyprowadzić wniosek, że terenem cmentarnym jest na pewno teren zamkniętego cmentarza, mowa jest tu bowiem o „użyciu terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel”. Natomiast z art. 6 ust. 7 u.c.z. zdaje się wynikać, że teren cmentarny, w odniesieniu do którego wydano decyzję o jego użyciu na inny cel, jest cmentarzem. Ustawodawca użył tu bowiem stwierdzenia, że „przy zmianie przeznaczenia terenu cmentarnego szczątki zwłok znajdujące się na tym terenie powinny być przeniesione na inny cmentarz”. Z powyższego można wnosić, że teren cmentarny jest to teren cmentarza. Ponadto w art. 6 ust. 1 u.c.z. mowa jest o pochowaniu zwłok na cmentarzu, co świadczy o użyciu tego określenia dla oznaczenia miejsca.

Wskazuje się, że interpretowanym zwrotom nie powinno się nadawać innego znaczenia niż to, które mają one w języku potocznym, chyba

---

<sup>22</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...* Zob. też E. Dołęgowska, K. Klibisz, A. Tworkowska, *Cywilnoprawna regulacja prawa do grobu*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, nr 13, s. 115, [http://www.prawo.uwb.edu.pl/pliki/prawo\\_newfile/publikacje/Book%206%20ostateczna.pdf](http://www.prawo.uwb.edu.pl/pliki/prawo_newfile/publikacje/Book%206%20ostateczna.pdf)

<sup>23</sup> B. Rakoczy, *Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 293.

że przemawiają za tym dostateczne racje<sup>24</sup>. Wykładnia, zgodnie z którą teren cmentarny jest to teren cmentarza w znaczeniu przedmiotowym, jest zgodna z wykładnią językową słowa „cmentarny”, gdyż według Wielkiego słownika języka polskiego oznacza ono: „dotyczący cmentarza, należący do cmentarza, znajdujący się na cmentarzu”<sup>25</sup>, zaś „cmentarz” jest to „miejsce, zazwyczaj otoczone murem, gdzie grzebani są zmarli”<sup>26</sup>. Również z art. 5 ust. 1 u.c.z. wynika, że cmentarze powinny znajdować się na ogrodzonym terenie, a zgodnie z art. 3 u.c.z. cmentarze zakłada się i rozszerza na terenach określonych w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego.

Propozycję definicji pojęcia „cmentarz” zawarto w poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>27</sup>. Zgodnie z art. 1 pkt 2 Projektu w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych po art. 1 zaproponowano dodanie art. 1a zawierającego słowniczek ustawowy, definiujący w pkt 4 cmentarz jako „obszar służący do pochówku zwłok, szczątków lub prochów, w grobach, kolumbariach lub poprzez rozsypianie na polach pamięci”.

Z przedstawionych definicji wynika, że cmentarzem nazywa się miejsce, które z założenia służy chowaniu zmarłych. Za takim jego rozumieniem mogą przemawiać przepisy ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, będące podstawą wyróżnienia cmentarzy komunalnych i wyznaniowych (art. 1 i n. u.c.z.).

Na rzecz stanowiska, zgodnie z którym określenia „teren cmentarny” i „teren cmentarza” są synonimami może przemawiać wykładnia historyczna. W pierwotnym tekście art. 6 u.c.z. ustawodawca posługiwał się określeniami użycie i zmiana przeznaczenia terenu cmentarnego. Następnie jednak w ustępie pierwszym i drugim mowa była o użyciu terenu cmentarnego, a w ustępie trzecim – terenu cmentarza<sup>28</sup>.

Przy przyjęciu stanowiska, zgodnie z którym teren cmentarny jest to teren cmentarza w znaczeniu przedmiotowym, czy też cmentarz w takim ujęciu, należałoby podjąć próbę wyjaśnienia, dlaczego ustawodawca w art. 6 u.c.z. posłużył się określeniem „terenu cmentarnego”.

<sup>24</sup> J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2000, s. 229. Zob. też M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2000, s. 334 i n.

<sup>25</sup> Zob. <http://sjp.pwn.pl/doroszewski/cmentarny;5417966.html>

<sup>26</sup> Zob. <http://sjp.pwn.pl/doroszewski/cmentarz;5417967.html>

<sup>27</sup> Druk sejmowy nr 2144, dalej: Projekt.

<sup>28</sup> Zob. art. 1 pkt 3 ustawy z 6 lipca 1972 r. o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. Nr 27, poz. 194).



Należy bowiem mieć na uwadze, że w języku prawnym nie obowiązuje zalecenie unikania powtórzeń, stosowane min. w przypadku tekstów literackich. Zastosowanie określenia „użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego” zamiast „użycie cmentarza po jego zamknięciu na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego” mogło być spowodowane tym, że cmentarz (rozumiany przedmiotowo) z założenia służy przede wszystkim do grzebania zwłok. Dodać można, że są na nim dokonywane oprócz tego także czynności związane z pochówkiem – np. dom pogrzebowy i kostnica, z których przynajmniej jedno powinno być na każdym cmentarzu, służą do składania ciał osób zmarłych do czasu ich pochowania (art. 5 ust. 2 pkt 1 u.c.z.), do wykonywania oględzin zwłok ludzkich dla celów sądowo-lekarskich, sanitarnych oraz policyjnych (art. 5 ust. 2 pkt 2 u.c.z.) oraz do wykonywania innych czynności związanych z chowaniem zwłok (art. 5 ust. 2 pkt 3 u.c.z.). Typowe jest także wykonywanie na cmentarzu czynności związanych z faktem spoczywania tam zwłok, takich jak odwiedzanie grobu, pielęgnowanie go, wykonywanie czynności religijnych, kontemplacja, itp. Teren ten pełni również inne funkcje wymieniane przez S. Rudnickiego, wskazane wyżej. Warto nadmienić, że Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 13 października 2011 r.<sup>29</sup> stwierdził, że „ustawa o cmentarzach nie daje podstaw do obejmowania oznaczeniem «cmentarz» terenów które mają być przeznaczone na inne cele”. Skoro cmentarz w znaczeniu przedmiotowym nie może być używany z założenia na inny cel niż grzebalny (jako cel główny), ustawodawca mógł posłużyć się określeniem „użycie terenu cmentarnego na inny cel” zamiast „użycie cmentarza na inny cel” dla podkreślenia, że cmentarz, którego zastosowanie zmieniono, nie jest już cmentarzem. Argumentację tę można by odnieść również do użytego w art. 6 ust. 7 u.c.z. określenia „zmiana przeznaczenia terenu cmentarnego”.

Przyjęcie takiego rozumowania nie byłoby jednak spójne z rozwiązaniem zastosowanym w art. 36 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 1 lit. f ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami<sup>30</sup> czy w art. 23 ust. 2 ustawy o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich

---

<sup>29</sup> Wyrok NSA z 13 października 2011 r. (II OSK 1422/11), LEX nr 1070330.

<sup>30</sup> Ustawa z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1446), dalej: u.o.z.



w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>31</sup>, z którego wynika, że dokonuje się zmiany przeznaczenia cmentarza (a nie terenu cmentarnego).

Kontrargument przeciwko stanowisku, że określenie „teren cmentarny” jest synonimem pojęcia „cmentarz” w znaczeniu przedmiotowym wynika także z założenia racjonalności prawodawcy, z którego można wyprowadzić wniosek, że ustawodawca nie posługuje się różnymi określeniami w tym samym znaczeniu. Inny kontrargument stanowi dyrektywa wykładni językowej, zgodnie z którą różnym zwrotom użytym w akcie prawnym nie należy przypisywać tego samego znaczenia<sup>32</sup>. Jest ona związana z zaleceniem, by przy redagowaniu tekstu prawnego nie posługiwać się różnymi określeniami dla oznaczenia tego samego obiektu<sup>33</sup>.

W myśl tego ujęcia należałoby przyjąć, że dopóki mamy do czynienia z cmentarzem (terenem cmentarnym), dopóty niezbędne jest stosowanie art. 6 u.c.z.

Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Śródmieścia we Wrocławiu w opisanym wyżej wyroku z 27 kwietnia 2011 r. (IX C 365/10), wychodząc z założenia, że teren cmentarny jest to teren cmentarza/cmentarz, przyjął, że dla pozbawienia statusu zarówno cmentarza, jak i terenu cmentarnego wystarczające jest usunięcie zewnętrznych śladów wskazujących, że jest to cmentarz – decydujące są więc okoliczności faktyczne. Pogląd ten należy odrzucić, gdyż jego aprobata skutkowałaby koniecznością przyjęcia, że do wyłączenia stosowania art. 6 u.c.z. prowadziłyby usunięcie z terenu cmentarza wspomnianych zewnętrznych elementów. Taki wniosek z pewnością jest sprzeczny z ochronnym reżimem art. 6 u.c.z.

Drugie z teoretycznie możliwych ujęć polega na przyjęciu, że teren cmentarny jest to teren cmentarza w znaczeniu przedmiotowym pozbawiony jego zewnętrznych atrybutów, na którym nadal znajdują się szczątki zwłok. O statusie danego terenu jako cmentarza albo terenu cmentarnego decydowałyby więc okoliczności faktyczne – istnienie albo brak jego zewnętrznych atrybutów. Należy jednak podkreślić, że ich usunięcie skutkowałoby jedynie – w myśl tego ujęcia – pozbawieniem przymiotu cmentarza. Dany teren stawałby się wówczas terenem cmentarnym, podlegającym ochronnemu reżimowi art. 6 u.c.z.

<sup>31</sup> Ustawa z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1798), dalej: u.g.w.ż.

<sup>32</sup> M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 336.

<sup>33</sup> A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008, s. 20.

Wydaje się – choć w kwestii tej sąd reprezentujący to stanowisko nie wypowiedział się – że w tym ujęciu teren pocmentarny, o którym mowa w art. 6 ust. 3 u.c.z., jest to teren cmentarny po usunięciu z niego szczątków zwłok.

Interpretacja, zgodnie z którą teren cmentarny stanowi teren cmentarza w znaczeniu przedmiotowym pozbawiony jego zewnętrznych atrybutów, jest nie do końca zgodna z brzmieniem art. 6 ust. 7 u.c.z., w którym ustawodawca wprowadził powinność przeniesienia szczątków zwłok z terenu cmentarnego (przy zmianie jego przeznaczenia) „na inny cmentarz”, co może sugerować, że teren cmentarny nadal jest cmentarzem.

Ponadto przy takim ujęciu należałoby podkreślić, że termin czterdziestu lat, przewidziany w art. 6 ust. 1 u.c.z. liczony jest od daty ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu, a nie na terenie cmentarnym. Gdyby więc – choć w praktyce problem taki prawdopodobnie nie powstanie – dokonano pochówku na terenie cmentarnym w analizowanym tu rozumieniu tego pojęcia (a więc na terenie cmentarza pozbawionego jego zewnętrznych atrybutów), nie wpływałoby to na obliczanie wyżej wymienionego terminu. Czy byłoby to zgodne z *ratio legis* normy wynikającej z przepisu, o którym mowa? Należy także podkreślić problemy natury dowodowej mogące towarzyszyć wykazywaniu, że pochówek wskazywany jako ostatni odbył się na cmentarzu w rozważanym znaczeniu tego zwrotu, a więc, że na terenie grzebalnym znajdował się wówczas np. chociażby jeden nagrobek.

Na rzecz interpretacji, że pojęcia „cmentarza” i „terenu cmentarnego” nie odnoszą się do identycznego przedmiotu mogłoby wskazywać – jak już wspomniano – posługiwanie się przez ustawodawcę w ramach tego samego aktu prawnego, a nawet tego samego artykułu, obydwoma sformułowaniami oraz dyrektywa wykładni językowej, zgodnie z którą różnym zwrotom nie należy przyznawać tego samego znaczenia, a także założenie racjonalności prawodawcy, z którego można wysunąć wniosek, że nie posługuje się on różnymi określeniami w tym samym znaczeniu.

W razie zajęcia tego stanowiska należałoby również wyjaśnić, dlaczego ustawodawca uregulował kwestię użycia terenu cmentarnego, a nie cmentarza, na inny cel. Można by tu odwołać się do argumentów przytoczonych już wyżej, w rozważaniach dotyczących pierwszego z teoretycznie możliwych ujęć. Można byłoby także wskazać, że być może ustawodawca wyszedł z założenia, że konieczność usunięcia

istniejących zewnętrznych atrybutów cmentarza, dla możliwości użycia danego terenu na inny cel, jest oczywista, a konieczność przeniesienia szczątków zwłok znajdujących się na tym terenie „na inny cmentarz” ustawodawca uregulował wprost, uznając, że oczywistą nie jest, ze względu na jej rangę lub chcąc rozstrzygnąć kwestię dokąd i na czyj koszt owe szczątki powinny zostać przeniesione.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zajmując analizowane stanowisko przyjął, że przepisy art. 6 ust. 1, 2 i 3 u.c.z. znajdują zastosowanie zarówno do cmentarza, jak i do terenu cmentarnego. Taki wniosek (uogólniając i odnosząc go do całego art. 6 u.c.z.) – w razie zaaprobowania sposobu rozumienia obu tych pojęć przyjętego przez sąd – można byłoby uzasadnić wskazując, że skoro ochronie podlega teren cmentarny, to tym bardziej cmentarz (*argumentum a minori ad maius*) oraz za pomocą wykładni celowościowej. Można byłoby także wskazać, że z przepisów nie wynika, iż decyzja o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego może zostać wydana dopiero wówczas, gdy cmentarz zmieni się w teren cmentarny w analizowanym tu znaczeniu. Czyż jednak nie można wyobrazić sobie odmiennego poglądu (choć łatwiejszego do obalenia), zgodnie z którym skoro ustawodawca uregulował kwestię użycia terenu cmentarnego – a nie cmentarza – na inny cel, to dopóki mamy do czynienia z cmentarzem, dopóty decyzja o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego nie może zostać wydana? Taka interpretacja zmierzałaby do zintensyfikowania ochrony miejsca pochówków. Nieuregulowanie tej kwestii wprost i pozostawienie jej rozstrzygnięcia praktyce należałoby uznać za niewskazane ze względu na rangę tego problemu, więc czy byłoby to zgodne z założeniem racjonalności prawodawcy i czy interpretacja, na gruncie której taka wątpliwość mogłaby powstać jest tą, która zasługuje na aprobatę?

Teren cmentarny może być także rozumiany jako teren cmentarza w znaczeniu nawiązującym do aspektu podmiotowego. Przyjęcie rozumienia pojęcia „cmentarz” nawiązującego do aspektu podmiotowego prowadziłyby do wyeliminowania części wątpliwości interpretacyjnych, ponieważ zastosowanie w art. 6 u.c.z. określenia „użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego” zamiast „użycie cmentarza po jego zamknięciu na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego” można by wytłumaczyć właśnie zastosowaniem określenia „cmentarz”

w znaczeniu podmiotowym. Jednak w art. 6 ust. 1 i 7 u.c.z. ustawodawca użył pojęcia „cmentarz” w znaczeniu przedmiotowym, stanowiąc o pochowaniu zwłok na cmentarzu i o przeniesieniu szczątków zwłok na inny cmentarz. Oznaczałoby to więc konieczność przyjęcia, że w ramach jednego artykułu ustawodawca posłużył się tym samym zwrotem zarówno w ujęciu podmiotowym, jak i przedmiotowym.

Z powyższych rozważań wynika, że interpretację, zgodnie z którą dla pozbawienia statusu zarówno cmentarza, jak i terenu cmentarnego wystarcza usunięcie jego zewnętrznych atrybutów należy odrzucić. Poza tym wnioskiem należy stwierdzić, że zajęcie każdego ze wskazanych wyżej stanowisk nie jest pozbawione wad. Z tego powodu redakcję art. 6 u.c.z. należy uznać za wadliwą, gdyż nie pozwala ona dojść do jednoznacznych wniosków interpretacyjnych.

### 3. Zamknięcie cmentarza i użycie terenu cmentarnego na inny cel

Cmentarz zostaje zamknięty po pełnym wykorzystaniu pól grzebalnych<sup>34</sup>. Zgodnie z art. 1 ust. 4 u.c.z. „o zamknięciu cmentarza komunalnego decyduje właściwa rada gminy lub rada miasta, po zasięgnięciu opinii właściwego inspektora sanitarnego” (obecnie: państwowego inspektora sanitarnego<sup>35</sup>), natomiast zgodnie z art. 1 ust. 5 u.c.z., „o zamknięciu cmentarza wyznaniowego decyduje właściwa władza kościelna, po zasięgnięciu opinii właściwego inspektora sanitarnego” (obecnie: państwowego inspektora sanitarnego).

W literaturze wskazuje się, że decyzja o zamknięciu cmentarza w razie braku powierzchni grzebalnej chroni jego układ przestrzenny przed naruszeniem w związku z możliwością „wygospodarowania” powierzchni grzebalnej pod nowe pochowania np. wskutek likwidacji starych grobów, zmniejszenia powierzchni dróg, czy wycięcia drzewostanu<sup>36</sup>. Zgodnie z art. 7 ust. 6 u.c.z. dopuszcza się chowanie zwłok osób zmarłych w istniejących grobach murowanych (a więc tylko w nich<sup>37</sup>)

<sup>34</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...* s. 91.

<sup>35</sup> Zob. art. 10 i n. ustawy z 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1412), dalej: u.p.i.s. Zgodnie z art. 10 u.p.i.s. obecnie organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej stanowią Główny Inspektor Sanitarny, państwowy wojewódzki inspektor sanitarny, państwowy powiatowy inspektor sanitarny oraz państwowy graniczny inspektor sanitarny.

<sup>36</sup> B. Affek-Bujalska, *Podstawy prawne ochrony cmentarzy, w: Ochrona cmentarzy zabytkowych...*, s. 28.

<sup>37</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...* s. 92.

w ciągu 20 lat po wydaniu decyzji o zamknięciu cmentarza. Przy zmianie przeznaczenia terenu cmentarnego przepis art. 6 ust. 4 (obecnie art. 6 ust. 7 u.c.z.) ma zastosowanie również do zwłok pochowanych w tym dwudziestoletnim okresie.

W doktrynie wyrażany jest pogląd utożsamiający zamknięcie cmentarza z dniem ostatniego pochówku<sup>38</sup>. Wydaje się jednak, że są to dwie odrębne kwestie.

Teren cmentarny podlega ochronie. Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.c.z. „użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel nie może nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu. Po upływie powyższego terminu wójt (burmistrz, prezydent miasta) może wydać decyzję o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego, z zastrzeżeniem ust. 2”. Ustawodawca wprowadził więc przede wszystkim granicę czasową, nie przewidując wyjątków od zasady, zgodnie z którą decyzja w sprawie użycia terenu cmentarnego na inny cel może zostać wydana dopiero po upływie czterdziestu lat od dnia ostatniego pochówku. Nie obowiązuje już bowiem norma<sup>39</sup>, zgodnie z którą odpowiedni minister w przypadkach wyjątkowej potrzeby, początkowo ze względów użyteczności publicznej, obrony Państwa lub dla wykonania narodowych planów gospodarczych, a następnie ze względów użyteczności publicznej, mógł zezwolić na użycie terenu cmentarza na inne cele przed upływem 40 lat – od czasu dodania do art. 6 u.c.z. ustępu drugiego w jego obecnym brzmieniu – z jego zastrzeżeniem. Wskazuje się, że o tym minimalnym okresie, po upływie którego możliwe jest użycie terenu cmentarza na inny cel przesądziły różnorodne, zapewne także kulturowe względy<sup>40</sup>. Nie sprecyzowano wymogów związanych z udokumentowaniem daty ostatniego pochówku co powoduje, że mogą temu służyć również źródła historyczne. Na podkreślenie zasługuje brak

---

<sup>38</sup> „(...) art. 6 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (...) pozwala na użycie na inny cel terenu cmentarnego w zasadzie po upływie 40 lat od zamknięcia cmentarza, czyli dnia ostatniego pochowania na nim zwłok” – T. Gardocka, *Cmentarze jako dobra kultury*, w: T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona dóbr kultury*, Toruń 2009, s. 139 i n.

<sup>39</sup> Zob. ustawa z 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej w związku z reformą ustrojową państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 668).

<sup>40</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 655.

obowiązku wydania decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel zgodny z planem zagospodarowania przestrzennego.

Stosownie do art. 6 ust. 2 u.c.z. „jeżeli teren cmentarny stanowi lub stanowił uprzednio własność Kościoła katolickiego lub innego kościoła albo związku wyznaniowego, wydanie decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel wymaga zgody właściwej władzy tego kościoła lub związku wyznaniowego”. Ustęp dotyczący zgody właściwej władzy Kościoła katolickiego, innego kościoła albo związku wyznaniowego został dodany ustawą z 14 czerwca 1991 r. o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>41</sup>.

Zgoda właściwej władzy kościoła lub związku wyznaniowego musi zostać wydana przed wydaniem decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel<sup>42</sup>. W razie jej braku wydanie powyższej decyzji nie może nastąpić.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 19 grudnia 2011 r. podkreślił, że uzyskanie decyzji zezwalającej na użycie terenu cmentarnego na inny cel, poprzedzonej wydaniem zgody przez właściwą władzę kościoła lub związku wyznaniowego warunkuje możliwość wydania decyzji o warunkach zabudowy. Decyzja, o której mowa w art. 6 ust. 1 u.c.z. stanowi bowiem decyzję wymaganą przepisami odrębnymi (art. 60 ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>43</sup>), zatem decyzja o warunkach zabudowy jest wydawana dopiero po jej uzyskaniu. Sąd w uzasadnieniu przywołanego wyroku podkreślił, że nie jest wystarczające zawarcie w decyzji o warunkach zabudowy zastrzeżenia, że użycie terenu cmentarnego na inny cel wymaga wydania odrębnej decyzji burmistrza, wydanej po uzyskaniu zgody właściwego związku wyznaniowego na użycie tego terenu na inny cel zgodny z decyzją o warunkach zabudowy<sup>44</sup>.

Należy podkreślić, że wymóg uzyskania powyższej zgody obowiązuje jedynie w przypadku, gdy teren cmentarny stanowi lub stanowił uprzednio przedmiot własności Kościoła katolickiego lub innego kościoła albo

---

<sup>41</sup> Ustawa z 14 czerwca 1991 r. o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz. U. Nr 64, poz. 271).

<sup>42</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 19 grudnia 2011 r. (IV SA/Wa 1592/11).

<sup>43</sup> Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 poz. 199 ze zm.).

<sup>44</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 19 grudnia 2011 r. (IV SA/Wa 1592/11). Analogicznie na tle poprzedniego stanu prawnego wyrok NSA z 4 grudnia 2001 r. (II S.A./Wr 1947/99).



związku wyznaniowego. Jeżeli był on oddany któremuś z tych podmiotów w użytkowanie wieczyste, zgoda nie jest wymagana, co podkreśla się w literaturze<sup>45</sup>.

Wskazuje się, że dodanie do art. 6 u.c.z. ustępu drugiego pozwoliło na objęcie ochroną w pełnym zakresie cmentarzy żydowskich, gdyż judaizm nie przewiduje likwidacji cmentarzy ani dokonywania ekshumacji zwłok, w związku z czym „(...) Związek Wyznania Mojżeszowego nie wyrazi zgody na użycie terenu żadnego cmentarza żydowskiego na inny cel”<sup>46</sup>. Abstrahując od tego, że znaleźć można również opinie, według których ekshumacja zgodnie z zasadami judaizmu może być wyjątkowo dokonywana<sup>47</sup>, trudno zgodzić się ze stwierdzeniem, że ochrona zapewniona została w pełnym zakresie, ze względu na przepis art. 6 ust. 5 u.c.z., zgodnie z którym „w przypadkach uzasadnionych szczególnymi celami publicznymi właściwy ze względu na miejsce terenu cmentarnego organ może wystąpić do ministra właściwego do spraw wyznań religijnych o zwolnienie z wymogu uzyskania zgody, o której mowa w ust. 2”. Obecnie ministrem tym jest minister właściwy do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych, o czym dalej. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 23 ust. 1 u.g.w.ż. „cmentarze wyznaniowe żydowskie stanowiące własność gmin żydowskich lub Związku Gmin nie podlegają wywłaszczeniu”, a według art. 23 ust. 2 u.g.w.ż. cmentarze stanowiące własność Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego, w stosunku do których wszczęto postępowanie, o którym mowa w art. 30 tej ustawy (czyli tak zwane „postępowanie regulacyjne”), podlegają ochronie polegającej w szczególności na zakazie ich zbywania na rzecz osób trzecich oraz zakazie przeznaczania na inne cele. W pozostałych przypadkach zakazy te nie obowiązują, a zwolnienie z wymogu uzyskania zgody, o której mowa w art. 6 ust. 2 u.c.z. jest możliwe. W literaturze wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym „co prawda art. 6 ust. 5 u.c.z. w znowelizowanym brzmieniu dopuszcza użycie terenu cmentarzy

<sup>45</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...* s. 92.

<sup>46</sup> B. Affek-Bujalska, *Podstawy prawne...*, s. 29.

<sup>47</sup> Zob.: <http://www.jewish.org.pl/index.php/pl/wiadomosci-mainmenu-57/6578-ekshumacja-w-wsoszu.html>; <http://historia.wp.pl/title,IPN-chce-ekshumowac-szczatki-Zydow-zamordowanych-w-Wasoszu,wid,16920370,wiadomosc.html?icaid=113b24>; <http://www.bisztynek24.pl/kirkut.html>; <http://www.dziennikbaltycki.pl/artykul/443051,ekshumacja-szczatkow-w-kokoszkach-zgodna-z-zasadami-judaizmu,id,t.html?cookie=1>. Zob. też M. Lamm, *The Jewish Way In Death and Mourning*, New York 1969, s. 72, za: T. Gardocka, *Cmentarze...*, s. 145 i n.



na inny cel po uzyskaniu zgody ministra właściwego do spraw wyznań religijnych, ale – jak należy uważać – treść art. 23 ust. 2 komentowanej ustawy ustanawiająca generalnie zakaz przeznaczania ich na inne cele wyklucza taką możliwość, gwarantując im nienaruszalność<sup>48</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że z art. 6 ust. 5 u.c.z. nie wynika możliwość wyrażenia przez ministra zgody, tylko zwolnienia z wymogu uzyskania zgody, o której mowa w art. 6 ust. 2 u.c.z., a ponadto art. 23 ust. 2 u.g.w.ż. odnosi się wyłącznie do cmentarzy stanowiących własność Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego, w stosunku do których wszczęto postępowanie regulacyjne.

W literaturze wskazuje się, że „jak się wydaje, przepis art. 8 ust. 3 Konkordatu wyklucza możliwość zastosowania art. 6 ust. 5 u.c.z. do terenów, na których znajdowały się cmentarze wyznaniowe”<sup>49</sup>. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską<sup>50</sup> „miejscem przeznaczonym przez właściwą władzę kościelną do sprawowania kultu i grzebania zmarłych Państwo gwarantuje w tym celu nienaruszalność. Z ważnych powodów i za zgodą kompetentnej władzy kościelnej można przeznaczyć te miejsca na inny użytek. Niniejszy przepis nie ogranicza stosowania prawa polskiego w przypadkach wyłączenia z zachowaniem standardów prawa międzynarodowego”.

Jak już wspomniano, obecnie ministrem kompetentnym do zwolnienia z wymogu uzyskania zgody, o której mowa w art. 6 ust. 2 u.c.z., jest minister właściwy do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych. Wynika to z obowiązującego podziału działów administracji rządowej. Stosownie do art. 5 pkt 25 ustawy z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej<sup>51</sup> chodzi o dział „wyznania religijne oraz mniejszości narodowe i etniczne”. Dział ten obejmuje sprawy stosunków Państwa z Kościołem katolickim oraz innymi kościołami i związkami wyznaniowymi oraz sprawy związane z zachowaniem i rozwojem tożsamości kulturowej mniejszości narodowych i etnicznych,

<sup>48</sup> A. Czohara w: A. Czohara, T.J. Zieliński, *Ustawa...*

<sup>49</sup> A. Mezglewski w: A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011, s. 217.

<sup>50</sup> Podpisanego w Warszawie 28 lipca 1993 r. (Dz. U z 1998 r. Nr 51, poz. 318), ratyfikowanego za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie z 8 stycznia 1998 r. o ratyfikacji Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską (Dz. U. Nr 12, poz. 42).

<sup>51</sup> Ustawa z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 812 ze zm.).

integracją obywatelską i społeczną osób należących do tych mniejszości, a także zachowaniem i rozwojem języka regionalnego (art. 30 ustawy o działach administracji rządowej).

Z art. 6 ust. 5 u.c.z. wynika ograniczenie podmiotowe możliwości wystąpienia z wnioskiem. Legitymowany czynnie jest wyłącznie właściwy ze względu na miejsce terenu cmentarnego organ, jakim jest wójt (burmistrz, prezydent miasta). Kolejne ograniczenie stanowi to, że możliwość wystąpienia z wnioskiem o zwolnienie z wymogu uzyskania zgody, o której mowa w art. 6 ust. 2 u.c.z. – a w konsekwencji jego uzyskania – występuje wówczas, gdy przemawiają za tym nie każde, lecz jedynie szczególne cele publiczne. Zaakcentowana została więc ich ranga. Ze względu na brak definicji ustawowej ocena tego, czy dany cel spełnia powyższy wymóg należy do ministra, a w razie sporu – ostatecznie do sądu administracyjnego<sup>52</sup>. Wymóg, by cel publiczny miał charakter szczególny stanowi ograniczenie kompetencji ministra<sup>53</sup>. Z informacji uzyskanej od Dyrektora Departamentu Wyznań Religijnych oraz Mniejszości Narodowych i Etnicznych Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji wynika, że „minister właściwy do spraw wyznań religijnych oraz mniejszości narodowych i etnicznych, w okresie poczynając od 30 marca 2001 r., nie wydał żadnej decyzji administracyjnej z powołaniem się na art. 6 ust. 5 ustawy z 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych”<sup>54</sup>.

Zgodnie z art. 6 ust. 3 u.c.z. „decyzję o użyciu terenu cmentarnego, będącego uprzednio cmentarzem wyznaniowym Kościoła katolickiego lub innego kościoła albo związku wyznaniowego, na inny cel wydaje się po zasięgnięciu opinii właściwej władzy tego kościoła lub związku wyznaniowego co do sposobu oznaczenia i upamiętnienia terenu pocmentarnego”. Upamiętnienie terenu pocmentarnego może nastąpić na przykład poprzez utworzenie lapidarium<sup>55</sup>, ustawienie pomnika, czy też tablicy pamiątkowej.

„Użycie terenu cmentarnego na inny cel jest dopuszczalne pod warunkiem zachowania znajdujących się na jego terenie zabytków, które mogą być przeniesione w inne miejsce po uzyskaniu pozwolenia

<sup>52</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...* s. 92.

<sup>53</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*

<sup>54</sup> Pismo z 19 grudnia 2014 r. stanowiące odpowiedź na wniosek autorki o udostępnienie informacji publicznej.

<sup>55</sup> Zob. <http://www.lipusz.pl/aktualnosci/artukul/utworzenie-lapidarium-%26%238211%3B-miejsca-upamietniajacego-teren-pocmentarny,aid,971>

wojewódzkiego konserwatora zabytków” (art. 6 ust. 4 u.c.z.). Zabytkiem zgodnie z art. 3 pkt 1 u.o.z. jest „nieruchomość lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową”. Zabytkiem może być nie tylko poszczególny nagrobek czy pomnik, ale także cały cmentarz (art. 6 ust. 1 pkt 1 lit. f u.o.z.). Problematyka zabytkowych cmentarzy, w tym wpisanych do rejestru zabytków nieruchomych – oraz generalnie ochrony zabytków – wymaga odrębnego opracowania z uwzględnieniem ustaw szczególnych.

Na gruncie poprzedniego stanu prawnego S. Rudnicki wyraził pogląd, że ponieważ ustawa o cmentarzach i rozporządzenie wykonawcze nie przyznawały zarządowi cmentarza prawa do pamiątek wartości historycznej, archeologicznej lub artystycznej, zastosowanie znajdowały w odniesieniu do nich przepisy kodeksu cywilnego. W konsekwencji autor ten przyjmował, że „zarząd cmentarza powinien zawiadomić właścicieli nagrobków i innych odłączalnych części wyposażenia grobu o likwidacji cmentarza i wezwać ich do przeniesienia w odpowiednim terminie pod rygorem postąpienia z nimi przez zarząd cmentarza w sposób określony w art. 7 ust. 4<sup>56</sup>. Powiadomienie powinno nastąpić przez stosowne ogłoszenie w sposób zwyczajowo przyjęty, jeżeli zarząd cmentarza nie ma wiadomości o osobach uprawnionych i ich adresach”<sup>57</sup>. Pogląd ten, z uwzględnieniem, że chodzi o art. 6 ust. 4 u.c.z. i odpowiednio zmodyfikowany w związku ze zmianą stanu prawnego, należy uznać za zasługujący na aprobatę.

W kwestii uprawnień do przedmiotów takich jak nagrobek, płyta cmentarna, czy obramowanie grobu, a także katakumb i niedopuszczalnych obecnie grobowców naziemnych (w rodzaju kaplic) należy – jak się wydaje – zasadniczo podzielić pogląd zaprezentowany przez S. Rudnickiego, zgodnie z którym w dwóch ostatnich przypadkach wypada przyjąć, że stanowią one części składowe nieruchomości gruntowej<sup>58</sup> (zasadniczo są trwale z gruntem związane)<sup>59</sup>, o ile nie stanowią budynku czy innego urządzenia wzniesionego na gruncie Skarbu Państwa

---

<sup>56</sup> Chodziło o art. 6 ust. 4 u.c.z.

<sup>57</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 93.

<sup>58</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 73 i n.

<sup>59</sup> Wnioski te należy odnieść – jak się wydaje – także do kolumbariów.

lub gruncie należącym do jednostek samorządu terytorialnego bądź ich związków przez użytkownika wieczystego, czy nabytego przez niego zgodnie z właściwymi przepisami przy zawarciu umowy o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste (art. 235 k.c.). Jak wynika z art. 48 k.c.<sup>60</sup>, „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, do części składowych gruntu należą w szczególności budynki i inne urządzenia trwale z gruntem związane, jak również drzewa i inne rośliny od chwili zasadzenia lub zasiania”. Część składowa rzeczy zgodnie z art. 47 § 1 k.c. nie może być odrębnym przedmiotem własności i innych praw rzeczowych. S. Rudnicki wskazuje, że budowle te stanowią przedmiot prawa do grobu, a więc *sui generis* użytkowania, „dzieląc (...) los części nieruchomości gruntowej zajętej pod grób”<sup>61</sup>. Zdaniem tego autora, w konsekwencji w przypadku likwidacji cmentarza zarząd cmentarza podejmuje decyzję o dalszym losie wskazanych budowli, nie będąc zobowiązany do rozliczenia się z osobami, którym przysługiwało prawo do grobu (z zastrzeżeniem wynikającym z art. 6 ust. 4 u.c.z.)<sup>62</sup>. Inaczej wskazany autor ocenia status nagrobków oraz innych naziemnych części grobu, takich jak płyta czy obramowanie, „które nie są połączone z nieruchomością w sposób określony w art. 47 § 2 k.c., lecz zostały na niej umieszczone i mogą być w każdej chwili odłączone i usunięte”<sup>63</sup>. Wydaje się, że żadne z wymienionych elementów nie są trwale związane z gruntem (art. 48 k.c.). W konsekwencji mogą one stanowić odrębny przedmiot własności i innych praw rzeczowych<sup>64</sup>. Do odmiennego wniosku w kwestii statusu tych elementów prowadziłyby zajęcie stanowiska, zgodnie z którym są one trwale związane z gruntem i równocześnie nie zostały z nim połączone tylko dla przemijającego użytku (art. 47 § 3 k.c.). Należy przy tym zasygnalizować w szczególności to, że znaczenie obu wymienionych zwrotów jest różnie rozumiane w literaturze<sup>65</sup>

<sup>60</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej: k.c.

<sup>61</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 74.

<sup>62</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*

<sup>63</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*

<sup>64</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*

<sup>65</sup> Zob. np. M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44-55<sup>3</sup> Kodeksu cywilnego*, Kraków 1997, s. 152 i 146 oraz wskazana tam literatura; T. Dybowski, *Części składowe rzeczy*, „Nowe Prawo” 1969, nr 1, s. 89 i n.; E. Skowrońska-Bocian w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Tom I, Komentarz do artykułów 1-449<sup>11</sup>*, Warszawa 2005, s. 196; E. Gniewek w: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, Warszawa 2008, s. 116.

oraz że występuje różnica stanowisk w kwestii stosunku art. 48 k.c. do art. 47 § 2 k.c.<sup>66</sup>. Jeżeli cmentarz znajduje się na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste, należy uwzględnić regulację z art. 235 k.c. Szczegółowe rozważania dotyczące powyższych kwestii przekraczałyby jednak ramy niniejszej publikacji. Zdaniem S. Rudnickiego, z chwilą pochowania w grobie osoby zmarłej nie jest możliwe rozdzielenie uprawnień majątkowych i osobistych składających się na prawo do grobu. W konsekwencji według tego autora wraz z pochowaniem w grobie pierwszej osoby zmarłej prawa majątkowe „tracą swoją odrębność” w tym znaczeniu, że „prawa majątkowe nie mogą już być przedmiotem wyłącznego korzystania i rozporządzania ze strony dotychczasowego ich podmiotu ze względu na prawa do grobu przysługujące pozostałym uprawnionym”<sup>67</sup>. Zdaniem tego autora prawa majątkowe mające za przedmiot własność rzeczy stanowiących naziemne urządzenie grobu, takich jak nagrobek, płyta grobowa, czy obramowanie grobu, odzyskują samodzielność w chwili utraty prawa do grobu, spowodowanej m.in. likwidacją cmentarza, co oznacza, że właściciel rzeczy, a po jego śmierci jego spadkobiercy odzyskują pełnię swoich uprawnień dotyczących korzystania i rozporządzania rzeczą, a osoba, która korzystała z niej ze względu na swoje prawa osobiste do grobu traci uprawnienia, które jej przysługiwały<sup>68</sup>.

W przypadku zmiany przeznaczenia terenu cmentarnego szczątki zwłok, które się na nim znajdują, powinny zostać przeniesione na inny cmentarz na koszt nabywcy terenu lub nowego jego użytkownika (art. 6 ust. 7 u.c.z.). W literaturze przepis art. 6 ust. 7 u.c.z. krytykuje się za brak jednoznaczności<sup>69</sup>. Przyjmuje się, że z powyższego przepisu wynika obowiązek nabywcy terenu lub nowego jego użytkownika dokonania czynności, o której mowa, a także obowiązek dokonania nowych pochówków<sup>70</sup>, choć wskazuje się, że obowiązek, o którym mowa w przepisie, powinien być uzupełniony o nakaz pochowania zwłok<sup>71</sup>. J. Mazurkiewicz zwraca uwagę na to, że przepis ten nie rozstrzyga, czy podmiot zobowiązany do przeniesienia szczątków powinien dokonać ich

<sup>66</sup> Zob. np. M. Bednarek, *Mienie...*, s. 151; T. Dybowski, *Części składowe...*, s. 89; E. Skowrońska-Bocian w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, s. 199.

<sup>67</sup> Zob. szerzej S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 115 i n.

<sup>68</sup> S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 118.

<sup>69</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 655.

<sup>70</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 655 i n.

<sup>71</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*

pochówku we wspólnym grobie, czy też chodzi tu o dokonanie pochówków w grobach indywidualnych. Zdaniem tego autora, mimo że ogólne sformułowanie wskazanego przepisu przemawia na rzecz pierwszej interpretacji, to jednak należy ją odrzucić ze względu na brzmienie art. 15 ust. 2 u.c.z. stanowiącego o obowiązku pochowania zwłok i szczątków „na nowo w innym miejscu”, a więc w drodze ponownych indywidualnych pochówków<sup>72</sup>. Zarówno przedstawioną interpretację, jak i wniosek *de lege ferenda* należy podzielić.

J. Mazurkiewicz trafnie wskazuje także, że regulacja zawarta w art. 6 ust. 7 u.c.z. jest wadliwa również z tego powodu, że w przepisie tym ustawodawca ograniczył się do uregulowania obowiązku poniesienia kosztów przeniesienia szczątków zwłok, podczas gdy w art. 15 ust. 2 u.c.z. mowa jest o kosztach ekshumacji i przeniesienia zwłok i szczątków. Ponadto w żadnym z wymienionych przepisów nie uregulowano kwestii poniesienia kosztów pochowania<sup>73</sup>. Tymczasem – dla porównania – w art. 15a ust. 9 u.c.z. uregulowano koszt ekshumacji, przeniesienia zwłok i szczątków, wykupu nowego miejsca pochówku oraz budowy albo odtworzenia nagrobka, odpowiadającego istniejącym.

B. Affek-Bujalska wskazuje, że przeniesienie zwłok na inny cmentarz powinno nastąpić, „o ile rodzina nie przedłużyła istnienia grobu na dalsze lata”<sup>74</sup>. Precyzyjnie rzecz ujmując art. 7 u.c.z. dotyczy użycia grobu do ponownego chowania<sup>75</sup>. Poruszona przez wskazaną autorkę kwestia nie jest jednak jednolicie oceniana w literaturze. Zdaniem S. Rudnickiego utrata prawa do grobu może być spowodowana nie tylko wygaśnięciem okresu jego użytkowania i użyciem go do ponownego pochowania (art. 7 ust. 1 u.c.z.), ale także likwidacją cmentarza<sup>76</sup>. Ostatnie z zaprezentowanych stanowisk zasługuje na aprobatę.

<sup>72</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 656.

<sup>73</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar...*, s. 656, przypis nr 2543.

<sup>74</sup> B. Affek-Bujalska, *Podstawy prawne...*, s. 28.

<sup>75</sup> Należy przy tym uwzględnić różnice wynikające z rodzaju grobu – zob. art. 7 u.c.z. Na podkreślenie zasługuje także, że zgłoszenia zastrzeżenia, o którym mowa w art. 7 ust. 2 u.c.z. i uiszczenia opłaty może dokonać jakakolwiek osoba.

<sup>76</sup> Autor posługuje się co prawda określeniem „likwidacja (zamknięcie) cmentarza” – S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 118, ale z wypowiedzi zawartej w innym miejscu tej samej publikacji wynika, że autor odróżnia te dwa pojęcia – s. 91 i nast. Zob. też S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 96.



#### 4. Podsumowanie i wnioski końcowe

Z powyższych rozważań wynika, że największe wątpliwości interpretacyjne związane z wykładnią art. 6 u.c.z. dotyczą sposobu rozumienia użytych w nim kluczowych pojęć, a mianowicie „cmentarza” i „terenu cmentarnego” oraz ich wzajemnej relacji. Zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie brak jest jednolitości poglądów. Redakcja art. 6 u.c.z. nie pozwala dojść w tych kwestiach do jednoznacznych wniosków interpretacyjnych. Taki stan należy uznać za nieprawidłowy i niepożądany, wysuwając *de lege ferenda* wniosek o powinności ustawowego zdefiniowania tak fundamentalnych pojęć. Regulacja zawarta w art. 6 u.c.z. obciążona jest ponadto innymi sygnalizowanymi niedoskonałościami.

#### Streszczenie

W publikacji przedstawiono rozbieżne poglądy dot. rozumienia pojęcia terenu cmentarnego oraz argumenty za i przeciw każdemu z nich. Autorka dochodzi do wniosku, że redakcja art. 6 u.c.z. jest wadliwa, wysuwając wniosek o potrzebie ustawowego zdefiniowania pojęć cmentarza i terenu cmentarnego. Przedmiotem rozważań jest decyzja będąca podstawą prawną użycia terenu cmentarnego na inny cel, wymogi, które muszą być wówczas spełnione i problem własności przedmiotów stanowiących naziemne urządzenie grobu.

Słowa kluczowe: teren cmentarny, cmentarz.

#### Abstract

The publication presents two divergent descriptions of a cemetery area and their pros and cons. The author's conclusion is that the existing form of an article 6 u.c.z. is defective and there is a requirement for a legal definition of the cemetery area and cemetery. Problems taken into consideration are: legal background when the cemetery area is used for other purposes, legal requirements which need to be fulfilled in this situation and issues related to the ownership of objects located over the grave (e.g. tomb).

Keywords: cemetery area, cemetery.



Jarosław Turłukowski<sup>1</sup>

## **Instytucja polecenia testamentowego w prawie krajów Wspólnoty Niepodległych Państw na tle prawa polskiego**

Instytucja polecenia testamentowego była przez wiele lat traktowana po macoszemu nie tyle przez ustawodawcę, co praktykę. W odniesieniu do polecenia w prawie radzieckim i niepodległych krajów po rozpadzie ZSRR w 1991 r. nie będzie przesadą stwierdzenie, że owa instytucja znajdowała się w cieniu „wielkiego brata”, którym był zapis testamentowy. W głębszej perspektywie historycznej, zaczynającej się od prawa rzymskiego, owym cieniem było także ustanowienie spadkobiercy. Mimo bardzo długiej historii specyficzne cele tej instytucji przesądziły o mniejszym zainteresowaniu, niż to się dzieje w przypadku zapisu (zwykłego bądź windykacyjnego). W ostatnich latach można zauważyć pewne ożywienie dyskusji wokół instytucji polecenia testamentowego w prawie polskim, w pewnym sensie spowodowane orzeczeniem Sądu Najwyższego<sup>2</sup>. Podobny wzrost zainteresowania poleceniem można zaobserwować w doktrynie krajów obszaru postradzieckiego. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie przede wszystkim regulacji i doktryny wybranych krajów obszaru postradzieckiego, pokazując je wszakże w świetle prawa polskiego i jego problematyki. Artykuł jest nieco zmodyfikowaną wersją krótkiego wystąpienia

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet Warszawski.

<sup>2</sup> Postanowienie SN z 19 kwietnia 2002 r. (III CZP 19/02), OSP 2003, nr 10, poz. 123. Krytyka tego orzeczenia: P. Książak, *Żądanie wykonania polecenia*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 4. Mimo nie tak dużej liczby opracowań na temat polecenia należy wspomnieć: F. Zoll, *Polecenie obciążające osobę odnoszącą korzyść z czynności pod tytułem darmym*, „Przegląd Notarialny”, 1948, nr 5; B. Walaszek, *Polecenie testamentowe w polskim prawie spadkowym*, „Studia Cywilistyczne” 1961, t. 1. Z bardziej współczesnych opracowań: M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia testamentowe*, „Studia Prawnicze” 1997, nr 2, część pracy magisterskiej autorstwa E. Jurczak, *Polecenie w polskim prawie cywilnym*, w: W. Borysiak (red.), *Prace z prawa cywilnego*, Warszawa 2010.

wyłoszonego podczas międzynarodowej konferencji naukowej „*Non omnis moriar*. Prawne zagadnienia pochówku, dóbr osobistych zmarłego, wybrane zagadnienia dziedziczenia oraz swoboda działalności funeralnej”, która odbyła się na WPAiE Uniwersytetu Wrocławskiego 21 listopada 2014 r.

## 1. Polecenie testamentowe w prawie polskim: krótkie refleksje.

Na gruncie obowiązującego prawa polskiego wątpliwości interpretacyjne dotyczące samej istoty instytucji polecenia wzbudził zwrot z art. 982 k.c., że spadkodawca może w testamencie włożyć na spadkobiercę lub zapisobiercę obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem. Jednocześnie w art. 985 k.c. mamy spis legitymowanych do żądania wykonania polecenia. W razie braku odmiennej woli spadkodawcy zobowiązanym do wykonania polecenia będzie wykonawca testamentu (por. § 1 art. 988). Na tej podstawie jeszcze przed wejściem w życie obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego twierdzono, że „powinność ta (...) nie polega z reguły na obowiązku świadczenia (w właściwym tego słowa znaczeniu) na rzecz jakiegoś uprawnionego »wierzyciela«”<sup>3</sup>. Skoro nie ma mowy o świadczeniu *sensu stricto*, to nie można też mówić o powstaniu stosunku zobowiązaniowego<sup>4</sup> w ścisłym znaczeniu tego słowa. Należy wszakże wskazać, że we współczesnej doktrynie można spotkać poglądy szeroko ujmujące pojęcie świadczenia, stąd „przedmiotem polecenia jest spełnienie oznaczonego przez ustanawiającego polecenie (testatora) konkretnego świadczenia”<sup>5</sup>. Wskazuje się też na istnienie długu bez wierzytelności<sup>6</sup>.

We wspomnianym wyżej orzeczeniu sądowym, które wzbudziło kontrowersje, zostało zawarte stwierdzenie, że „osoba, która odnosi z polecenia korzyść, nie jest wierzycielem, lecz beneficjariuszem. Taki wniosek wywodzi się z charakteru prawnego polecenia, którego nałożenie na określoną osobę (obdarowanego, spadkobiercę) prowadzi do powstania

<sup>3</sup> F. Zoll, *Polecenie obciążające...*, s. 387.

<sup>4</sup> Por. np.: S. Wójcik w: *System Prawa Cywilnego, Prawo Spadkowe*, red. J.S. Piątowski, Wrocław 1986; M. Niedośpiiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 72; E. Skowrońska-Bocian, J. Wierciński w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, Warszawa 2013, s. 213.

<sup>5</sup> K. Osajda w: K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom III, *Spadki*, Warszawa 2013, s. 655.

<sup>6</sup> Tak F. Błachuta w: J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, tom III, Warszawa 1972, s. 1902.

zobowiązania naturalnego (niezupełnego)”<sup>7</sup>. W świetle takiego podejścia Sądu Najwyższego nie ma możliwości dochodzenia w sądzie wykonania polecenia, tak samo jak w przypadku każdego innego zobowiązania naturalnego. Od razu należy stwierdzić, że popieranie dość powszechnego poglądu, że w przypadku polecenia nie chodzi o klasyczny stosunek obligacyjny, nie przesądza automatycznie kwalifikacji polecenia jako zobowiązania naturalnego. Trudno znaleźć jakikolwiek racjonalny argument, w jakim celu ustawodawca ustanowił spis legitymowanych do żądania polecenia, skoro nie ma możliwości sądowego dochodzenia żądań<sup>8</sup>. Z kolei przy zobowiązaniu naturalnym, na co zwrócili uwagę liczni autorzy, istnieje zarówno dług, jak i wiarygodność, chociaż ta ostatnia nie jest zaskarżalna<sup>9</sup>. Dodać można, że budziłyby wątpliwości sytuacja, kiedy ustawodawca bez dostatecznych argumentów *ab initio* kreowałby zobowiązanie naturalne (nie istniało wcześniej zobowiązanie „zupełne”), jednocześnie szczegółowo regulując instytucję polecenia mimo naturalnego charakteru zobowiązania (por. np. art. 1033 k.c.). Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie naturalne nie występuje tylko wówczas, gdy poprzedza je zobowiązanie zupełne. Tym niemniej należy wspomnieć, że w znanych Kodeksowi cywilnemu przykładach zobowiązań naturalnych chodzi o wcześniejsze istnienie zobowiązania, które się przedawniło (art. 411 pkt 3 k.c.), albo o wyłączenie możliwości najpierw żądania (brak podstawy prawnej), zaś dalej zwrotu ze względu na charakter zobowiązania (gra i zakład, zobowiązania, które czynią zadość zasadom współżycia społecznego). Innymi słowy w pewnym sensie, poza decyzją ustawodawcy, sama treść zobowiązania przesądza niejednokrotnie o słabszej ochronie ze strony systemu prawnego. Ustawodawca nie chroni roszczeń graczy-hazardzistów (por. art. 413 k.c.), nawet jeśli gra jest rzetelna i niezakazana (nie ma też stosownego zezwolenia – gracze prywatnie konkurują z państwem regulującym hazard). Natomiast we wspomnianym wyżej orzeczeniu Sądu Najwyższego chodziło o „spłatę” 20.000 zł<sup>10</sup>. Ten przykład z praktyki dobitnie pokazuje, że przedmiot polecenia może być świadczenie majątkowe (dokładnie takie samo jak przy zapisie zwykłym), a nie tylko świadczenie niemajątkowe.

<sup>7</sup> Postanowienie SN z 19 kwietnia 2002 r. (III CZP 19/02), OSP 2003, nr 10, poz. 123.

<sup>8</sup> Por. w tej materii P. Księżak, *Żądanie wykonania...*, s. 58–59.

<sup>9</sup> Por. zamiast wielu P. Księżak, *Żądanie wykonania...*, s. 57.

<sup>10</sup> Postanowienie SN z 19 kwietnia 2002 r. (III CZP 19/02), OSP 2003, nr 10, poz. 123.

Otóż skoro ustawodawca umożliwił ustanowienie świadczenia przy poleceniu takiego samego jak przy zapisie zwykłym, wątpliwe jest, że chodziło wyłącznie o zobowiązanie naturalne. Można by tak myśleć, jeśli ustawodawca przeprowadza klarowny podział, że przy zapisie zwykłym mamy do czynienia tylko z świadczeniami majątkowymi, zaś przy poleceniu wyłącznie z działaniami o charakterze niemajątkowym. Ustawodawca polski nie przeprowadził jednak takiego rozróżnienia.

Moim zdaniem Sąd Najwyższy ma rację w tym znaczeniu, że w stosunku polecenia pojawia się beneficjent, jednak teza o braku jakiegokolwiek wierzyciela budzi wątpliwość. Chociaż spadkodawca nie czyni nikogo wierzycielem, nie oznacza to, że nie ma uprawnionych/wierzycieli z mocy ustawy, chociaż w innym znaczeniu niż w klasycznym stosunku zobowiązaniowym. Mimo kategorycznego, wydawać by się mogło, stwierdzenia: „nie czyniąc nikogo wierzycielem”, należy zadać pytanie, czy chodzi o brak wierzyciela, czy inny sposób ustalenia uprawnionych. Dychotomiczny podział: jest wierzyciel – jest zapis, zaś w razie braku wierzyciela czy uprawnionych do żądania wykonania – mamy do czynienia z poleceniem, nie wydaje się w pełni prawidłowy. Z § 1 art. 968 k.c. wynika, że przy zapisie zwykłym spadkodawca może przez rozrządzenie testamentowe zobowiązać spadkobiercę ustawowego lub testamentowego do spełnienia określonego świadczenia majątkowego na rzecz oznaczonej osoby. Oznaczenie osoby zapisobiercy jest cechą immanentną zapisu zwykłego w polskim porządku prawnym. Konstrukcja polecenia daje natomiast możliwość uniknięcia ustanowienia ściśle określonego wierzyciela, co może być niewygodne ze względu na cele polecenia. Na przykład może występować brak zaufania wobec osoby „kandydata na zapisobiercę”, ze względu na co spadkodawca korzysta z instytucji polecenia. Ponadto, co ma chyba większe znaczenie, niejednokrotnie spadkodawca nie chce lub nie może precyzyjnie określić osoby zapisobiercy w chwili sporządzenia testamentu, mając jednocześnie zaufanie wobec osób uprawnionych do żądania wykonania polecenia z art. 985 k.c. Należy zgodzić się, że chodzi o inne niż w typowym stosunku zobowiązaniowym oznaczenie kręgu podmiotów<sup>11</sup>. Trzeba też zwrócić uwagę, że osoby wymienione w art. 985 k.c. mogą żądać wykonania polecenia, czyli brak jest obowiązku po ich stronie. Niejednokrotnie

<sup>11</sup> F. Zoll w: *System Prawa Prywatnego*. t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 418.

dla spadkodawcy ma znaczenie, że osoby tam wymienione (być może zgodnie z jego wskazówkami zawartymi w testamencie) same będą decydować o podjęciu działań zmierzających do realizacji polecenia bądź ich zaniechaniu. Konstrukcja, kiedy beneficjent co do zasady nie ma uprawnień do żądania wykonania polecenia, pozwala na większą elastyczność działań uprawnionych. Uprawnienia wierzyciela w instytucji polecenia zostały rozdzielone między beneficjenta (otrzymuje korzyść) oraz uprawnionych do żądania (żądadają wykonania polecenia, chociaż nie na swoją rzecz)<sup>12</sup>. Trudność z precyzyjnym określeniem stosunku prawnego, którego źródłem jest polecenie, przejawia się w niejednorodności konstrukcji polecenia. Można to zilustrować w następujący sposób. Nie chodzi o klasyczny stosunek zobowiązaniowy (o czym wspominałem wyżej), ale jednak w sytuacji, kiedy polecenie jest ustanowione na rzecz osoby trzeciej, która jest beneficjentem, można spróbować skonstruować stosunek zobowiązaniowy mimo kategorycznego brzmienia art. 353 k.c. Z § 1 art. 353 k.c. wynika wprawdzie, że „zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić”. Nie znaczy to jednak, że wierzyciel zawsze powinien żądać spełnienia świadczenia na swoją rzecz. Dłużnikiem będzie spadkobierca czy zapisobierca, zaś wierzycielem uprawniony do żądania wykonania polecenia. Jeśli spadkodawca nie uczynił nikogo wierzycielem, to nie znaczy to, że nie ma wierzyciela z mocy ustawy. Bez wątpienia w pewnych sytuacjach spadkodawca będzie skłonny do ustanowienia polecenia nie dlatego, że nie musi ustanowić nikogo wierzycielem, lecz ze względu na możliwość objęcia poleceniem działania (czy zaniechania) o charakterze niemajątkowym.

Wyżej przedstawione rozumowanie byłoby nieprawidłowe w sytuacji, kiedy polecenie ma na celu wyłącznie korzyść obciążonego poleceniem. Wówczas nie mamy uprawnionych do żądania wykonania polecenia w jakimkolwiek znaczeniu (por. zd. 1 art. 985 k.c.). Jest to swoista sytuacja, kiedy ustawa wspomina wprawdzie o obowiązku, ale jednocześnie uzależnia jego wykonanie wyłącznie od obciążonego poleceniem. Być może w tej sytuacji chodzi o ukłon ustawodawcy w stronę spadkodawcy, polegający na możliwości ustanowienia takiego życzenia w testamencie, jednak nie można mówić o poleceniu w ścisłym znaczeniu tego

<sup>12</sup> Nieco inaczej ujął to F. Zoll, wskazując, że „to uzasadnia osobliwość polecenia – istnieje dług i odpowiedzialność, a w miejsce wierzyciela wchodzi inne podmioty”. F. Zoll w: *System...*, s. 418.

słowa. Jest to sytuacja najbliższa niewiążącym życzeniom spadkodawcy.

Jednocześnie należy podkreślić, że w tej sytuacji, mimo braku praktycznej możliwości dochodzenia polecenia, nie należy wszakże mówić wyłącznie o obowiązku moralnym, lecz raczej o obowiązku prawnym, którego wykonanie zależy tylko od postawy obciążonego poleceniem. Zresztą z § 3 art. 922 wynika, że obowiązek wykonania polecenia należy zaliczać do długów spadkowych, więc mamy do czynienia z obowiązkiem prawnym.

Niejednolitość konstrukcji polecenia przejawia się także w tym, że celem polecenia może być wyłącznie zaspokojenie interesu niezującego spadkodawcy („postaw mi nagrobek z krzyżem”) czy interesu bliżej niesprecyzowanych podmiotów, np. „dla bezdomnych z Pragi”.

Ze względu na wyżej zasygnalizowane kontrowersje w prawie polskim pożyteczne może być przedstawienie węzłowych zagadnień instytucji polecenia w ustawodawstwach wybranych krajów obszaru postradzieckiego.

## **2. Przedmiot i konstrukcja polecenia w ustawodawstwach wybranych krajów WNP**

Z ust. 1 art. 1139 kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej<sup>13</sup> wynika, że testator w testamencie może włożyć (stąd rosyjska nazwa instytucji – *завещательное возложение*) na jednego lub kilku spadkobierców testamentowych lub ustawowych obowiązek podjęcia jakiegokolwiek działania o charakterze majątkowym bądź niemajątkowym, skierowanego na realizację celu ogólnie pożytecznego (w innym tłumaczeniu – celu o charakterze społecznie użytecznym). Taki obowiązek może być nałożony także na wykonawcę testamentu pod warunkiem przeznaczenia w testamencie części majątku spadkowego na wykonanie polecenia testamentowego. Zatem ustawodawca rosyjski nie wspominał o zapisobiercy jako osobie, którą można obciążyć poleceniem (w prawie rosyjskim funkcjonuje zapis obligacyjny). Podobne regulacje można znaleźć w art. 1240 kodeksu cywilnego Ukrainy<sup>14</sup>. W ust. 1 tego artykułu wskazano, że testator może zobowiązać spadkobiercę do dokonania pewnych

<sup>13</sup> Przepisy prawa spadkowego zostały umieszczone w rozdziale V części trzeciej Kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej. Część trzecia, uchwalona 26 listopada 2001 r., weszła w życie 1 marca 2002 r. *Гражданский кодекс Российской Федерации, ч. III, Собрание Законодательства РФ, 2001, № 49, s. 4552.*

<sup>14</sup> Kodeks cywilny wszedł w życie 1 stycznia 2004 r. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р., № 435-V, Відомості Верховної Ради 2003, № 40–44, art. 1264.*



działań o charakterze niemajątkowym, zwłaszcza co do rozporządzenia osobistymi papierami, ustalenia miejsca i formy dokonania rytuału pogrzebu. Jak się wydaje, podane przykłady nie stanowią spisu zamkniętego. Na tle tego przepisu został nawet wypowiedziany kontrowersyjny pogląd, że „papiery osobiste (dokumenty, fonogramy, dzienniki, inne zapiski, osobiste materiały archiwalne etc.) zgodnie z art. 303 k.c. stanowią własność osoby fizycznej. Jeśli w testamencie spadkobierca został obciążony obowiązkiem, by w określony sposób lub według własnego rozeznania rozporządzić tymi papierami, nie wchodzi one do spadku”<sup>15</sup>.

Ponadto w myśl ust. 2 art. 1240 k.c. Ukrainy testator może zobowiązać spadkobiercę do dokonania pewnych działań, skierowanych na osiągnięcie celu o charakterze społecznie użytecznym. Ustawodawca ukraiński nie precyzuje, o jaki cel chodzi i za pomocą jakich środków może być osiągnięty. Należy zatem przyjąć, że w grę może wchodzić nałożenie zarówno obowiązków majątkowych, jak i niemajątkowych. W każdym razie takie działania powinny być skierowane na osiągnięcie celu społecznie pożytecznego<sup>16</sup>. Jak się wydaje, ustawodawca ukraiński spróbował przeprowadzić granicę między zapisem obligacyjnym a poleceniem, wskazując przede wszystkim na niemajątkowy charakter polecenia. Z kolei z ust. 1 art. 1238 k.c. wynika, że przedmiotem zapisu może być przekazanie zapisobiercy na własność albo na podstawie innego prawa rzeczowego prawa majątkowego albo rzeczy, które wchodzi albo nie wchodzi w skład spadku. Taki podział nie jest jednak dychotomiczny, gdyż jak wskazywałem wyżej, spadkobierca może być obciążony działaniem, skierowanym na osiągnięcie celu o charakterze społecznie użytecznym, zaś działanie może mieć charakter majątkowy albo niemajątkowy. Jednocześnie z literalnego brzmienia art. 1240 k.c. wynika, że nie może być przedmiotem polecenia działanie majątkowe nieskierowane na osiągnięcie celu o charakterze społecznie użytecznym. Można jednak mieć wątpliwości, czy było to intencją ustawodawcy ukraińskiego.

Mimo ścisłych związków z instytucją zapisu, o czym będzie mowa dalej (niżej w tekście chodzi o zapis obligacyjny, czyli polski zapis zwykły), zarówno w prawie rosyjskim, jak i ukraińskim polecenie stanowi

<sup>15</sup> Tak jedna ze współautorek kodeksu cywilnego Ukrainy Z. Romowska, *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України*, za red. В.М. Коссака, Київ 2004, s. 924.

<sup>16</sup> Por. В. Ігнатенко, *Правова характеристика відносин, що виникають із заповідального відказу і заповідального покладення, „Підприємництво, господарство і право”*, 2003, № 8, s. 34.



jednak odmienną konstrukcję niż zapis czy tym bardziej ustanowienie spadkobiercy.

Sytuacja formalnie przedstawia się inaczej w prawie mołdawskim, gdzie można wyodrębnić rodzaj zapisu dokonywanego w celu ogólnie pożytecznym. Zgodnie z pkt 1 art. 1498 Kodeksu cywilnego Republiki Mołdawii<sup>17</sup> testator może zlecić spadkobiercy wykonanie jakiegokolwiek działania w celu ogólnie pożytecznym, co może mieć charakter tak majątkowy, jak i niemajątkowy. Myślę, że z juretycznego punktu widzenia chodzi o polecenie mimo użycia słowa „zapis” i zamieszczenia artykułu w podrozdziale pt. „Zapis testamentowy”.

Interesujące jest, że istotne podobieństwo do sformułowania art. 982 k.c. Polski wykazuje ust. 1 art. 1058 kodeksu cywilnego Kazachstanu<sup>18</sup>: testator może nałożyć na spadkobiercę testamentowego obowiązek dokonania jakiegokolwiek działania czy powstrzymania się od niego, nie nadając nikomu prawa żądania wykonania tego obowiązku w charakterze wierzyciela. Należy podkreślić, że ustawodawca nie uzależnia ustanowienia polecenia od działań ani celu o charakterze społecznie użytecznym. Z kolei dla realizacji celu ogólnie pożytecznego taki sam obowiązek może być nałożony na wykonawcę testamentu w razie przeznaczenia przez spadkodawcę części majątku na wykonanie polecenia. Oczywiście, czym innym jest możliwość nałożenia obowiązku wykonania polecenia tylko na spadkobiercę testamentowego czy pod pewnymi warunkami na wykonawcę testamentu. Wyraźnie widać, że część ustawodawstw obszaru postradzieckiego odwołuje się do „celu ogólnie/ społecznie pożytecznego/użytecznego”. Takie nieostre określenie wywołało pewne wątpliwości interpretacyjne np. w doktrynie rosyjskiej, gdzie można spotkać propozycje rozumienia celu ogólnie pożytecznego poprzez pryzmat określonych rodzajów umowy darowizny-ofiarowania<sup>19</sup>. Wspominam o tym, ponieważ w myśl zd. 3 ust. 1 art. 1139 k.c. Federacji Rosyjskiej testator ma prawo, by nałożyć na jednego lub kilku spadkobierców obowiązek utrzymania należących do testatora zwierząt domowych oraz realizacji niezbędnego nadzoru i pieczy nad nimi. Bez

<sup>17</sup> Закон Республики Молдова Гражданский кодекс, № 1107-XV от 6 июня 2002 г. Мониторул Офичал ал Р. Молдова № 82-86/661 от 22 июня 2002 г.

<sup>18</sup> Гражданский кодекс Республики Казахстан, Особенная часть. Закон Республики Казахстан от 1-го июля 1999 года № 410-1 „О введении в действие Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)”.

<sup>19</sup> Пор. пр. А.А. Солодова, *Завещательное возложение в гражданском праве России*, Наследственное право, 2006, № 1, s. 37–38.

wątpienia nie jest to cel ogólnie pożyteczny, chodzi najwyżej o dobro poszczególnego kota, rybek itd. Taka możliwość została przewidziana w ustawie jako wyjątek od polecenia czyniącego zadość idei celu ogólnie pożytecznego<sup>20</sup>. Odwołując się do ustaw specjalnych dotyczących sprawy pogrzebowej oraz powołując się na przykład ze zwierzętami, w doktrynie rosyjskiej niekiedy wyodrębnia się jako specyficzny rodzaj polecenia rozrządzenie w testamencie dotyczące organizacji pogrzebu, mimo że nie służy to ogólnie pożytecznemu celowi<sup>21</sup>.

Przykład ten pokazuje jednak, że kryterium celu jest jednym z kryteriów odróżniających polecenie od zapisu w prawie rosyjskim. To samo można powiedzieć, jak się wydaje, o prawie ukraińskim, ale z wyłączeniem polecenia dotyczącego np. „palenia dzienników zawierających wątki intymne” etc. W tej ostatniej sytuacji mamy do czynienia raczej ze zobowiązaniem niezaskarżalnym sądownie.

### **3. Możliwość żądania wykonania polecenia w ustawodawstwach wybranych krajów WNP**

Nie każde ustawodawstwo krajów obszaru postradzieckiego daje odpowiedź wprost na pytanie, czy istnieje możliwość żądania wykonania polecenia. W prawie rosyjskim sytuacja jest o tyle prostsza, że zgodnie z ust. 3 art. 1139 kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej osoby zainteresowane, wykonawca testamentu oraz każdy spadkobierca mają prawo żądać wykonania polecenia testamentowego na drodze sądowej, chyba że testament przewiduje co innego. Odwołanie się do sądu nie pozostawia żadnych wątpliwości, że nie chodzi o żadne zobowiązanie naturalne czy obowiązki o charakterze moralnym w praktyce niezaskarżalne. Tym niemniej spadkodawca może wyłączyć zaskarżalność polecenia lub ustanowić pewne warunki, na przykład wskazać na okoliczności, kiedy osoba zainteresowana może/nie może sądownie dochodzić wykonania polecenia. Ponadto w myśl ust. 2 art. 1139 k.c. Federacji Rosyjskiej wobec polecenia, którego przedmiotem są działania o charakterze majątkowym, należy stosować odpowiednio reguły art. 1138 k.c. pt. „Wykonanie zapisu testamentowego”. Stosując odpowiednio ten przepis, można wprowadzić regułę, że spadkobierca obciążony poleceniem powinien je

<sup>20</sup> А.А. Солодова, *Завещательное...*, s. 38.

<sup>21</sup> А.В. Барков, Р.Ю. Грачев, *Завещательное возложение в механизме гражданско-правового регулирования ритуальных услуг*, *Наследственное право*, 2011, № 4, s. 31.

wykonać w granicach wartości otrzymanego spadku po odliczeniu przypadających na spadkobiercę długów do spłacenia. Jeśli spadkobierca ma prawo do części obowiązkowej (określenie systemu rezerwy w prawie rosyjskim), to jego obowiązek wykonania polecenia ogranicza się do wartości otrzymanego spadku, która przewyższa rozmiar jego części obowiązkowej. Z tego artykułu można wyprowadzić również inne reguły dla instytucji polecenia. W wyżej przytoczonych przykładach widać, że ustawodawca rosyjski nie utożsamia zapisu i polecenia, ale w sensie technicznym reguły wykonywania zapisów oraz majątkowych poleceń mogą się nie różnić.

M. Niedośpiał w odniesieniu do polecenia wskazał, że „cechą wspólną tej instytucji jest to, że z polecenia nie płynie wierzytelność dla osoby uprawnionej”<sup>22</sup>. W przypisie do tego stwierdzenia wskazał on, powołując się na prawo radzieckie, że „analogicznie jest w tych ustawodawstwach, które nie określają skutków polecenia<sup>23</sup> (uwagi na tle art. 423 k.c. ros., obecnie art. 539 nowego k.c. ros.)”<sup>24</sup>. Z takim twierdzeniem można zgodzić się tylko częściowo. Należy zadać pytanie: kogo należy uważać za osobę uprawnioną w prawie radzieckim/rosyjskim? Beneficjenta czy każdego uprawnionego do żądania wykonania polecenia bez względu na to, na czyją korzyść jest polecenie? Wybitny cywilista Włodzimierz Sieriebrowskij, na którego prace powołuje się M. Niedośpiał, rzeczywiście twierdził na podstawie przepisów pierwszego radzieckiego Kodeksu cywilnego Rosji<sup>25</sup>, że skoro nie ma stosunku zobowiązaniowego między spadkobiercą a innymi osobami, to nie ma też wierzyciela. Jednak W. Sieriebrowskij również wskazywał, że uprawnionymi do żądania (w sądzie) wykonania polecenia mogą być zainteresowane organizacje państwowe, prokurator, takie prawo powinni otrzymać także współspadkobierca oraz wykonawca testamentu<sup>26</sup>. Z kolei wątpliwości budzi

<sup>22</sup> M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 72.

<sup>23</sup> Por. np. W.I. Sieriebrowskij, *Oczerki sowietskogo nasledstwiennogo prawa*, Moskwa 1952, s. 143.

<sup>24</sup> M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia...*, s. 72, przyp. 20.

<sup>25</sup> *Гражданский кодекс РСФСР, Сборник Указаний*, 1922, № 71, s. 904. Polskie wydanie tego kodeksu – *Kodeks cywilny R.S.F.S.R. wraz z kodeksem ustaw o małżeństwie, rodzinie i opiece*, tłum. S. Tylbor, Warszawa 1930.

<sup>26</sup> В.И. Серебровский, *Избранные труды по наследственному и страховому праву*, Moskwa 2003, s. 160. Powołuję się na tę samą klasyczną pracę W. Sieriebrowskiego co M. Niedośpiał, tylko że we współczesnym ponownym wydaniu w serii „Klasyka cywilistyki rosyjskiej”, stąd różnica w numeracji przytaczanych stron. Wydawnictwo zamieściło na początku biogram uczonego, co spowodowało zmiany w numeracji.

przywoływanie w tym kontekście drugiego radzieckiego Kodeksu cywilnego Rosji<sup>27</sup>. Otóż zgodnie z art. 539 nieobowiązującego obecnie k.c. Rosji były wypowiedzane poglądy co do możliwości żądania wykonania polecenia przez szereg podmiotów jak prokuratura czy organizacje państwowe, a nawet co do możliwości żądania przez obywateli wykonania polecenia na drodze sądowej<sup>28</sup>. Zatem zagadnienie to należy uważać za co najmniej sporne. Jak pokazywałem wyżej, we współczesnym prawie rosyjskim w ogóle jest inaczej.

Podobną sytuację jak w prawie rosyjskim mamy w prawie Kazachstanu. Z ust. 2 art. 1058 k.c. tego kraju wynika odpowiednie stosowanie reguł dotyczących zapisu (nie tylko wykonania, jest tam ogólne odesłanie) wobec polecenia, którego przedmiotem są działania mające charakter majątkowy.

Prawo ukraińskie literalnie nie przewiduje możliwości żądania wykonania polecenia ani nie wskazuje na krąg mogących to zrobić osób. Co najmniej część doktryny przyjmuje możliwość zaskarżenia polecenia, aczkolwiek można znaleźć różne podejścia. Wskazuje się, że nie ma konkretnej osoby, która miałaby prawo żądać wykonania polecenia, dlatego mogą żądać jego wykonania prokurator, zainteresowane organizacje, wykonawca testamentu, którego obowiązek polega na tym, żeby dopilnować precyzyjnego wykonania woli testatora<sup>29</sup>. Nie można pozbyć się wrażenia, że takie poglądy to reminiscencja starego ustawodawstwa radzieckiego, a dokładnie wcześniej obowiązującego tak zwanego drugiego kodeksu cywilnego Ukraińskiej Radzieckiej Republiki Socjalistycznej, który obowiązywał od 1 stycznia 1964 r.<sup>30</sup> do wprowadzenia obecnego k.c. niepodległej Ukrainy 1 stycznia 2004 r. Norma prawna na temat polecenia była sformułowana w tym kodeksie w art. 540 bardzo lapidarnie: testator może nałożyć na spadkobiercę obowiązek

<sup>27</sup> Por. *Zasady ustawodawstwa cywilnego ZSRR i republik związkowych, Kodeks cywilny Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej*, Wrocław 1977. M. Niedośpiał określa go jako nowy rosyjski k.c., chociaż obowiązywał on od 1 stycznia 1964 r. Jest to o tyle trafne, że w chwili wydrukowania opracowania tego autora (1997 r.) kodeks ten częściowo jeszcze obowiązywał – nie było nowego współczesnego prawa spadkowego.

<sup>28</sup> Por. Д. Вагман, *Завещательный отказ*, Советская юстиция, 1970, № 18, s. 24.

<sup>29</sup> Tak np. Ю.О. Заїка, *Спадкове право в Україні: становлення розвитку*, Київ 2007, s. 136.

<sup>30</sup> *Цивільний кодекс Української РСР*, Відомості Верховної Ради Української РСР, 1963, № 30.

wykonania jakichkolwiek działań skierowanych na realizację jakiegokolwiek celu ogólnie pożytecznego (podobna norma była zamieszczona w art. 539 radzieckiej Rosji: testator może zobowiązać spadkobiercę do dokonania oznaczonych działań zmierzających do osiągnięcia określonego celu o charakterze społecznie użytecznym<sup>31</sup>). Na tle tego przepisu przyjmowano, że „z żądaniem dotyczącym wykonania polecenia mogą występować określone organizacje albo osoby, które bronią państwowych i wspólnotowych interesów (na przykład prokurator). Państwowe oraz obywatelskie organizacje mogą występować z żądaniami w sprawach należących do ich kompetencji”<sup>32</sup>. W takim upaństwowionym systemie było oczywiste, która organizacja państwowa czym się zajmuje, ponieważ nie było prawdziwych organizacji prywatnych. Sąd mógł odmówić ochrony roszczenia dotyczącego wykonania polecenia najwyżej na podstawie uznania, że polecenie nie odpowiada celom ogólnie pożytecznym<sup>33</sup>. Należy zastanowić się, czy zd. 2 art. 985 k.c. Polski nie odzwierciedla realiów systemowych wyłącznie poprzedniej epoki ustrojowej, na co zwracał uwagę podczas konferencji G. Gorczyński.

Wracając do współczesnego prawa ukraińskiego, trzeba wskazać, że inni autorzy w sytuacji, kiedy polecenie ma charakter majątkowy, postulują stosowanie norm dotyczących wykonania zapisu testamentowego<sup>34</sup>. Zgodnie z ust. 3 art. 1238 k.c. Ukrainy spadkobierca, obciążony zapisem testamentowym, jest zobowiązany do jego wykonania tylko w granicach realnej wartości majątku, który został mu przekazany, z wyliczeniem długów przypadających na ten majątek. Jeśli chodzi o krąg osób mających prawo żądania wykonania polecenia, to można znaleźć twierdzenia, że podjęcia działań mają prawo żądać od spadkobierców wszystkie osoby zainteresowane wykonaniem polecenia<sup>35</sup>. W każdym razie chodzi o możliwość sądowego dochodzenia wykonania polecenia, skoro w literaturze można znaleźć rozważania o uprawnieniach sądu w sytuacji, kiedy nie ma możliwości wykonania polecenia w

<sup>31</sup> *Zasady ustawodawstwa cywilnego ZSRR...*, s. 259.

<sup>32</sup> М.В. Гордон в: *Цивільний кодекс Української РСР, Науково-практичний коментарій*, ред. О.Н. Якименка, М.Й. Бару, М.В. Гордона, Київ 1971, s. 519.

<sup>33</sup> Е.Ф. Мельник в: *Гражданский кодекс Украинской ССР Научно-практический комментарий*, ред. А.Н. Якименко, Киев 1981, s. 608.

<sup>34</sup> Так В.В. Васильченко, *Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування*, Харків 2007, s. 45.

<sup>35</sup> Пор. В.В. Васильченко, *Коментар ...*, s. 45.

całości, gdyż nie wystarcza aktywów spadku po spłaceniu długów itd.<sup>36</sup>. W części komentarzy wskazuje się, że spadkodawca sam może określić w testamencie, kto ma prawo żądać wykonania polecenia. Jeśli brak wskazówek testatora, to wówczas wykonania polecenia może żądać każdy zainteresowany oraz wykonawca testamentu<sup>37</sup>. Ponadto można spotkać stwierdzenia ograniczające się tylko do tego, że kontrolę nad wykonaniem obowiązków wynikających z polecenia sprawuje wykonawca testamentu<sup>38</sup>. Nie wydaje się prawidłowe zawężenie kręgu mogących żądać wykonania polecenia do wykonawcy testamentu w prawie ukraińskim, chociaż co do wykonawcy można znaleźć klarowną podstawę prawną. Zgodnie z ust. 2 art. 1290 k.c. Ukrainy wykonawca testamentu jest zobowiązany do zapewnienia wykonania przez spadkobierców działań, do których byli oni zobowiązani w testamencie.

#### **4. Podsumowanie: stosunek prawny powstający na podstawie polecenia**

Niestety wspólną i chyba nieuniknioną cechą prawa polskiego i prawa obszaru postradzieckiego jest niejednorodność instytucji polecenia, która często prowadzi do powstania moralnych i odpowiednio niezaskarżalnych zobowiązań (pomijam w tej chwili rozważania, czy chodzi o polecenie w ścisłym znaczeniu tego słowa). Tym niemniej w przypadku poleceń o charakterze majątkowym czy niemajątkowym, ale zaskarżalnych, można wskazać na określone podejścia w doktrynie wybranych krajów WNP.

Na tle prawa ukraińskiego, mimo uchwalenia nowego kodeksu cywilnego, nadal można spotkać poglądy, że „polecenie nie stwarza cywilnoprawnego zobowiązania między spadkobiercą a konkretną osobą, lecz tylko zobowiązuje spadkobiercę do wykonania określonych działań”<sup>39</sup>. Podobne poglądy można było spotkać na tle prawa radzieckiego<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Por. np. С.Я. Фурса, Є.І. Фурса w: *Спадкове право, Нотаріат Адвокатура Суд*, ред. С.Я. Фурси, Київ 2007, s. 48.

<sup>37</sup> Por. С.Я. Фурса w: *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України*, т. II, ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця, Київ 2005, s. 1001.

<sup>38</sup> А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань, *Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України*, т. 3, Київ Севастополь 2006, s. 806.

<sup>39</sup> О.С. Северова w: *Цивільний кодекс України. Коментар*, Київ 2003, s. 812.

<sup>40</sup> Por. пр. Д. Ватман, *Завещательный отказ*, Советская юстиция, 1970, № 18, s. 24.



Jednak w innych współczesnych opracowaniach doktryny ukraińskiej wprost wskazuje się, że na podstawie polecenia powstaje zobowiązanie cywilnoprawne, zaś spadkobierca występuje jako dłużnik<sup>41</sup>. Bardziej dobitnie wskazuje na istnienie zobowiązania E. Riabokon: „między spadkobiercą testamentowym, na którym spoczywa odpowiedni obowiązek, oraz między osobami, które mają prawo żądać wykonania na ich rzecz działań o odpowiedniej treści, wytwarzają się stosunki zobowiązaniowe, w których pierwszy występuje jako dłużnik, zaś ostatni – jako wierzyciel”<sup>42</sup>. Wyżej cytowany autor zdaje sobie sprawę, że uprawniony podmiot w powstałym stosunku nie jest na razie znany, co nie jest podstawą do twierdzenia, że go w ogóle nie ma. Nie ma możliwości określenia takiego podmiotu ze względu na zbyt duży krąg potencjalnie zainteresowanych. „«Osiągnięcie celu ogólnie pożytecznego» ostatecznie skierowane jest na zaspokojenie potrzeb i interesów poszczególnych osób i nie może samo przez się być usprawiedliwieniem braku w stosunkach, które rozpatrujemy, uprawnionego podmiotu”<sup>43</sup>.

W prawie rosyjskim zauważono, że polecenie nie ma charakteru osobistego, dlatego wskutek ustanowienia polecenia powstaje zobowiązanie, w którym po stronie wierzyciela występuje nie konkretna osoba, lecz nieokreślona mnogość (wielość) osób<sup>44</sup>. Innymi słowy powstaje jednak zobowiązanie, ale nie jest to klasyczne „względne” zobowiązanie z precyzyjnie określonym wierzycielem oraz dłużnikiem. Chodzi o zobowiązania z nieokreśloną wielością (mnogością) osób w zobowiązaniach, jednak nadal w każdym zobowiązaniu główne miejsce zajmuje sama treść zobowiązania, nie zaś określenie wierzyciela<sup>45</sup>. Nie ma znaczenia, że po stronie wierzyciela występuje niedookreślona od razu mnogość osób. Na tym właśnie polega główna różnica pomiędzy zapisem a poleceniem, która kryje się w specyfice struktury zobowiązania. Zapis rodzi bowiem klasyczne zobowiązanie między zapisobiercą a spadkobiercą<sup>46</sup>.

Stosując podobną teorię do prawa polskiego, należy stwierdzić, że na podstawie polecenia powstaje zobowiązanie mające określonego

<sup>41</sup> В. Ігнатенко, *Правова характеристика відносин, що виникають із заповідального відказу і заповідального покладення, «Підприємництво, господарство і право»*, 2003, № 8, s. 34.

<sup>42</sup> Є. Рябоконт, *Спадкове право*, Київ 2004, s. 250.

<sup>43</sup> Є. Рябоконт, *Спадкове...*, s. 250, przyp. 325.

<sup>44</sup> А.А. Солодова, *Наследственное право*, 2006, № 1, s. 39.

<sup>45</sup> Por. szerzej: А.А. Солодова, *Наследственное...*, s. 39.

<sup>46</sup> А.А. Солодова, *Наследственное...*, s. 39.



beneficjenta, określonych dłużników, czyli spadkobiercę i zapisobiercę, oraz określonych na mocy ustawy wierzycieli działających nie we własnym interesie (uprawnienie z art. 985 k.c. Polski). Odpowiednio określenie „nie czyniąc nikogo wierzycielem” należy rozumieć w ten sposób, że nie może tego zrobić spadkodawca (jeśli zrobi, to niejednokrotnie będzie to zapis zwykły). Jednocześnie w wielu sytuacjach jest to przywilej – spadkodawca ma prawo tego nie robić, a jednak na mocy ustawy powstaje zupełny stosunek zobowiązaniowy (nie zobowiązanie naturalne będące stosunkiem zobowiązaniowym ułomnym). Zamiast spadkodawcy uczynił to ustawodawca. Być może przyjęcie podobnych poglądów pozbawi nas potrzeby doszukiwania się w poleceniu zobowiązania naturalnego czy stawiania skrajnych tez, że polecenie w ogóle nie jest źródłem stosunku prawnego<sup>47</sup>. Zatem zwrot „nie czyniąc nikogo wierzycielem” nie może być rozpatrywany jako podstawa do ograniczenia praw spadkodawcy ustanawiającego polecenie, lecz daje mu większe możliwości, na przykład może on nie tylko odstąpić od ustanowienia wierzycieli, zdając się na ustawowy spis uprawnionych, lecz także ma prawo tylko w przybliżeniu określić przyszłego wierzyciela, podając jego cechy. Identycznej możliwości nie ma przy powołaniu spadkobiercy, ustanowieniu zapisu zwykłego czy windykacyjnego:

- spadkodawca może powołać do całości lub części spadku jedną lub kilka osób (art. 959 k.c.). Taka osoba, uwzględniając mechanizm dziedziczenia, powinna żyć albo istnieć w chwili otwarcia spadku;
- zapis zwykły jest ustanawiany „na rzecz oznaczonej osoby” (por. § 1 art. 968 k.c.);
- przy zapisie windykacyjnym „oznaczona osoba nabywa przedmiot zapisu z chwilą otwarcia spadku” (por. § 1 art. 981<sup>1</sup> k.c.).

Institucja polecenia daje większe możliwości określenia osoby wierzyciela, gdyż nie musi istnieć osoba uprawniona do żądania polecenia już w chwili otwarcia spadku, czyli nie musi być skonkretyzowana osoba wierzyciela. Na przykład, spadkodawca przekazał w spadku instytutowi naukowo-badawczemu kolekcję książek napisanych na skórkach zwierząt. Instytut nie posiada dostępnej dla wszystkich biblioteki, lecz tylko zamknięte zbiory dla wewnętrznych potrzeb. Uwzględniając taką sytuację, spadkodawca ustanowił polecenie zobowiązujące instytut do udostępniania, a nawet wypożyczania książki każdemu, kto jest

<sup>47</sup> K. Osajda w: K. Osajda (red.), *Kodeks...*, s. 657.

badaczem w określonej dziedzinie i ma stopień naukowy co najmniej doktora. W chwili otwarcia nie ma żadnej możliwości ustalenia kręgu beneficjentów – poleceniobiorców, jednak gdy pojawi się konkretny naukowiec, ma on prawo wystąpić do sądu, jeśli instytut nie udostępnia książek. W ten sposób zostaje „uzupełniony” stosunek zobowiązaniowy. Podsumowując, określenie „nie czyniąc nikogo wierzycielem” można odczytać w ten sposób, że nie chodzi o czynienie nikogo wierzycielem w chwili otwarcia spadku oraz jest możliwość nieczynienia nikogo wierzycielem w rozumieniu § 1 art. 353 k.c. Nie znaczy to, że nie pojawi się wierzyciel w przyszłości po spełnieniu pewnych warunków, jak to było pokazane w powyższym przykładzie.

### **Streszczenie**

Artykuł został poświęcony tradycyjnej instytucji polecenia testamentowego w prawie polskim. Autor przedstawił tę problematykę na tle wybranych porządków prawnych obszaru postradzieckiego. Przede wszystkim poruszono zagadnienie, jaki stosunek kreuje ustanowienie polecenia w prawie polskim oraz porządkach: ukraińskim, rosyjskim, mołdawskim, kazachskim. Autor rozważa także możliwość dochodzenia polecenia na drodze sądowej oraz wymienia osoby, które są do tego uprawnione. W konsekwencji Autor dochodzi do wniosku, że wskutek ustanowienia polecenia testamentowego powstaje stosunek zobowiązaniowy *sui generis*.

Słowa kluczowe: polecenie, zobowiązanie naturalne, zobowiązanie pełne, zaskarżalność, wierzyciel, beneficjent.

### **Abstract**

The article concerns the traditional institution of instruction in testament in accordance with Polish law. The Author presented aforementioned issue in connection with selected legal systems of postsoviet area. In particular the author analyzed the issue of the character of relationship, which is created by establishing the instruction in testament according to Polish law and Ukrainian, Russian, Moldavian and Kazakh. The Author also considered the possibility of pursuing instruction before

a court and enumerated persons that would be authorised to bring that kind of action. As a result Author formulated the conclusion that establishing the instruction in testament creates obligation relationship sui generis.

Keywords: instruction, natural obligation, complete obligation, the possibility of pursuing, creditor, beneficiary.

Anna Tworkowska-Baraniuk<sup>1</sup>

## Sztuczna inseminacja nasieniem zmarłego dawcy – wątpliwości natury prawnej i etycznej

### 1. Kilka słów wprowadzenia

Medycyna stanowi dziedzinę nauk charakteryzującą się ogromną dynamiką rozwoju – pozwala na ratowanie życia, przewyciężanie dotychczas nieuleczalnych chorób oraz zaliczanie ich do współczesnych znaków nadziei. Jednakże już w swojej pierwszej encyklice Jan Paweł II zwrócił uwagę na niebezpieczeństwo związane z postępowaniem w medycynie: „Niepokój dotyczy zasadniczej i podstawowej sprawy: czy ów postęp, którego autorem i sprawcą jest człowiek, czyni życie ludzkie na ziemi pod każdym względem „bardziej ludzkim”, bardziej „godnym człowieka”<sup>2</sup>.

Współczesna medycyna wypracowała między innymi metody wspomagania prokreacji sprowadzające się do zapłodnienia wewnątrzustrojowego (*in vivo*) bądź zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*). Sztuczna inseminacja określana jest jako sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe polegające na unasienieniu komórki jajowej w wyniku wprowadzenia do żeńskich organów rozrodczych pobranego wcześniej od mężczyzny nasienia. Tego rodzaju metoda wspomagająca zapłodnienie dokonywana jest wewnątrz organizmu matki – tak jak podczas naturalnego procesu rozrodu<sup>3</sup>. Pierwsze zabiegi sztucznej inseminacji, o których słyszała nauka, dokonane były już w XVIII w., mimo początkowych problemów, aktualnie działania takie stanowią powszechnie akceptowaną metodę prokreacyjną. Działania takie jak pozyskiwanie i przekazywanie komórek zastępczych, inseminacja nasieniem dawcy, zapłodnienie *in vitro* – z jednej strony

---

<sup>1</sup> Dr, Uniwersytet w Białymstoku.

<sup>2</sup> Jan Paweł II, *Encykliki Ojca Świętego Jana Pawła II. Kompletnie wydanie*, Warszawa 2009, s. 108.

<sup>3</sup> A. Brezcko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomendycznego*, Białystok 2012, s. 2010–2011.

stanowią wyraz postępu, z drugiej jednak budzą poważne wątpliwości natury tak etycznej, jak i prawnej – brakuje bowiem jednoznacznej moralnej oceny działań ingerujących w naturalną prokreację, zaś wyraźnie opóźniona reforma ustawodawstwa nie pozwala na precyzyjną ocenę prawną. Problem staje się tym bardziej skomplikowany, że prawo polskie nie reguluje wprost kwestii sztucznie wspomaganego rozrodu człowieka. Ustawodawstwo medyczne w zasadniczej części tworzone głównie w latach 90-tych uwzględnia konieczność ochrony praw pacjenta, czy zmienioną sytuację prawną zawodów medycznych, jednakże w ostatnich latach proces legislacyjny w zakresie prawa medycznego niemal się zatrzymał. W odniesieniu do zagadnień sztucznej inseminacji na gruncie *legis latae* brakuje w zasadzie nawet szczątkowej regulacji prawnej – w związku z problemami powstałymi na skutek rozwoju biotechnologii wzrasta więc rola sądów.

Współcześnie naturalna prokreacja nie jest jedynym sposobem na posiadanie potomstwa, zaś ingerencja w proces rozrodczy przekroczyła już granice, jakie próbowała narzucić życiu śmierć<sup>4</sup>. Fakt, iż zapłodnienie dokonywane może być pozaustrojowo, w warunkach laboratoryjnych pozwala na jego wykorzystanie w stosunkowo szerokiej perspektywie czasowej. Aktualny poziom techniki medycznej pozwala między innymi na przechowywanie w ciekłym azocie gamet i embrionów przez wiele lat (stosuje się komputerowe procedury mrożenia, pozwalające na kontrolę procesu zamrażania) – nawet po kilkunastu latach od chwili pobrania do zapłodnienia może być użytych nawet 60 % pobranego materiału genetycznego. Pojawiające się możliwości zmuszają naukę do podjęcia próby odpowiedzi na pytania o możliwość dysponowania materiałem genetycznym na wypadek śmierci, konsekwencje sztucznej inseminacji *post mortem* w zakresie prawa spadkowego i rodzinnego, w końcu zaś o status dziecka poczętego i urodzonego w takich okolicznościach – o jego pochodzenie z małżeństwa, które zdaje się ustało z chwilą śmierci mężczyzny i o możliwość ustalenia ojcostwa dawcy nasienia<sup>5</sup>. Brakuje na ogół unormowań, które pozwalałyby te problemy rozstrzygnąć. Trzeba się wówczas odwołać do ogólnych zasad prawa lub analogii. Nie daje to jednak jasności i pewności prawa<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> A. Wedeł-Domaradzka, *Śmierć a prawa człowieka*, Toruń 2010, s. 166.

<sup>5</sup> M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 305.

<sup>6</sup> M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji post mortem*, „Prawo i Medycyna” 2002, nr 1.

## 2. Dysponowanie materiałem genetycznym po śmierci dawcy

Punktem wyjścia rozważań nad zagadnieniem sztucznej inseminacji dokonywanej po śmierci dawcy nasienia powinno być ustalenie charakteru prawnego dyspozycji materiałem genetycznym dokonywanej niejako *mortis causa*. Brakuje dotychczas jednoznacznej koncepcji jurydycznej dotyczącej stosunku prawnego łączącego dawcę z oddanym przez niego nasieniem. Funkcjonujące ramy prawne nie pozwalają na uznanie przechowywanego nasienia za rzecz<sup>7</sup>. Komórki ludzkie reprezentować mogą jedynie pewne wartości niemajątkowe, ściśle związane z człowiekiem<sup>8</sup>. Istnieją wprawdzie zapatrywania, w myśl których zakonserwowane w wyniku działań medycznych nasienie objęte powinno być prawem własności, a tym samym wchodzić w skład spadku<sup>9</sup>; właściwą byłaby więc np. kwalifikacja pozostawionej przez dawcę nasienia dyspozycji jako instytucji polecenia testamentowego spadkodawcy (art. 982 k.c.)<sup>10</sup>. Nie ma jednak wątpliwości, że polecenie testamentowe rodzić może obowiązek prawny określonego działania o ile nie jest sprzeczne z ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Wydaje się zaś, iż polecenie takie byłoby sprzeczne z obowiązującymi zasadami współżycia społecznego, dlatego też stojący na straży wartości moralnych akceptowanych w społeczeństwie system prawny nie pozwala na wywołanie przez tego rodzaju polecenie spadkodawcy jakichkolwiek skutków prawnych.

Czynności wykorzystujące zdeponowane przez zmarłego nasienie wykazują pewne, choć pozorne, podobieństwo do transplantacji *mortis causa* (dysponowanie odłączonymi od ciała człowieka tkankami i narządami). Wydaje się jednak, iż podobieństwa te nie stanowią wystarczającej podstawy, by wobec zgody zmarłego na wykorzystanie

---

<sup>7</sup> Ludzkie komórki rozrodcze stanowią źródło życia, a tym samym nie mogą być porównywane z rzeczami, a nawet z jakimikolwiek innymi organami pochodzącymi z organizmu człowieka.

<sup>8</sup> J. Ostojka, *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 2, s. 35.

<sup>9</sup> B. Walaszek, *O niektórych aspektach prawnych inseminatio artificialis*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, nr 1, s. 57.

<sup>10</sup> W sytuacji gdy mąż pozostawiłby wyraźną dyspozycję, by zdeponowane przez niego w banku nasienie zostało użyte do sztucznego zapłodnienia jego żony, wskazanie takie nie będzie tworzyło po stronie wdowy żadnego obowiązku prawnego poddania się zabiegowi sztucznej inseminacji nasieniem zmarłego męża. Uznanie, iż polecenia wydanego *mortis causa* za wiążące dla wdowy stanowiłoby zaś najdalej idącą ingerencję w sferę jej dóbr osobistych, wiążącą się z ograniczeniem jej autonomii woli w sprawach związanych z prokreacją.

jego nasienia do sztucznej inseminacji *post mortem*, zastosować w drodze analogii ze zgodą na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich w celu ich przeszczepienia. Wobec transplantacji ustawodawca jednoznacznie zdecydował się na zastosowanie konstrukcji zgody domniemanej. Nieuzasadnionym byłoby np. rozszerzenie zgody na transplantacje wyrażonej za życia i skutecznej *post mortem* również na zgodę na wykorzystanie nasienia po śmierci. Zgoda na transplantację wyrażoną za życia, a tym samym skuteczna *post mortem* nie może być więc wiązana ze zgodą na wykorzystanie nasienia po śmierci głównie ze względu na szczególnie charakter przedmiotu, którym jest materiał genetyczny<sup>11</sup>. Dodatkowo zaś transplantacje *mortis causa* nie naruszają praw osób trzecich, podczas gdy inseminacja dokonywana *post mortem* doprowadzić może do naruszenia przysługujących bliskim zmarłego dóbr osobistych. Wywodzenie prawa do dysponowania własnym materiałem genetycznym z praw osobistych implikuje fakt, iż zgoda na użycie zdeponowanego nasienia powinna być wyrażona przed samym dokonaniem zabiegu sztucznej inseminacji – dlatego też śmierć dawcy powoduje wygaśnięcie zgody na wykorzystanie materiału genetycznego, a dokonanie postmortalnej inseminacji za prawnie nieusprawiedliwione. Jednakże – wobec braku w polskim prawie regulacji odnoszących się wprost do zapłodnienia pozaustrojowego *post mortem* nie wyklucza się jednak sytuacji, w której dochodzi do urodzenia się dziecka poczętego w wyniku implementacji nasienia pozostawionego przez zmarłego dawcę. W praktyce, wobec braku ujednoczonych procedur, oświadczenie dawcy o poddaniu się procedurze *in vitro* niejednokrotnie traktowane jest jako zgoda również na zapłodnienie danej kobiety także po śmierci dawcy<sup>12</sup>.

Analiza możliwości wykorzystywania pozostawionego przez zmarłego dawcę nasienia wiąże się również z pytaniem o prawną skuteczność powołującej się na ochronę własnych dóbr osobistych (pamięć po osobie zmarłej, respekt dla wcześniej podjętych decyzji prokreacyjnych) kobiety, żądającej wydania materiału genetycznego pozostawionego przez zmarłego męża. Coraz częściej bowiem pojawiają się głosy uznające taki sposób zapłodnienia za wynikający z wolności kobiety

---

<sup>11</sup> Zob. A. Tworkowska, *Konsekwencje zabiegu sztucznej inseminacji post mortem – analiza wybranych zagadnień*, w: E. Krajewska-Kułak, C. Łukaszyk, J. Lewko, W. Kułak (red.), *W drodze do brzegu życia – tom XIII*, Białystok 2014, s. 1653–1654.

<sup>12</sup> J. Ostojka, *Sytuacja prawna...*, s. 38.



w sferze prokreacji. Jednakże należy zwrócić uwagę, że poczęcie dziecka w drodze takiej postmortalnej inseminacji nie będzie służyć prokreacyjnemu celowi małżeństwa – te bowiem gaśnie z chwilą śmierci jednego z małżonków. Z drugiej jednak strony, skoro możliwe jest dokonanie zapłodnienia nasieniem anonimowego dawcy – być może już nieżyjącego – czy nie właściwym byłoby umożliwienie żonie zmarłego dawcy wykorzystania materiału w celu inseminacji dla podtrzymania funkcjonującej rodziny<sup>13</sup>? Brak norm prawnych odnoszących się bezpośrednio do analizowanego przypadku przekłada ciężar odpowiedzialności za podjętą decyzję na lekarza mającego dokonać zapłodnienia nasieniem zmarłego, lekarz zaś powinien odmówić wykonania czynności, które według jego przekonania i sumienia mogą być szkodliwe i nieetyczne. Wydaje się, że w powyższej sytuacji lekarz powinien odmówić wdowie zabiegu sztucznego zapłodnienia – zabieg taki przede wszystkim pozostawałby w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego<sup>14</sup>. Dodatkowo, wobec odmowy dokonania zabiegu sztucznej inseminacji w takiej sytuacji uzasadnionym staje się prawo przysługujące bliskim zmarłego do skutecznego żądania – na podstawie przysługujących im dóbr osobistych – by lekarz powstrzymał się od wykorzystania pozostawionego nasienia dla inseminacji innych kobiet.

### **3. Poczęci po śmierci – o statusie dziecka poczętego w drodze inseminacji postmortalnej**

Brak w systemie prawa regulacji odnoszących się do zagadnienia sztucznej inseminacji nasieniem zmarłego dawcy stwarza możliwość praktycznego jego wykorzystania. Zgodnie bowiem z sentencją „*Quod lege non prohibitum, licitum est*” (wszystko co nie jest zakazane, jest dozwolone) nie wyklucza możliwości przyjścia na świat dziecka poczętego w drodze zapłodnienia *post mortem*. Ewentualność taka zmusza do podjęcia próby określenia statusu prawnego takiego dziecka – rozstrzygnięcia, czy dziecko urodzone w drodze takiego zabiegu jest dzieckiem

---

<sup>13</sup> Zapatrywanie takie staje się tym bardziej uzasadnione w tych systemach prawnych, które przewidują przekazanie materiału genetycznego zmarłego dawcy anonimowej parze starającej się o potomstwo – skoro bowiem dopuszczalna byłaby sztuczna inseminacja obcej kobiety, sztuczne zapłodnienie tym samym nasieniem wdowy byłoby tym bardziej uzasadnione.

<sup>14</sup> Inseminacja dokonana po śmierci małżonka nie służy realizacji funkcji prokreacyjnej małżeństwa ani dobru dziecka, gdyż dziecko poczęte w ten sposób pozbawione będzie ojca.

urodzonym w małżeństwie, czy pozamałżeńskim, czy możliwe jest skuteczne ustalenie ojcostwa oraz przeprowadzenie postępowania spadkowego z udziałem dziecka poczętego *post mortem*.

W zakresie *postmortalnej* inseminacji nasieniem zmarłego dawcy możemy mieć do czynienia z różnymi konfiguracjami sytuacji faktycznej. W pierwszej kolejności rozważenia wymaga najmniej prawdopodobna – choć nie wykluczona – sytuacja, gdy dziecko rodzi się przed upływem 300 dni od dnia śmierci dawcy nasienia, tym samym ustania małżeństwa. W takim wypadku zastosowanie znaleźć powinno domniemanie ojcostwa<sup>15</sup>, jednakże z punktu widzenia prawa spadkowego sytuacja dziecka wydaje się mocno skomplikowana – pomimo działania domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, przepisy nie pozwalają na dziedziczenie przezeń, skoro w chwili otwarcia spadku nie było ono nawet poczęte. Rozstrzygnięcia wymaga tu kwestia relacji pomiędzy poczęciem dziecka przed otwarciem spadku jako przesłanką dopuszczenia do dziedziczenia, a zakresem domniemania z art. 62 § 1 k.r.o.<sup>16</sup> Wydaje się, że z uwagi na ścisłe funkcjonalne powiązanie zdolności *nasciturusa* do dziedziczenia z domniemaniem ojcostwa, nieuzasadnionym byłoby kwestionowanie przesłanki zdolności do dziedziczenia, jaką stanowi poczęcie dziecka w chwili otwarcia spadku. Dopuszczenie zaś w postępowaniu spadkowym kwestionowania faktu poczęcia dziecka przed śmiercią spadkodawcy podważałoby zasadę szczególnej mocy dowodowej aktów stanu cywilnego.

Najbardziej skomplikowaną wydaje się sytuacja, kiedy do zapłodnienia komórki jajowej dochodzi już po śmierci męża matki, a dziecko urodziło się przed ustaniem domniemania ojcostwa – do zapłodnienia dochodzi więc wyłącznie na podstawie decyzji kobiety<sup>17</sup>. Wprawdzie w sytuacji tej do jego poczęcia dochodzi po śmierci męża matki, jednakże wobec dziecka działa domniemanie ojcostwa. Zakładając, iż w chwili

---

<sup>15</sup> Kodeks rodzinny i opiekuńczy zakłada, że jeżeli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od rozwodu, ojcem dziecka jest mąż matki. Domniemania nie stosuje się tylko wtedy, kiedy dziecko urodziło się po upływie trzystu dni od orzeczenia separacji lub kiedy kobieta ponownie wyszła za mąż.

<sup>16</sup> Domniemanie to nie mogłoby być przecież uchylone przez wykazanie braku podobieństwa (genetycznego) do męża matki.

<sup>17</sup> Mniejsze wątpliwości budzi sytuacja, kiedy do połączenia gamet doszło jeszcze przez śmiercią męża matki, a do implementacji embrionu doszło już po śmierci dawcy – wobec takiego dziecka działa domniemanie ojcostwa, mimo że do jego poczęcia doszło po śmierci męża matki.

śmierci męża matki wyrażona za życia zgoda na użycie materiału genetycznego wygasa i do zapłodnienia dochodzi przy braku jego zgody<sup>18</sup>. Fakt, iż do zapłodnienia dochodzi tu w wyniku jednostronnej decyzji kobiety nie wpływa jednak na możliwość uznania dziecka za urodzone w małżeństwie. Dodatkowo zważyć należy, że wprawdzie nie ma przeszkód, by dziecko uznane było za pochodzące z małżeństwa, nie można jednak zastosować wobec niego regulacji z art. 927 k.c. – w momencie otwarcia spadku dziecko nie było bowiem jeszcze poczęte. Dziecko poczęte w wyniku tego rodzaju inseminacji *post mortem* nie spełniałoby przesłanki, na mocy której spadkobiercą może być również dziecko już poczęte ale nienarodzone, pod warunkiem, że urodzi się żywe.

Niejednoznaczna wydaje się również sytuacja, w której do zapłodnienia komórki jajowej dochodzi jeszcze za życia dawcy nasienia, do implementacji i narodzin jednak już po jego śmierci i ustaniu domniemania ojcostwa. Mimo że do poczęcia dziecka dochodzi tu jeszcze za życia dawcy nasienia – męża matki – nie znajduje tu zastosowania domniemania ojcostwa. niesprawiedliwym wydaje się więc pozbawienie ojcostwa dziecka poczętego przecież za życia dawcy nasienia, tj. przy jego zgodzie na wykorzystanie materiału genetycznego i przyjście na świat dziecka<sup>19</sup>. Zaznacza się tu brak spójności przepisów, które z jednej strony pozwalają, by dziecko urodzone w wyniku implementacji dokonanej po śmierci dawcy nasienia dziedziczyło po nim (w chwili otwarcia spadku było przecież poczęte), z drugiej zaś nie zezwalają na objęcie tego dziecka domniemaniem ojcostwa<sup>20</sup>. Prawo spadkowe traktowałoby więc to dziecko jako pochodzące od zmarłego męża matki, pozostałe zaś przepisy nie uprawniają do ustalenia ojcostwa dawcy nasienia. Bez wpływu na status dziecka pozostaje również wola stron, aby fakt biologicznego pochodzenia dziecka od męża matki określał status cywilny dziecka<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> A. Dyoniak, *Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implementacji embrionu*, „Studia Prawnicze” 1993, nr 4, s. 48.

<sup>19</sup> J. Ostojka, *Sytuacja prawna...*, s. 39.

<sup>20</sup> W doktrynie niemieckiej zaś prezentowany jest pogląd, w świetle którego, chociaż dziecko urodziło się w drodze postmortalnej implantacji i jest dzieckiem pozamałżeńskim, to należy dopuścić możliwość ustalenia jego ojcostwa (skoro zmarły wyraził zgodę na implantację), przy jednoczesnym wykluczeniu możliwości dziedziczenia przez nie po ojcu.

<sup>21</sup> Niemniej jednak w doktrynie pojawiają się zapatrywania przemawiające za możliwością ustalenia – na gruncie *lege lata* – ojcostwa męża matki w wypadku

W sytuacji zaś, kiedy do zapłodnienia dochodzi jeszcze przed śmiercią męża matki, do urodzenia natomiast przed ustaniem domniemania ojcostwa, nie ma podstaw, by zaprzeczyć ojcostwa męża matki<sup>22</sup>. W sytuacji tej nie ma również podstaw, by dziecku takiemu odmówić – na podstawie art. 27 k.c. – statusu spadkobiercy ustawowego po zmarłym mężu matki. O prawach spadkowych dziecka poczętego po śmierci ojca powinny decydować nie tylko przepisy z art. 927 § 2 k.c., ale również przepisy o pochodzeniu dziecka (art. 62 § 1 k.r.o.).

Wątpliwości nie powinien budzić również stan faktyczny, w którym do poczęcia dziecka dochodzi po śmierci dawcy nasienia – męża matki (embrion powstał po ustaniu małżeństwa), a do narodzin – po ustaniu domniemania ojcostwa, a więc nawet po kilku bądź kilkunastu latach od śmierci męża matki, od którego pochodzi materiał genetyczny. Wtedy to bowiem dziecko traktowane jest jako pozamałżeńskie i nie znajduje zastosowania ani art. 62 k.r.o. dotyczący domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, ani art. 927 k.c. wprowadzający przesłanki warunkujące możliwość dziedziczenia. Przyjąć więc należy, iż dziecko takie nie pochodzi z małżeństwa, nie może również należeć do kręgu uprawnionych do spadkobrania. Jednakże ustalenie ojcostwa na gruncie obowiązującego prawa mogłoby nastąpić na podstawie art. 85 lub 84 k.r.o. Jednak literalne brzmienie art. 85 k.r.o. wyklucza możliwość domniemania, iż dziecko pochodzi od mężczyzny, od którego zostało pobrane nasienie – nie została bowiem wyczerpana przesłanka obcowania z matką dziecka we wskazanym w przepisie czasie. W wytycznych Sądu Najwyższego z 6 grudnia 1952 r. stwierdzono natomiast, że domniemanie ojcostwa byłoby obalone, gdyby na podstawie opinii biegłych wykazano, że mąż matki nie miałby we wskazanym okresie zdolności do zapłodnienia. Natomiast w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 15 sierpnia 1967 r., wskazuje się, że obalenie domniemania ojcostwa nastąpić miałyby na podstawie opinii biegłego co do zestawienia czasu obcowania mężczyzny z matką dziecka ze stopniem rozwoju tego dziecka w chwili jego urodzenia. *De lege lata* możliwe byłoby natomiast sądowe ustalenie ojcostwa na podstawie art. 84 k.r.o., wówczas dziecko albo matka

---

sztucznej inseminacji *post mortem* – dziecko takie nie może być wprawdzie traktowane jako pochodzące z małżeństwa, nic jednak nie powinno stać na przeszkodzie przeprowadzeniu postępowania o ustalenie ojcostwa. Zob. B. Walaszek, *O niektórych...*, s. 58.

<sup>22</sup> Dawca jest przecież genetycznym ojcem dziecka, a brak przepisu prawnego, który by takie ojcostwo wykluczał. Zob. M. Nesterowicz, *Problemy prawne...*, s. 34.

mogliby wytoczyć powództwo przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy. Sąd rozpoznający sprawę ustalić powinien ojcostwo dziecka, gdyż dawcą jest biologiczny ojciec dziecka, a żaden przepis nie wyklucza takiej możliwości<sup>23</sup>.

Nie powinno się więc ściśle interpretować podstawy domniemania ojcostwa określonej w art. 85 k.r.o. – blokuje to bowiem możliwość zastosowania innych przepisów w pojawiających się przecież sytuacjach faktycznych. Na gruncie *legis latea* – właściwym wydaje się stanowisko dopuszczające możliwość ustalenia ojcostwa zmarłego męża matki – za powyższym przemawia fakt rzeczywistego pochodzenia dziecka od męża matki – choćby zmarłego. W przeciwnym wypadku bowiem dziecko niejako z góry skazane zostanie na niekorzystny dla niego układ rodzinny i odsunięcie od dziedziczenia, jak również możliwości ustalenia swojego pochodzenia.

#### **4. Rozwiązania praktyczne zastosowane wobec procedury sztucznej inseminacji *post mortem***

Pierwsza znana powszechnie sprawa dotycząca zapłodnienia *post mortem* miała miejsce we Francji na przełomie 1983 i 1984 r., wtedy to chory na raka mąż MMe Parpalaix zdeponował swoje nasienie w banku spermy CECOS (Centre d'Etude et de Conservation des Œufs et du Sperme humain). Po jego śmierci wdowa wystąpiła o wydanie zamrożonego nasienia i dokonanie nim sztucznej inseminacji. Powołując się na brak dyspozycji dawcy nasienia co do wykorzystania go *post mortem*, negatywną ocenę etyczną planowanej inseminacji, a także brak przepisów prawnych odnoszących się do możliwości wykorzystania nasienia zmarłego dawcy CECOS odmówiło wydania materiału genetycznego. Sprawą na wniosek MMe Parpalaix zajął się Tribunal de Garde Instance de Creteil – nasienie zdeponowane przez męża powódki uznał za depozyt podlegający zwrotowi do rąk spadkobierców, tym samym przychylił się do powództwa. Trybunał uzasadniając wyrok wskazał, iż przechowywanie nasienia, wydanie go po śmierci dawcy, czy ostatecznie wykorzystanie go do zapłodnienia *post mortem* nie jest zakazane żadną normą prawną (francuski system prawa zakłada, że co nie jest zakazane normą prawa jest dozwolone). Stwierdził także, że sztuczne zapłodnienie wdowy nie godzi w prawa naturalne – jednym z celów małżeństwa

---

<sup>23</sup> M. Michalski, *Prawne aspekty inseminacji post mortem*, „Studenckie Zeszyty Naukowe Alma Mater Gedanensis. Collegium Iuridicum” 2010, s. 115.

jest bowiem prokreacja. Sąd nie wdawał się jednak w kwestie prawne, które powstaną w razie urodzenia przez powódkę dziecka poczętego *post mortem*<sup>24</sup>. Aby uniknąć ponownych kontrowersji, CECOS wprowadził do umów dotyczących przechowywania zdeponowanego nasienia dodatkowe postanowienie, zgodnie z którym nasienie może być wykorzystane przez składającego obecnie i wyrażającego swoją wolę, tj. żyjącego. W oparciu o tę dodatkową klauzulę Tribunal de Grande Instance de Toulouse w 1991 roku negatywnie odniósł się do żądania wdowy wydania nasienia zmarłego męża. Zawarte w umowie postanowienie Trybunał uznał za dopuszczalne w świetle obowiązującej zasady swobody umów, natomiast orzeczenie argumentował m.in. faktem, że implementacja medycznie wspomaganą *post mortem* nie ma podstawy prawnej, a nadto żądanie wyrażone w pozwie jest sprzeczne z zobowiązaniem, które zostało podpisane w momencie składania depozytu<sup>25</sup>.

Ostatecznie sprawą sztucznej inseminacji *post mortem* prawo francuskie zajęło się w 1994 r. – w ustawie o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, wspomaganium medycznym w prokreacji i o diagnostyce prenatalnej stwierdzono, że sztuczna prokreacja może mieć miejsce tylko pomiędzy parą żyjącą – małżonkami lub konkubentami (pozostającymi we wspólnym pożyciu minimum dwa lata) i będącymi w wieku prokreacyjnym. Postmortalną inseminację wdowy przepisy *expressis verbis* uznały za niedozwoloną. W celu wypełnienia istniejącej luki prawnej ustawa jednoznacznie wskazała, iż w przypadku śmierci jednego z małżonków lub konkubentów materiał genetyczny powinien zostać zniszczony lub przekazany nieodpłatnie innej anonimowej parze. Regulacja ta nasuwa jednak pewne wątpliwości – skoro bowiem po śmierci dawcy jego nasienie może być wykorzystane przez anonimową parę, to czy nie właściwym byłoby umożliwienie wdowie dokonania sztucznej inseminacji nasieniem bliskiej jej osoby, szczególnie jeżeli para wcześniej wyraziła zgodę na prokreację medycznie wspomaganą *post mortem*? Za dopuszczeniem transferu embrionów na żądanie wdowy z jednoczesnym jednak zastrzeżeniem, że jej decyzja podjęta powinna być w warunkach braku jakichkolwiek

---

<sup>24</sup> Por. H. Carvais-Rosenblatt, *De la procréation médicalement assistée a l'assistance médicale a la procréation: les nouvelles dispositions de la loi du 29 juillet 1994*, „Gazette du Palais” 1994, s. 1186.

<sup>25</sup> R. Tokarczyk, *Prawo narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2010, s. 188–189.



nacisków, opowiedział się m.in. Narodowy Komitet Konsultacyjny ds. Etyki, czy francuska Rada Stanu<sup>26</sup>.

Zagadnieniem dopuszczalności dokonania sztucznej inseminacji *post mortem* zajął się również niemiecki ustawodawca – w ustawie z 13 grudnia 1990 roku zabronił pod sankcją karną dokonywania zabiegu sztucznej inseminacji *post mortem*. Lekarz, który dokona takiego zapłodnienia po śmierci męża – dawcy nasienia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. Kobieta, u której tego dokonał, nie ponosi jednak żadnej odpowiedzialności karnej<sup>27</sup>.

Sprawą o wyrażenie zgody na wykorzystanie do sztucznego zapłodnienia nasienia zmarłego dawcy zajmował się również w procesie Deborah E. Hecht Superior Court of State of California Sąd Apelacyjny Kalifornii: w październiku 1991 r. przyjaciel powódki Wiliam E. Kene na kilka dni przed śmiercią zdeponował w banku nasienia próbkę z materiałem genetycznym. Prawo do wykorzystania nasienia zastrzegł – zarówno w umowie z bankiem nasienia, jak i w testamencie – na rzecz Deborah Hech, jednakże wykonawca testamentu powołując się na zasady porządku publicznego wystąpił do sądu z wnioskiem o wydanie nakazu zniszczenia zdeponowanego nasienia. Deborah Hecht podniosła zaś, iż zniszczenie nasienia pozostawionego przez jej przyjaciela naruszy zagwarantowane przez konstytucję prawo do prywatności i swobodnej prokreacji. Pozostawione nasienie miało stanowić rodzaj darowizny na jej rzecz i nie wchodzić w skład masy spadkowej. Sąd pierwszej instancji, odrzucając argumentację uczestniczki postępowania, nakazał bankowi zniszczenie zdeponowanych próbek. Po wniesieniu przez Deborę Hech apelacji, rozpatrujący sprawę sąd apelacyjny dokonał wnikliwej oceny charakteru prawnego zdeponowanego nasienia – zważył m.in., iż amerykańskie *common law* nie pozwala na jednoznaczne określenie prawa własności, czy nawet quasi-własności do części ludzkiego ciała – w tym nasienia zmarłego dawcy. Przytaczając stanowisko The American Fertility Sociate<sup>28</sup> sąd apelacyjny uznał, że „gamety są własnością dawców. Dawcy mają wyłączne prawo decydowania o ich wykorzystaniu zgodnie z zasadami medycyny i etyki” – przychyłając się do argumentacji

---

<sup>26</sup> Optowano m.in. za dopuszczeniem transferu embrionów również po śmierci mężczyzny, jeżeli przedtem para wyraźnie się zgodziła na prokreację medycznie wspomaganą *post mortem*.

<sup>27</sup> A. Tworkowska, *Konsekwencje zabiegu...*, s. 1655–1656.

<sup>28</sup> „Gamety są własnością dawców. Dawcy mają wyłączne prawo decydowania o ich wykorzystaniu zgodnie z zasadami medycyny i etyki”.



powódki sąd uznał, że pozostałe po zmarłym dawcy nasienie głównie ze względu na swoją naturę jest szczególnym rodzajem własności i tym samym wchodzi w skład spadku, a dawca ma prawo do decydowania

o losie pozostawionego nasienia, stanowi bowiem ono jego „własność”<sup>29</sup>. W uzasadnieniu sąd apelacyjny przywołał m.in. orzeczenie wydane w 1992 w sprawie *Davis v. Davis* stwierdzające, że embriony nie mogą traktowane być jak osoby, nie mogą być także uważane za przedmiot własności – stanowią przejściową kategorię, a potencjalne ludzkie życie, które się z nimi wiąże, wymaga szczególnego ich poszanowania.

Z punktu widzenia analizowanych zagadnień ciekawą wydaje się również sprawa Diane Blood mająca miejsce w Wielkiej Brytanii. W 1995 r., w wyniku zapalenia opon mózgowych mąż pani Blood pozostał w śpiączce. Jeszcze przed jego śmiercią – na wyraźną prośbę żony – pobrano od niego nasienie. Diane Blood niedługo po śmierci męża – dawcy nasienia wystąpiła o dokonanie sztucznego zapłodnienia pobranym nasieniem, jednakże brytyjski Instytut Embriologii i Sztucznego Zapłodnienia powołując się na obowiązujące przepisy, wymagające dla użycia nasienia pisemnej zgody jego dawcy (*Human Fertilisation and Embrology Act*) odmówił dokonania zabiegu. Rozpatrujący sprawę w pierwszej instancji sąd podzielił stanowisko Instytutu, powódka podnosząc, że wraz z mężem pragnęli dziecka, wniosła więc apelację do sądu apelacyjnego. W odwołaniu wskazała ponadto, że mogłaby poddać się zabiegowi zapłodnienia nasieniem każdego innego mężczyzny, który dobrowolnie oddał je do specjalnie prowadzonego w tym celu banku – dawca taki mógłby przy tym już nie żyć (w Wielkiej Brytanii zdeponowane w banku nasienie przechowywane jest nawet 39 lat). W postępowaniu apelacyjnym zapadł wyrok, w którym sąd stwierdził, że wprawdzie Diane Blood nie ma prawa do dokonania sztucznego zapłodnienia nasieniem zmarłego męża w Wielkiej Brytanii, jednakże takiemu zabiegowi mogłaby poddać się za granicą – zgodnie z legislacją Unii Europejskiej ma bowiem prawo do odbycia kuracji sztucznego zapłodnienia w innym kraju, np. we Francji. Sąd rozpatrujący apelację wprawdzie nie orzekł w sprawie możliwości wywiezienia nasienia za granicę, nakazał jednak Instytutowi, by prośbę powódki rozpatrzył biorąc pod uwagę fakt, że pani Blood ma prawo do leczenia za granicą, a wraz z mężem pragnęli dziecka – w konsekwencji w wyniku sztucznego zapłodnienia nasieniem zmarłego męża urodziła dwoje dzieci.

<sup>29</sup> M. Nesterowicz, *Problemy prawne...*, s. 34.

Polski system prawny nie zawiera jak dotąd żadnych regulacji odnoszących się bezpośrednio do zagadnień związanych z inseminacją medycznie wspomaganą *post mortem*, przy czym projekt ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw zdaje się iść w kierunku wprowadzenia zakazu postmortalnego zapłodnienia i podobnie do rozwiązania z Republiki Federalnej Niemiec dąży do wprowadzenia sankcji karnej wobec osoby, która w celach prokreacyjnych wykorzystuje materiał genetyczny zmarłej osoby. Nie można bowiem traktować materiału genetycznego jako rzeczy.

## 5. Konkluzja

Podsumowując, można wskazać, że zagadnienie sztucznej inseminacji *post mortem* – mimo licznych dyskusji – wciąż wiąże się z licznymi problemami natury prawnej i społecznej, jak i z ciężką oceną etyczno-moralną. Nie jest możliwe określenie na podstawie aktualnego ustawodawstwa i orzecznictwa jednoznacznego statusu dziecka poczętego i urodzonego w takich okolicznościach – jeżeli nawet do zapłodnienia doszło u żony zmarłego dawcy.

Niebezpiecznym wydaje się fakt, że człowiek – bez względu na konsekwencje – coraz częściej ingeruje w proces prokreacji, dąży do przekroczenia praw natury. Ani zaś prawo, ani normy etyczne nie są w stanie jednoznacznie wskazać granic takich działań i ich ocenić, jednakże wykorzystanie do sztucznego zapłodnienia materiału genetycznego zmarłego dawcy wydaje się być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Dlatego też lekarz, spotykający się z prośbą o dokonanie tego rodzaju zabiegu, odmówić powinien dokonania takiej inseminacji, jako niesłużącej realizacji funkcji prokreacyjnej małżeństwa ani zasady dobra dziecka, które pozbawione byłoby ojcostwa i prawa dziedziczenia po nim<sup>30</sup>. *De lege ferenda* opowiedzieć się więc można za zakazem zapłodnienia *post mortem*. Nie jest bowiem możliwe traktowanie pozostawionego przez dawcę materiału genetycznego jako rzeczy – nie może więc wejść do masy spadkowej. Brakuje również podstaw, by np. dyspozycję dawcy nasienia co do możliwości wykorzystania zamrożonego materiału

---

<sup>30</sup> Gdyby jednak inseminacja taka miała miejsce i następnie wdowa wystąpiłaby z powództwem o ustalenie ojcostwa zmarłego męża (konkubenta), sąd powinien takie ojcostwo ustalić. Dawca jest przecież biologicznym ojcem dziecka, a brak jest przepisu prawnego, który by takie ojcostwo prawne wyłączał.

genetycznego po jego śmierci, traktować jako polecenie testamentowe.

Wskazane niejasności powinny zostać uregulowane w obowiązującym systemie prawnym – nie można bowiem wykluczyć, że tego rodzaju regulacje – w obliczu rozwijającej się medycyny – staną się powszechnie potrzebne.

### **Streszczenie**

Postęp medycyny pozwolił na dokonywanie zabiegów sztucznej inseminacji nawet w kilka lat po śmierci dawcy nasienia. Powstają problemy natury prawnej – pytania: o charakter prawny wydania nasienia pozostałego po zmarłym mężczyźnie; o status prawny urodzonego w wyniku sztucznej inseminacji *post mortem* dziecka – o jego pochodzenie z małżeństwa, które zdaje się ustało z chwilą śmierci mężczyzny oraz o możliwość ustalenia ojcostwa dawcy nasienia. Niniejszy artykuł ma na celu odpowiedź na pojawiające się wątpliwości – zarówno natury prawnej, jak i etycznej.

Słowa kluczowe: inseminacja, śmierć, zapłodnienie po śmierci dawcy, prawo spadkowe.

### **Abstract**

Medical progress has allowed to make artificial insemination procedure even in a few years after the death of the donor semen. Legal problems are created – questions: the nature of the legal issue of semen remaining after the dead man; born legal status as a result of artificial insemination *post mortem* child – about the origin of marriage that seems to have ceased with the death of a man, and the possibility of to establish paternity semen donor. This article aims to respond to the legal and ethical doubt.

Keywords: artificial insemination, death, fertilization after the death of the donor, law of succession.

Grzegorz Tylec<sup>1</sup>

## **Dobra osobiste a inne dobra prawne o charakterze osobistym chronione *post mortem***

### **1. Wstęp**

W polskiej nauce i judykaturze jako ugruntowany należy traktować pogląd, zgodnie z którym dobra osobiste są tak silnie związane z osobą, której dotyczą, że wraz z nią powstają i wygasają. Są niezbywalne i nie podlegają dziedziczeniu<sup>2</sup>. Wykładnia gramatyczna art. 24 k.c. wskazuje na to, że przepis art. 23 k.c. odnosi się jedynie do ochrony interesów osobistych osób żyjących. W literaturze wskazano, że pośmiertna ochrona czci, dobrego imienia, nazwiska oraz innych elementów tożsamości osoby zmarłej, realizowana w oparciu o konstrukcję praw podmiotowych do dóbr osobistych, może być realizowana jedynie przez osoby żyjące, gdyż prawa podmiotowe przysługujące niegdyś osobom zmarłym wygasły wraz z chwilą ich śmierci<sup>3</sup>.

Z analizy niektórych regulacji prawnych o charakterze cywilnoprawnym wynika jednak, że prawa osobiste osób fizycznych podlegają ochronie prawnej także po ich śmierci. Regulacjami takimi są m.in. art. 16 pr. aut.<sup>4</sup> w zw. z art. 78 pr. aut., art. 43<sup>5</sup> § 3 k.c., i art. 43<sup>8</sup> § 1 k.c., oraz regulacje ustawy z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Dr hab., Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie.

<sup>2</sup> Zob.: Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 30; S. Grzybowski, *Dobra osobiste osób fizycznych i prawnych*, w: *System Prawa Cywilnego*. t. 1: *Część ogólna*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1974, s. 296; A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 97–109.

<sup>3</sup> Zob. A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 41 i n. oraz powołana tam literatura.

<sup>4</sup> Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr. 90, poz. 631 ze zm.), dalej: pr. aut.

<sup>5</sup> Ustawa z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina (Dz. U. Nr 16, poz. 168), dalej: u.o.d.

W celu porównania konstrukcji cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych z art. 23 k.c. z konstrukcją autorskich praw osobistych, które w przeciwieństwie do dóbr osobistych prawa cywilnego nie gasną ze śmiercią osoby fizycznej, pokrótce scharakteryzować należy w sposób ogólny treść regulacji prawnej odnoszącej się do autorskich praw osobistych.

## **2. Autorskie prawa osobiste przysługujące zmarłym**

Prawa osobiste wymienione w art. 16 pr. aut. realizują pewien schematyczny ( i *de facto* sztuczny) podział uprawnień prawnoautorskich na dwie kategorie: autorskie prawa osobiste opisane w art. 16 oraz autorskie prawa majątkowe ujęte w treści oddziału drugiego (art. 17 i n.)<sup>6</sup>. Jedną z konsekwencji dualistycznej budowy polskiej ustawy jest założenie, że autorskie uprawnienia osobiste mogą przysługiwać jedynie twórcy lub współtwórcom nawet po ich śmierci (zob. art. 78 ust. 2 i 3 pr. aut.) podmiotom prawa cywilnego. Artykuł 16 ma na celu ochronę więzi „twórcy z utworem”, pojmowanej jako szczególnego rodzaju stosunek psychiczny (uczuciowy), który żywi autor w stosunku do dzieła, które stworzył. Ów związek natury psychicznej (czy emocjonalnej) ma charakter nieograniczony w czasie i nie podlegający zrzeczeniu lub zbyciu. „Więź jest emanacją osobowości twórcy, jego godności stanowiącej prąźródło wszelkich przysługujących mu dóbr osobistych”<sup>7</sup>.

Generalnie autorskie dobra osobiste wymienione w treści art. 16 pr. aut., podobnie jak dobra osobiste prawa cywilnego, uznaje się za dobra prawne o charakterze niemajątkowym. Jak zauważono w piśmiennictwie, prawa osobiste coraz częściej stają się pretekstem do generowania korzyści majątkowych. Można powiedzieć, że wbrew pierwotnym założeniom służą realizacji interesów majątkowych. Sytuacja taka ma zazwyczaj miejsce, gdy prawa autorskie osobiste są wykonywane po śmierci twórcy przez osoby bliskie. Nie inaczej jest też, gdy zezwolenie na dokonanie zmian w dziele architektonicznym twórcą uzależnia od powierzenia mu przygotowania planów przebudowy czy projektu technicznego<sup>8</sup>. Artykuł 78 ust. 1 wskazuje roszczenia twórcy, które może

---

<sup>6</sup> M. Poźniak-Niedzielska M (red.), J. Szczotka, M. Mozgawa, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Lublin 2007, s. 44 i n.

<sup>7</sup> K. Czub, *O konstrukcji intelektualnych dóbr osobistych*, ZNUJ 2012, nr 1, s. 19–42.

<sup>8</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Erozja czy rozwój*, „Rzeczpospolita” 2002, nr 1, s. C 3.

on podnosić w sytuacji naruszenia lub zagrożenia naruszeniem przysługujących mu autorskich praw osobistych. Czynną legitymację procesową do dochodzenia roszczeń w sprawach o naruszenie autorskich praw osobistych oraz wykonywania tych praw po śmierci twórcy określa art. 78 ust. 2 do 4 pr. aut.

Przepis ten stanowi, że prawo do wniesienia powództwa o ochronę autorskich praw osobistych przysługuje jedynie twórcy. Biernie legitymowana jest zawsze osoba, która bezprawnie narusza treść autorskich praw osobistych a także z mocy art. 422 k.c. podżegacz, pomocnik oraz osoba, która świadomie skorzystała z dokonanego naruszenia<sup>9</sup>. Z wykładni art. 78 ust. 2 pr. aut. wynika, że po śmierci twórcy, następujące osoby: osoba wskazana przez twórcę, małżonek, zstępni, rodzice, rodzeństwo, zstępni rodzeństwa, nabywają na skutek śmierci twórcy legitymację do wykonywania uprawnień osobistych zmarłego twórcy. Zasadą jest, że to twórca decyduje o tym, kto będzie po jego śmierci uprawniony do wykonywania uprawnień z art. 78. Osoby wymienione w treści art. 78 ust. 2 i art. 78 ust. 4 (właściwa organizacja zbiorowego zarządzania) nabywają uprawnienie do eksploatacji i ochrony autorskich praw osobistych tylko, gdy brakuje odmiennej woli autora w tej kwestii. Przepisy prawa nie wprowadzają żadnych wymogów w zakresie formy oświadczenia woli twórcy, w jakiej powinien wyrazić swą wolę w sprawach wykonywania lub ochrony swych praw osobistych. W sytuacji, gdy do wykonywania praw uprawnionych jest kilka podmiotów, wobec braku odmiennej umowy między nimi, do skutecznego działania niezbędna jest zgoda wszystkich uprawnionych. Wymienione w treści art. 78 ust. 4 pr. aut. organizacje i stowarzyszenia mogą wykonywać swe uprawnienie (polegające jedynie na wytaczaniu powództw) niezależnie od podmiotów wymienionych w art. 78 ust. 2 pr. aut. Przepisy art. 78 pr. aut. stosować należy odpowiednio do artystycznych wykonań (art. 92 pr. aut.) w zakresie ochrony interesów osobistych pozostałych podmiotów praw pokrewnych stosować należy art. 23 i art. 24 k.c. dotyczące ochrony dóbr osobistych. W orzecznictwie stwierdzono, że przepisy ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych regulują zarówno ochronę dóbr osobistych twórców (art. 78 pr. aut.), jak i ich autorskich praw majątkowych (art. 79 i art. 80 pr. aut.). Nie znaczy to jednak, iż stanowią one wyłączną podstawę dochodzenia tych roszczeń. W myśl bowiem § 3 art. 24 k.c. reguły odpowiedzialności kodeksowej pozostają

<sup>9</sup> Zob. wyrok SA w Poznaniu z 20 sierpnia 2008 r. (IACa 529/08), LEX nr 499201.

w kumulatywnym zbiegu ze wskazanymi przepisami pr. aut. co oznacza, że środki ochrony przewidziane jednymi i drugimi przepisami mogły być w sprawie stosowane zarówno kumulatywnie, jak i alternatywnie. Decydujący w tej mierze powinien być wybór osoby zainteresowanej<sup>10</sup>.

Problemem rozważanym w nauce stała się wzajemna relacja dóbr osobistych prawa cywilnego (art. 23 k.c.) oraz autorskich praw osobistych opisanych a art. 16 pr. aut. Dominujący obecnie w literaturze pogląd sprowadza się do tego, iż prawa osobiste wymienione w art. 16 pr. aut. są dobrami osobistymi twórcy, przepis ten zaś szczególnym rozwinięciem treści art. 23 k.c.<sup>11</sup>. Można wskazać jednak poglądy przedstawicieli doktryny prawa, którzy wyraźnie rozdzielają kwestię ochrony praw osobistych prawa autorskiego od dóbr osobistych prawa cywilnego. Poglądy te możemy podzielić na takie, które odmawiają prawom autorskim, wskazanym w art. 16 pr. aut., miana dóbr osobistych<sup>12</sup> oraz takie, które prawa autorskie osobiste traktują jako jeden z podzbiorów zawierający się w szerokiej kategorii dóbr osobistych prawa cywilnego<sup>13</sup>.

Prawo autorskie określa się jako zespół przepisów regulujących stosunki społeczne powstające w związku z dokonaniem dzieła o charakterze twórczym. Główny trzon tych przepisów stanowią regulacje prawa cywilnego, gdyż opierają się na zasadzie kreowania cywilnych praw podmiotowych. Przepisy umieszczone w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie regulują jednak w sposób wyczerpujący całości problematyki związanej z ochroną twórczości, nie zawierają bowiem wszystkich wchodzących w grę przepisów ogólnych. Prawidłowa ocena sytuacji prawnej twórcy lub jego następców prawnych. może być prawidłowo oceniona po sięgnięciu do przepisów Kodeksu cywilnego<sup>14</sup>. Powyższa zasada odnosi się także, jak się wydaje, do kwestii ochrony praw osobistych twórców. Konstrukcja dóbr osobistych prawa cywilnego

<sup>10</sup> Wyrok SN z 5 stycznia 2001 r. (V CKN 499/00), LEX nr 53112.

<sup>11</sup> R. Markiewicz, *Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim*, Kraków 1984, s. 89–91; zob. także orzeczenie SN z 30. października 1991 r. (I A Cr 436/91), niepubl.

<sup>12</sup> Zob. A. Wojciechowska, *Czy autorskie dobra osobiste są dobrami osobistymi prawa cywilnego?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, nr 4, s. 370 i n.; P. Białecki, *Prawa czy dobra osobiste twórcy?*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 15, s. 679 i n.

<sup>13</sup> Zob. szerzej G. Tylec, *Dobra osobiste prawa cywilnego jako niezależna od prawa autorskiego podstawa ochrony interesów twórczych*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 10, s. 526–533.

<sup>14</sup> Zob. S. Grzybowski w: *System....* t. 13, s. 5–6.



z całą pewnością może być więc wykorzystywana do ochrony interesów osobistych podmiotów, które nabyły autorskie prawa majątkowe i pozbawione są możliwości korzystania z ochrony, która płynie z treści art. 16 pr. aut. Sytuacja taka będzie miała miejsce w przypadku stworzenia utworu pracowniczego, do którego autorskie prawa majątkowe nabył pracodawca. Jak stwierdzono w literaturze „uwzględniać (...) należy istnienie niezależnej ochrony dóbr osobistych osób prawnych – art. 23 i art. 24 k.c. w zw. z art. 43 k.c. – która może znaleźć zastosowanie także do ochrony pozamajątkowych interesów zakładu pracy zatrudniającego twórcę”<sup>15</sup>. Podobnie producentom programów komputerowych mogą przysługiwać jedynie prawa osobiste określone w art. 23 k.c. w zw. z art. 43 k.c. gdyż autorskie prawa osobiste mogą powstać tylko na rzecz twórcy.

Rozważając w literaturze problem zakresu ochrony „twórczości artystycznej i naukowej” wymienionej w art. 23 k.c. wskazywano, że pojęcie to ma szerszy zakres niż pojęcie „autorskie dobra osobiste”<sup>16</sup>.

Z przedstawionych powyżej rozważań wynika, że cywilnoprawne uprawnienia osobiste mogą trwać po śmierci osoby, której przysługiwały. Z regulacji prawa autorskiego wynika, że mimo śmierci twórcy (uprawnionego) nie dochodzi do zerwania więzi osoby i jej praw osobistych. Na skutek śmierci twórcy nie wygasa więź twórcy z utworem stanowiąca istotę autorskich praw osobistych, owa więź istnieje w świadomości osób żyjących (łączymy przecież osobę zmarłego z dziełami stworzonymi przez niego za życia). Nie można powiedzieć, że na skutek śmierci osoba przestała być autorem dzieła i nie istnieje obowiązek wskazywania tejże osoby jako autora danego dzieła, nienaruszalności jego treści lub formy itp. W prawie autorskim pośmiertną ochronę praw osobistych twórcy postrzegać należy moim zdaniem jako realizację prawa, które powstało za życia twórcy w związku ze stworzeniem dzieła i trwa wiecznie niezależnie od tego czy żyje twórca dzieła. Z mocy art. 78 pr. aut. prawo to może być realizowane przez wskazane w przepisie podmioty<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> J. Barta, R. Markiewicz w: J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 1995, s. 126–127.

<sup>16</sup> Zob. szerzej G. Tylec, *Dobra osobiste...*, s. 526–533.

<sup>17</sup> Odmienne B. Sołtys, który stwierdził, że więź twórcy z utworem, stanowiąca istotę autorskich praw osobistych (art. 16 pr. aut.), z chwilą śmierci zostaje bezpowrotnie utracona. Wobec tego niezaprzeczalnego faktu ochronę autorskich praw osobistych

### 3. Pośmiertna ochrona prawa osobistego do nazwiska w prawie firmowym

W literaturze wyrażony został pogląd, zgodnie z którym zamieszczenie w firmie nazwiska osoby fizycznej bez jej zgody (lub zgody małżonka i dzieci) jest bezprawne i stanowi naruszenie dobra osobistego<sup>18</sup>. Interpretacja obecnie obowiązujących przepisów prawa firmowego (art. 43<sup>5</sup> § 3 k.c. i art. 43<sup>8</sup> § 1 k.c.), mimo że zapewnia ono ochronę nazwisk osób zmarłych może budzić jednak wątpliwości, czy niezgodne z prawem posłużenie się nazwiskiem zmarłej osoby fizycznej stanowić będzie naruszenie dobra osobistego.

Artykuł 43<sup>5</sup> § 3 k.c. stanowi, że firma osoby prawnej może zawierać nazwisko lub pseudonim osoby fizycznej, jeżeli służy to ukazaniu związków tej osoby z powstaniem lub działalnością przedsiębiorcy. Umieszczenie w firmie nazwiska lub pseudonimu osoby fizycznej wymaga pisemnej zgody tej osoby, a w razie jej śmierci – zgody jej małżonka i dzieci. Artykuł 43<sup>8</sup> § 1 k.c. stanowi zaś, że w przypadku utraty członkostwa przez współnika, którego nazwisko było umieszczone w firmie, spółka może zachować w swej firmie nazwisko byłego współnika tylko za wyrażoną na piśmie jego zgodą a w razie jego śmierci – za zgodą jego małżonka i dzieci. Jeżeli ani małżonek, ani dzieci osoby już nie żyją, brak jest podmiotu, który mógłby wyrazić wymaganą zgodę na eksploatację nazwiska i z tego powodu wywieść należy, że zamieszczenie nazwiska (pseudonimu) takiej osoby zmarłej w firmie osoby prawnej jest niedozwolone<sup>19</sup>. W praktyce nie jest możliwe uzyskanie zgody małżonka i dzieci postaci historycznych na ich eksploatację w firmie i *de facto* używanie tego rodzaju nazwisk w obecnym stanie prawnym nie może mieć miejsca<sup>20</sup>. Odmienny pogląd wyraził M. Wyrwiński, który stwierdził, że brak osób uprawnionych do wyrażenia zgody nie oznacza niedopuszczalności posługiwania się imieniem i nazwiskiem zmarłego

---

zmarłego trzeba rozumieć jedynie jako wyraz przyznania przez prawo przedmiotowe określonym podmiotom uprawnień, które w mniejszym lub w większym stopniu odpowiadają, co do treści, prawom osobistym twórcy z uwagi na istnienie w obrocie prawnym jego utworu (dzieła), B. Sołtys, *Nazwy handlowe i ich ochrona w prawie polskim*, Kraków 2003, s. 174.

<sup>18</sup> A. Szpunar, *Ochrona...*, s. 159 i n.

<sup>19</sup> Zob. J. Szwaja, *Firma w kodeksie cywilnym*, „Prawo Spółek” 2004, nr 1, s. 4.

<sup>20</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 428.

w firmie. Autor ten postulował, aby w takiej sytuacji decyzję w tym przedmiocie podejmował sąd rejestrowy<sup>21</sup>.

Treść regulacji art. 43<sup>8</sup> § 1 k.c. jest interpretowana w doktrynie w dwojaki sposób: można z niej wywodzić, że osoba fizyczna może za swojego życia wyrazić zgodę na wykorzystanie jej nazwiska w firmie jej następców prawnych *post mortem* a w razie braku takiej zgody po śmierci tej osoby decyzję podejmują jej najbliżsi lub, że osoba fizyczna może dysponować swoim nazwiskiem jedynie za życia, natomiast po śmierci, bez względu na jej wolę decyzja należy do jej najbliższych<sup>22</sup>. Przyjęcie pierwszej wersji interpretacji art. 43<sup>8</sup> § 1 k.c. umożliwi decydowanie osobie fizycznej za życia na korzystanie z jej nazwiska w firmie po jej śmierci. W świetle regulacji prawa firmowego unormowanego w k.c. przyjęć należy, moim zdaniem, że na przedsiębiorcy ciąży obowiązek zmiany firmy w sytuacji śmierci osoby, której nazwisko jest w firmie umieszczone przy jednoczesnym braku zgody małżonka i dzieci zmarłego na jego dalszą eksploatację. Podobna sytuacja może mieć miejsce w wypadku odwołania udzielonej przez małżonka i dzieci przedsiębiorcy zgody na korzystanie z nazwiska zmarłego. Jak słusznie zauważono w literaturze, jeżeli ani małżonek, ani dzieci osoby zmarłej, której nazwisko jest wykorzystywane w firmie już nie żyją, brak jest podmiotu, który mógłby wyrazić wymaganą zgodę i dlatego zamieszczenie nazwiska (pseudonimu) takiej osoby w firmie osoby prawnej jest niedozwolone<sup>23</sup>.

Niewątpliwie opisane w regulacjach prawa firmowego uprawnienie do posługiwania się nazwiskiem ma charakter osobisty, opisana konstrukcja różni się jednak od przyjętego modelu ochrony dóbr osobistych, gdyż reguluje kwestie korzystania z dobra, którym jest nazwisko po śmierci jego dysponenta. Argumentem na to, że na gruncie prawa firmowego dotyczącego nazwiska nie mamy do czynienia z ochroną dobra osobistego ale *sui generis* prawa do nazwiska niech będzie to, że powszechnie przyjmuje się, że spółka może w każdym czasie usunąć z firmy nazwisko byłego wspólnika i nie potrzebuje do tego jego zgody<sup>24</sup>. Moim zdaniem,

---

<sup>21</sup> M. Wyrwiński, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2004, s. 15.

<sup>22</sup> Zob. M. Załucki, *Korzystanie z nazwiska jako elementu firmy po śmierci przedsiębiorcy. Rozważania na tle zgody małżonka i dzieci zmarłego*, w: J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012, s. 457.

<sup>23</sup> J. Szwaja, *Firma w kodeksie...*, s. 4.

<sup>24</sup> Zob. J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 475.

opisane w przepisach prawa firmowego uprawnienie do posługiwania się cudzym nazwiskiem w treści firmy, jest *sui generis* prawem osobistym przysługującym dysponentowi nazwiska za życia oraz po jego śmierci lub jeśli dysponent nazwiska nie wyraził w opisywanej kwestii stosownego oświadczenia, prawem przysługującym wspólnie małżonkowi i dzieciom osoby zmarłej. Treścią tego prawa jest możliwość dysponowania nazwiskiem zmarłego w zakresie możliwości eksploataowania go w firmie przedsiębiorcy. W powyżej opisywanej kwestii odmienny pogląd wyraził M. Wyrwiński, który stwierdził, że jeśli „dana osoba fizyczna nie żyje i nie pozostawiła dzieci ani małżonka, nie oznacza to, że nie ma możliwość posługiwania się jej imieniem i nazwiskiem w firmie osoby prawnej. Wniosek taki znajduje oparcie w koncepcji ochrony dóbr osobistych, które nie mogą istnieć bez osoby, której dotyczą. Komentowany przepis ogranicza natomiast zakres osób, które mogą «dysponować» imieniem i nazwiskiem w zakresie wykorzystania go w firmie przedsiębiorcy wyłącznie do małżonka i dzieci zmarłego. Jeśli zatem brak tych osób najbliższych, nie jest konieczne uzyskanie zgody innych osób, np. spadkobierców. Podobnie jest oceniany przypadek używania w firmie imion i nazwisk (pseudonimów) postaci historycznych, których użycie nieobjęte jest zakresem komentowanego przepisu”<sup>25</sup>. Powyżej zaprezentowane stanowisko M. Wyrwińskiego ujmujące ochronę nazwiska w sposób wąski (ograniczające je jedynie do osób żyjących), nie znajduje moim zdaniem potwierdzenia w wykładni gramatycznej ani celowościowej regulacji prawa firmowego. Nie sposób bowiem konstruować pośmiertnej ochrony nazwiska, gdy prawo to pojmuje się w kategoriach wygasającego wraz ze śmiercią podmiotu dobra osobistego. Gdyby ustawodawca pojmował nazwisko, o którym mowa w art. 43<sup>5</sup> § 3 k.c. i art. 43<sup>8</sup> § 1 k.c., jako wygasające ze śmiercią podmiotu dobro osobiste, nie wskazywałyby w treści tych przepisów osób uprawnionych do decydowania o używaniu nazwiska po śmierci jego dysponenta.

Odnosząc się do poglądu, zgodnie z którym zamieszczenie w firmie nazwiska zmarłej osoby fizycznej bez zgody jej małżonka i dzieci jest bezprawne i stanowi naruszenie dobra osobistego, zadać należy jednak pytanie, czyje dobro osobiste miałyby być w takiej sytuacji naruszone.

---

<sup>25</sup> M. Wyrwiński, *Spółka...*, s. 15, podobnie M. Wyrwiński, *Komentarz do niektórych przepisów kodeksu cywilnego (dotyczących firmy i prokury), zmienionych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 03.49.408)*, LEX/el 2003, komentarz do art. 43<sup>5</sup> k.c.

Nie jest to dobro osobiste w postaci nazwiska, przysługujące za życia zmarłemu, gdyż ono jak wynika z wykładni gramatycznej art. 24 k.c. wygasło z chwilą jego śmierci, wątpliwe jest także to by było to jakieś (wspólne) dobro osobiste małżonka i dzieci zmarłego. Z powyższego wynika więc, że prawo osobiste do nazwiska osoby zmarłej w firmie jest prawem osobistym *sui generis* zmarłego lub osób mu najbliższych. Jako, że brak jest podstaw aby domagać się respektowania opisywanych powyżej zasad prawa firmowego dotyczących nazwisk osób zmarłych w oparciu o konstrukcję ochrony dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.) uznać należy, że kontrola respektowania powyżej wskazanych zasad prawa firmowego leży jedynie w gestii sądów rejestrowych. Kognicja sądu rejestrowego w powyższym zakresie wynika z treści art. 24 ustawy KRS<sup>26</sup> dotyczącego tzw. postępowania przymuszającego. Celem tego postępowania jest ujawnienie w rejestrze wymaganych przez prawo wpisów. Jedynym sposobem wymuszenia stanu zgodnego z prawem w opisywanym aspekcie mogą być tylko podjęte z urzędu działania sądu rejestrowego, które doprowadzą do używania nazwiska osób zmarłych zgodnie z wymogami określonymi w przepisach prawa firmowego.

#### **4. Pośmiertna ochrona wizerunku i nazwiska Fryderyka Chopina**

Jak stwierdzono w ustawie z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina, nazwisko Fryderyka Chopina i jego wizerunek podlegają ochronione odpowiednio na zasadach dotyczących dóbr osobistych. Ochrona ta ma jednak charakter bezterminowy, co odróżnia ją od ochrony wynikającej z art. 23 i art. 24 k.c. Pieczę nad wyżej wymienionymi dobrami sprawuje minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. W literaturze zauważono, że w ustawie o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina doszło do ukształtowania ochrony osoby zmarłej niezgodnie z zasadą wykształconą w tym zakresie w polskim prawie. W mojej ocenie, w świetle regulacji cytowanej ustawy, wizerunek i nazwisko Fryderyka Chopina należy określić jako oznaczenia, które z mocy szczególnej regulacji ustawowej stały się dobrami prawnymi *sui generis*, z eksploatacji których korzyści ekonomiczne czerpie Narodowy Instytut Fryderyka Chopina. Mimo, że art. 3 pkt 5 u.o.d. wyraźnie deklaruje, że w art. 1ust 1 u.o.d. ustawy wymienione są dobra osobiste, to natura kreowanych przez ustawę praw do nazwiska

---

<sup>26</sup> Zob. art. 24 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 168 poz. 1186 ze zm.).

i wizerunku Chopina znacząco różni się od praw osobistych kreowanych przez art. 23 i art. 24 k.c.

Ustawodawca zdawał sobie sprawę z tego faktu, gdyż w art. 1 ust 1 zd. 2 u.o.d. nakazał stosować do ochrony nazwiska i wizerunku Chopina ochronę prawną „odpowiednio na zasadach dotyczących dóbr osobistych” nie zaś wprost zasady dotyczące ochrony dóbr osobistych. Moim zdaniem, z analizy treści ustawy o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina płynie wniosek, że ustawa ta nie wprowadza ochrony prawnej dóbr osobistych osoby zmarłej lecz ustanawia ochronę prawną *sui generis* ukształtowaną „odpowiednio na zasadach dotyczących dóbr osobistych”. W żadnym razie ustawa o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina nie modyfikuje ogólnych zasad ochrony dóbr osobistych obowiązujących w prawie polskim, ale uświadamia podmiotom stosującym przepisy prawa, że istnieją inne, alternatywne spojrzenia na kwestię ochrony elementów ludzkiej tożsamości a w szczególności, że ochrona ta może dotyczyć także aspektów majątkowych związanych z człowiekiem i obowiązywać także po jego śmierci<sup>27</sup>.

## **5. Przyczyny ochrony praw osobistych osób zmarłych – godność czy interes**

Zgodzić należy się z poglądem wyrażonym przez J. Mazurkiewicza, zgodnie z którym ochrona dóbr osobistych po śmierci osoby fizycznej zasługuje na aprobatę m.in. ze względu na potrzebę ochrony ich godności<sup>28</sup>. Z analizy obecnie obowiązującego stanu prawnego oraz sposobu wykładni obowiązujących przepisów nie wynika jednak, aby system prawny objął ochroną wartość jaką jest godność osób zmarłych i rozciągnął ochronę ich dóbr osobistych także na okres po ich śmierci. Co do zasady, poza kilkoma wyjątkami elementy tożsamości osób fizycznych takie jak: nazwisko, wizerunek, cześć, prywatność nie są objęte ochroną prawną po ich śmierci. Z faktu tego wynika więc wniosek, że godność osób zmarłych, co do zasady, nie jest objęta ochroną prawną. Jak wynika jednak z zaprezentowanych powyżej unormowań w pewnych szczególnych sytuacjach prawa osobiste osób fizycznych doznają ochrony prawnej także po śmierci osób, którym przysługiwały za życia. W świetle regulacji prawnych polskiego prawa cywilnego można natomiast mówić

---

<sup>27</sup> Zob. G. Tylec, *Imię i nazwisko osoby fizycznej oraz ich ochrona w polskim prawie cywilnym*, Lublin 2013, s. 279 i n.

<sup>28</sup> J. Mazurkiewicz, *Non omnis...*, s. 31.



o pewnych wyjątkowych, wyraźnie uregulowanych w przepisach prawa sytuacjach, w których system prawny tworzy fikcje prawną i nakazuje osobę zmarłą traktować tak, jak gdyby przysługiwało jej określone prawo. Wydaje mi się, że kluczem do rozwiązania problemu pośmiertnej ochrony dóbr osobistych jest odpowiedź na pytanie, jakie argumenty skłoniły ustawodawcę do ochrony dóbr osobistych jedynie w okresie życia osoby fizycznej, jakie zaś względy skłoniły go do tego, aby w kilku wyjątkowych sytuacjach ochronę praw osobistych rozciągnąć także na okres po śmierci osoby fizycznej. Aby odpowiedzieć na to pytanie należy zauważyć, że istotą dobra osobistego jest istnienie nierozzerwalnego związku pomiędzy uprawnionym a pewnym dobrem. W okresie życia osoby fizycznej ów nierozzerwalny związek podmiotu i związanych z jego egzystencją dóbr polega głównie na psychicznej relacji osoby do przysługującego jej dobra osobistego. Można więc powiedzieć, że w odniesieniu do osób żywych system prawny chroni m.in. spokój życia psychicznego osoby związany z jej funkcjonowaniem w społeczeństwie lub możliwość samorealizacji osoby w społeczeństwie. Przy czym przez możliwość samorealizacji rozumieć należy taki sposób zachowania, który w świadomości uprawnionego ma mu dać poczucie komfortu psychicznego (szczęścia). Ochrona prawna, dotycząca jedynie osób żyjących, realizowana przez art. 23 i art. 24 k.c., dotyczy więc relacji, jaka zachodzi pomiędzy światem zewnętrznym a świadomością (psychiką)<sup>29</sup> osoby fizycznej lub relacją pomiędzy światem zewnętrznym a fizycznością osoby<sup>30</sup>.

Po śmierci osoby fizycznej nadal można mówić o pewnej wzajemnej, nierozzerwalnej, relacji osoby fizycznej i jej dóbr osobistych, jednak charakter owej relacji jest już zgoła inny. Z całą pewnością owa nierozzerwalna relacja istnieje także po śmierci osoby. Zmarły nadal jest oznaczany swoim nazwiskiem, jego wizerunek za życia nie przestaje być jego wizerunkiem po śmierci, autor utworu (np. dzieła literackiego) jest autorem także po swej śmierci. Mówiąc jednak o naruszeniu dóbr osobistych osoby zmarłej nie można powiedzieć, że skutkuje to „zburzeniem spokoju życia psychicznego” podmiotu czy też uniemożliwia jego „samorealizację w społeczeństwie”.

---

<sup>29</sup> Naruszenie porządku owej relacji może prowadzić do naruszenia takich dóbr osobistych jak np. cześć ludzka, prywatność, nazwisko, pseudonim, twórczość artystyczna i racjonalizatorska, kult osoby zmarłej, wizerunek, prawo do głosu.

<sup>30</sup> Naruszenie porządku owej relacji może prowadzić do naruszenia takich dóbr osobistych jak np. życie, zdrowie, nietykalność osobista.



Jak słusznie zauważono w piśmiennictwie, źródłem oraz sensem ochrony dóbr osobistych jest godności osoby fizycznej. Mówiąc o ochronie godności żyjącej osoby fizycznej za pomocą konstrukcji dóbr osobistych (czci ludzkiej, prywatności, nazwiska, wizerunku itd.) mamy na myśli wyobrażenie o wartości danej osoby, jakie posiada ona o samej sobie oraz wyobrażeniu wartości, jakie inni członkowie społeczeństwa mają o niej. Po śmierci osoby fizycznej ochrona godności może być realizowana już tylko jako pewien sposób traktowania osoby zmarłej przez osoby żywe. Przepisy prawa mogą oczywiście nałożyć pewne obowiązki „godnego” traktowania osoby zmarłej. Sytuacja ta jednak odnosić się będzie do relacji: osoby trzeciej – dobro osobiste osoby zmarłej. W sytuacji ochrony dobra osobistego osoby żyjącej relacja ta dotyczy: osoba fizyczna – jej dobro osobiste oraz osoby trzeciej – dobro osobiste osoby żyjącej. Fakt, iż po śmierci osoby mówić można już tylko o relacji dobra osobistego i jego podmiotu jedynie z punktu widzenia osób trzecich (żyjących) przesądził o tym, że ustawodawca tworząc obecnie obowiązującą konstrukcję ochrony dóbr osobistych (art. 23 i art. 24 k.c.) nie zdecydował rozciągnąć tej ochrony na etap po śmierci osoby. Kwestią oczywistą jest to, że dużo bardziej doniosła jest potrzeba zapewnienia ochrony prawnej dóbr osobistych osób żyjących a więc sytuacji, gdy ingerencja w dobro osobiste wywołuje bezpośredni uszczerbek w sferze psychicznej lub fizycznej dysponenta dobra osobistego, niż ochrona dobra osobistego po śmierci dysponenta, gdy ma to już tylko na celu ochronę różnego rodzaju innych interesów, z całą pewnością mniej doniosłych niż bezpośrednia ochrona sfery fizycznej lub psychicznej osoby ludzkiej. Uważam więc, że zawężenie owej relacji i wygaśnięcie na skutek śmierci osoby fizycznej interesu, którym jest potrzeba ochrony relacji osoba fizyczna – jej dobro osobiste przesądziło, że art. 23 i art. 24 k.c. ma zastosowanie jedynie do osób żyjących.

O ile ochrona wartości określanych mianem „dóbr osobistych” za życia osoby jest istotna głównie z punktu widzenia jej interesów, o tyle ochrona pewnych wartości związanych z osobami zmarłymi może być już jedynie istotna z punktu widzenia żyjących osób trzecich. Wydaje się, że można postawić tezę, że ochrona dóbr osobistych osób żywych z art. 23 i art. 24 k.c. realizowana jest głównie w celu ochrony interesów osobistych podmiotów, którym te dobra przysługują. Ochrona praw osobistych osób zmarłych zaś ma już na celu jedynie ochronę określonych interesów osób najbliższych osoby zmarłej lub innych interesów

ogólnospołecznych. Tak więc ochrona prawna pewnej właściwej relacji pomiędzy zmarłą osobą fizyczną a jej dobrami osobistymi może być już tylko istotna z punktu widzenia osób trzecich (osób żyjących). Określone interesy związane z określonym traktowaniem osoby zmarłej mogą mieć jedynie osoby żyjące. Z punktu widzenia panujących w społeczeństwie obyczajów, norm moralnych czy też kulturowych pożądane może być np. zakazanie używania niektórych dóbr osobistych osoby zmarłej np. wizerunku lub nazwiska. Norma moralna, którą jest imperatyw ochrony godności ludzkiej może być odczytywany np. jako zakaz eksploatacji elementów tożsamości osób zmarłych w działalności komercyjnej. Tak więc określone interesy w używaniu lub zakazie używania dóbr osobistych osoby zmarłej mogą mieć członkowie rodziny lub państwo działające w interesie publicznym. Celem ochrony dóbr osobistych po śmierci ich podmiotu nie może być w żadnym razie ochrona interesów tegoż podmiotu. Osoba zmarła nie ma już bowiem żadnych interesów. Konstruując więc ochronę praw osobistych po śmierci osoby fizycznej nie czyni się tego dla dobra osoby zmarłej, jak wiadomo osoba zmarła nie potrzebuje żadnej ochrony. Wskazany zabieg może mieć na celu realizację jakichś innych celów istotnych jedynie z punktu widzenia osób żyjących. Prawodawca wprowadzając do systemu prawa regulacje mające na celu ochronę elementów tożsamości osób zmarłych w rzeczywistości ma na celu wywołanie określonych konsekwencji w rzeczywistości otaczającej osoby żyjącej. Uważam więc, że stwierdzenia o nabywaniu lub posiadaniu określonych praw przez osoby zmarłe oceniać należy w kategoriach fikcji prawnej stworzonej przez ustawodawcę w celu ochrony określonych interesów, nierzadko luźno związanych z osobą zmarłego.

Podsumowując powyższe rozważania, można zaryzykować twierdzenie, że z punktu widzenia interesów osób zmarłych nie jest istotne to, czy system prawny w należyty sposób chroni ich godność, zagadnienie to jest istotne jedynie dla osób żyjących. Mimo, że brzmi to paradoksalnie, ochrona godności osób zmarłych leży już tylko w interesie osób żyjących. Z analizy obowiązujących przepisów wynika wniosek, że ustawodawca dostrzegł pewne istotne interesy przemawiające za potrzebą ustanowienia ochrony prawnej pewnych wybranych elementów tożsamości osób zmarłych. Regulacjami prawnymi, które mają realizować ten cel są m.in. opisane powyżej art. 16 i art. 78 pr. aut, przepisy prawa firmowego oraz ustawy o ochronie dziedzictwa Fryderyka

Chopina. Kwestią wartą przeanalizowania jest więc na pewno to, jakie inne interesy związane z eksploatacją tożsamości osób zmarłych powinny być zabezpieczane przez system prawny. Moim zdaniem kluczem do zrozumienia obecnie obowiązujących regulacji dotyczących dóbr osobistych osób zmarłych jest uświadomienie sobie, że istniejąca ochrona w tym zakresie podyktowana została jedynie chęcią ochrony pewnych, uznanych za szczególnie istotne, interesów. Owe interesy są interesami osób żyjących i związane są z eksploatacją elementów tożsamości osób zmarłych. Dalszy rozwój unormowań prawnych w opisywanym zakresie powinien wynikać więc przede wszystkim z potrzeby ochrony istotnych interesów osób żyjących w powyższym zakresie. Ocena jednak tego, które interesy zasługują na ochronę i czy są to interesy majątkowe czy też potrzeba ochrony wartości moralnych powinna stać się przedmiotem pogłębionych analiz naukowych.

### **Streszczenie**

W artykule opisane zostały regulacje polskiego prawa cywilnego, które odnoszą się do kwestii ochrony elementów tożsamości zmarłych osób fizycznych. Przeanalizowane zostały regulacje dotyczące ochrony autorskich praw osobistych, prawa firmowego oraz ustawy o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina. W artykule wskazane zostały różnice w konstrukcji ochrony prawnej dóbr osobistych osób żyjących i praw osobistych osób zmarłych. W treści wywodów zaproponowano odpowiedź na pytanie, dlaczego w pewnych sytuacjach prawa osobiste osób zmarłych podlegają ochronie prawnej w innych zaś tej ochrony są pozbawione.

Słowa kluczowe: dobra osobiste, prawa osobiste, prawa zmarłych, prawo autorskie, firma, prawo cywilne.

### **Abstract**

The article presents regulations of the civil Polish law concerning protections of elements identity of the deceased person. There were analyzed regulations concerning protection of copyright moral rights, company law and the law on the protection of the heritage of Fryderyk

Chopin. The article indicated differences between the structure of the legal protection of personal rights of people living and personal rights of deceased persons. It was proposed answer to the question: why in certain situations, personal rights of deceased persons are protected by law while others are deprived of the protection.

Keywords: personal rights, personal rights, the rights of the dead, copyright law, company law, civil law.

Санавбар Вахобовна Урунова<sup>1</sup>

## **Защита личных неимущественных прав авторов *post mortem* в Республики Таджикистан**

Из всех земных существ только его превосходительству человеку предписан величайший природный дар – мыслить, выражать эту способность посредством речи, поведения и иных форм логического миро-осмысления.

После провозглашения независимости Таджикистана на международной арене появилось независимое суверенное государство – Республика Таджикистан. В период после принятия Конституции Республики Таджикистан были заложены устойчивые шаги в осуществлении сущности демократического государства. Формирование демократического правового государства, в первую очередь зависит от качественности законов, которые обеспечивают верховенство закона и свидетельствуют о соответствии реальным требованиям граждан и потребностям общества. Высшая цель государства и общества – обеспечение прав и свобод личности и граждан Республики Таджикистан, равноправие и правовая защита всех форм собственности и гарантий их реализации, что является основным вектором совершенствования законодательства Республики Таджикистан.

В этот период разработаны и приняты много законов в различных отраслях общественной жизни.

С целью защиты прав авторов в РТ и использование произведения со стороны иностранных граждан зарубежом, был принят Указ Правительство от 28 декабря 2006 года № 604 при Министерстве культуры РТ был создан отдел право и защиты право авторов и их

---

<sup>1</sup> Магистр, Донишгохи давлатии ҳуқуқ, бизнес ва сиёсати Тоҷикистон, шаҳри Хучанд, Чумхурии (mgr, Tadžyccki Państwowy Uniwersytet Prawa, Biznesu i Polityki w Chodźencie).

смежных правах. В этой сфере были приняты 18 законов и 9 указов правительства.

Традиционно значительное внимание в континентальной системе права уделяется вопросам охраны личных неимущественных прав авторов. Таджикское законодательство предусматривает целый комплекс личных неимущественных прав, призванных обеспечить всестороннюю защиту нематериальных интересов автора.

#### Личные неимущественные права автора

├──▶	Право авторства
├──▶	Право автора на имя
├──▶	Право на неприкосновенность произведения
├──▶	Право на обнародование произведения
└──▶	Право на отзыв

В соответствии с положениями ст. 1130 ГК РТ:

- 1) Право авторства, право на имя и иные личные неимущественные права интеллектуальной собственности осуществляются и защищаются в соответствии с настоящим Кодексом и другими законами.
- 2) Личные неимущественные права, входящие в право интеллектуальной собственности и предусмотренные соответствующими законами, не зависят от имущественных прав, не могут передаваться другим лицам и охраняются бессрочно.
- 3) Полный или частичный отказ создателя (автора, исполнителя) результата творческой деятельности от принадлежащих ему личных неимущественных прав на такой результат ничтожен.
- 4) В случаях, предусмотренных законом, отдельные личные неимущественные права интеллектуальной собственности могут признаваться за юридическими лицами.

Принадлежащие авторам личные неимущественные права неотчуждаемы и не передаваемы иным способом, причем даже сам автор не может от них отказаться. Так, недопустима какая-либо передача права авторства по договору. Автор сам должен определить, как будет указываться его имя при использовании произведения, разрешает ли он публиковать произведение анонимно или вносить в него изменения и т.д.

После смерти автора принадлежащие ему личные неимущественные права могут защищаться иными лицами в случаях и в пределах, предусмотренных законодательством.

Устанавливается принцип бессрочной охраны авторства, имени автора и неприкосновенности произведения: „авторство, имя автора и неприкосновенность произведения охраняются бессрочно” (Всемирной конвенции об авторском праве, Договора ВОИС об авторском праве 1996 г. и др.).

Как уже отмечалось ранее, вопрос о принадлежности права на обнаружение произведения к категории личных неимущественных прав является дискуссионным, поскольку данное право, как отмечал профессор А.П. Сергеев, объединяет как личные неимущественные, так и имущественные элементы.

Статья 1137<sup>1</sup>. Способы защиты права на интеллектуальную собственность:

- 1) В случае нарушения личных неимущественных прав автора, их защита осуществляется способами признания права, восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, возмещения морального вреда и опубликования решения суда о допущенном нарушении.
- 2) Защита чести достоинство и деловой репутации автора осуществляется согласно правилам статьи 174 настоящего Кодекса.
- 3) В случаях, предусмотренных законодательством Республики Таджикистан иные лица также могут применять способы защиты личных неимущественных прав.
- 4) Защита имущественных прав автора осуществляется следующими способами:
  - признание права;
  - пресечение действия, нарушающих права или создающих угрозу такого нарушения;
  - возмещение причиненных убытков;
  - конфискация материалов и оборудования, с помощью которых совершается нарушение, и материальных



- объектов созданных в результате такого нарушения;
- опубликование постановления суда о совершенном нарушении;
  - иные способы, предусмотренные законодательством Республики Таджикистан.

В случаях, предусмотренных законодательством Республики Таджикистан, правообладатель может, взамен возмещения причиненных убытков, требовать выплату денежной компенсации за нарушение указанных прав. Размер компенсации определяется судом, в зависимости от характера нарушений и других обстоятельств.

В случаях, когда производство, распространение или другое использование, а также ввоз, перевозка или пересылка, или хранение материального носителя, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности, становится причиной нарушения права на интеллектуальную собственность, такие материальные носители признаются поддельными, постановлением суда выводятся из обращения и уничтожаются без компенсации, если в законодательстве Республики Таджикистан не предусмотрен иной порядок.

Оборудование, прочие устройства и материалы, главным образом используемые или предназначенные для совершения нарушения исключительных прав, по постановлению суда подлежат изъятию из обращения и уничтожению за счет нарушителя, если законодательством Республики Таджикистан не предусмотрено их изъятие в пользу государства.

С целью обеспечения доказательств по делам о нарушении исключительных прав, на материальный носитель, оборудование, другие устройства и материалы, посредством которых предположительно совершено нарушение права на интеллектуальную собственность, могут быть применены меры обеспечения установленные процессуальным законодательством Республики Таджикистан, в том числе наложение ареста на эти объекты. (ЗРТ от 03.07.2012 г., № 840).

На практике достаточно часто вместо автора действия по обнародованию произведения осуществляет другое лицо, заказавшее его создание либо получившее права на использование не обнародованного автором произведения. Вопрос о том,

вправе ли автор предоставить такому лицу наряду с правами на использование произведения также полномочия на осуществление действий по его обнародованию, не был урегулирован в ранее действовавшим законодательством, однако формально любое личное неимущественное право в соответствии с закрепленной в ГК РТ концепцией признается неотчуждаемым и не передаваемым ни по каким основаниям. Не содержалось в ЗоАП также никаких указаний по вопросу о том, кто именно вправе давать разрешение на обнародование произведения после смерти автора, хотя на практике сложилось устойчивое понимание, что такое разрешение следует получать у наследников автора одновременно с получением разрешения на использование его необнародованного произведения.

В статье 15 Закона РТ О защите прав авторов и смежных прав говорится, что:

„Автору в отношении его произведения принадлежат следующие личные неимущественные права:

- 1) право признаваться автором созданного им произведения (право авторства);
- 2) право использовать или разрешать использовать произведение под подлинным именем автора, псевдонимом либо без обозначения имени, т.е. анонимно (право на имя);
- 3) право обнародовать или разрешить обнародовать произведение в любой форме (право на обнародование), включая право на отзыв;
- 4) право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора (право на защиту репутации автора);
- 5) право на неприкосновенность произведения”.

Автор имеет право отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения (право на отзыв) при условии возмещения пользователю причиненных таким решением убытков. Если произведение уже было обнародовано, автор обязан публично оповестить об его отзыве. При этом он за свой счет изымает из обращения ранее изготовленные экземпляры произведения.

При создании служебных произведений положения части второй настоящей статьи не применяются.

Личные неимущественные права автора принадлежат ему

независимо от имущественных прав и сохраняются за ним в случае уступки исключительных прав на использование произведения.

Авторское право действует в течение всей жизни автора, переходит по наследству и действует в течение пятидесяти лет после смерти автора, кроме случаев, предусмотренных настоящей статьей.

Право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора охраняются бессрочно.

Автор вправе в установленном законном порядке указать лицо, на которое он возлагает полномочия по охране прав авторства, права на имя и право на защиту своей репутации после своей смерти. Это лицо осуществляет свои полномочия пожизненно.

При отсутствии такого лица охрана права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора осуществляется его наследниками или уполномоченным органом, в случае отсутствия наследников или прекращения их авторского права.

Авторское право на произведение, созданное в соавторстве, действует в течение всей жизни авторов и пятьдесят лет после смерти автора, пережившего других соавторов.

Авторское право на произведение, опубликованное анонимно или под псевдонимом, действует в течение пятидесяти лет после его правомерного опубликования. Если в течение указанного срока автор произведения, опубликованного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность или его личность далее не будет оставлять сомнений, то применяется положение части первой настоящей статьи.

Авторское право на произведение, впервые опубликованное в течение тридцати лет после смерти автора, действует в течение пятидесяти лет после правомерного опубликования произведения.

Исчисление сроков, предусмотренных настоящей статьей, начинается с первого января года, следующего за годом, в котором имел место юридический факт, являющийся основанием для начала течения срока.

При предоставлении охраны произведения в соответствии с международно-правовыми актами, признанными Республикой Таджикистан, срок защиты авторского права не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения. Истечение срока действия авторского права на произведения означает их переход в общественное достояние.

Произведения, которым на территории Республики Таджикистан никогда не предоставлялась охрана, также считаются перешедшими в общественное достояние.

Произведения, перешедшие в общественное достояние, могут свободно использоваться любым лицом без выплаты авторского вознаграждения. При этом должно соблюдаться право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора, предусмотренных статьей 15 настоящего Закона.

Правительство Республики Таджикистан вправе устанавливать плату за использование на территории Республики Таджикистан произведений, перешедших в общественное достояние, которая перечисляется в профессиональные фонды авторов, а также организациям, управляющим имущественными правами авторов на коллективной основе.

Размеры таких выплат не могут превышать одного процента от прибыли, полученной за использование таких произведений.

Права исполнителя на имя и на защиту исполнения от всякого искажения или иного посягательства, установленные статьей 34 настоящего Закона, охраняются бессрочно, но не переходят по наследству.

Права, предусмотренные настоящим Законом в отношении производителя фонограммы, действуют в течение пятидесяти лет после первого опубликования фонограммы или в течение пятидесяти лет после ее первой записи, если фонограмма не была опубликована в течение этого срока.

Права, предусмотренные настоящим Законом в отношении организации эфирного вещания, действуют в течение пятидесяти лет после осуществления такой организацией первой передачи в эфир.

Права, предусмотренные настоящим Законом в отношении организации кабельного вещания, действуют в течение пятидесяти лет после осуществления такой организацией первой передачи по кабелю.

Исчисление сроков, предусмотренных настоящей статьей начинается с первого января года, следующего за годом, в котором имел место юридический факт, являющийся основанием для начала течения срока.

К наследникам (в отношении юридических лиц – к правопреемникам) исполнителя, производителя фонограммы, организации эфирного или кабельного вещания переходит право разрешать использование исполнения, фонограммы, передачи в эфир или по кабелю и на получение вознаграждения в пределах оставшейся части сроков, указанных в настоящей статье.

Сроки действия имущественных прав в отношении отдельных видов объектов интеллектуальной собственности, порядок их исчисления, основания и порядок их продления или восстановления, а также основания и порядок досрочного прекращения действия таких прав устанавливаются законом и по истечении срока действия имущественных прав, а также в случае досрочного прекращения действия таких прав соответствующий объект интеллектуальной собственности переходит в общественное достояние. Конечно же обладатель имущественных прав может принять решение о досрочном прекращении их действия и переходе соответствующего объекта интеллектуальной собственности в общественное достояние, если иное не установлено законом и если при этом не нарушаются права и охраняемые законом интересы других лиц.

Нужно отметить, что защита личных неимущественных прав авторов после их смерти в Республики Таджикистан соблюдается по традициям этого народа, и в основном переходят права защиты детям, без никаких споров и разногласий, а если не по традиции то можно это решить на основании закона.

Так, нерешенным остается вопрос о применимости особого правила

*De lege ferenda* кажется, что нужно внести изменения в законодательства Республики Таджикистан:

Наследование авторских прав и иные случаи перехода прав. Переход по наследству исключительных прав на произведения, являющихся по своей сущности имущественными правами, осуществляется в общем порядке, установленном ГК РТ. Разумеется, наследоваться могут не только исключительные права, но также и иные имущественные права, входящие в состав понятия «авторское право». так как в этом законе защита прав автором нигде конкретно не сказано, нужно добавить статьи в котором говорилось, бы о защите прав авторов после их смерти.

Произведение, не обнародованное при жизни автора, может

быть обнародовано после смерти автора лицом, обладающим исключительным правом на произведение, в частности наследником автора, если обнародование не противоречит воле автора произведения, определенно выраженной им в письменной форме – в завещании, письмах, дневниках и иных письменных документах (п. 3 ст. 1268 ГК РФ).

В связи с бессрочностью охраны авторства, имени автора и неприкосновенности произведения п. 2 ст. 1267 ГК РФ предусмотрены специальные положения, относящиеся к обеспечению охраны этих личных неимущественных прав автора после его смерти.

Автору предоставляется право назначить лицо, на которое он хотел бы возложить охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения, в порядке, установленном для назначения исполнителя завещания. Такое лицо может осуществлять свои полномочия пожизненно.

Если автор не воспользовался своим правом на назначение специально уполномоченного лица, призванного обеспечивать охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведений, либо такое лицо отказалось от исполнения своих полномочий или умерло, охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения могут осуществлять наследники автора, их правопреемники и другие заинтересованные лица.

Права наследника должны подтверждаться наличием у него надлежащим образом оформленного свидетельства о праве на наследство. Никакие иные документы (копии завещаний, письма автора и пр.) в качестве доказательств наследования исключительных прав на произведения рассматриваться не могут.

Особые положения установлены в отношении наследников также при решении вопросов перехода прав при отчуждении оригиналов произведений и обращении взыскания на исключительное право или право использования произведения по лицензионному договору, а также при регламентации права следования.

## **Streszczenie**

Autorka przedstawia zagadnienie ochrony autorskich praw osobistych *post mortem* w Tadżykistanie. Przedmiotem analizy są odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego Tadżykistanu oraz tadżyckiej ustawy o ochronie praw autorskich i praw pokrewnych. Nawiązuje też do tradycyjnego prawa zwyczajowego Tadżykistanu nakazującego pośmiertną ochronę praw człowieka realizowaną przez jego bliskich, przede wszystkim dzieci. Pod koniec przedstawia postulaty *de lege ferenda* zmierzające ku pośmiertnej ochronie autorskich praw osobistych podobnej do tej, którą zna także najnowocześniejsza kodyfikacja cywilna na świecie, zawarta w kodeksie cywilnym Federacji Rosyjskiej.

Słowa kluczowe: autorskie prawa osobiste, ochrona *post mortem*, zwyczaje i prawo w Tadżykistanie, prawo autorskie Federacji Rosyjskiej.

## **Abstract**

The Author presents the issue of protection of personal copyright *post mortem* in Tajikistan. The analysis relates to proper legal provisions of civil code of Tajikistan and Tajikistan's Act on protection of copyright and related rights. The Author also refers to traditional custom law of Tajikistan requiring protection of human's rights after his death, which is executed by his close relatives, particularly children. In the end of this article the Author formulates *de lege ferenda* postulates in order to establish and ensure *post mortem* protection of personal copyright, which would be similar to the protection known by the most modern civil law codification in the world, included in civil code of Russian Federation.

Keywords: personal copyright, *post mortem* protection, customs and law in Tajikistan, copyright law of Russian Federation.



Michał Wojdała<sup>1</sup>

## **Procesowe skutki śmierci pełnomocnika procesowego w postępowaniu cywilnym**

### **1. Wstęp**

Pełnomocnik procesowy odgrywa doniosłą rolę w procesie cywilnym – kształtuje sytuację procesową strony i wpływa na kierunek procesu. Niekiedy dochodzi do sytuacji, w której pełnomocnik strony umiera w toku postępowania. O ile w przypadku śmierci strony procesu przepisy kodeksu postępowania cywilnego<sup>2</sup> nakazują sądowi obligatoryjne zawieszenie postępowania, które jest następnie podejmowane przez sąd w razie zgłoszenia się spadkobiercy strony, o tyle śmierć pełnomocnika procesowego może być rozpatrywana na wielu płaszczyznach i wywołuje różnorakie skutki procesowe dla strony zastępowanej. W związku z tym należy przeanalizować przepisy kodeksu pod kątem tych skutków, a w szczególności trzeba położyć nacisk na skutki dla osoby reprezentowanej przez zmarłego pełnomocnika w kontekście umożliwienia jej obrony praw i interesów przy udziale kolejnego pełnomocnika z uwagi na etap lub rodzaj postępowania (gdym występuje tzw. przymus adwokacko-radcowski).

### **2. Status pełnomocnika procesowego. Kategorie pełnomocników procesowych**

Podstawy do określenia statusu prawnego pełnomocnika w procesie można szukać w przepisie art. 86 k.p.c., zgodnie z którym strony i ich organy lub przedstawiciele ustawowi mogą działać przed sądem osobiście lub przez pełnomocników. Oznacza to, że osoba działająca w procesie w charakterze pełnomocnika może zastępować zarówno samą stronę, jak i jej organ (jeżeli stroną jest np. osoba prawna), jak i przedstawiciela

---

<sup>1</sup> Mgr, Uniwersytet Szczeciński.

<sup>2</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.), dalej: k.p.c.

ustawowego strony (w sytuacji, gdy strona nie ma zdolności procesowej, np. małoletni poniżej trzynastego roku życia). Jak wskazał Sąd Najwyższy, strony mogą działać przed sądem przez pełnomocników (art. 86 k.p.c.), zatem czynność procesowa dokonana przez pełnomocnika odnosi skutek względem strony przez niego reprezentowanej pod warunkiem, że został on należycie umocowany<sup>3</sup>. Warunkiem skuteczności czynności podejmowanych przez pełnomocników jest zatem ich prawidłowe umocowanie – oznacza to, po pierwsze, że pełnomocnictwo musi być udzielone przez osobę do tego uprawnioną (np. prezes zarządu albo dwóch członków zarządu wspólnie w spółce kapitałowej prawa handlowego, w zależności od sposobu reprezentacji spółki wskazanej w Krajowym Rejestrze Sądowym), a po drugie, że czynność dokonana przez pełnomocnika mieściła się w zakresie udzielonego mu pełnomocnictwa. Samo pełnomocnictwo podlega bowiem pewnym ograniczeniom, które mogą wynikać zarówno z jego rodzaju, jak i treści. I tak, pełnomocnik, któremu udzielono pełnomocnictwa do poszczególnych czynności procesowych, nie może podejmować innych działań w procesie, gdyż prowadziłoby to do przekroczenia granic pełnomocnictwa. Podobnie pełnomocnik, któremu udzielono pełnomocnictwa ogólnego, którego zakres wyznacza art. 91 k.p.c., również może być ograniczony w swych czynnościach, gdyż niektóre czynności mogą zostać wprost wyłączone z zakresu jego umocowania, jak np. zawarcie umowy czy zrzeczenie się roszczenia. Dla prawidłowości umocowania pełnomocnika istotny jest również aspekt podmiotowy – strona nie ma pełnej dowolności w wyznaczeniu osoby pełnomocnika procesowego, ale jest ograniczona treścią art. 87 k.p.c., który zakreśla krąg podmiotów, które mogą pełnić rolę pełnomocnika procesowego w postępowaniu. Jak wskazuje K. Knoppek, wykładnia systemowa i celowościowa przepisu art. 88 k.p.c. przemawia za tym, iż pełnomocnicy ustanowieni do niektórych czynności procesowych powinni być osobami wymienionymi w art. 87 k.p.c. – nie są to pełnomocnicy ustanowieni do prowadzenia całego postępowania w imieniu mocodawcy, ale jednak wykonują na zlecenie mocodawcy istotne czynności procesowe, które mogą wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy i z tego względu powinny być nimi tylko takie osoby, którym można udzielić pełnego pełnomocnictwa procesowego<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Postanowienie SN z 12 stycznia 2012 r. (II PZ 35/11), LEX nr 1130378.

<sup>4</sup> K. Knoppek, *Komentarz do art. 88 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: H. Dolecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1-366*, LEX/el. 2013.

Wprawdzie Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że pełnomocnictwo do udziału w przetargu (art. 977 k.p.c.) może być udzielone podmiotom niewymienionym w art. 87 k.p.c.<sup>5</sup>, niemniej jednak dotyczyło to czynności w postępowaniu egzekucyjnym, która nie odbywa się przed sądem, a przed komornikiem sądowym. Wobec tego pogląd zaprezentowany przez K. Knoppka należy uznać za trafny i aktualny.

W celu pełnego określenia statusu pełnomocnika w procesie cywilnym należy także zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z art. 86 k.p.c., żaden pełnomocnik procesowy nie działa w imieniu własnym, lecz w imieniu strony, którą reprezentuje, a stronie przypisuje się wszelkie, nawet niekorzystne dla jej interesów, skutki działania czy też zaniechania pełnomocnika<sup>6</sup>. Z uwagi na fakt, że pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz mocodawcy, skuteczność jego działania, a co za tym idzie, również skutków jego czynności, zależeć będzie od prawidłowego wyznaczenia pełnomocnika albo od potwierdzenia jego czynności przez stronę w trybie art. 97 § 2 k.p.c. Niemniej jednak, udział w procesie pełnomocnika nie oznacza niemożności podejmowania czynności procesowych bezpośrednio przez samą stronę<sup>7</sup>. Ten niebudzący w doktrynie i orzecznictwie pogląd prowadzi do wniosku, że ponoszenie przez stronę negatywnych konsekwencji działań pełnomocnika również nie powinno budzić wątpliwości, skoro strona zachowuje prawo osobistego działania mimo wyznaczenia pełnomocnika w procesie. Dotyczy to także tzw. pełnomocników profesjonalnych, tj. adwokatów i radców prawnych<sup>8</sup>. Znalazło to wyraz również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że ryzyko ujemnych następstw niestaranego działania profesjonalnego pełnomocnika obciążą mocodawcę<sup>9</sup>. Tym bardziej, że zgodnie z art. 93 k.p.c. mocodawca stawający jednocześnie z pełnomocnikiem może niezwłocznie prostować lub odwoływać oświadczenia pełnomocnika. Kodeks dopuszcza zatem możliwość sprawowania przez stronę kontroli nad działaniem pełnomocnika. Wymaga to wprawdzie osobistego

---

<sup>5</sup> Uchwała SN z 23 lipca 2008 r. (III CZP 56/08), OSNC 2009, nr 7–8, poz. 108.

<sup>6</sup> Postanowienie SN z 4 stycznia 2007 r. (V CZ 106/06), LEX nr 610108.

<sup>7</sup> Postanowienie SN z 19 kwietnia 2007 r. (I UZ 2/07), LEX nr 898851.

<sup>8</sup> Do profesjonalnych pełnomocników zalicza się także rzeczników patentowych w sprawach z zakresu własności przemysłowej. Niemniej, najczęściej w procesie cywilnym w charakterze profesjonalnych pełnomocników występują adwokaci i radcowie prawni, dlatego też ilekroć dalej będzie mowa o pełnomocnikach profesjonalnych, będzie to oznaczać adwokatów oraz radców prawnych.

<sup>9</sup> Postanowienie SN z 22 marca 1999 r. (III CKN 76/99), Biul. SN 1999, nr 6, poz. 11.

stawiennictwa przez stronę na posiedzeniu, jednak nie można uznać tego za nadmierne obciążanie strony, gdyż kontrola działań pełnomocnika w tej formie jest przywilejem, a nie obowiązkiem strony.

Mimo tego, że strona, decydując się na powierzenie dochodzenia albo obrony swoich praw i interesów profesjonalistce, powinna być objęta szczególną ochroną na wypadek popełnienia błędu w sztuce przez pełnomocnika, należy zaznaczyć, że na podstawie przepisów k.p.c. nie ma podstaw do uznania, że nieprawidłowe działanie profesjonalnego pełnomocnika może uwolnić stronę od negatywnych skutków jego działań. Z tego względu nienależyte prowadzenie przez pełnomocnika spraw strony, podobnie jak i zaniedbania strony występującej osobiście w sprawie, nie może być uznane za przyczynę nieważności w rozumieniu art. 401 pkt 2 k.p.c.<sup>10</sup>, a zatem także wznowienie postępowania na tej podstawie jest niedopuszczalne. Zaniedbania pełnomocnika mogą spowodować jedynie powstanie obowiązku naprawienia przez pełnomocnika szkody wyrządzonej stronie jego niestarannym działaniem. Pozostaje to jednak poza sferą obecnych rozważań jako zdarzenie powodujące powstanie osobnego węzła obligacyjnego łączącego stronę z pełnomocnikiem.

Jak zasygnalizowano wyżej, katalog osób mogących występować w procesie cywilnym w charakterze pełnomocnika zawiera art. 87 k.p.c. Krąg osób w nim wymienionych dzieli się według różnych kryteriów. Za A. Zielińskim można wyróżnić następujące kategorie osób mogących pełnić funkcję pełnomocnika:

- 1) pełnomocnicy profesjonalni (adwokaci, radcowie prawni oraz rzecznicy patentowi w sprawach własności przemysłowej),
- 2) osoby związane z mocodawcą umowami cywilnoprawnymi (sprawujące zarząd majątkiem lub interesami strony lub pozostające ze stroną w stałym stosunku zlecenia o ile przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia),
- 3) osoby powiązane ze sobą procesowo (współuczestnik sporu),
- 4) osoby związane stosunkiem bliskości (rodzice, małżonek, rodzeństwo, zstępni strony oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia)<sup>11</sup>.

Wydaje się jednak, że jest to podział o tyle niepełny, o ile nie mieszczą się w nim np. pracownicy osób prawnych oraz przedsiębiorców.

---

<sup>10</sup> Postanowienie SN z 24 lutego 2006 r. (II CZ 1/06), LEX nr 201029.

<sup>11</sup> A. Zieliński w: A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 190.

Nie można uznać tego wyliczenia za podział wyczerpujący także z uwagi na dodatkowe postanowienia odnoszące się do szczególnych kategorii spraw (art. 87 § 3–6 k.p.c.), to jednak powinien być wystarczający na potrzeby omówienia skutków śmierci pełnomocnika w postępowaniu. Tym bardziej, że większość przepisów k.p.c. nakłada szczególne obowiązki na profesjonalnych pełnomocników lub też przyznaje szczególne uprawnienia stronie występującej w sprawie bez adwokata czy radcy prawnego. Należy również wyraźnie zaznaczyć, że ani aplikant adwokacki ani radcowski nie jest pełnomocnikiem w rozumieniu przepisów k.p.c. Podstawę udzielenia upoważnienia do zastępowania profesjonalnego pełnomocnika w sprawie stanowią odpowiednio art. 77 ust. 1 prawa o adwokaturze<sup>12</sup> oraz art. 35<sup>1</sup> ust. 1 ustawy o radcach prawnych<sup>13</sup>. Pogląd ten jest mocno ugruntowany w doktrynie i judykaturze<sup>14</sup>, a płynącym z niego wnioskiem jest stwierdzenie, że zakres tego upoważnienia wyznaczają przepisy korporacyjne oraz zakres pełnomocnictwa udzielonego zastępowanemu przez aplikanta profesjonalnemu pełnomocnikowi.

### 3. Istota pełnomocnictwa procesowego

Badając termin „pełnomocnictwo”, Sąd Apelacyjny w Białymstoku doszedł do wniosku, że pojęcie to, z jednej strony, oznacza pochodzące od mocodawcy umocowanie pełnomocnika do działania w imieniu mocodawcy, z drugiej zaś – dokument stwierdzający to umocowanie<sup>15</sup>. Obecnie w doktrynie panuje spór co do sposobu nawiązania stosunku pełnomocnictwa – czy jego źródłem jest jednostronne oświadczenie mocodawcy, czy jednak dla skutecznego udzielenia pełnomocnictwa wymagane jest wyrażenie zgody przez pełnomocnika, a zatem powinno się mówić o udzieleniu pełnomocnictwa jako czynności dwustronnej. Jeszcze dziesięć lat temu wskazywano, że przeważającym jest pogląd, zgodnie z którym udzielenie pełnomocnictwa jest czynnością jednostronną<sup>16</sup>. Jednakże współcześnie trudno zgodzić się z tym stanowiskiem.

---

<sup>12</sup> Ustawa z 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 635 ze zm.).

<sup>13</sup> Ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 637 ze zm.).

<sup>14</sup> Por. wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 22 września 2009 r. (I SA/Go 285/09), LEX nr 532430.

<sup>15</sup> Wyrok SA w Białymstoku z 12 października 2012 r. (I ACa 376/12), LEX nr 1235953.

<sup>16</sup> W. Gawrylczyk, *Pełnomocnictwo procesowe*, „Monitor Prawniczy” 2001, nr 2, <http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawniczy/artukul/pełnomocnictwo-procesowe>

Wprawdzie osoba, której udzielono pełnomocnictwa, może je wypowiedzieć w zasadzie w każdej chwili, to jednak przepisy kodeksu postępowania cywilnego takie samo uprawnienie przyznają pełnomocnikowi procesowemu z wyboru, a jednocześnie nakładają określone obowiązki na pełnomocnika rezygnującego ze swej funkcji, jak chociażby przewidziany w art. 94 k.p.c. obowiązek działania na rzecz strony przez dwa tygodnie w przypadku, gdy pełnomocnikiem był adwokat albo radca prawny, a w przypadku innych osób – gdy jest to niezbędne dla uchronienia mocodawcy od niekorzystnych skutków prawnych. Ponadto, w skrajnych przypadkach wyznaczenie pełnomocnika w sposób jednostronny przy jednoczesnym braku powiadomienia o tym fakcie tej osoby mogłoby powodować jej odpowiedzialność z tytułu nienależytego prowadzenia spraw strony w sytuacji, gdyby pełnomocnik był adwokatem czy radcą prawnym. W związku z tym rozwiązanie takie należy poddać krytyce jako potencjalnie prowadzące nie dość, że do niesłusznej odpowiedzialności pełnomocnika ustanowionego bez swej wiedzy, to jeszcze skutkujące znacznymi utrudnieniami w prowadzeniu procesu sądowego (np. problemami z doręczeniami, zawiadomieniami, niestawiennictwo pełnomocnika). Jak słusznie wskazuje K. Knoppek, należy przyjąć, że stosunek pełnomocnictwa jest stosunkiem dwustronnym, u którego podstaw leży określony stosunek materialnoprawny (podstawowy) – nie do przyjęcia jest pogląd, jakoby samo sporządzenie pełnomocnictwa przez mocodawcę, bez przyjęcia tego oświadczenia przez pełnomocnika, już oznaczało powstanie stosunku pełnomocnictwa i czyniło z adresata tego oświadczenia pełnomocnika procesowego<sup>17</sup>. Należy w pełni podzielić ten pogląd jako respektujący wolę obydwu stron nawiązania stosunku prawnego między mocodawcą a pełnomocnikiem. Tym bardziej, że relacja łącząca tych dwóch uczestników postępowania oparta jest na wzajemnym zaufaniu. Wobec tego nie bez znaczenia dla pełnomocnika pozostaje, kogo ma on reprezentować w procesie i odwrotnie – kluczowe znaczenie dla strony ma osoba pełnomocnika.

W związku z tym, że pełnomocnictwo oznacza czynność, której przedmiotem jest umocowanie pełnomocnika do działania w imieniu mocodawcy, należy dokonać analizy zakresu udzielanego umocowania. Termin „pełnomocnictwo procesowe”, jak wskazano wcześniej, oznacza czynność prawną polegającą na oświadczeniu woli przez stronę procesową w zakresie udzielenia osobie trzeciej upoważnienia do działania

---

<sup>17</sup> K. Knoppek w: H. Dolecki (red.), *Kodeks...*, s. 334.



w jej imieniu w postępowaniu cywilnym toczącym się przed sądem<sup>18</sup>. Jak zasygnalizowano, przepisy k.p.c. wyróżniają pełnomocnictwo procesowe ogólne (upoważniające do działania we wszystkich sprawach w imieniu mocodawcy) oraz do poszczególnych spraw (np. związanych z dochodzeniem zapłaty przeciwko konkretnemu dłużnikowi), a także pełnomocnictwo do niektórych tylko czynności procesowych, które – jak wskazuje się w literaturze – nie jest pełnomocnictwem procesowym<sup>19</sup>.

Zakres pełnomocnictwa procesowego wyznacza art. 91 k.p.c. i obejmuje praktycznie wszystkie istotne czynności, jakie mogłaby podjąć sama strona w postępowaniu, włącznie z czynnościami dyspozytywnymi, o ile nie zostaną wyłączone z zakresu udzielanego pełnomocnictwa. Niemniej należy mieć na uwadze, że pełnomocnik występuje jedynie w imieniu strony, a zatem nie jest w pełni samodzielny, szczególnie, jeżeli dochodzi do odmiennej oceny sytuacji między stroną a zastępującym ją pełnomocnikiem. Wówczas rozstrzygający należy do strony, co wprost znalazło wyraz w art. 93 k.p.c., zgodnie z którym mocodawca stawający jednocześnie z pełnomocnikiem może niezwłocznie prostować lub odwoływać oświadczenia pełnomocnika.

#### **4. Skutki śmierci pełnomocnika procesowego dla istnienia pełnomocnictwa procesowego. Problem pełnomocnika procesowego z urzędu**

Skutki śmierci pełnomocnika procesowego dla dalszego istnienia stosunku pełnomocnictwa nie zostały wprost określone w Kodeksie postępowania cywilnego. Artykuł 96 k.p.c. stanowi o wygaśnięciu pełnomocnictwa, ale jedynie w przypadku śmierci strony (albo utraty przez nią zdolności sądowej). Jednak z uwagi na fakt, że pełnomocnictwo procesowe jest dwustronnym stosunkiem prawnym łączącym mocodawcę z pełnomocnikiem, opartym na zaufaniu między tymi podmiotami, oczywistym jest wniosek, że śmierć pełnomocnika również powoduje wygaśnięcie stosunku pełnomocnictwa<sup>20</sup>. Wątpliwość można powziąć przy ocenie, czy śmierć pełnomocnika procesowego i wygaśnięcie jego pełnomocnictwa będzie oddziaływać na udzielone przez zmarłego pełnomocnictwa substytucyjne. Na to pytanie należy odpowiedzieć

<sup>18</sup> A. Zieliński w: A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, s. 201.

<sup>19</sup> Por. P. Telenga, *Komentarz aktualizowany do art. 88 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: A. Jakubecki (red.), *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, LEX/el. 2014.

<sup>20</sup> Tak np.: K. Knoppek, *Komentarz aktualizowany do art. 96 Kodeksu...*; P. Telenga, *Komentarz aktualizowany do art. 96 Kodeksu...*



negatywnie. Jak wskazuje się bowiem w literaturze, ustanowienie pełnomocnika substytucyjnego oznacza, że strona zastępowana jest w sprawie przez co najmniej dwóch pełnomocników, a każdy z nich działa ze skutkiem bezpośrednio dla mocodawcy, przy czym zaznaczyć trzeba, że mocodawcą dla substytuta jest strona, a nie pełnomocnik, który go ustanowił<sup>21</sup>. Oznacza to, że w razie śmierci pełnomocnika, który wyznaczył substytuta, pełnomocnictwo łączące tego drugiego ze stroną procesu nie wygaśnie, a on sam dalej będzie uprawniony do kontynuowania postępowania w charakterze pełnomocnika procesowego.

Problematyczną kwestią może również wydawać się kwestia istnienia pełnomocnictwa procesowego w razie śmierci pełnomocnika z urzędu. Ten rodzaj udzielonego pełnomocnictwa stanowi bowiem specyficzną relację łączącą stronę z pełnomocnikiem. Zwykle brak jest tego szczególnego stosunku zaufania będącego bezpośrednią przyczyną udzielenia pełnomocnictwa konkretnej osobie. Oczywiście, zaufanie to powinno łączyć zainteresowane osoby, jednakże strona procesu, zwracając się do sądu z wnioskiem o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu, swoje zaufanie kieruje niejako bezpodmiotowo, na jakąkolwiek osobę, która dopiero zostanie wyznaczona w charakterze pełnomocnika przez odpowiedni organ samorządu adwokackiego albo radcowskiego. Pełnomocnik procesowy z urzędu legitymuje się zwykle dwoma dokumentami potwierdzającymi jego umocowanie – postanowieniem sądu o ustanowieniu pełnomocnika z urzędu dla strony oraz uchwałą okręgowej rady adwokackiej albo rady okręgowej izby radców prawnych. Zgodnie z art. 117<sup>3</sup> § 3 k.p.c. procedura znajduje zastosowanie także wówczas, gdy strona w treści wniosku o ustanowienie pełnomocnika z urzędu wskaże konkretną osobę – adwokata albo radcę prawnego, która miałaby zostać wyznaczona w charakterze pełnomocnika. Wówczas właściwy organ samorządu adwokackiego albo radcowskiego w razie możliwości i w porozumieniu z danym adwokatem czy radcą prawnym dokona wyznaczenia stosownego pełnomocnika. Z powyższego wynika zatem, że sąd w postanowieniu o ustanowieniu pełnomocnika z urzędu nie wskazuje tego pełnomocnika z imienia i nazwiska. Ma to o tyle doniosłe znaczenie, że w razie śmierci pełnomocnika z urzędu, stosunek łączący stronę z danym pełnomocnikiem oczywiście wygasa, niemniej strona taka nadal pozostaje uprawnioną do uzyskania pomocy prawnej z urzędu. Wobec tego w sytuacji, gdy umrze pełnomocnik z urzędu, sąd powinien powtórnie zwrócić się

---

<sup>21</sup> K. Knoppek, *Komentarz aktualizowany do art. 96 Kodeksu...*

do właściwej okręgowej rady adwokackiej albo rady okręgowej izby radców prawnych o wyznaczenie nowego pełnomocnika dla strony.

## 5. Skutki procesowe śmierci pełnomocnika procesowego (art. 175 k.p.c.)

Zgodnie z art. 175 k.p.c. *in principio* w razie śmierci pełnomocnika procesowego postępowanie może toczyć się dalej dopiero po wezwaniu strony niestawiającej. Przepis ten był przyczyną sporu w doktrynie – część jej przedstawicieli stała na stanowisku, że zamieszczenie art. 175 k.p.c. w rozdziale 6 normującym zawieszenie postępowania wskazuje na to, że skutki śmierci pełnomocnika unormowano w nawiązaniu do instytucji zawieszenia postępowania, a więc zaistnienie tej okoliczności wywołuje skutki zawieszenia określone w art. 179 § 2 i 3 k.p.c., jednak obecnie obowiązującym jest stanowisko przedstawicieli drugiej opcji, zgodnie z którym na tle art. 175 k.p.c. mamy do czynienia ze wstrzymaniem rozpoznania sprawy, a nie z zawieszeniem postępowania<sup>22</sup>. Oznacza to w praktyce, że zawieszeniu nie ulegają terminy na dokonanie określonych czynności procesowych (przykładowo, na wniesienie środka zaskarżenia) – w takiej sytuacji stronie, która dowiedziała się o śmierci pełnomocnika po ogłoszeniu orzeczenia, pozostaje jedynie złożenie wniosku o przywrócenie terminu do dokonania określonej czynności, jeżeli ten został przekroczony. Zmiana wskazanego przepisu w ten sposób, że śmierć pełnomocnika procesowego (gdy występuje w sprawie) powodowałaby zawieszenie postępowania, z pewnością przyczyniłaby się do zwiększenia ochrony praw i interesów strony w procesie.

Przepis art. 175 k.p.c. stanowi również odstępstwo od domniemania doręczenia w przypadku zaniedbania przez stronę niestawiającą obowiązku poinformowania sądu o zmianie miejsca zamieszkania. Zgodnie bowiem z przywołanym przepisem, wezwanie doręcza się stronie w miejscu jej rzeczywistego zamieszkania, zawiadamiając ją równocześnie o śmierci pełnomocnika procesowego. W tym przypadku nie stosuje się art. 136 § 2 k.p.c.

Ustawodawca położył więc duży nacisk na fakt rzeczywistego zawiadomienia strony o śmierci jej pełnomocnika. Naruszenie tego obowiązku powoduje, że sprawa nie może zostać w dalszym ciągu rozpoznana. Możliwa jest jednak sytuacja, w której strona stawi się na posiedzeniu

<sup>22</sup> A. Jakubecki, *Komentarz do art.175 Kodeksu postępowania cywilnego*, w: H. Dolecki (red.), *Kodeks...*

i dowie się na nim o śmierci jej pełnomocnika. Wówczas sprawa może podlegać dalszemu rozpoznaniu, jednakże, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, śmierć pełnomocnika procesowego nie stanowi przyczyny zawieszenia postępowania cywilnego, może natomiast stanowić ważną przyczynę odroczenia posiedzenia sądowego<sup>23</sup>. Wobec tego strona procesu, która stawi się na posiedzenie, ma dwie możliwości – może wyrazić zgodę na dalsze prowadzenie postępowania (przy czym nie powinno się w tej materii wymagać oświadczenia o szczególnej treści, jednakże strona powinna zostać pouczona przez sąd o możliwości złożenia wniosku o odroczenie rozprawy) albo może też złożyć wniosek o odroczenie rozprawy do czasu wyznaczenia nowego pełnomocnika, a sąd, mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy, powinien wniosek ten uwzględnić i wyznaczyć termin pozwalający na znalezienie nowego pełnomocnika.

Jak wskazano wcześniej, w przypadku śmierci pełnomocnika wyznaczonego z urzędu, sąd powinien zwrócić się do właściwej rady samorządu adwokackiego albo radcowskiego, zakreślając jednocześnie termin do wyznaczenia nowego pełnomocnika. Jak wskazuje A. Zieliński, sąd powinien również wezwać stronę niestawającą w miejscu jej rzeczywistego zamieszkania wraz z zawiadomieniem o śmierci pełnomocnika oraz o wystąpieniu do właściwej rady adwokackiej czy rady okręgowej izby radców prawnych<sup>24</sup>. Wobec tego uznać należy, że w sytuacji, gdy doręczenie nastąpi z naruszeniem tego przepisu, tj. pod adresem, który nie jest miejscem rzeczywistego zamieszkania strony, podjęcie postępowania przez sąd będzie uzasadniało zarzut nieważności postępowania w części po jego podjęciu – z uwagi na niemożność obrony przez stronę jej praw na podstawie art. 379 pkt 5 k.p.c.

## **6. Skutki procesowe śmierci pełnomocnika procesowego na tle przymusu adwokacko-radcowskiego (art. 175<sup>1</sup> k.p.c.)**

Inaczej ma się sprawa w przypadku śmierci pełnomocnika procesowego w postępowaniu, które objęte jest przymusem adwokacko-radcowskim. Artykuł 175<sup>1</sup> k.p.c., w odróżnieniu od omawianego wcześniej art. 175 k.p.c., wprost stanowi, że jeżeli zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych jest obowiązkowe, w razie śmierci adwokata lub radcy prawnego, skreślenia z listy adwokatów lub radców prawnych,

---

<sup>23</sup> Wyrok SN z 3 kwietnia 2000 r. (I CKN 572/98), OSNC 2000, nr 10, poz. 184.

<sup>24</sup> A. Zieliński w: A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, s. 350.

utruty możliwości wykonywania zawodu albo utraty zdolności procesowej, sąd zawiesza postępowanie z urzędu, wyznaczając odpowiedni termin do wskazania innego adwokata lub radcy prawnego i po upływie tego terminu podejmuje postępowanie. Zatem w takiej sytuacji sąd obligatoryjnie zawiesi postępowanie, co wywoła skutki przewidziane w art. 179 § 2 i 3 k.p.c., tj. rozpoczęcie biegu terminów od początku z chwilą podjęcia postępowania, wyznaczenie na nowo terminów sądowych oraz niepodjęcie przez sąd żadnych czynności z wyjątkiem tych, które mają na celu podjęcie postępowania albo zabezpieczenie powództwa lub dowodu. Sytuacja ta zdecydowanie korzystnie wpływa na ochronę praw i interesów strony, jednakże jest to zrozumiałe z uwagi na obowiązek udziału profesjonalnego pełnomocnika w sprawie.

Wraz z postanowieniem o zawieszeniu postępowania sąd wyznacza stronie odpowiedni termin na wskazanie nowego pełnomocnika. Jak uważa A. Jakubecki, termin wyznaczony przez sąd dla wskazania innego adwokata lub radcy prawnego może być przedłużony zgodnie z art. 166 k.p.c.<sup>25</sup>. Z kolei termin „odpowiedni” powinien realnie odpowiadać możliwości znalezienia przez stronę nowego adwokata albo radcy prawnego i udzielenia mu pełnomocnictwa. Po upływie wyznaczonego terminu (także po jego ewentualnym przedłużeniu), sąd obligatoryjnie podejmie postępowanie, bez względu na to, czy strona wyznaczy nowego pełnomocnika, czy też tego zaniecha. W tej drugiej sytuacji, jeżeli nie został wniesiony środek procesowy, do wniesienia którego jest uprawniony wyłącznie profesjonalny pełnomocnik, np. skarga kasacyjna, a zostanie ona wniesiona przez stronę osobiście, taki środek zostanie odrzucony. Natomiast jeżeli śmierć pełnomocnika nastąpi po wszczęciu postępowania przed Sądem Najwyższym, strona nie będzie miała możliwości podejmowania żadnych dalszych czynności w sprawie, chyba że wyznaczy pełnomocnika. Należy również zaznaczyć, że w przypadku, gdy strona nie wskaże nowego pełnomocnika, a sąd podejmie postępowanie, nie można stawiać zarzutów nieważności postępowania z przyczyny pozbawienia strony możliwości obrony swych praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.)<sup>26</sup>.

Odpowiednie stosowanie art. 175 k.p.c., do którego odsyła art. 175<sup>1</sup> *in fine* k.p.c., oznacza obowiązek sądu wezwania strony niestawiającej do udziału w sprawie wraz z zawiadomieniem jej o śmierci

---

<sup>25</sup> A. Jakubecki, *Komentarz do art. 175(1) Kodeksu...*, s. 351.

<sup>26</sup> A. Zieliński w: A. Zieliński (red.), *Kodeks...*, s. 351.

pełnomocnika oraz wyznaczeniem terminu do wyznaczenia nowego pełnomocnika na adres rzeczywistego zamieszkania strony.

Z kolei w przypadku śmierci pełnomocnika z urzędu biorącego udział w postępowaniu, w którym zastępstwo przez profesjonalnego pełnomocnika jest obligatoryjne, sąd, poza wezwaniem strony do udziału w sprawie wraz z zawiadomieniem o śmierci pełnomocnika, powinien zwrócić się do właściwej okręgowej rady adwokackiej albo rady okręgowej izby radców prawnych o wyznaczenie nowego pełnomocnika i określić temu organowi odpowiedni termin na podjęcie stosownej uchwały. Oczywiście, wyznaczony termin powinien być odpowiednio dłuższy niż w przypadku śmierci pełnomocnika z wyboru, bowiem w omawianej sytuacji konieczne jest podjęcie dodatkowych czynności przez organ samorządu zawodowego w postaci podjęcia stosownej uchwały, a następnie zawiadomienia danego pełnomocnika o powierzonym obowiązku. Nadto termin ten powinien obejmować odpowiedni okres na zapoznanie się przez pełnomocnika z aktami sprawy. O wysłaniu zawiadomienia do właściwej rady sąd powinien również zawiadomić stronę. Należy również rozważyć, czy niedochowanie terminu przez właściwy organ samorządu zawodowego uzasadniałoby zarzut z art. 379 pkt 5 k.p.c. Odmienne od przypadku śmierci pełnomocnika z wyboru, wskazania nowego pełnomocnika nie dokonuje sama strona, lecz właściwa okręgowa rada adwokacka albo rada okręgowej izby radców prawnych. Wobec tego, strona nie ma rzeczywistego wpływu na wyznaczenie nowego pełnomocnika, a zatem obciążenie jej negatywnymi skutkami procesowymi zaniechań organów samorządu zawodowego w tej sytuacji mogłoby uzasadniać, moim zdaniem, zarzut nieważności postępowania z uwagi na niemożność obrony przez stronę swoich praw.

## **7. Wnioski**

Pełnomocnik procesowy pełni doniosłą rolę w procesie sądowym. Działa on na rzecz i w imieniu strony, ze wszystkimi tego konsekwencjami (również tymi negatywnymi) dla strony, w związku z czym jego działania są kluczowe zarówno dla sytuacji procesowej strony, jak i dla całokształtu postępowania w sprawie. Jak ustalono wcześniej, udzielenie pełnomocnictwa jest oparte na dwustronnej czynności między mocodawcą a pełnomocnikiem, którego zakres jest oceniany przez pryzmat art. 91 k.p.c., względnie na podstawie przepisów prawa materialnego, tj. przede wszystkim art. 98–109 oraz 65 k.c., w zakresie wykraczającym

poza ustawowe granice pełnomocnictwa procesowego<sup>27</sup>. Kodeks postępowania cywilnego wymienia kilka kategorii osób, które mogą pełnić rolę pełnomocnika, spośród których można wyróżnić najprostszy i zarazem najbardziej funkcjonalny z punktu widzenia przepisów Kodeksu podział na pełnomocników profesjonalnych (adwokatów i radców prawnych, a w sprawach własności przemysłowej także rzecznik patentowy) i nieprofesjonalnych (wszystkie pozostałe osoby wymienione w art. 87 k.p.c.).

Pełnomocnictwo procesowe wygasa w przypadku śmierci pełnomocnika. W przypadku, gdy był to pełnomocnik z urzędu, stosunek pełnomocnictwa, który łączył stronę z pełnomocnikiem również wygasa, co jest oczywiste, niemniej jednak strona, dla której ustanowiono pełnomocnika z urzędu, nadal pozostaje uprawnioną do uzyskania pomocy prawnej z urzędu. Dlatego też w takiej sytuacji sąd powinien ponownie zwrócić się do właściwej okręgowej rady adwokackiej albo rady okręgowej izby radców prawnych o wyznaczenie nowego pełnomocnika, bez konieczności ponownego składania przez stronę wniosku o ustanowienie dla niej pełnomocnika przez sąd.

Śmierć pełnomocnika wywołuje również określone skutki procesowe. Rozróżnić należy dwie sytuacje – gdy zastępstwo strony w procesie przez pełnomocnika nie jest obowiązkowe oraz drugą, gdy w sprawie występuje tzw. przymus adwokacko-radcowski. W pierwszym przypadku postępowanie nie ulega zawieszeniu, a jedynie zostaje wstrzymane rozpoznanie sprawy, której podjęcie może nastąpić dopiero po prawidłowym wezwaniu strony niestawiającej do udziału w sprawie wraz z zawiadomieniem jej o śmierci pełnomocnika. Jeżeli jednak strona dowiedziała się na rozprawie o śmierci pełnomocnika, może ona złożyć wniosek o odroczenie terminu rozprawy. Wówczas strona powinna do następnej rozprawy wyznaczyć nowego pełnomocnika.

Z kolei, gdy zastępstwo stron przez profesjonalnych pełnomocników jest w sprawie obowiązkowe, w razie śmierci pełnomocnika sąd obligatoryjnie zawiesi postępowanie i wyznaczy odpowiedni termin na wskazanie nowego pełnomocnika, po którego upływie podejmie postępowanie z urzędu, bez względu na fakt, czy strona procesu wskazała nowego pełnomocnika, czy też nie. W takim wypadku strona nie będzie mieć możliwości prezentowania swojego stanowiska w procesie.

---

<sup>27</sup> K. Knoppek, *Komentarz do art. 92 Kodeksu...*

Sytuacja ta szczególnie wskazuje na istotną rolę procesową pełnomocnika w postępowaniu.

### **Streszczenie**

Pełnomocnik procesowy jest osobą mającą znaczący wpływ na kształt postępowania i sytuację procesową strony. Jego śmierć powoduje szereg konsekwencji procesowych, począwszy od wygaśnięcia pełnomocnictwa, poprzez wstrzymanie rozpoznania sprawy aż do zawieszenia postępowania w sytuacji, gdy w sprawie mamy do czynienia z przymusem adwokacko-radcowskim. W niniejszym opracowaniu autor omawia te skutki zarówno dla stosunku łączącego pełnomocnika z mocodawcą, jak i dla dalszego toku postępowania.

Słowa kluczowe: pełnomocnik procesowy, skutki śmierci pełnomocnika procesowego.

### **Abstract**

A legal representative is a person of significant influence on the proceedings' form and parties' litigation status. His death causes numerous procedural consequences, from expiry of a power of attorney through withhold of hearing of the case to suspension of a trial in a situation when legal representation by an advocate or legal adviser is obligatory. In this study the Author reviews these consequences both for a relation between the representative with his mandatory as well as for the further proceedings.

Keywords: legal representative, consequences of legal representatives' death.



Олег Александрович Зайцев<sup>1</sup>  
Роман Юрьевич Грачев<sup>2</sup>

## **Прижизненный договор на оказание ритуальных услуг в системе обязательств по ритуальному обслуживанию**

Несмотря на то, что заключение прижизненного договора на оказание ритуальных услуг легально предусмотрено во многих региональных нормативно-правовых актах<sup>3</sup>, регламентирующих ритуальное обслуживание в субъектах РФ, на федеральном уровне принятие данной новеллы предполагается статьей 21 обсуждаемого проекта Федерального закона «О похоронном деле в Российской Федерации»<sup>4</sup>. Специфические особенности прижизненного договора на оказание ритуальных услуг обуславливают актуальность его правовой квалификации, представляющей значительный научный и практический интерес.

Традиция заключения прижизненных договоров на ритуальное обслуживание существует во многих странах мира, однако в России правоприменительная практика заключения таких договоров только начинает складываться. Опасения по поводу заключения подобного рода договоров связано, прежде всего, с суевериями и предрассудками

---

<sup>1</sup> Проф. д-р, Московская академия экономики и права (prof. dr hab., Moskiewska Akademia Ekonomiki i Prawa).

<sup>2</sup> К.ю.н., доц., Московская академия экономики и права (dr, doc., Moskiewska Akademia Ekonomiki i Prawa).

<sup>3</sup> См., напр.: *О погребении и похоронном деле в г. Москве*: закон г. Москвы от 4 июня 1997 г. № 11. Ст. 5 // Тверская, 13. 2005. 13 июня.

<sup>4</sup> Минстрой России подготовил законопроект о похоронном деле // Официальный сайт Министерства строительства и жилищно-коммунального хозяйства Российской Федерации. URL : <http://minstroyrf.ru/press/minstroy-rossii-podgotovil-zakonoproekt-o-pokhoronnom-dele/> (дата обращения 03.11.2014).

о том, что эти действия повлекут за собой приближение момента смерти. Издревле на Руси, памятуя о смерти, в соответствии с традицией православной христианской церкви готовились к этому неизбежному событию. Бабушки собирали смертный узелок, шили себе саван-наряд, а деды заготавливали доски или сбивали домовину и хранили ее на чердаке дома. Как ранее, так и сегодня каждому важно быть уверенным, что его уход из жизни будет достойным. Однако сегодня среди клиентов, желающих заключить договор и заранее заказать весь комплект услуг, опасющихся остаться без погребения, в первую очередь отмечаются одинокие пожилые люди, о которых некому позаботиться<sup>5</sup>.

В жизни каждого есть два важнейших события – рождение и смерть. Если момент собственного рождения подготовить еще никому из смертных не удавалось, то реальная возможность заранее позаботиться о себе, а также о дорогих и близких людях в случае ухода из жизни существует. Одним из средств правового регулирования этих отношений является прижизненный договор на оказание ритуальных услуг, правовую квалификацию которого в связи с этим можно считать важнейшей научно-теоретической проблемой.

Правовая природа, сущность и содержание договора об оказании ритуальных услуг достаточно глубоко изучены в диссертации Р.Г. Набиева. Однако прижизненный договор ритуального обслуживания ранее не являлся предметом детального научного исследования. Р.Г. Набиев в своем исследовании ограничивается лишь следующим замечанием: «Заказчик по такому договору обязуется на случай своей смерти оплатить обусловленную сумму, а исполнитель обязуется предоставить комплекс ритуальных услуг согласно перечню. Действие такого договора обычно начинается со дня внесения заказчиком полной суммы по договору. Сроком исполнения обязательств по договору является смерть заказчика. В качестве преимуществ прижизненного договора компании, занимающиеся оказанием ритуальных услуг, отмечают отсутствие каких-либо затрат на погребение после смерти; наличие заранее определенного перечня действий по погребению; наличие

---

<sup>5</sup> См.: Елютина М.Э, Филиппова С.В. *Ритуальные похоронные практики: содержательные изменения* // «Социологические исследования.» 2010. № 9. С. 90–91.

гарантированного места по погребению (по общим основаниям)»<sup>6</sup>.

Следует отметить, что особенности правового регулирования данных отношений несомненны, поскольку, выступая заказчиком по данному договору, гражданин объективно не сможет иметь возможность удовлетворить свои имущественные потребности в ритуальных услугах. Выступая заказчиком и одновременно плательщиком по данному договору, гражданин должен принимать во внимание, что потребителем ритуальных услуг будет не он, а его близкие, и не в момент заключения, а в случае его смерти, которая является событием неопределенным и не может быть предусмотрена соглашением сторон.

Таким образом, на первый взгляд, конструкция прижизненного договора на оказание ритуальных услуг представляет собой договор возмездного оказания услуг в пользу третьего лица, указанного в договоре заказчиком, с отлагательным условием на случай его смерти. Однако проблема заключается в том, что заказчик в случае ненадлежащего оказания ритуальных услуг не может лично оценить их качество, и поэтому при жизни необходимо позаботиться о гарантиях надлежащего исполнения договора, а статус третьего лица настолько неопределен, что требует существенной законодательной корректировки.

В ст. 21 законопроекта «О похоронном деле» определяется, что «в целях защиты прав и законных интересов граждан заключение прижизненного договора на оказание ритуальных услуг на территории Российской Федерации допускается специализированной службой по похоронному делу при наличии у него договора страхования гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по прижизненному договору на оказание ритуальных услуг». Следует положительно оценить введение страхования гражданской ответственности, что, несомненно, послужит гарантией надлежащего исполнения обязательства. Вместе с тем существенным недостатком данного предложения является то, что расходы по страхованию негативно отразятся на стоимости ритуальных услуг, что вряд ли сделает популярным данный вид договора среди социально незащищенных лиц<sup>7</sup>. В связи

---

<sup>6</sup> Набиев Р.Г. *Возмездное оказания ритуальных услуг в Российской Федерации*: дис. канд. юрид. наук. Волгоград, 2007. С. 123–124.

<sup>7</sup> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право. Книга третья: договоры о выполнении работ и оказании услуг*. М., 2002. С. 649–651.

с этим возможны и другие варианты гарантий надлежащего исполнения обязательства исполнителя ритуальных услуг.

Гарантия погребения умершего с учетом его волеизъявления, выраженного лицом при жизни, заключается в п. 3 ст. 1 Закона о погребении. При этом под «волеизъявлением лица о достойном отношении к его телу после смерти» (далее – волеизъявление умершего) понимается пожелание, выраженное в устной форме в присутствии свидетелей или в письменной форме, которое заключается в согласии или несогласии быть подвергнутым патолого-анатомическому вскрытию; согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела; а также быть погребенным на том или ином месте, по тем или иным обычаям или традициям, рядом с теми или иными ранее умершими, или быть подвергнутым кремации; доверии исполнить свое волеизъявление тому или иному лицу (с. 1 ст. 5 Закона о погребении).

Как правило, законом предусматривается письменная форма договора возмездного оказания услуг, так как в силу требования п. 1 ст. 161 ГК РФ в простой письменной форме должны совершаться сделки юридических лиц между собой и с участием граждан, а также сделки граждан между собой на сумму, превышающую более чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда. Следовательно, в связи с этим в прижизненном договоре оказания ритуальных услуг должно быть предусмотрено волеизъявление лица в письменной форме, а не в устной в присутствии свидетелей, как допускается законом.

В соответствии со ст. 6 исполнителями подобного волеизъявления о порядке ритуального обслуживания могут являться лица, которые выразили свое согласие взять на себя обязанность исполнения волеизъявления умершего. Таким образом, в соответствии с требованием закона, для того чтобы были соблюдены гарантии надлежащего исполнения договора, необходимо присутствие в качестве третьей стороны исполнителя волеизъявления, так как он обязан выразить волеизъявление свободно.

Однако выразить волеизъявление и стать стороной договора – это не одно и то же, так как волеизъявление лица – это сделка односторонняя. Включение в договор лиц в качестве исполнителей волеизъявления умершего в соответствии с действующим законодательством – это еще не гарантия надлежащего исполнения договора

об оказании ритуальных услуг. На наш взгляд, такой гарантией может стать легальная фиксация за исполнителем волеизъявления умершего статуса потребителя ритуальных услуг. Представляется, что для этого следует узаконить конструкцию многостороннего (трехстороннего) договора, при заключении которого у каждой стороны возникнут соответствующие права и обязанности (у заказчика – право выбрать необходимый перечень ритуальных услуг и обязанность их оплатить; у исполнителя – обязанность исполнить заказ ритуального обслуживания и право потребовать оплату услуг; у третьего лица в соответствии с приобретенным статусом потребителя появится право требовать надлежащего исполнения ритуальных услуг). Таким образом, в данном случае конструкция прижизненного договора на оказание ритуальных услуг приобретает не форму договора в пользу третьего лица, а конструкцию многостороннего договора. С одной стороны, в нем участвуют заказчик и плательщик ритуального обслуживания, выразивший волеизъявление «быть погребенным на том или ином месте, по тем или иным обычаям или традициям», исполнитель – служба ритуальных услуг и потребитель услуг – доверенное лицо, давшее согласие взять на себя обязанность исполнить волеизъявление заказчика в случае его смерти. Законом не исключается, что в качестве исполнителя волеизъявления умершего может выступить несколько лиц.

В связи с тем, что в соответствии со ст. 602 ГК РФ договором пожизненного содержания с иждивением может быть предусмотрена оплата плательщиком ренты ритуальных услуг, возникает вопрос о том, можно ли рассматривать это условие договора как разновидность прижизненного договора. По мнению Р.Г. Набиева, «плательщик ренты рассматривается его получателем как лицо, осуществляющее весь комплекс обусловленных договором услуг как при жизни, так и после смерти»<sup>8</sup>. Однако в данном договоре заказчиком услуг будет выступать не лицо, пожелавшее сделать распоряжение на случай смерти о порядке ритуального обслуживания, а плательщик ренты. Следовательно, данный договор нельзя рассматривать в качестве прижизненного договора на оказание ритуальных услуг.

В то же время Р. Г. Набиев, обращая внимание на это обстоятельство, считает целесообразным уточнить п. 1 ст. 602 ГК РФ,

---

<sup>8</sup> Набиев Р.Г. *Указ. соч.* С. 121.

изложив ее в следующей редакции: «Договором пожизненного содержания с иждивением может быть предусмотрено заключение и оплата плательщиком ренты договора на оказание ритуальных услуг»<sup>9</sup>. На наш взгляд, диспозитивный характер данного предложения вряд ли будет отвечать интересам получателя ренты пожизненного содержания с иждивением. В соответствии с уточнением договором может быть как предусмотрено заключение и оплата договора, так и не предусмотрено. В связи с этим представляется оптимальным порядок регулирования данных отношений, предусмотренный ст. 749 Гражданского кодекса Украины. В соответствии с п. 3 этой статьи «приобретатель обязан в случае смерти отчуждателя похоронить его, даже если это не было предусмотрено договором пожизненного содержания с иждивением. Если часть имущества отчуждателя перешла к его наследникам, расходы на погребение должны быть справедливо распределены между ними и приобретателем»<sup>10</sup>.

Вместе с тем представляется, что прижизненный договор, как и договор ренты пожизненного содержания с иждивением, имеет все основания быть отнесенным к группе договоров с элементами социального содействия. Аргументами, подтверждающими данный вывод, являются следующие тезисы.

Анализируя перспективы развития правового института оказания услуг, Е.Г. Шаблова делает интересный вывод, что в настоящее время целый ряд договоров об оказании отдельных видов услуг могут претендовать на специфический правовой режим в рамках гл. 39 ГК РФ. По ее мнению, это услуги связи, медицинские, образовательные, аудиторские, информационные, по туристическому обслуживанию и некоторые другие. Исследователь полагает, что в дальнейшем нормы, регулирующие оказание поименованных услуг, «обретут статус устойчивого договорного типа и “отпочкуются” в самостоятельный правовой институт»<sup>11</sup>.

Исходя из специфической особенности социальной услуги как родового понятия, объединяющего ритуальные,

---

<sup>9</sup> Там же. С. 122.

<sup>10</sup> URL: [http://kodeksy.com.ua/ka/grajdanskij\\_kodeks\\_ukraini/statja-749.htm](http://kodeksy.com.ua/ka/grajdanskij_kodeks_ukraini/statja-749.htm)

<sup>11</sup> См.: Шаблова Е.Г. *Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг*: автореф. дис. докт. юрид. наук / Екатеринбург, 2002. С. 28-29.

социально-медицинские, социально-бытовые, социально-психологические, социально-юридические, социально-страховые и другие, отвечающие требованиям гражданско-правовой услуги, с точки зрения А.В. Баркова, правовое регулирование этих отношений может осуществляться различными договорами возмездного оказания социальных услуг с различными режимами правового регулирования. Учитывая вышеобозначенные тенденции развития договоров об оказании услуг, по его мнению, есть основание предположить, что договор возмездного оказания социальных услуг, также как договоры возмездного оказания медицинских или образовательных услуг, имеет уникальный гражданско-правовой режим, свидетельствующий о существовании нового типа договора, отражающий его видовые особенности в рамках гл. 39 ГК РФ. А.В. Барков обосновывает, что наличие в гражданско-правовых отношениях специфического субъекта – лица, находящегося в трудной жизненной ситуации, существенно влияет на изменения правового режима отношений с его участием, которые обозначаются ученым как «элементы социального содействия». Данный подход позволяет выделить в сфере оказания услуг группу договоров с элементами режима социального содействия: а) договор возмездного оказания услуг; б) договор поручения; в) договор доверительного управления имуществом; г) договор агентирования; д) договор личного (добровольного социального) страхования; е) договор пожизненного содержания с иждивением. Обоснованность выделения этой группы договоров в системе гражданских договоров обуславливается тем, что их юридическому режиму присущи следующие черты: а) специфическая направленность договора на достижение экономического и социального результата (социальное содействие в преодолении лицом трудной жизненной ситуации), возможный непредпринимательский характер отношений; б) их особый субъектный состав (обязательное участие лица, находящегося в трудной жизненной ситуации, а также обязательное или в ряде случаев возможное участие публичного образования в качестве стороны договора); в) предметом договоров является оказание социальных услуг; г) фидуциарный, возможный безвозмездный и неэквивалентный характер исследуемых договорных обязательств; д) иные особые требования, предъявляемые законодательством к договорным отношениям в данной сфере (публичность



договоров; заключение договоров путем присоединения; обязательная нотариальная форма или письменное разрешение органов опеки и попечительства для некоторых из них и др.) и обычаями делового оборота (требования к сертификации и стандартизации социальных услуг, устанавливаемые саморегулируемыми организациями услугодателей социальных услуг)<sup>12</sup>.

По нашему мнению, договор возмездного оказания ритуальных услуг также можно признать договором с элементами социального содействия. Любой гражданин при жизни может надеяться не только на государственную поддержку в виде пособия на погребение или безвозмездное оказание ритуальных услуг согласно гарантированному перечню, а при жизни, в соответствии с идеологией социального содействия, мобилизовав внутренний ресурс, позаботиться об оплате ритуальных услуг и тем самым оказать содействие своим близким по преодолению трудной жизненной ситуации, в которую они попадут в случае его смерти. Прижизненный договор возмездного оказания услуг может быть включен в группу договоров с элементами социального содействия на основании того, что его юридическому режиму присущи такие черты, как специфическая направленность договора на достижение экономического и социального результата (социальное содействие в преодолении лицом трудной жизненной ситуации), их особый субъектный состав, фидуциарный характер. К правовому режиму данного вида договора предъявляются особые требования. Это договор публичный; присоединения; возможна нотариальная форма или письменная в присутствии свидетелей. Источником правового регулирования этих отношений может быть обычай.

Таким образом, можно сделать вывод, что прижизненный договор об оказании ритуальных услуг представляет собой разновидность договора возмездного оказания ритуальных услуг в пользу третьего лица с отлагательным условием. Однако в целях повышения гарантий надлежащего исполнения данного договора представляется целесообразным легализовать конструкцию трехстороннего договора: с одной стороны это заказчик и плательщик ритуального обслуживания, выразивший волеизъявление быть погребенным на том или ином месте, по тем или иным обычаям или традициям,

---

<sup>12</sup> См.: Барков А.В. *Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования*: автореф. дис. докт. юрид. наук. М., 2008. С. 17.

со второй стороны это исполнитель – служба ритуальных услуг, с третьей стороны – доверенное лицо, давшее согласие взять на себя обязанность исполнить волеизъявление заказчика в случае его смерти. В этом случае третье лицо – исполнитель волеизъявления обязан приобрести статус потребителя ритуальных услуг.

Прижизненному договору на оказание ритуальных услуг присущи все признаки договора с элементами социального содействия, спецификой частноправового режима регулирования отношений по оказанию социальных услуг, оптимальность которого достигается его сочетанием с публично-правовыми элементами («элементами социального содействия»), наличие которых обуславливается гарантированным участием государства в формировании социально-ориентированной рыночной экономики<sup>13</sup>.

### **Аннотация**

В настоящем выступлении предлагается авторская классификация договоров ритуального обслуживания, которым дается правовая квалификация, определяется их место в системе договорных обязательств. Особое внимание уделяется социальному значению, правовой природе прижизненного договора на оказание ритуальных услуг и анализу несовершенного законодательства в данной сфере. Выявляются достоинства и недостатки предложенной в законопроекте «О похоронном деле в Российской Федерации» новеллы, призванной обеспечить исполнение обязательств по прижизненному договору на оказание ритуальных услуг, связанных со страхованием гражданско-правовой ответственности специализированной службы по похоронному делу. В целях повышения гарантий надлежащего исполнения данного договора обосновывается необходимость легализации конструкции трехстороннего соглашения между заказчиком, исполнителем и доверенным лицом, давшим согласие взять на себя обязанность исполнить волеизъявление заказчика в случае смерти последнего. Предлагается закрепить за исполнителем волеизъявления заказчика статус потребителя услуг, а также выявляются преимущества данной правовой конструкции по отношению к предложенной законопроектом.

---

<sup>13</sup> См.: Барков А.В. *Указ. соч.* С. 17.

Ключевые слова: Прижизненный договор, ритуальных услуг, ритуальных бизнес, договор, смерть.

### **Abstract**

In this speech, the author offers a classification of contracts of the ritual service, which get legal qualification, and determines their place in the system of contractual obligations. Special attention is paid to the social value, the legal nature of the lifetime of the contract for the provision of funeral services and analysis of imperfect legislation in this field. There are revelations of advantages and disadvantages of the proposed novel in the draft law «About the funeral business in the Russian Federation», designed to ensure fulfilment of the lifetime contract obligations for the provision of funeral services connected with insurance of civil responsibility of a specialized service for the funeral business. In order to increase guarantees the proper execution of this contract, it is grounded the necessity to legalize the construction of a tripartite agreement between the customer, executor and trustee who have agreed to take the responsibility to fulfill the will of the customer in the event of the death of the latter. It is offered to assign the status of the consumer of services to the executor of the will of the customer. Advantages of this legal construction in relation to offered by the bill also come to light.

**Keywords:** lifetime contract, funeral services, funeral business, contract, death.

Piotr Zakrzewski<sup>1</sup>

## **Wejście spadkobierców współnika do spółki cywilnej na jego miejsce**

### **1. Wstęp**

Zdanie 1 art. 872 k.c. brzmi: „Można zastrzec, że spadkobiercy współnika wejdą do spółki na jego miejsce”. W piśmiennictwie zwrócono uwagę, że ten lapidarny przepis wywołuje liczne problemy interpretacyjne<sup>2</sup>. Dotyczą one w szczególności treści i stron zastrzeżenia umownego, jego natury prawnej oraz skutków prawnych. Celem artykułu jest próba sformułowania odpowiedzi na dostrzeżone problemy.

### **2. Treść zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. na tle prawnoporównawczym – niemieckie klauzule kontynuacji, przystąpienia i następstwa**

Polskie przepisy dotyczące spółki cywilnej pozostają m.in. pod wpływem niemieckich rozwiązań. Nie inaczej jest w odniesieniu do kwestii ustąpienia współnika ze spółki cywilnej, którego jednym z przypadków jest śmierć współnika. Ten związek polskich i niemieckich przepisów o spółce cywilnej uzasadnia więc sięgnięcie do literatury i orzecznictwa niemieckiego przy poszukiwaniu odpowiedzi na postawione powyżej pytania, ale nie może to oznaczać mechanicznego przenoszenia na grunt prawa polskiego obcego dorobku ze względu na obecne jednak różnice między regulacjami prawnymi. Zatem jedynie punktem wyjścia analizy art. 872 zd. 1 k.c. powinna pozostać znajomość niemieckich koncepcji wyjaśniających wejście spadkobierców zmarłego współnika do spółki cywilnej,

---

<sup>1</sup> Dr hab., prof. nadzw., Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie.

<sup>2</sup> S. Grzybowski w: *System Prawa Cywilnego*, t. III: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa cz. 2*, red. S. Grzybowski, Wrocław 1976, s. 830; A. Oleszko, *Umowy prawa powszechnego, mające zastosowanie w sprawach spadkowych*, w: S. Sołtyński (red.), *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*, Poznań, 1990, s. 423.

z zastrzeżeniem, że ostateczne wnioski wynikające z dokonanej wykładni polskich i niemieckich przepisów mogą się różnić.

Zasadnicza odmienność między prawem polskim i niemieckim dotyczy skutków śmierci wspólnika spółki cywilnej. Rodzima regulacja przewiduje w takim wypadku, choć nie czyni tego wprost, że śmierć wspólnika nie jest zdarzeniem prowadzącym do rozwiązania spółki cywilnej, która utrzymuje się nadal z pozostałymi wspólnikami, a skutkuje jedynie ustąpieniem zmarłego wspólnika ze spółki, z czym wiąże się obowiązek rozliczenia ze spadkobiercami zmarłego (art. 871 k.c.). Odmienne jest w przypadku niemieckiej spółki cywilnej, ponieważ w takiej sytuacji zasadą jest, że spółka z momentem śmierci wspólnika ulega rozwiązaniu, o ile nic innego nie wynika z jej umowy (§ 727 ust. 1 BGB<sup>3</sup>). Umowa spółki cywilnej może przewidywać trzy typy klauzul, które wyłączą wspomniany skutek w postaci jej rozwiązania, a mianowicie klauzule kontynuacji, przystąpienia i następstwa.

Pierwsze pytanie, jakie nasuwa się w wyniku porównania regulacji niemieckiej oraz wypracowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa brzmi, z którą z tych klauzul mamy do czynienia na tle art. 872 zd. 1 k.c. oraz czy dopuszczalne są pozostałe? Zauważyć należy, że przywołany przepis stanowi, że „spadkobiercy wejdą do spółki na miejsce zmarłego wspólnika”. To wejście, w słusznej opinii doktryny, dokonuje się więc wskutek dokonanego zastrzeżenia bez potrzeby dodatkowych czynności (oświadczeń woli) ze strony wstępujących spadkobierców oraz bez względu na ich odmowę wejścia do spółki, choć mogą oni następnie wypowiedzieć udział (art. 869 § 2 k.c.)<sup>4</sup>. Kolejne pytanie jakie się pojawia, co oznacza, że spadkobierca lub spadkobiercy „wchodzą do spółki na miejsce zmarłego wspólnika”? Chodzi o wstąpienie spadkobiercy lub spadkobierców w sytuację prawną zmarłego wspólnika w spółce

<sup>3</sup> Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung (BGBl. I S. 42, ber. Niemiecki kodeks cywilny z 2 stycznia 2002 r., Federalny Dziennik Ustaw I, s. 42 zm.).

<sup>4</sup> Zob. m.in.: S. Grzybowski w: *System...*, 1976, s. 830–831; L. Stecki w: J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa, 1980, s. 784; J. Mojak w: R. Skubisz (red.), *Zarys prawa spółek*, Lublin, 1994, s. 51; J. Gudowski w: G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. 2*, Warszawa, 2011, s. 903; A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks cywilny. Komentarz, t. III. Zobowiązania. Część szczególna*, Warszawa, 2010, s. 1133; R. Elias, *Komentarz do art. 860-875 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U.64.16.93)*, LEX/el. 2010, art. 872, nb. 2.

cywilnej, czyli nabycie związanych ściśle ze sobą praw i obowiązków spółkowych, tj. udziału spółkowego zmarłego, do czego dochodzi bez konieczności składania oświadczeń woli ze strony wstępujących, czy pozostałych w niej wspólników. Ponieważ w przepisie jest mowa o wejściu na miejsce zmarłego wspólnika, to chodzi o nabycie pochodne i generalnie translatywne udziału spółkowego zmarłego, a wyjątek może dotyczyć szczególnych uprawnień zmarłego wspólnika, np. do prowadzenia spraw spółki, które może nie przechodzić na spadkobierców, ale kwestie tę rozstrzyga treść zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c.

Przepis nie określa natomiast, czy udział spółkowy zmarłego wspólnika nabywają wszyscy spadkobiercy, czy można zastrzec w umowie, że przypadnie on tylko niektórym lub jednemu spadkobiercy? Kwestia ta jest sporna. W piśmiennictwie polskim prezentowany jest pogląd, że wszyscy spadkobiercy wchodzi na miejsce zmarłego wspólnika<sup>5</sup>. Nie można go podzielić. Jeżeli bowiem można przewidzieć w umowie wstąpienie wszystkich spadkobierców na mocy zastrzeżenia, to należy tym bardziej dopuścić wstąpienie wybranych spadkobierców<sup>6</sup> (argument „z większego na mniejsze”). Wówczas krąg spadkobierców nabywających udział spółkowy wspólnika będzie się więc różnił od kręgu spadkobierców obejmujących spadek. Zatem określenie „spadkobiercy” ogranicza jedynie katalog osób, które mogą wstąpić do spółki cywilnej na mocy zastrzeżenia, ale nie oznacza, że w konkretnym przypadku wszyscy spadkobiercy, którzy dochodzą do dziedziczenia wejdą do spółki. Jest to rozwiązanie odpowiadające założeniom prawa spółek osobowych, ponieważ pozostali wspólnicy nie są często zainteresowani wstąpieniem do spółki przypadkowych spadkobierców, a jedynie konkretnych osób z tego kręgu. W praktyce przypadki, w których do spółki wchodzi niektórzy spośród wszystkich spadkobierców będą częstsze.

Przyjąć także należy, że zastrzeżenie, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., może nie tylko przewidywać, że jedynie niektórzy ze spadkobierców wejdą do spółki, ale także samodzielnie określać, w jakiej części udział spółkowy zmarłego wspólnika przypadnie poszczególnym spadkobiercom.

<sup>5</sup> S. Grzybowski w: *System...*, s. 830; J. Ciszewski, *Spółka cywilna*, Poznań, 2000, s. 168.

<sup>6</sup> L. Stecki w: J. Winiarz (red.), *Kodeks...*, s. 784; P. Zakrzewski, *Udział spółkowy wspólnika spółki cywilnej jako przedmiot następstwa prawnego mortis causa pod tytułem szczególnym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 5, s. 18 n.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że w art. 872 zd. 1 k.c. chodzi albo o spadkobierców ustawowych lub testamentowych, albo testamentowych i ustawowych jednocześnie dziedziczących (art. 925 § 3 k.c.). W każdym wypadku chodzi jednak tylko o tych spadkobierców, którzy będą rzeczywiście dziedziczyć po wspólniku. Nie będą mogli nabyć udziału spółkowego zmarłego osoby pozbawione statutu spadkobiercy, np. tacy, którzy odrzucili spadek, ale także zapisobierca zwykły i windykacyjny. Zastrzeżenie adresowane do takich osób będzie nieskuteczne, ale otwartą sprawą pozostaje, czy nie dojdzie wówczas do konwersji zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. w inną klauzulę realizującą podobne cele, np. klauzulę przystąpienia, do czego należy się skłaniać.

O tym jednak, czy wszyscy, czy wybrani spadkobiercy wejdą do spółki rozstrzyga, jak była o tym mowa wyżej, wola wspólnika uzgodniona z pozostałymi wspólnikami. Może być więc tak, że spadkobiercy, których wymieniono w zastrzeżeniu, wejdą do spółki, a pominięci spadkobiercy już nie. W sytuacji odmiennej, tj. takiej, w której osoba powołana w zastrzeżeniu nie ma w momencie śmierci wspólnika statusu rzeczywistego spadkobiercy, np. spadkobierca ustawowy, który nie dziedziczy z uwagi na to, że spadek przypadł spadkobiercom testamentowym, zastrzeżenie tej treści będzie nieważne (art. 872 zd. 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c.).

W umowie spółki cywilnej nie można jednak zastrzec, że spadkobiercy jednego z kilku spadkobierców, którzy wstąpili uprzednio do spółki na miejsce zmarłego wspólnika, wejdą z kolei na jego miejsce po jego śmierci. Niedopuszczalność takich następujących po sobie wejść do spółki kolejnych spadkobierców wynika stąd, że art. 872 k.c. jest przepisem szczególnym i dopuszcza tylko wejście spadkobierców na miejsce zmarłego wspólnika. Tymczasem jeden ze spadkobierców zmarłego wspólnika, który wraz z pozostałymi spadkobiercami wstąpił do spółki na jego miejsce, nie ma statusu (samodzielnego) wspólnika, ale wraz z innymi jest tzw. wspólnikiem zbiorowym (art. 872 zd. 2–3 k.c.). Nie można więc zastrzec, że na jego miejsce wejdą po jego śmierci jego spadkobiercy.

W art. 872 zd. 1 k.c. mamy więc do czynienia z zastrzeżeniem, które odpowiada wyróżnionej w niemieckiej nauce i orzecznictwie klauzuli następstwa (*Nachfolgeklausel*). Przewiduje ona, że w razie śmierci wspólnika spółka cywilna trwa nadal, a wskazany spadkobierca lub spadkobiercy (*qualifizierte Nachfolgeklausel*), albo wszyscy spadkobiercy (*einfache Nachfolgeklausel*) wstępują do spółki, co dokonuje



się z mocy prawa z chwilą śmierci wspólnika<sup>7</sup>. Ustawodawca polski zamieścił, zatem w przywołanym przepisie jedną z trzech klauzul znanych nauce i orzecznictwu niemieckiemu, którymi mogą posłużyć się wspólnicy spółki cywilnej na wypadek śmierci. Oznacza to, że nie należy się doszukiwać w art. 872 k.c. klauzuli przystąpienia (*Eintrittsklausel*), na mocy której oznaczona osoba ma jedynie roszczenie o zawarcie z pozostałymi wspólnikami umowy o przystąpienie do spółki<sup>8</sup>. W wyniku wykonania tej klauzuli przez uprawnionego nie dochodzi do pochodnego nabycia udziału spółkowego przez przystępującego, którym nie musi być spadkobierca, ale jest to nabycie pierwotne i konstytutywne.

Pojawia się także pytanie, czy wspólnicy spółki cywilnej opierając się na zasadzie swobody umów mogą wzbogacić umowę spółki cywilnej o inne wyróżniane w niemieckiej nauce klauzule mające zastosowanie w wypadku śmierci wspólnika? Klauzula kontynuacji (*Fortsetzungsklausel*) jest na gruncie rodzimych przepisów bezprzedmiotowa, ponieważ przewiduje ona możliwość zastrzeżenia w umowie, że spółka będzie trwać dalej z pozostałymi wspólnikami, pomimo śmierci jednego z nich i nie ulegnie rozwiązaniu<sup>9</sup>. Polskie rozwiązania normatywne stoją na założeniu, że śmierć wspólnika nie stanowi przyczyny rozwiązania spółki cywilnej, co wprawdzie odbiega nieco od osobistego charakteru spółki cywilnej, ale wynika ze względów praktycznych, jak to ujęto: „spółka raz zorganizowana i w ruch puszczona, stanowi wspólne dobro więcej osób, które jest czymś więcej niż sumą wkładów i nie godzi się wszystkich wspólników tego dobra na życzenie lub z przyczyn dotyczących jednego pozbawiać”<sup>10</sup>. W opozycji zatem do tych rozwiązań wspólnicy mogą zastrzec klauzulę, przewidującą rozwiązanie spółki cywilnej w wypadku śmierci jednego z nich. Za dopuszczalną natomiast uznaje się klauzulę przystąpienia o przywołanej wyżej treści<sup>11</sup>. Wówczas jednak do sytuacji prawnej nowych wspólników, którzy przystąpili do spółki wykonując roszczenie, którego podstawą była

<sup>7</sup> W. Schlüter, *Erbrecht*, München, 2000, s. 472, 474; W. Edenhofer w: *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2010, § 1922, nb. 16; A. Herbet, *Spółka cywilna. Konstrukcja prawna*, Warszawa, 2008, s. 428.

<sup>8</sup> W. Edenhofer w: *Palandt...*, § 1922, nb. 15; P. Zakrzewski, *Udział spółkowy...*, s. 18.

<sup>9</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 471.

<sup>10</sup> E. Till, R. Longchamps de Berier, J. Korzonek w: J. Korzonek, I. Rosenblüth (red.), *Kodeks zobowiązań. Komentarz, t. I*, Kraków, 1936, s. 1268–1269.

<sup>11</sup> A. Herbet, *Spółka...*, s. 428.

klauzula przystąpienia, nie znajdzie zastosowania art. 872 zd. 2 k.c., a ich sytuację w spółce określi jej umowa.

### **3. Natura prawna zastrzeżenia i wejścia spadkobierców do spółki cywilnej na miejsce zmarłego wspólnika – uwagi wstępne i porządkujące**

Natura prawna zastrzeżenia umownego z art. 872 zd. 1 k.c., a także wywołanego przez nią wejścia do spółki cywilnej spadkobierców na miejsce zmarłego wspólnika, wywołuje rozbieżne oceny zarówno w nauce polskiej, jak i niemieckiej oraz orzecznictwie.

Na gruncie rodzimym poglądy dają się zasadniczo uszeregować w dwie zasadnicze grupy, a mianowicie przyjmuje się, że na tle art. 872 k.c., albo mamy do czynienia z dziedziczeniem, albo szczególnego rodzaju wejściem spadkobierców do spółki cywilnej, które jednak nie jest dziedziczeniem. Z kolei w niemieckiej nauce i orzecznictwie konkurują ze sobą dwa stanowiska, z których jedno to, tzw. rozwiązanie spółkowe, a drugie to, tzw. rozwiązanie spadkowe. Wspomniane koncepcje należy poddać ocenie.

### **4. Rozwiązanie spółkowe w nauce i orzecznictwie niemieckim**

Niemiecka spółka cywilna ulega rozwiązaniu z momentem śmierci wspólnika, o ile nic innego nie wynika z jej umowy (§ 727 ust. 1 BGB). Ten ogólny przepis pozwala jednak wyciągnąć pewne wnioski dotyczące klauzuli następstwa, która skutkuje tym, że spółka trwa dalej pomimo śmierci wspólnika ze spadkobiercami wstępującymi do niej. Ponieważ wspomniany skutek jest wywołany przez klauzulę zastrzeżoną w umowie spółki cywilnej, to przy poszukiwaniu odpowiedzi na pytania o naturę tej klauzuli oraz jej skutki prawne, należy odwołać się do przepisów prawa zobowiązań, czy ujmując rzecz precyzyjniej, przepisów dotyczących spółki cywilnej. Na takim założeniu stoi wyróżniane w nauce niemieckiej tzw. rozwiązanie spółkowe. Jest ono przeciwstawiane tzw. rozwiązaniu spadkowemu, które z kolei opiera się na założeniu, że naturę klauzuli i jej skutki ocenia się w oparciu o instytucje prawa spadkowego, co jednak wywołuje konflikt z założeniami prawa spółek, który musi być rozwiązany z uwzględnieniem specyfiki tych ostatnich przepisów. Ogólnikowy § 727 ust. 1 BGB powoduje, że poszukując odpowiedzi na pytania dotyczące natury klauzuli następstwa oraz wywołanych przez nią skutków sięgnięto do ogólnych instytucji prawa zobowiązań,

które zdaniem jednych znajdują zastosowanie odpowiednio, a zdaniem innych w drodze analogii.

Przepis § 727 ust. 1 BGB daje, zdaniem części doktryny, podstawy do przyjęcia, że wspólnik w porozumieniu z innymi wspólnikami uzgadnia, iż jego spadkobiercy wstąpią do spółki, która będzie nadal trwała, pomimo jego śmierci. Jest to zatem klasyczna umowa na rzecz osoby trzeciej, która jest znana w prawie niemieckim (§ 331 BGB), przy czym w przeciwieństwie do polskiego niemiecki Kodeks cywilny wyróżnia dodatkowo umowę o świadczenie na rzecz osoby trzeciej na wypadek śmierci (§ 328 BGB), która odpowiada zasadniczym celom i funkcjom klauzuli następstwa.

Istnieje jednak istotna rozbieżność między treścią i skutkami tej klauzuli, a treścią i skutkami umowy na rzecz osoby trzeciej na wypadek śmierci, a mianowicie ta pierwsza przewiduje i wywołuje skutek rozporządzający w chwili śmierci wspólnika, tj. wstąpienie jego spadkobierców do spółki cywilnej, a tymczasem § 331 i 328 BGB to przepisy prawa zobowiązań, a zatem zastrzeżenie na rzecz trzeciego na wypadek śmierci wywołać może jedynie skutki obligacyjne, co oznacza, że spadkobiercy nie nabywają udziału zmarłego wspólnika po jego śmierci, ale jedynie roszczenie wobec pozostałych wspólników o przeniesienie na nich udziału spółkowego zmarłego wspólnika.

Nie jest to jednak jedyna trudność, jaka występuje, gdy próbuje się sięgnąć do konstrukcji zastrzeżenia na rzecz trzeciego przy wyjaśnianiu natury prawnej klauzuli następstwa. Wspólnikowi zastrzegającemu przysługuje udział spółkowy aż do chwili śmierci, co wywołuje zasadnicze komplikacje. Nie ma bowiem podstaw do przyjęcia, że w momencie śmierci zastrzegającego wspólnika udział spółkowy zmarłego przypadnie przyrzekającym wspólnikom, którzy następnie chcąc wykonać roszczenie, jakie na mocy zastrzeżenia nabyli spadkobiercy, czyli osoby trzecie, przekażą go im na podstawie umowy rozporządzającej. Innymi słowy, trudność polega na tym, że przyrzekający wspólnicy (dłużnicy) nie mają przedmiotu świadczenia – tj. udziału spółkowego zastrzegającego wspólnika, który mogliby przekazać osobom trzecim, czyli jego spadkobiercom. Rozwiązanie tego problemu polega na tym, że przyrzekający wspólnicy, zobowiązani na mocy zastrzeżenia przewidującego świadczenie na rzecz spadkobierców zastrzegającego wspólnika, muszą wystąpić dodatkowo jako zastępcy pośredni lub pośłańcy albo pełnomocnicy (a przynajmniej jeden z nich) z ofertą umowy przeniesienia

udziału spółkowego, która jeżeli zostanie przyjęta przez spadkobierców, doprowadzi do nabycia przez nich udziału spółkowego zmarłego wspólnika. Przyrzekający wspólnicy występują więc jako pośrednicy nabycia udziału spółkowego przez spadkobierców zastrzegającego wspólnika. Skuteczność tego przejścia zależy jednak dodatkowo w ostatecznym rachunku od ważnej przyczyny prawnej (causy) między zastrzegającym wspólnikiem a jego spadkobiercami, która gdy przysporzenie jest nieodpłatne ma postać darowizny formalnej lub wykonanej<sup>12</sup>.

Rozwiązaniem problemu, który wynika z obligacyjnych skutków zastrzeżenia świadczenia na rzecz osoby trzeciej było przyjęcie, że klauzula następstwa jest oparta na zastrzeżeniu na rzecz osoby trzeciej na wypadek śmierci, ale ze skutkiem rozporządzającym, a podstawą normatywną tej konstrukcji tworzą stosowane odpowiednio § 331 i 328 BGB. Jest to istota wspomnianego wyżej, tzw. rozwiązania spółkowego, które współcześnie jest reprezentowane<sup>13</sup>, choć prezentowane są przeważnie, zwłaszcza w orzecznictwie, poglądy wobec niego krytyczne<sup>14</sup>. Mają one oparcie w dwóch zasadniczych zarzutach, a mianowicie, niemiecki Kodeks cywilny nie zna ani umowy rozporządzającej na rzecz osoby trzeciej, ani umowy o obciążenie osoby trzeciej, a z takim skutkiem mielibyśmy do czynienia w przypadku klauzuli następstwa, ponieważ udział spółkowy to wiązka praw i obowiązków. Natomiast § 331 i 328 BGB nie mogą być stosowane odpowiednio lub w drodze analogii, bo jest to sprzeczne z zasadą prywatnej autonomii<sup>15</sup>. Z kolei zwolennicy zauważają, że także w prawie zobowiązań występują czynności rozporządzające, np. przelew i przejęcie długu oraz opowiadają się za dopuszczalnością analogicznego zastosowania § 331 i 328 BGB do umów rozporządzających.

## **5. Zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. jako podstawa szczególnego wejścia spadkobierców do spółki cywilnej**

Część polskiej doktryny stoi na stanowisku, że wejście do spółki spadkobierców zmarłego wspólnika, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., nie jest dziedziczeniem<sup>16</sup>. Jako uzasadnienie powołuje się tu argument

<sup>12</sup> H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht*, München, 2010, s. 428, 430.

<sup>13</sup> H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 428–429, 440 oraz cytowana tam literatura.

<sup>14</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 472.

<sup>15</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 472–473; H. Sprau w: *Palandt...*, § 727, nb. 4. Por. argumenty przeciwników tzw. rozwiązania spółkowego referuje także H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 440.

<sup>16</sup> S. Grzybowski w: *System...*, s. 830; J. Mojak w: R. Skubisz (red.), *Zarys...*, s. 51;

o sprzeczności takiego zastrzeżenia umownego z art. 1047 k.c.<sup>17</sup>, który zasadniczo zakazuje zawierania umów o spadek lub wskazuje, że udział spółkowy stanowi wiązkę majątkowych, a zatem dziedzicznych i korporacyjnych (niemajątkowych), czyli niedziedzicznych praw, a brak jest podstaw do różnego traktowania tych praw w wypadku śmierci wspólnika spółki cywilnej, bo doprowadziłoby to do ich rozszczępienia<sup>18</sup>.

Wspomniane poglądy ograniczają się jedynie do zakwestionowania wejścia do spółki spadkobierców zmarłego wspólnika jako dziedziczenia, ale nie wyjaśniają znaczenia prawnego, treści, stron zastrzeżenia z art. 871 zd. 1 k.c. oraz skutków prawnych przez nie wywołanych. Pozytywnie wyróżnia się na tym tle pogląd zakładający, że podstawą wejścia spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki jest terminowa umowa przewidująca taki skutek, ale samo wejście następuje z mocy prawa, czyli bez potrzeby składania przez spadkobierców jakichkolwiek oświadczeń<sup>19</sup>. Słusznie zwraca się uwagę, że postanowienia umowne wywołają skutki rozporządzające, czyli doprowadzą do nabycia udziału spółkowego zmarłego wspólnika z chwilą śmierci. Jest to bowiem wniosek mający oparcie w treści art. 872 zd. 1 k.c., który mówi o wejściu spadkobierców do spółki cywilnej. Trzeba zatem odrzucić pogląd, że zastrzeżenie, o którym mowa w przywołanym przepisie, wywoła jedynie skutki zobowiązujące.

Pojawia się jednak pytanie o strony takiego zastrzeżenia. Ponieważ przepis stanowi „można zastrzec”, a doktryna uzupełnia, że można to uczynić w umowie spółki lub uchwale<sup>20</sup>, to prowadzi to do wniosku, że stroną jest zastrzegający wejście swoich spadkobierców do spółki cywilnej wspólnik i przyrzekający wspólnicy, a spadkobiercy nie są stroną tej umowy, ale jej beneficjentami. Nasuwa się więc pytanie, czy zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. nie jest wariantem konstrukcyjnym umowy na

---

A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1133; W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgosz–Kraków 2006, s. 77; J. Jezioro w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa, 2014, art. 872, nb 2; J. Krauss w: J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 147; P. Zakrzewski, *Udział spółkowy...*, s. 23–24.

<sup>17</sup> S. Grzybowski w: *System...*, s. 830; A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1133; por. J. Jezioro w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 872, nb 2.

<sup>18</sup> W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo...*, s. 77.

<sup>19</sup> A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1133.

<sup>20</sup> Zamiast wielu K. Pietrzykowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450-1088, t. II*, Warszawa 2009, art. 872, nb. 2

rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.). Odpowiedź jest negatywna, ponieważ z art. 872 zd. 1 k.c. wynika, że skutek zastrzeżenia, jaki występuje w momencie śmierci zastrzegającego wspólnika jest rozporządzający, a nie zobowiązujący.

Wydaje się także, abstrahując od treści art. 872 zd. 1 k.c., że nie jest dopuszczalne wzbogacenie umowy spółki cywilnej w oparciu o zasadę swobody umów klauzulą uzgodnioną między zastrzegającym wspólnikiem a przyrzekającymi wspólnikami, na mocy której spadkobiercy nabywają roszczenie wobec przyrzekających wspólników o zawarcie umowy przeniesienia na ich rzecz udziału spółkowego zmarłego wspólnika<sup>21</sup>. Musielibyśmy bowiem przyjąć, że udział zmarłego wspólnika nie wygaśnie w chwili jego śmierci, ale przypadnie przyrzekającym wspólnikom aż do czasu, gdy przeniosą go oni na spadkobierców zwalniając się ze zobowiązania, jakie na nich ciążyło. Wydaje się jednak, że poza wypadkiem, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c. udział spółkowy wygasa po śmierci wspólnika. Dlatego także dyskusyjne jest, czy dopuszczalne byłoby zastrzeżenie na rzecz spadkobierców (art. 393 k.c.), w którym przyrzekający wspólnicy z chwilą śmierci zastrzegającego wspólnika przenosiliby jego ofertę zbycia udziału spółkowego skierowaną do spadkobierców. Gdyby było to dopuszczalne, to z chwilą przyjęcia tej oferty przez spadkobierców doszłoby do zawarcia umowy zbycia udziału skutkującą zmianą składu osobowego spółki cywilnej. Byłby to więc przypadek wspomnianej wyżej zobowiązującej umowy na rzecz trzeciego, w której przyrzekający wspólnicy byłiby pośrednikami, posłańcami, pełnomocnikami (zob. art. 101 § 2 k.c.). Zauważyć trzeba, że oferta niezyczącego wspólnika nie gaśnie wskutek śmierci (art. 62 k.c.). Spadkobiercy nabywaliby z mocy zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. w zw. z art. 393 k.c. wobec przyrzekających spadkobierców roszczenie o przeniesienie na ich rzecz oferty nabycia udziału spółkowego zmarłego wspólnika, a w wyniku jej przyjęcia dochodziłoby do zawarcia umowy skutkującej nabyciem tego udziału. Pozostaje jednak postawiona wyżej istotna wątpliwość, a mianowicie, czy udział spółkowy zmarłego nie wygasł po śmierci wspólnika. Nie ulega wątpliwości natomiast, że jedynym wyjątkiem, w którym do tego nie dochodzi jest ten z art. 872 zd. 1 k.c.

Trzeba dodać, że rozważany tu przypadek nabycia przez spadkobierców roszczenia o przedstawienie przez przyrzekających wspólników oferty zastrzegającego wspólnika zawarcia po jego śmierci umowy

---

<sup>21</sup> P. Zakrzewski, *Udział spółkowy...*, s. 19.



zbycia udziału spółkowego, która skutkuje nabyciem translatywnym i pochodnym, należy odróżnić od dopuszczalnej w prawie polskim, wspomnianej wyżej klauzuli przystąpienia, której jednak konsekwencją jest pierwotne i konstytutywne nabycie udziału spółkowego przez nowego wspólnika, który przystępuje do spółki cywilnej w drodze zmiany jej umowy.

Odrzucenie poglądu zakładającego, że zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. jest wariantem konstrukcyjnym umowy na rzecz osoby trzeciej ze skutkami obligacyjnymi, wywołuje pytanie postawione w doktrynie niemieckiej, a mianowicie, czy dopuszczalne jest zawarcie w prawie polskim umowy rozporządzającej na rzecz trzeciego lub obciążającej trzeciego opierając się na stosowanym w drodze analogii art. 393 k.c.? Gdyby było to dopuszczalne, to zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. można byłoby ocenić jako umowę na rzecz spadkobierców uczynioną przez zastrzegającego i przyrzekających wspólników, którego rozporządzający skutek, polegający na nabyciu przez spadkobierców udziału spółkowego, występowałby w chwili śmierci zastrzegającego. Przeważa jednak pogląd wykluczający stosowanie art. 393 k.c. do innych umów niż zobowiązujących<sup>22</sup>. Z kolei niedopuszczalność zawarcia umowy o obciążenie trzeciego obowiązkami lub prawami i obowiązkami, jak jest to w przypadku udziału spółkowego, wynika z tych samych względów jak w prawie niemieckim, a mianowicie prawo polskie nie zna takiej umowy, a jej zawarciu sprzeciwiałby się wzgląd na prywatną autonomię podmiotów.

Warto jednak zwrócić uwagę na istotną różnicę między kluczowymi dla postawionego w artykule problemu przepisami prawa niemieckiego i polskiego, tj. § 727 ust. 1 BGB oraz art. 872 ust. 1 k.c. O ile ten pierwszy przepis jedynie dopuszcza odmienną regulację, ale nie daje żadnych wskazówek co do tego, jaki ma być jej kształt, to drugi zawiera szcątkową regulację w tym zakresie, a mianowicie przewiduje: „Można zastrzec, że spadkobiercy wspólnika wejdą do spółki na jego miejsce”. Choć przepis ten wydaje się być wzorowany na niemieckiej klauzuli następstwa, to jednak określa on pewne granice dla treści zastrzeżenia,

<sup>22</sup> Zob.: Z. Radwański w: *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław 1981, s. 446; P. Machnikowski w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, nb. 4; W. Popiołek w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, s. 1116; M. Bednarek w: *System Prawa Prywatnego. t. 5: Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 893; por. A. Olejniczak w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. t. III. Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, s. 273.



jakie mogą poczynić wspólnicy. Powstaje więc kluczowe pytanie, czy art. 872 zd. 1 k.c. nie jest szczególnym przepisem, który opiera się na wariacie konstrukcyjnym umowy rozporządzającej i obciążającej trzeciego, tj. spadkobiercę? Jak była już o tym mowa, zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. wpisują się w schemat wariantu umowy na rzecz trzeciego, a mianowicie zastrzegający wspólnik uzgadnia z przyrzekającymi wspólnikami, że jego udział spółkowy przypadnie jego spadkobiercom w chwili śmierci. Należałoby także przyjąć, że za życia zastrzegającego wspólnika zastrzeżenie nie wywoła dla spadkobierców żadnych skutków, w szczególności nie nabędą oni żadnych praw warunkowych, czy ekspektatyw, a dysponent nie będzie ograniczony w żaden sposób w dysponowaniu udziałem spółkowym i może go np. wypowiedzieć. Ponieważ jednak zastrzeżenie wiąże wspólnika w tym znaczeniu, że nie może go bez zgody pozostałych wspólników odwołać i zmienić, a więc wywołuje pewne skutki za życia stron, choć pełne skutki dopiero po śmierci, to należałoby je zakwalifikować do kategorii przejściowej, tj. jako czynność między żyjącymi na wypadek śmierci, która stanowi pośrednią kategorię czynności prawnych między wyróżnianymi w piśmiennictwie czynnościami *inter vivos* i *mortis causa*<sup>23</sup>.

Podniesione zagadnienie, czy w art. 872 zd. 1 k.c. występuje wariant konstrukcyjny umowy rozporządzającej i obciążającej trzeciego udziałem spółkowym wymaga dalszej pogłębionej analizy, ale jego słabą stroną pozostaje szczątkowość regulacji oraz wykładnia, która jednak sprzeciwia się fundamentalnej zasadzie prawa cywilnego, którą jest zasada autonomii. Jeżeli chodzi o ten zarzut, to wprawdzie można podnieść, że sytuacja spadkobiercy, który ma wstąpić do spółki nie różni się od sytuacji spadkobiercy dziedziczącego tylko spadek, który nabywa go tymczasowo z mocy prawa, chyba że go odrzuci. Takie oświadczenie o odrzuceniu uwolni nie tylko od nabycia spadku (art. 1020 k.c.), ale także udziału spółkowego na podstawie art. 872 zd. 1 k.c. Jest tak, ponieważ zastrzeżenie, którego adresatem jest niedoszły spadkobierca, będzie w konsekwencji odrzucenia spadku sprzeczne z ustawą i nieważne. Wejść do spółki może jedynie osoba wyznaczona w zastrzeżeniu z art. 872 zd. 1 k.c. i jednocześnie mająca status prawny spadkobiercy

<sup>23</sup> Zob. na temat tej kategorii czynności prawnych zob. P. Zakrzewski, *Charakter prawny dyspozycji wkładem członkowskim i oszczędnościami na wypadek śmierci*, w: M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 547–548.

(art. 58 § 1 w zw. z art. 872 zd. 1 k.c.). O ile jednak prawo spadkowe wprost przewiduje takie „naruszenie autonomii” spadkobiercy (art. 925, 1012, 1020 k.c.), to treść art. 872 zd. 1 k.c. nie daje silnych podstaw do przyjęcia, że w wypadku zastrzeżenia wzmiankowanego w tym przepisie jest podobnie, a jego wykładnia prowadząca do przyjęcia, że można trzeciego obciążyć prawami i obowiązkami spółkowymi na mocy umowy wspólników, pozostaje w sprzeczności z fundamentalną zasadą prawa cywilnego, jaką jest autonomia woli.

## 6. Rozwiązanie spadkowe w piśmiennictwie i orzecznictwie niemieckim – koncepcja zmodyfikowanego dziedziczenia

W nauce i orzecznictwie niemieckim aktualnie przeważa stanowisko, że na skutek klauzuli następstwa (§ 727 ust. 1 BGB) osobowy i niedziedziczny udział spółkowy wspólnika spółki cywilnej staje się dziedziczny<sup>24</sup>. Fakt, że obecne są w nim prawa osobiste (niemajątkowe), które nie podlegają dziedziczeniu (§ 1922 ust. 1 BGB), postrzega się natomiast jako bez znaczenia<sup>25</sup>, co może jednak dziwić. Konsekwencją tego jest, że w wypadku, w którym na mocy prostej klauzuli następstwa udział spółkowy przypada tylko jednemu spadkobiercy, wstępuje on w prawa majątkowe (tzw. udział kapitałowy, roszczenie o zysk) i osobiste (prowadzenie spraw spółki, uprawnienie do jej reprezentacji, prawo głosu) zmarłego wspólnika, a jego pozycja odpowiada pozycji zajmowanej wcześniej w spółce przez spadkodawcę<sup>26</sup>.

Jeżeli jednak na mocy klauzuli następstwa udział spółkowy ma przypaść wszystkim lub niektórym spadkobiercom, to rozumienie dziedziczności udziału spółkowego ulega daleko idącej modyfikacji, a mianowicie przestaje być on częścią spadku, ale jak się okaże, to oderwanie nie jest całkowite i nie przypada on spadkobiercom wstępującym do spółki w drodze sukcesji uniwersalnej, ale sukcesji syngularnej *mortis causa*<sup>27</sup>. W konsekwencji udział spółkowy zmarłego wspólnika, rozumiany jako jego całkowita pozycja w spółce, czyli uosobienie jego wszystkich osobistych, majątkowych i korporacyjnych praw i obowiązków<sup>28</sup>, nie przypada wszystkim współspadkobiercom jako składnik spadku

<sup>24</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 473; W. Edenhofer w: *Palandt...*, § 1922, nb. 14; H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 473.

<sup>25</sup> H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 441.

<sup>26</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 473; H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 441.

<sup>27</sup> W. Edenhofer w: *Palandt...*, art. 1922, nb. 17.

<sup>28</sup> H. Sprau w: *Palandt...*, § 717, nb. 1.

objęty wspólnością łączną, ale dzieli się on stosownie do wielkości udziałów w spadku (wynikających z ustawy lub z testamentu), jakie ma spadkobierca wstępujący do spółki cywilnej. Każdy z nich z mocy sukcesji syngularnej nabywa w spółce cywilnej samodzielną pozycję prawną, tj. staje się oddzielnym wspólnikiem stosownie do wielkości udziałów, jakie ma w spadku, jednak w granicach wyznaczonych przez pozycję zmarłego wspólnika, np. każdy otrzymuje tę część jego udziału kapitałowego, która odpowiada jego udziałowi w spadku. Natomiast prawo głosu może albo podzielić się między spadkobierców wstępujących do spółki, o ile było ono powiązane z udziałem kapitałowym, albo ulega ono zwielokrotnieniu stosownie do liczby nowych wspólników<sup>29</sup>.

Przyczyną tej znaczącej modyfikacji dziedziczenia udziału spółkowego w przypadku, w którym do spółki wstępuje dwóch lub więcej spadkobierców, jest kolizja rozwiązań prawa spadkowego z prawem spółek osobowych. Przejawia się ona zwłaszcza na dwóch obszarach. Po pierwsze, naturalną konsekwencją sukcesji uniwersalnej byłoby objęcie udziału spółkowego, będącego częścią spadku, wspólnością łączną (§ 2032 BGB). To z kolei oznaczałoby, że do składania oświadczeń woli i reprezentacji współspadkobierców wstępujących do spółki zastosowanie znalazłyby przepisy dotyczące zarządu spadkiem objętym wspólnością łączną (§ 2038 BGB). Ponieważ zarząd spadkiem przysługuje zasadniczo dziedzicom wspólnie, to hamowałoby to zdolność spółki cywilnej do działania<sup>30</sup>. Wskazuje się także, że wspólność spadku nie może być wspólnikiem spółki cywilnej<sup>31</sup>. Po drugie, odpowiedzialność spadkobiercy za długi spadkowe może być ograniczona, co stoi w sprzeczności z osobistą i nieograniczoną odpowiedzialnością wspólnika spółki cywilnej za jej (także stare) długi<sup>32</sup>.

Dziedzicność udziału spółkowego, gdy przypada on dwóm lub więcej spadkobiercom, podlega daleko idącej modyfikacji, a mianowicie ze względu na założenia prawa spółek nie może być on uznany za część spadku i przyspać spadkobiercom w drodze dziedziczenia, tj. sukcesji uniwersalnej, w konsekwencji czego sytuacja prawna spadkobierców po śmierci wspólnika nie jest wyznaczona przez prawo spadkowe, w szczególności przez przepisy regulujące wspólność spadku

<sup>29</sup> W. W. Schlüter, *Erbrecht*, s. 473; W. Edenhofer w: *Palandt...*, art. 1922, nb. 18.

<sup>30</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 473.

<sup>31</sup> H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 441.

<sup>32</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 473.

oraz odpowiedzialność za długi spadkowe, ale przez przepisy prawa spółek, np. gdy chodzi o nieograniczoną odpowiedzialność spadkobierców wstępujących do spółki cywilnej za jej stare i nowe długi oraz treść tej klauzuli. Konflikt między przepisami prawa spółek i prawa spadkowego, jaki pojawia się w związku z klauzulą kontynuacji, która przewiduje trwanie spółki cywilnej pomimo śmierci wspólnika z jego spadkobiercami, którzy wstąpią do spółki, jest zasadniczo rozstrzygany w ten sposób, że preferuje regulacje spółkowe.

Jeżeli jednak ochrona założeń, na których opiera się spółka cywilna, tego nie wymaga, to ponownie do głosu dochodzi prawo spadkowe, ponieważ wypadek wstąpienia spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki cywilnej w wyniku klauzuli następstwa, dokonuje się w wyniku dziedziczenia, z tym że niekiedy sukcesja uniwersalna jest zastąpiona syngularną. Pomimo tego, że udział spółkowy przechodzi na spadkobierców oddzielnie od spadku, to jednak pozostaje on jego częścią, co oznacza, że wierzyciele spadkowi mogą zaspokoić się także w oparciu o wartość majątkową, jaką on przedstawia<sup>33</sup>.

## 7. Koncepcja dziedzicności udziału spółkowego w piśmiennictwie polskim

Trudność przyjęcia tzw. rozwiązania spółkowego kieruje uwagę ku tzw. rozwiązaniu spadkowemu. Przyjęcie stanowiska zakładającego, że wejście spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki cywilnej na miejsce zmarłego wspólnika, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., jest dziedziczeniem, wywołuje pytanie o naturę prawną zastrzeżenia, bez którego wspomniane wejście nie może nastąpić. Zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. może przewidywać, że tylko niektóre z osób rzeczywistych spadkobierców wejdą do spółki cywilnej, co oznacza, iż udział spółkowy przypadnie niektórym z dziedziczących spadek spadkobierców. Ponieważ zastrzeżenie rozstrzyga, którym ze spadkobierców ma przypaść składnik spadku, należy zapytać, czy nie jest to rozrządzenie majątkowe na wypadek śmierci, a precyzując pytanie, czy jest ono jednostronną, czy umową *mortis causa* oraz kto jest jej stroną?

Treść art. 872 zd. 1 k.c. zdaje się wykluczać, że jest to jednostronna czynność prawna. Ponadto, zastrzeżenie jednostronne, wbrew woli pozostałych wspólników, byłoby sprzeczne z założeniami, na których opiera się spółka cywilna, w szczególności z jej osobowym charakterem.

<sup>33</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 473; H. Brox, W.D. Walker, *Erbrecht...*, s. 442.

Mogłaby to być, zatem umowa *mortis causa* między spadkodawcą a pozostałymi spadkobiercami, na mocy której udział spółkowy zmarłego wspólnika przypadnie wszystkim lub niektórym spadkobiercom. Nie byłaby to jednak umowa dziedziczenia *sensu stricte*, w której spadkodawca powołuje do spadku lub jego części określoną osobę, którą z reguły jest druga strona umowy, ale umowa dziedziczenia *sensu largo*, której przedmiotem jest pojedynczy składnik majątkowy spadkodawcy. Artykuł 872 zd. 1 k.c. musiałby być uznany za szczególny wobec art. 981<sup>1</sup> k.c. przepis. Byłby to rodzaj umownego zapisu windykacyjnego, którego przedmiotem byłby tylko udział spółkowy spółki cywilnej.

Kwalifikację zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. jako umowy dziedziczenia *sensu largo*, której przedmiotem byłby jedynie udział spółkowy, należy odrzucić jako sprzeczną z art. 941 i 1047 k.c.<sup>34</sup> Pierwszy przewiduje, że rozrządzić majątkiem, także w drodze ustanowienia zapisu windykacyjnego, można tylko przez testament, a drugi wyklucza zawieranie umów o spadek (umów dziedziczenia). Nie ma więc miejsca na taką kwalifikację zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. Podobnie argument systemowy skłania do odrzucenia tego stanowiska, trudno bowiem przyjąć, aby w księdze trzeciej kodeksu cywilnego znajdowały się umowy o spadek.

Część doktryny, która opowiada się za tym, że wejście spadkobierców do spółki cywilnej, o którym mowa art. 872 zd. 1 k.c., jest dziedziczeniem, wyraża pogląd, iż prawa i obowiązki (udział spółkowy) zmarłego wspólnika spółki cywilnej sytuują się wśród praw i obowiązków obligacyjnych ściśle związanych z osobą spadkodawcy, a przez to niedziedzicznych, przy czym wskazuje się równocześnie na możliwość uczynienia zastrzeżenia w umowie spółki cywilnej, które pozwoli spadkobiercom nabyć prawa i obowiązki (udział spółkowy) zmarłego. Zatem wskutek zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. niedziedziczne zasadniczo prawa i obowiązki (udział spółkowy) zmarłego wspólnika spółki cywilnej stają się dziedzicznymi<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> S. Grzybowski w: *System...*, s. 830; A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1133; P. Zakrzewski, *Udział...*, s. 22. Zob. jednak odmienne stanowisko J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 922, nb. 110 „Elementy w zasadzie niedziedziczne przechodzą na spadkobierców wskutek postanowienia umownego *mortis causa*”.

<sup>35</sup> Zob. J. Pietrzykowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3. Księga czwarta – spadki. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny*, Warszawa 1972, s. 1822; E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011, s. 13; E. Skowrońska-Bocian,

Zastrzeżenie umowne z art. 872 zd. 1 k.c. nie tyle jest więc rozrządzeniem udziałem spółkowym dokonany za zgodą zmarłego i pozostałych wspólników na rzecz spadkobierców, ale przydaje cechę dziedziczności zasadniczo niedziedzicznemu udziałowi spółkowemu zmarłego wspólnika. Ma być to zatem jeden z przypadków tzw. praw (obowiązków) względnie niedziedzicznych, czyli takich, które nie są zasadniczo składnikiem spadku, ale na mocy przepisu dyspozytywnego i przy zaistnieniu pewnych zdarzeń mogą być do niego włączone<sup>36</sup>. Chodzi tu w pierwszym rzędzie o czynność prawną (umowę), którą należy zakwalifikować do czynności między żyjącymi, w przeciwnym bowiem razie byłaby ona niedopuszczalna (art. 1047 k.c.). Kategoria tych praw jest wyróżniona ze względu na wpływ woli na skład spadku. Propozycja ta, choć nie wolna od kontrowersji<sup>37</sup>, stanowi obok wcześniejszych prób<sup>38</sup> kolejną propozycję rozwiązania skomplikowanego i ważnego zagadnienia, jakim jest wpływ umów zobowiązujących, czy szerzej, czynności prawnych na wyznaczenie składników spadku.

Jednak konsekwencją przyjęcia, że zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. powoduje, iż udział spółkowy staje się składnikiem spadku i przechodzi na spadkobierców w drodze dziedziczenia, jest m.in. konieczność zaakceptowania tego, że wszyscy spadkobiercy wstępują do spółki cywilnej na miejsce zmarłego wspólnika. Innymi słowy, dopuszczalne jest jedynie takie zastrzeżenie, na mocy którego wszyscy spadkobiercy zmarłego wspólnika spółki cywilnej wstąpią na jego miejsce

---

*Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, s. 26; J.S. Piątowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, uzup. B. Kordasiewicz, Warszawa 2002, s. 38; K. Pietrzykowski w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, art. 872, nb. 2; J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 922, Nb. 110; E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. IV. Spadki*, Warszawa 2012, s. 27; W. Borysiak, *Dziedziczenie. Konstrukcja prawna i ochrona*, Warszawa 2013, s. 325, 329; S. Babiarczyk, *Spadek i darowizna w prawie cywilnym i podatkowym*, Warszawa, 2008, s. 29; R. Eliasz, *Komentarz...*, art. 872, nb. 2; J. Ignaczewski, *Prawo spadkowe. Art. 922-1088 KC. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 42. Krytycznie A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1133.

<sup>36</sup> J. Kremis w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 922, nb. 81, 110; E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, s. 22, która jednak jednocześnie zwraca słusznie uwagę, że art. 922 k.c. nie daje podstaw do wyróżnienia kategorii praw względnie niedziedzicznych; W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 328, przyp. 447.

<sup>37</sup> E. Niezbecka w: A. Kidyba (red.), *Kodeks...*, s. 22. Autorka zwraca słusznie uwagę, że art. 922 k.c. nie daje podstaw do wyróżnienia kategorii praw względnie niedziedzicznych.

<sup>38</sup> A. Oleszko, *Umowy...*, s. 419 n.



do spółki, a wykluczona klauzula, przewidująca, że wstąpienie będzie dotyczyć niektórych z nich, chyba że przyjmie się, iż zastrzeżenie na mocy art. 872 zd. 1 k.c. pozwala także modyfikować, tj. zawężyć katalog potencjalnych spadkobierców, którym przypadnie udział spółkowy zmarłego wspólnika. Wprawdzie takie wyjątkowe przypadki występują w prawie polskim, np. dziedziczenie roszczenia o zachówek (art. 1002 k.c.), ale w mojej ocenie konieczna jest w tym przypadku norma *ius cogens*, która wprowadzi taki wyjątek od zasady, w myśl której wszyscy spadkobiercy nabywają spadek jako całość, a więc wszystkie jego składniki, z momentem otwarcia spadku (art. 925 k.c.). Pogląd zakładający, że zastrzeżenie umowne z art. 872 zd. 1 k.c. nie tylko przekształca niedziedziczny udział spółkowy w dziedziczny, ale także pozwala modyfikować krąg spadkobierców, którym przypadnie udział spółkowy, byłby sprzeczny z art. 925 k.c.<sup>39</sup> Tymczasem z punktu widzenia prawa spółek korzystnym i najbardziej celowym rozwiązaniem jest przyjęcie klauzuli przewidującej wstąpienie do spółki na miejsce zmarłego wspólnika jednego lub niektórych ze spadkobierców, a nie wszystkich. Byłoby to bowiem dla pozostałych wspólników zbyt duże ryzyko, ponieważ w momencie wyrażania przez nich zgody na wstąpienie spadkobierców np. ustawowych wspólnika, nie wiedzą oni jeszcze, jakie osoby uzyskają ten status w chwili jego śmierci.

Odwołanie się, zatem na tle art. 872 k.c. do koncepcji dziedziczenia powoduje, że obecny staje się konflikt między prawem spółek, a prawem spadkowym, który musi być rozstrzygnięty na korzyść jednej z tych dziedzin prawa. Stanowisko dopuszczające przekształcenie na mocy zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. niedziedziczny udział spółkowy zmarłego wspólnika w dziedziczny, wyraźnie preferują prawo spadkowe. Tymczasem nie jest to właściwe, ponieważ wykładnia funkcjonalna art. 872 k.c., który jest przepisem prawa spółek, przemawia za czymś odmiennym, a mianowicie jego celem jest osiągnięcie korzystnych dla wspólników spółki cywilnej rozwiązań, a więc wspomniany konflikt powinien być rozstrzygnięty na rzecz dla prawa spółek, a nie prawa spadkowego.

Konsekwencją stanowiska zakładającego, że wejście spadkobierców zmarłego wspólnika na jego miejsce do spółki na mocy zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. jest dziedziczeniem oznacza przyjęcie, że ich status

<sup>39</sup> Zauważyć należy, że odmienną ocenę można sformułować na gruncie prawa niemieckiego, które wśród tytułów dziedziczenia wymienia umowę dziedziczenia.



prawny jest wyznaczony przez prawo spadkowe. Ma to szczególne konsekwencje, zwłaszcza w wypadku, w którym chodzi o dwóch lub więcej spadkobierców. W piśmiennictwie dwa zagadnienia zwróciły szczególną uwagę, a mianowicie stosowanie do udziału spółkowego, który przypadł spadkobiercom przepisów o wspólności spadku (art. 1035 nast. k.c.) oraz kwestia powołania się przez tych spadkobierców na przepisy pozwalające ograniczyć ich odpowiedzialność za stare długi spółki, które z ich punktu widzenia są długami spadkowymi (art. 1030 zd. 1, art. 1031 § 2 k.c.).

Ze względu na treść art. 872 zd. 2 k.c., który przewiduje, że spadkobiercy stają się tzw. współnikiem zbiorowym, należy rozważyć dopuszczalność zastosowania art. 1035 nast. k.c. Artykuł 872 zd. 2 k.c. przewiduje, że w stosunku spółki cywilnej wobec pozostałych współników, status prawny spadkobierców, którzy objęli udział spółkowy zmarłego współnika, nie jest wyznaczony przez przepisy spadkowe o wspólności spadku, tj. art. 1035 n. k.c., a zatem nie stosuje się tu, np. przepisów o zarządzie wspólnym udziałem spółkowym (art. 1035 w zw. z art. 199–203 k.c.). O statusie prawnym spadkobierców rozstrzyga wspomniany art. 872 zd. 2 k.c. Nakazuje on spadkobiercom wyznaczyć osobę, która będzie wykonywała ich prawa. W piśmiennictwie przyjmuje się natomiast, że art. 1035 n. k.c. znajdują zastosowanie w stosunku wewnętrznym między spadkobiercami, którzy weszli do spółki<sup>40</sup>.

Za dopuszczalnością powołania się przez spadkobiercę lub spadkobierców wstępujących do spółki cywilnej na przepisy spadkowe ograniczające odpowiedzialność za długi spadkowe (art. 1031 § 2 k.c.) w odniesieniu do starych długów spółki cywilnej opowiedziała się część doktryny<sup>41</sup>, ale wyrażany jest także pogląd odmienny, zwłaszcza przez tych autorów, którzy nie traktują wejścia spadkobiercy lub spadkobierców do spółki, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c. jako dziedziczenia<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> J. Gudowski w: G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Komentarz...*, s. 903; A. Herbet, *Spółka...*, s. 429; A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1135; por. J. Ciszewski, *Spółka...*, s. 168, 169.

<sup>41</sup> A. Herbet, *Spółka...*, s. 429; W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 330.

<sup>42</sup> J. Ciszewski, *Spółka...*, s. 170; A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak w: *Kodeks...*, s. 1134; P. Zakrzewski, *Udział spółkowy...*, s. 23.

## 8. Krytyczna ocena rozwiązania zakładającego dziedziczość udziału spółkowego

Opowiedzenie się, jak czyni to część polskiej doktryny, za stanowiskiem przewidującym, że wejście spadkobierców do spółki, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., jest dziedziczeniem udziału spółkowego powoduje, że aktualnie staje się pytanie dotyczące stosowania do wstępujących do spółki cywilnej spadkobierców przepisów prawa spadkowego, a zwłaszcza tych dotyczących wspólności spadku (art. 1035 n. k.c.) i odpowiedzialności za długi spadkowe (art. 1030 zd. 1, art. 1031 § 2 k.c.).

Jeżeli chodzi o pierwszą z podniesionych wątpliwości, to z art. 872 zd. 2–3 k.c. wynika, że przepisy dotyczące zarządu majątkiem spadkowym (art. 1035 w zw. z art. 199, art. 200, art. 201, art. 202, art. 203 k.c.) nie będą miały zastosowania do udziału spółkowego będącego częścią spadku w relacji dziedziczący-spadkobiercy a dotychczasowi wspólnicy, ponieważ są one wyłączone przez przepis szczególny, jakim jest wspomniany art. 872 zd. 2–3 k.c. Jednak, zdaniem niektórych znajdują one zastosowanie w stosunkach wewnętrznych między spadkobiercami, ale pogląd ten nie jest szerzej uzasadniony. Tym niemniej nawet jego przyjęcie nie rozwiązuje kolejnych trudności, jakie są konsekwencją stanowiska zakładającego dziedziczość udziału spółkowego. Dotyczą one dopuszczalności stosowania w stosunkach wewnętrznych między spadkobiercami, którzy weszli do spółki art. 1036 i 1037 k.c. Pierwszy z tych przepisów przewiduje, że spadkobierca może rozporządzić udziałem w przedmiocie należącym do spadku, czyli w udziale spółkowym za zgodą pozostałych spadkobierców. Jest to jednak sprzeczne z założeniami, na których opiera się spółka cywilna. Podobnie odrzucić trzeba zniesienie przez spadkobierców wspólności udziału spółkowego w drodze umowy o częściowy lub całkowity dział spadku lub na mocy orzeczenia sądu (art. 1037 n. k.c.).

O ile w prawie niemieckim odrzuca się stosowanie wobec udziału spółkowego przepisów o wspólności łącznej spadku ze względu na sprzeczność z prawem spółek, to w prawie polskim art. 872 zd. 2–3 k.c. wyłącza wprost ich częściowe zastosowanie, tj. w kwestii zarządu, a niedopuszczalność ich zastosowania w dalszej części, czyli rozporządzania udziałem w przedmiocie spadkowym i działu spadku, należy także wykluczyć ze względu na sprzeczność z prawem spółek. Okoliczność, że wspólność spadku jest w prawie niemieckim objęta wspólnością łączną, a w polskim wspólnością ułamkową nie powoduje, że sygnalizowany

w prawie niemieckim konflikt między prawem spadkowym, a spółkowym nie występuje w prawie polskim, co w negatywnym świetle stawia stanowisko zakładające dziedziczość udziału spółkowego.

Wejście do spółki cywilnej spadkobiercy lub spadkobierców na mocy zastrzeżenia z art. 872 zd. 1 k.c. wywołuje kolejne pytanie, a mianowicie, czy mogą oni powołać się na ograniczenie odpowiedzialności za stare długi spółki cywilnej, które z perspektywy prawa spadkowego są długami spadkowymi. Kwalifikacja wejścia spadkobierców do spółki cywilnej jako dziedziczenia dopuszczałaby stosowanie wobec nich art. 1030 zd. 1, art. 1031 § 2 k.c., co z kolei koliduje z art. 864 k.c., który przewiduje, że za zobowiązania spółki wspólnicy odpowiedzialni są solidarnie i w sposób nieograniczony. Rozstrzygnięcie tego konfliktu przez przyznanie pierwszeństwa regulacji spadkowej jest trudne do zaakceptowania, bo spadkobiercy wstępują w sytuację prawną zmarłego wspólnika, tj. nabywają ściśle związane ze sobą prawa i obowiązki spółkowego (udział spółkowy) zmarłego, w tym także długi spółki, którym towarzyszy nieograniczona odpowiedzialność. Opowiedzenie się za ograniczoną odpowiedzialnością spadkobierców za długi spółki (art. 1030 zd. 1, art. 1031 § 2 k.c.) byłoby sprzeczne z założeniem, że spadkobiercy wchodzi do spółki na miejsce zmarłego wspólnika. Trudno przyjąć, że mielibyśmy z nim do czynienia, gdyby odpowiedzialność spadkobierców za długi spółki byłaby wprawdzie solidarna z dotychczasowymi wspólnikami, ale ograniczona stosownie do art. 1030 zd. 1, art. 1031 § 2 k.c. Ci ostatni byłiby narażeni na ryzyko nieproporcjonalnego do ich majątkowego uczestnictwa w spółce uszczerbku finansowego wskutek działań wierzycieli, zwłaszcza w wypadku, w którym wierzyciele wystąpiliby z roszczeniami wobec ich majątków osobistych. Ograniczenie odpowiedzialności spadkobierców wstępujących do spółki za jej stare i nowe długi, mogłoby okazać się także niekorzystne dla spadkobierców, którzy do spółki nie weszli, ale przyjęli spadek wprost. Pomimo tego, że nie nabyli oni udziału spółkowego i jego wartość nie powiększyła spadku, to obowiązani byłiby odpowiadać za długi spółki wobec jej wierzycieli, które są długami spadkowymi.

Odmienne stanowisko, zgodne z założeniami prawa spółek oznaczałoby, że choć zakłada się dziedziczość udziału spółkowego, to jednak część przepisów prawa spadkowego nie znalazłaby zastosowania, co podważa celowość takiej kwalifikacji wejścia spadkobierców do spółki.

Czy w tej sytuacji można zaadoptować na grunt prawa polskiego, tzw. rozwiązanie spadkowe wypracowane w niemieckiej nauce i doktrynie? Przypomnijmy, zakłada ono, że spadkobiercy zmarłego wspólnika dziedziczą udział spółkowy, ale samo wejście do spółki nie jest sukcesją uniwersalną, ale syngularną, co rozwiązuje problemy wynikłe ze wspólności spadku i choć nie w pełni przekonująco, zakresu odpowiedzialności za (stare) długi spadkowe spadkobierców. Sam udział spółkowy, pomimo że przechodzi na spadkobierców jako oddzielny składnik spadku, jest jednak jego częścią w pewnym wypadkach.

W piśmiennictwie polskim opowiedziano się za zasadnością zaadaptowania na grunt prawa polskiego, ze zmianami, niemieckiego tzw. rozwiązania spadkowego, co w szczególności oznacza, że wejście spadkobierców, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., jest dziedziczeniem udziału spółkowego. W proponowanym ujęciu jest to więc nadal sukcesja uniwersalna, choć udział spółkowy jest wyodrębnionym ze spadku składnikiem<sup>43</sup>.

W mojej ocenie propozycja ta nie rozwiązuje w sposób przekonujący podniesionych wyżej problemów związanych ze stosowaniem przepisów o wspólności spadku, ograniczonej odpowiedzialności spadkobierców za stare długi spadkowe (spółki cywilnej), ale także powołania wykonawcy testamentu, który będzie uprawniony do sprawowania zarządu spadkiem, w tym zarządu udziałem spółkowym<sup>44</sup>. Ponownie powstałby tu konflikt z prawem spółek. Spółka cywilna jest bowiem oparta na więzach osobistych między wspólnikami, a zarządca wyznaczony przez spadkodawcę miałby prawo głosu w spółce bez ich woli i wiedzy.

Kluczowym założeniem niemieckiego tzw. rozwiązania spadkowego jest przyjęcie, że wejście spadkobierców do spółki cywilnej jest dziedziczeniem, ale zmodyfikowanym, a mianowicie takim, w którym sukcesja uniwersalna zostaje zastąpiona przez syngularną, co pozwala uniknąć większości problemów, jakie są wynikiem konfliktu między prawem spółek, a prawem spadkowym. Czy w tym zakresie można przenieść wspomniane wyżej rozwiązanie niemieckie na grunt prawa polskiego?

Odpowiedź jest negatywna ze względu na odmienną regulację dotyczącą zwłaszcza pojęcia spadku w prawie niemieckim i polskim. W prawie niemieckim spadek to w myśl § 1922 ust. 1 BGB majątek, który przechodzi na jedną lub więcej osób (spadkobierców). Zagadnienie

---

<sup>43</sup> W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 325 i n.

<sup>44</sup> Zob. jednak W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 323, przyp. 418 oraz s. 331, przyp. 460.

wymaga dodatkowych studiów, ale wydaje się, że niemiecka definicja spadku jest szersza niż polska, ponieważ polska stanowi jednoznacznie, że pewne prawa i obowiązki przechodzą na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami, co oznacza, iż nie są one częścią spadku (art. 922 § 2 k.c.). Konsekwencją tego jest m.in. to, że w prawie niemieckim przyjmuje się, że przedmiot majątkowy, choć jest składnikiem spadku, to jednak nie przypadnie spadkobiercom w drodze dziedziczenia, które jest przypadkiem sukcesji uniwersalnej, ale na podstawie sukcesji syngularnej na wypadek śmierci. Dotyczy to także udziału spółkowego w spółce cywilnej, o ile strony dokonały stosownego zastrzeżenia<sup>45</sup>. O ile ta ocena jest trafna, to w prawie niemieckim majątek zmarłego jest spadkiem, ale składnik majątkowy może przechodzić na spadkobierców w drodze dziedziczenia, tj. sukcesji uniwersalnej, co jest zasadą, ale wyjątkowo w drodze sukcesji syngularnej, co jednak nie wyklucza zastosowanie niektórych przepisów prawa spadkowego. Ma to, np. miejsce w wypadku udziału spółkowego w kwestii zaspokojenia się wierzycieli spadkowych w oparciu o wartość majątkową, jaką przedstawia udział spółkowy<sup>46</sup>.

W prawie polskim przedmioty przechodzące na oznaczone osoby niezależnie od tego, czy są one spadkobiercami, nie są składnikiem spadku i zawsze przypadają tym osobom w drodze sukcesji syngularnej *mortis causa*. Te przypadki następstwa prawnego nie są uznawane za część prawa spadkowego<sup>47</sup>. Skoro bowiem prawodawca jednoznacznie wyłączył pewne składniki majątkowe ze spadku, to naturalnie należy przyjąć, że nie stosuje się wobec nich przepisów prawa spadkowego. Adaptacji niemieckiej koncepcji tzw. rozwiązania spadkowego na grunt prawa polskiego rozumianej jako zmodyfikowana koncepcja dziedziczenia, w którym sukcesję uniwersalną zastąpi sukcesja syngularna *mortis causa* stoi na przeszkodzie art. 922 § 2 k.c. Szczególne przypadki przejścia pewnych składników majątkowych, np. udziału spółkowego w spółce cywilnej, nie są więc zmodyfikowanym dziedziczeniem<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> K.-H. Gursky, *Erbrecht*, München, 2010, s. 7.

<sup>46</sup> W. Schlüter, *Erbrecht...*, s. 473; H. Brox, W. D. Walker, *Erbrecht...*, s. 442.

<sup>47</sup> J.S. Piątowski, *Prawo...*, s. 39; E. Skowrońska-Bocian, *Prawo...*, s. 15; por. W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 295–296.

<sup>48</sup> Częściowo odmiennie, w szczególności co do udziałów w spółkach osobowych – zob. W. Borysiak, *Dziedziczenie...*, s. 295–296.

## 9. Udział spółkowy jako przedmiot sukcesji syngularnej – propozycja wykładni

Adaptacja na grunt prawa polskiego niemieckiego tzw. rozwiązania spadkowego musi oznaczać ze względu na art. 922 § 2 k.c., że udział spółkowy zmarłego wspólnika przypada jego spadkobiercom w drodze sukcesji syngularnej. Pozwoli to rozwiązać wspomniane wyżej problemy kolizyjne między prawem spadkowym i prawem spółek w ten sposób, że to ostatnie znajdzie pierwszeństwo, tj. art. 864, art. 872 k.c., a art. 1035 n., art. 1030 zd. 1, art. 1031 § 2 k.c. nie będą stosowane. Uczynienie w umowie zastrzeżenia o wejściu spadkobierców do spółki cywilnej na miejsce zmarłego wspólnika wywoła z chwilą śmierci wspomniany skutek z mocy prawa. Kwestią otwartą jest jednak kwalifikacja prawna tego zastrzeżenia umownego, a mianowicie, czy jest ono pewną przesłanką ustawową, z którą ustawa wiąże skutek z chwilą śmierci wspólnika w postaci wejścia jego spadkobierców do spółki, czy dochodzi do nadania udziałowi spółkowemu cechy, dzięki której przypada on w drodze sukcesji syngularnej *mortis causa* określonym w nim spadkobiercom<sup>49</sup>. Słabą stroną tych propozycji jest to, że marginalizują one znaczenie woli stron wyrażonej w zastrzeżeniu umownym, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., co jest sztucznym zabiegiem. Według tej oceny nie tyle bowiem zgodne oświadczenie woli stron wywołuje przewidziany w nim skutek prawny (zob. art. 60 k.c.), ale fakt złożenia oświadczenia woli jest przesłanką, z którą ustawa wiąże pewien skutek niezależnie od jego treści. Tu pojawia się istotna wątpliwość, czy nie mamy w tej sytuacji do czynienia z przejawem woli podobnym do oświadczenia woli, a nie oświadczeniem woli?

Można rozważyć, czy w oparciu o art. 872 zd. 1 k.c., który ma bogatszą regulację niż jego niemiecki odpowiednik, nie poszukiwać jeszcze innych rozwiązań służących wyjaśnieniu natury prawnej zastrzeżenia oraz jej skutków? Możliwość zastrzeżenia, że spadkobiercy wejdą do spółki musi *implicite* oznaczać, że pomimo śmierci wspólnika spółka cywilna będzie trwała nadal, a jej skład osobowy choć zmieni się, to jednak się nie zmniejszy, bo na miejsce zmarłego wspólnika wejdą do spółki jego spadkobiercy (tzw. wspólnik zbiorowy – por. art. 872 zd. 2–3 k.c.). Uczynienie wspomnianego zastrzeżenia powoduje także, że rozliczenie ze spadkobiercami zmarłego wspólnika nie ma miejsca, nawet jeżeli tylko jeden z nich wstąpił do spółki. Można więc rozważyć propozycję

<sup>49</sup> Por. P. Zakrzewski, *Udział spółkowy...*, s. 23 n.



przewidującą, że zastrzeżenie umowne z art. 872 zd. 1 k.c. wywołuje dwa skutki prawne na mocy oświadczeń woli stron, a mianowicie spółka cywilna trwa dalej z wszystkimi lub tylko niektórymi spadkobiercami, którzy zajmują miejsce zmarłego wspólnika, a rozliczenie z wszystkimi spadkobiercami zmarłego wspólnika zostaje wyłączone (art. 871 k.c.). Ma to szczególne znaczenie, gdy na mocy zastrzeżenia tylko niektórzy spadkobiercy wstępują do spółki cywilnej. Pozostali wspólnicy są więc na skutek zastrzeżenia, o którym mowa w art. 872 zd. 1 k.c., zobowiązani do nieczynienia, tj. niedokonywania rozliczeń, których normalnie powinni dokonać na mocy art. 871 k.c.

Natomiast skutek prawny w postaci wejścia spadkobierców do spółki cywilnej nie dokonuje się na mocy dokonanego w umowie spółki zastrzeżenia, ale jest on przewidziany w ustawie jako jego następstwo (art. 56 k.c.). Innymi słowy, zastrzeżenie skutkuje jedynie dalszym trwaniem spółki cywilnej w zmienionym składzie osobowym po śmierci wspólnika oraz wyłączeniem rozliczenia z jego spadkobiercami (art. 871 k.c.), czemu dodatkowo, z mocy ustawy, z chwilą śmierci towarzyszy skutek prawny w postaci wejścia spadkobierców do spółki cywilnej.

Dlatego zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. jest czynnością zobowiązującą, a skutek w postaci rozporządzenia, czyli wejścia spadkobierców do spółki, jest efektem szczególnego przepisu, jakim jest art. 872 zd. 1 k.c.. Tym bardziej zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. nie jest rozrządzeniem (por. art. 941 k.c.). Pomimo, że strony zastrzeżenia są nim związane za życia, to pełne skutki wywoła ono z chwilą śmierci wspólnika. Dlatego zastrzeżenie z art. 872 zd. 1 k.c. można zakwalifikować jako mieszczące się między czynnościami *inter vivos* i *mortis causa*, a mianowicie jako czynności między żyjącymi na wypadek śmierci. W konsekwencji sytuacja prawna wspólników wstępujących do spółki cywilnej nie jest wyznaczona przez prawo spadkowe, zwłaszcza art. 1035 nast., art. 1030 zd. 1 art. 1031 § 2 k.c., ale przez art. 872, art. 864 k.c. i treść zastrzeżenia.

Artykuł 571 k.z.<sup>50</sup>, regulował to samo zagadnienie, które aktualnie normuje art. 872 k.c. Choć oba przepisy różnią się, to art. 872 k.c. stanowi kontynuację art. 571 k.z. Kładł on nacisk na to, że umowa może przewidywać istnienie spółki ze spadkobiercami zmarłego wspólnika, którzy wówczas wstępują do spółki z mocy prawa. Zaprezentowana wykładnia

<sup>50</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. RP Nr 82, poz. 598 ze zm.), dalej: k.z.



art. 872 zd. 1 k.c. nawiązuje więc do treści dawnego art. 571 zd. 1 k.z., co mając na uwadze związek między oboma przepisami, jest zasadne.

## **10. Uwagi końcowe**

Na zakończenie można sformułować następujący wniosek. Choć rozwiązania niemieckie dotyczące losów udziału spółkowego wspólnika spółki cywilnej stanowiły dla polskiego prawodawcy wzór, to jednak ostateczny ich kształt jest inny. Otwiera to drogę do prób sformułowania innych propozycji interpretacyjnych w porównaniu do tych, które wypracowała niemiecka jurysprudencja i orzecznictwo. Wprawdzie są one bardzo cenne, zwłaszcza w części ukazującej konflikt między prawem spadkowym i prawem spółek, ale trudno jest je mechanicznie przenieść na rodzimy grunt ze względu na różny jednak w szczegółach system prawny obu państw.

## **Streszczenie**

Artykuł 872 k.c., który przewiduje wejście spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki cywilnej wywołuje liczne wątpliwości interpretacyjne. Według dominującego stanowiska mamy tu do czynienia z dziedziczeniem udziału spółkowego, czyli sukcesją uniwersalną, co jest jednak trudno zaakceptować z wielu względów. Wywołuje to potrzebę innej oceny klauzuli umownej zawartej w umowie spółki cywilnej przewidującej wejście spadkobierców zmarłego wspólnika do spółki.

Słowa kluczowe: udział spółkowy, śmierć wspólnika, spółka cywilna.

## **Abstract**

Art. 872 of the Civil Code, which permits the heir replacing a partner in a civil partnership after the partner's death causes interpretation doubts. The dominant view assuming succession of a share in a partnership is difficult to accept. This clearly demonstrates the need for a different classification of a clause in the civil partnership agreement than the existing one.

Keywords: share in a partnership, partner's death, civil partnership.

Maria Zaporowska<sup>1</sup>  
Zofia Zaporowska<sup>2</sup>

## Wakuf cmentarny. Zarys problematyki prawnej

### 1. Wprowadzenie

Ziemia, którą przeznaczano dawniej i którą dzisiaj niekiedy przeznaczają na wiejskie cmentarze wyznaniowe, przekazywana była i jest kościołom lub innym związkom religijnym nierzadko na podstawie umowy darowizny albo rozrządzenia testamentowego. Interesującą nie tylko dla cywilisty jest doniosłość prawna motywu dokonania darowizny lub rozrządzenia *mortis causa* nieruchomością z przeznaczeniem na założenie cmentarza. *De lege lata* chyba jedynym instrumentem prawnym, który może być wykorzystany w celu zapewnienia realizacji takiej woli darczyńcy albo spadkodawcy jest polecenie, czyli włożenie na obdarowanego albo spadkobiercę (zapisobiercę) obowiązku oznaczonego działania (art. 893 i 982 k.c.). Osobną kwestią jest to, że wykorzystanie darowanej ziemi na cmentarz uzależnione jest dzisiaj nie tylko od postawy obdarowanego albo spadkobiercy, ale i od spełnienia wymogów określonych przez przepisy dotyczące zakładania cmentarzy.

Interesującą z różnych względów jest możliwość przeznaczenia w Polsce ziemi na cmentarz muzułmański także poprzez ustanowienie wakufu.

Jest to bez wątpienia wyjątkowa w naszym porządku prawnym instytucja prawna, chyba niestanowiąca dotąd przedmiotu szerszego zainteresowania polskich prawników, nie tylko cywilistów. A przecież jest ona od dawna obecna w ustawodawstwie obowiązującym w Polsce i do dzisiaj określa status części nieruchomości w naszym kraju położonych<sup>3</sup>. Nie jest

---

<sup>1</sup> Mgr, Wrocław.

<sup>2</sup> Mgr, Wrocław.

<sup>3</sup> Na przykład w informacji dotyczącej muzułmańskiej gminy w Kruszynianach podano, że posiada ona „meczec drewniany, cmentarz, dom funduszowy, działka

ich wiele, ale przemiany polityczne, w tym będąca ich konsekwencją naturalna migracja ludności, choćby tylko w granicach Unii Europejskiej, może spowodować szersze wykorzystywanie wakufu dla kreowania instytucji religijno-oświatowych i dobroczynnych, w tym także cmentarzy dla zmarłych u nas wyznawców islamu, wywodzących się już nie tylko z polskich Tatarów<sup>4</sup>.

---

(tzw. ziemia wakufowa) 35,89 ha”, *Muzułmańskie gminy wyznaniowe w Polsce MZR w RP*, <http://www.mzr.pl/gminy/index.php?id=14.htm> (tu i w odniesieniu do pozostałych – poza jedną posiadającą odrębne wskazanie – powołanych przez nas publikacji elektronicznych dostęp w dniu 15 grudnia 2015 r.). Zob. ponadto Ł.R. Węda, [Mizar], <http://www.studzianka.pl/tatarzy/mizar.htm>

<sup>4</sup> Członkami Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej są głównie, choć nie wyłącznie (zob. np. wykaz imamów w gminach Związku, *Imamowie*, <http://www.mzr.pl/pl/info.php?id=15>), polscy Tatarzy zamieszkujący na terytorium naszego kraju od ponad sześciuset lat. Określa się ich liczbę, kierując się szacunkiem organizacji mniejszościowych, na około 4000–5000 osób, skupionych nie tylko w rdzennych koloniach tatarskich na Białostocczyźnie: w Bohonikach i Kruszynianach, ale także w Białymstoku, Sokółce, Suwałkach i Dąbrowie Białostockiej; niewielkie ich skupiska znajdują się natomiast „w Elblągu, Gdańsku, Szczecinie i Szczecinku, we Wrocławiu, Wałbrzychu, Bydgoszczy, Oleśnicy, Gorzowie Wielkopolskim i Trzciance”, M. Giedrojć, M. Mieczkowska, J. Mieczkowski, *Stosunki wyznaniowe i etniczne w Polsce. Zagadnienia wybrane*, Szczecin 2003, s. 313. O obniżeniu liczby muzułman w Polsce po II wojnie światowej do 1/3 wspominają W. Wysoczański, *Prawo wewnętrzne nierzymskokatolickich kościołów i wyznań w PRL*, Warszawa 1971, s. 268; W. Wysoczański, M. Pietrzak, *Prawo kościołów i związków wyznaniowych nierzymskokatolickich w Polsce*, Warszawa 1997, s. 381. Zob. także J. Dziobek-Romański, *Uznanie niechrześcijańskich związków religijnych o ustawowo uregulowanej sytuacji w latach 1919-1980*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” t. 6, s. 42 i n. Ale od pewnego czasu członkami tego Związku są również muzułmanie wywodzący się głównie z krajów arabskich. Ucieranie się tradycji islamskich: tatarskiej i arabskich, nie odbywa się bezkonfliktowo, ale nie są to przeciwieństwa na tyle znaczące, aby Związek nie zachował charakteru otwartej religijnej wspólnoty, choć chyba znacząca część wyznawców islamu, którzy przybyli do Polski w ostatnich dziesięcioleciach, skupionych jest także w innych, zarejestrowanych w naszym kraju, islamskich związkach religijnych, czy niekiedy religijno-społecznych. Dodajmy, że w „1987 r. został zarejestrowany Komitet Ambasadorów Krajów Muzułmańskich do pomocy Muzułmanom Polskim, w skład którego weszli przedstawiciele państw: Egiptu, Turcji, Indonezji, Maroka, Malezji, Algierii” (M. Giedrojć, M. Mieczkowska, J. Mieczkowski, *Stosunki wyznaniowe...*, s. 314), który, prócz Ligi Świata Muzułmańskiego z Arabii Saudyjskiej oraz wielkiego muftiego Libanu, wspierał budowę meczetu w Gdańsku (S. Chazbijewicz, *Tatarzy w Gdańsku i na Pomorzu Gdańskim po roku 1945*, „Przegląd Tatarski” 2009, nr 1, s. 6, <http://www.mzr.pl/pl/pt/pt1.pdf>).

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy z 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>5</sup> nieruchomości „miejskiej lub wiejskiej, darowanej albo zapisanej rozporządzeniem ostatniej woli na cele religijno-oświatowe lub dobroczynne Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej i przez Związek przyjętej, mogą być nadane cechy wakufa na podstawie uchwały właściwych władz i organów Związku, zatwierdzonej przez Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych”. Nadanie cechy wakufu przez władze religijne oraz jego późniejsze zatwierdzenie przez właściwego ministra wywołuje doniosłe skutki prawne: w art. 44 ust. 1 ustawy postanowiono bowiem, że nieruchomość, „której nadano cechy wakufa, stanowi majątek Muzułmańskiego Związku Religijnego, jako całości, nie podlegający zasiedzeniu, obciążeniu, zajęciu, sprzedaży z licytacji i wszelkiej aljenacji, z wyjątkiem zamiany na inny majątek nieruchomy, dokonanej za zgodą Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych”.

## **2. Korzenie idei wakufów**

Refleksje istotne dla prawników chcemy poprzedzić krótkim przywołaniem podstawowych informacji o nie tylko religijnych korzeniach tej starej instytucji. Także dlatego, że unormowania wakufów zawarte są we współczesnym porządku prawnym wielu, w tym również posiadających bardzo liczną ludność krajów muzułmańskich, gdzie trzon prawa stanowi szariat. Ale jest wakuf również instytucją doniosłą dla muzułman żyjących w krajach, w których muzułmanie stanowią, choćby kilkusetmilionową, mniejszość, np. w Indiach<sup>6</sup>.

Jak dotąd najszersze przedstawienie instytucji wakufu zawarł we współczesnym polskim piśmiennictwie prawniczym, w pionierskiej pracy, S.W. Witkowski. Nie dotyczy ona jednak unormowania tej instytucji w prawie polskim, lecz przedstawia ją, jej rodowód i charakter w prawie muzułmańskim.

---

<sup>5</sup> Ustawa z 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 30, poz. 240 ze zm.), dalej: ustawa.

<sup>6</sup> S.W. Witkowski, *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego. Wybrane instytucje*, Warszawa 2009, s. 178 i przyp. 8.

Wakuf, nazywany przez autora, dokonującego transkrypcji arabskiego wyrazu oraz po spolszczeniu, łakf'em, wskazuje on jako jeden z sześciu rodzajów darowizny, o charytatywnym lub pobożnym charakterze, którego przedmiotem jest tylko dobro trwałe, co zdaniem części badaczy odróżnia wakuf przede wszystkim od jałmużny (zakat, sadaka)<sup>7</sup>, która może i chyba głównie dotyczy, oczywiście poza pieniędzmi, dóbr nietrwałych, konsumpcyjnych<sup>8</sup>. Wakuf nie jest instytucją wspomnianą w Koranie. Mowa jest o nim natomiast w hadisie Ibn Umara, czyli w jednej z opowieści przytaczającej wypowiedź proroka Muhammada (zwanego w Polsce przez większość niemuzułman Mahometem), jego czyn lub milczącą aprobatę. Prawne znaczenie hadisów wyraża się w tym, iż tworzą one sunnę, czyli „najważniejsze po Koranie źródło muzułmańskiego prawa szariatu”<sup>9</sup>.

We wspomnianym hadisie Ibn Umar relacjonował, że gdy Umar ibn al-Chattab uzyskał ziemię w Chajbarze „udał się do Proroka po radę mówiąc: (...) Uzyskałem ziemię w Chajbarze bardziej wartościową niż wszystkie dotychczas. Co mam czynić? Na to odpowiedział mu Prorok: Jeśli chcesz, uczynj ją niezbywalną i przekaz zysk z niej na cele charytatywne”<sup>10</sup>.

Choć wakuf postrzegany jest jako instytucja wywodząca się z islamu, należy przypuszczać, że jej rodowód wiąże się „z wieloma charytatywnymi fundacjami stworzonymi przez Bizancjum i zarządzanymi przez chrześcijańskich biskupów”<sup>11</sup>, z którymi Arabowie zetknęli się na

---

<sup>7</sup> Choć chyba częściej uważa się, że łakf jest jednak jedną z form jałmużny, zob. S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 176 przyp. 100.

<sup>8</sup> S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 154 i 176 przyp. 100.

<sup>9</sup> *Hadis*, <http://pl.wikipedia.org/wiki/Hadis> W § 1 pkt 6 obowiązującego statutu Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej ([http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tKwraeUhgEMJ:www.kruszyniany.com.pl/upload/pliki/STATUT\\_MZR\\_w\\_RP\\_-\\_w.1.doc+&cd=5&hl=pl&ct=clnk&gl=at](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tKwraeUhgEMJ:www.kruszyniany.com.pl/upload/pliki/STATUT_MZR_w_RP_-_w.1.doc+&cd=5&hl=pl&ct=clnk&gl=at)) postanowiono, że podstawą „przepisów religijnych jest Koran i Sunna”, natomiast w jego § 25 pkt 1 stwierdzono, że „do kompetencji Najwyższego Kolegium MZR należą wszelkie sprawy niezastrzeżone do kompetencji innych organów, a w szczególności [...] rozstrzyganie spraw wyznaniowych, dotyczących zasad nauki islamu oraz praktyk religijnych, aby przebiegały w zgodzie z zasadami Koranu i Sunny”.

<sup>10</sup> S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 177.

<sup>11</sup> W przekazach encyklopedycznych wakuf nierzadko traktowany jest właśnie jako fundacja. Zob. *Wakuf*, <http://pl.wikipedia.org/wiki/Wakuf>; *Wakuf*, <http://www.naukowy.pl/encyklopedia/Wakuf>: „Przyjęty wakuf staje się częścią majątku fundacji powołanej dla realizacji celów określonych przez darczyńcę lub testatora. Nieruchomość, której nadano cechy wakufu staje się rzeczą wyłączoną spoza obrotu – nie podlega

podbitych przez siebie terenach<sup>12</sup>. Jak widać zapożyczyli oni od chrześcijan nie tylko ideę różańca, bez którego pobożny muzułmanin nie wyjdzie z domu oraz „zakochali się” nie tylko w wieży kościelnej, przekształconej przez nich w minaret, prawie nieodłączny element architektury meczetu.

---

zasiedzeniu, zbyciu, ani egzekucji, o czym czyni się wzmiankę w księdze wieczystej”. Ponadto zob. *Wakuf*, [http://de.academic.ru/dic.nsf/konversations\\_lexikon/78571/Wakuf](http://de.academic.ru/dic.nsf/konversations_lexikon/78571/Wakuf); *Wakuf*, <http://www.peter-hug.ch/lexikon/wakuf>, a także M. Weber, *Economia y sociedad*, s. 912, <http://books.google.pl/books?id=i70Lx1RU8AsC&pg=PA912&lpg=PA912&dq=wakuf&source=bl&ots=oNos0x3Nfz&sig=bYeOTGH7JLiOIVB7tsn6z8LUsIM&hl=pl#>, choć istota wakufu w znaczący sposób odbiega od statusu fundacji w naszym prawie. Także P. Borecki określa wakuf *expressis verbis* jako muzułmańską fundację religijną (*Polożenie prawne wyznawców islamu w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 1, s. 81, przyp. 30). Poprawne jest natomiast wskazywanie, tak jak to czyni S.W. Witkowski (*Wprowadzenie...*, s. 178–179), na podobieństwo wakufu z fundacjami, w szczególności co do trwałego przeznaczenia nieruchomości na cel tożsamy niektórym celom, o których mowa w art. 1 ustawy z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. z 2016 r., poz. 40).

<sup>12</sup> S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 177. Interesującą jest obserwacja, że we współczesnej Turcji instytucja wakufu służy do normowania sytuacji prawnej także niemuzułmańskich związków religijnych. Wskazuje na to opublikowana na łamach „Przeglądu Prawosławnego Ortodoxia” wypowiedź Bartolomeusza I, patriarchy Konstantynopola: «kraj, który chce być demokratyczny, musi przestrzegać praw mniejszości. Zgodnie z konstytucją Turcji obywatele tureccy, niezależnie od wiary, narodowości czy języka, są równi wobec prawa. Niestety, teoria nie przekłada się na praktykę. Na przykład inny statut organizacji charytatywnych obowiązuje muzułmanów, inny wspólnoty mniejszościowe. Patriarchat oficjalnie jest traktowany jako „instytucja filantropijna” (po turecku wakuf), zarządzająca sierocińcem na wyspie Książąt. Wszystkie inne instytucje prawosławne Stambułu, zarówno szkoły jak i fundacje charytatywne, są także niezależnymi wakufami, zarządzanymi przez administratorów wybranych przez członków greckiej wspólnoty miasta. Ale, zauważył patriarcha, te instytucje zależą od władz, które w każdej chwili mogą odwołać administratorów i sparaliżować ich działalność», A. Matreńczyk, *Grecja. Patriarchat a władze Turcji*, [http://www.przegladprawoslawny.pl/news.php?id\\_n=30&id=3](http://www.przegladprawoslawny.pl/news.php?id_n=30&id=3) Por. J. Mazurkiewicz, *Non omnis moriar. Ochrona dóbr osobistych zmarłego w prawie polskim*, Wrocław 2010, s. 600, przyp. 2338, gdzie informacja o chyba tureckim wakufie, ustanowionym w miejscu domniemanego spoczynku korpusu zwłok króla Władysława Warneńczyka, utożsamianego w ludowym, przede wszystkim bułgarskim i prawosławnym, przekazie ze świętym Janem Chrzcicielem, poważanym także przez wyznawców islamu. Zob. również interesującą, a przede wszystkim solidną i wyśmienicie napisaną monografię J. Grzegorzewskiego, *Grób Warneńczyka. Badania autentyczności grobu przy 4-kilometrze pobojowiska warneńskiego z d. 10-go listopada 1444 r.*, Kraków 1911, s. 36 i n.



### 3. Wokół dysput muzułmańskich prawników

W artykule przeznaczonym głównie dla prawników należy wspomnieć, że różne muzułmańskie szkoły prawnicze nierzadko odmiennie postrzegają prawnorzeczowe aspekty wakufu. Na przykład szkoła malikicka stoi na stanowisku, że właściciel, a nawet jego spadkobiercy, zachowują prawo własności rzeczy oddanej jako wakuf, natomiast idea wakufu realizuje się w tym, że przeznaczane są na cele, dla których ustanowiono wakuf, korzyści czerpane z darowanego przedmiotu. Przeważającym wydaje się być jednak pogląd „zaproponowany przez uczniów Abu Hanifa i zaakceptowany przez szkołę hanaficką. Łakf [czyli, przypomnijmy, wakuf – M.Z i Z.Z.] oznacza przeznaczenie określonego przedmiotu w taki sposób, że zostaje on podporządkowany zasadom dotyczącym świętej własności, przy równoczesnym wygaśnięciu wszelkich praw dotychczasowego właściciela. Staje się on własnością Boga, którego stworzenia czerpią z danego przedmiotu korzyści”<sup>13</sup>. Interesujące są także inne religijne i prawne<sup>14</sup> konteksty oraz aspekty tej

---

<sup>13</sup> S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 177; por. opublikowane na łamach „Przeglądu Prawosławnego Ortodoxia” informacje o innej postaci wakufu, na terytorium Palestyny, w czasach Imperium Otomańskiego, M. Bołtryk, *W prawosławnych rękach. Wywiad z siostrą Marią*, [http://www.przegladprawoslawny.pl/articles.php?id\\_n=213&id=8](http://www.przegladprawoslawny.pl/articles.php?id_n=213&id=8) Zob. *Waqf*, <http://encyclopedia2.thefreedictionary.com/Waqf>; *Wakuf*, <http://www.peter-hug.ch/lexikon/wakuf>

<sup>14</sup> Przytoczmy tu sformułowaną przed II wojną światową wypowiedź J. Sawickiego, który określa wakuf, jako specyficzną instytucję „prawną muzułmańską”, której przedmiotem są „nieruchomości, pochodzące z daru lub legatu, niepozbywalne, przeznaczone wyłącznie na cele religijnooświatowe lub dobroczynne” (*Studia nad położeniem prawnym mniejszości religijnych w państwie polskim*, Warszawa 1937, s. 194). Po przedstawieniu „szeregu przywilejów”, w które ustawa „wyposaża wakufy”, autor zwraca uwagę, iż jak „widać z powyższego, wakufy można by porównać w pewnej mierze z instytucją fundacyj dla celów wyznaniowych, z tą jednakże różnicą, że wakuf w Polsce nie posiada odrębnej osobowości prawnej i że podlega w przedmiocie administracji i zużycia dochodów nadzorowi właściwych organów związku religijnego, a nie państwowej władzy fundacyjnej, oraz że przywileje służące wakufom, są o wiele szersze, aniżeli przywileje nadawane przez ustawodawstwo polskie (i zaborcze, do dziś jeszcze obowiązujące) fundacjom”. Podobieństwo wakufów z fundacjami jest więc oczywiste, wiąże się przede wszystkim z przekazaniem, pod tytułem darmym, określonego mienia na cele, które mieszczą się w sferze tych, dla których ustanawiane są fundacje. Ale też różnice są znaczące: wakuf nie tylko nie posiada, o czym wspomina J. Sawicki, osobowości prawnej, ale wiąże się on ze statusem wyłącznie wakufowej nieruchomości.



szczególnej instytucji, na pozór wąsko konfesyjnej, ale przecież takiej, u której podstaw legło szlachetne, więc uniwersalne przesłanie<sup>15</sup>.

#### 4. Wymogi powstania wakufu w Polsce

Przytoczony na wstępie przepis, zawarty w art. 43 ust. 1 ustawy, dotyczy każdej („miejskiej lub wiejskiej”) nieruchomości, która w umowie darowizny albo w testamencie została przekazana Muzułmańskiemu Związкови Religijnemu w Rzeczypospolitej Polskiej (dalej nazywanemu tu także Związkiem), wyłącznie na realizowane przez ten Związek cele religijno-oświatowe<sup>16</sup> lub dobroczynne. Warunkiem poprzedzającym uzyskanie przez taką nieruchomość cech wakufu jest najpierw przyjęcie jej przez Związek, a dopiero następnie nadanie jej cech wakufu na podstawie uchwały właściwych władz i organów Związku, przy

---

<sup>15</sup> Dodajmy jeszcze, że przy ustanawianiu wakufu nie jest wymagana szczególna forma. Z określeniem zaś celu łączy się wskazanie tego, kto będzie miał prawo korzystania z przedmiotu wakufu, możliwe jest także wskazanie administratora wakufu (mutałali), przy czym może być nim sam darczyńca, choć różni się w tej kwestii prawnicy sunnicy (ci ostatni także między sobą) od szyickich. Na administratorze wakufu ciąży obowiązek będący konglomeratem nakazów prawnych, moralnych i religijnych, uważa się bowiem, że jest on tylko sługą Boga, choć jest za swą pracę wynagradzany. Mutalałi musi być osobą dorosłą i zdrową psychicznie, ale nie musi być muzułmaninem. Gdy wakuf został dokonany za życia, a darczyńca (zwany, po spolszczeniu, łakif'em) inaczej nie postanowił, wtedy, w chwili śmierci darczyńcy, „mutalałi powinien zostać odwołany”, a jego następcę „powołuje sędzia (kadi), przy czym w pierwszej kolejności powinni być to krewni łakifa” (S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 178). Wakuf «może być ustanowiony dla celów uznanych przez islam. Wskazówki co do tych celów znajdują się w Koranie: „(...) Lecz prawdziwie pobożny jest: kto wierzy w Boga i w Dzień Ostatni; w aniołów, w Księgę i w proroków; i ten, kto rozdaje majątek – mimo umiłowania go – bliskim krewnym, sierotom, i biedakom, podróżnemu i żebrzącym, i na wykup niewolników; i ten, kto odprawia jałmużnę; (...)”. Wers ten pokazuje, że celem łakfu może być pomoc najbliższemu, czyli rodzinie. Z tej grupy wyłączone jest, za wyjątkiem poglądów szkoły hanafickiej, łakif. Ponadto jest w nim zawarty nakaz rozdania majątku innym nieznanym, a potrzebującym ludziom. Zalicza się tutaj dary na rzecz szpitali, szkół, uniwersytetów i innych instytucji powszechnego użytku. Warunkiem ustanowienia łakfu nie musi być ubóstwo beneficjentów, jest to tylko jedna z przesłanek. Nie wolno też zapominać o datkach na rzecz wiary i Boga, na przykład o łożeniu na utrzymanie meczetów» (S.W. Witkowski, *Wprowadzenie...*, s. 178).

<sup>16</sup> W okresie międzywojnia, ale prawdopodobnie także wcześniej, celem wakufu mogło być także dostarczanie środków utrzymania duchownym muzułmańskim. „Muzułmański Związek Religijny utrzymywał się ze składek członkowskich i dotacji państwowych. Imamowie i ich pomocnicy muezzini utrzymywali się dodatkowo z ziemi przy meczecie zwanej wakuf”, zob. *Historia Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, <http://www.mzr.pl/pl/info.php?id=8>

czym uchwała ta musi zostać zatwierdzona, zgodnie z nazewnictwem obowiązującym w czasach uchwalenia ustawy, przez „Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych”.

Zatwierdzanie wakufu dokonywane winno być obecnie przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w porozumieniu z Ministrem Finansów oraz Ministrem Rolnictwa i Rozwoju Wsi; właściwość dwóch ostatnich ministrów wydaje się oczywista, natomiast zakres kompetencji dotyczących kościołów i związków wyznaniowych, należącej w II RP do Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego, należy obecnie do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Cechą szczególną, w istocie już przed jego powstaniem charakteryzującą specyfikę instytucji wakufu, jest to, że zgodnie z art. 43 ust. 2 ustawy niemożliwe jest nadanie statusu wakufu nieruchomości, choćby darowanej albo zapisanej rozporządzeniem ostatniej woli, na cele religijno-oświatowe lub dobroczynne Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej i przez Związek przyjętej, jeżeli jest ona obciążona hipotecznie („Nieruchomość, obciążona hipotecznie, nie może być przyjęta jako wakuf”)<sup>17</sup>.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy złożenie oferty darowizny albo rozrządzenie *mortis causa* nieruchomości na realizowane przez Związek cele religijno-oświatowe lub dobroczynne, wymaga – w celu stworzenia wakufu – najpierw jej przyjęcia przez Związek, a potem nadanie statusu wakufu na podstawie uchwały właściwych władz i organów Związku.

Doniosłe jest więc wskazanie, kto może w imieniu Związku dokonać samego przyjęcia darowanej lub przekazanej przez spadkodawcę nieruchomości oraz ustalenie o uchwały jakich władz i organów Związku

---

<sup>17</sup> Nie do końca oczywiste jest jednak, co oznacza wymóg, by nieruchomość, która ma być przyjęta jako wakuf, tzn. której mają być nadane cechy wakufu, nie była obciążoną hipotecznie. Ale wydaje się pewne, że ustawodawca użył takiego określenia nie mając na względzie wyłącznie obciążenia nieruchomości hipoteką, lecz jakimkolwiek *sensu largo* prawami (uprawnieniami), które mogły znaleźć odzwierciedlenie w treści księgi dawniej hipotecznej (gruntowej), dziś zaś mogą być ujawnione w księdze wieczystej tej nieruchomości. Dodajmy, że ze sformułowania zawartego w art. 43 ust. 2 ustawy nie wynika jednak niedopuszczalność dokonywania darowizny albo rozporządzeń testamentowych obejmujących obciążone hipotecznie nieruchomości na rzecz Związku, w tym także takich, które zgodnie z wolą darczyńcy lub spadkodawcy miałyby być przekazane Związkowi na cele religijno-oświatowe lub dobroczynne. Tyle tylko, że po ich przyjęciu niemożliwe jest nadanie im, gdy są (inaczej: dopóki są) obciążone hipotecznie, statusu wakufu.

chodzi w postanowieniu dotyczącym samego nadania (przyjętej już nieruchomości) cech wakufu.

Sytuacja prawna jest w tej kwestii nieco skomplikowana, gdy się weźmie pod uwagę przepisy obowiązującej dalej ustawy w świetle obowiązującego obecnie statutu Związku<sup>18</sup>.

W tym artykule ograniczymy się jednak do przedstawienia najdonioślejszego, zważywszy rangę prawną, postanowienia zawartego w od art. 36 ustawy, zgodnie z którym do „działań prawnych imieniem Muzułmańskiego Związku Religijnego i jego poszczególnych gmin wyznaniowych powołany jest Mufti, który w sprawach, wymagających uchwały Najwyższego Kolegium Muzułmańskiego, występuje na podstawie tej uchwały”. W świetle tego przepisu wydaje się nie ulegać wątpliwości, że organem Związku, o którym mowa w art. 43 ust. 1 ustawy i którego uchwała jest niezbędna, choć niewystarczająca do nadania przyjętej nieruchomości cech wakufu, jest mufti. Rzecz jednak w tym, że oświadczenie muftiego nie może mieć postaci uchwały, o czym mowa w art. 43 ust. 1 ustawy, jego stanowisko jest bowiem jednoosobowe i to w konstrukcji prawnej, która nie uprawnia do porównań z jednoosobowym zarządem np. spółki handlowej czy fundacji. Nie przeceniamy wagi tego zastrzeżenia uznając, że w świetle ustawy do nadania cech wakufu konieczne jest odpowiednie oświadczenie muftiego i chyba, choć to z art. 43 ust. 1 ustawy jasno nie wynika, także uchwała Najwyższego Kolegium Muzułmańskiego, które, w świetle ustawy, lecz nie w świetle statutu, jest organem pomocniczym muftiego w zarządzaniu sprawami Związku i składa się z muftiego, „jako przewodniczącego, oraz czterech członków: dwóch duchownych i dwóch świeckich” (art. 10 ust. 1 ustawy).

Wątpliwości budzi natomiast to, że w art. 43 ust. 1 ustawy mowa jest o nadaniu nieruchomości cech wakufu na podstawie uchwały, czyli jednej, wspólnej uchwały także właściwych władz, a nie tylko organów Związku. Pomocnym w wyjaśnieniu tego zagadnienia może być art. 3 ustawy, zgodnie z którym zwierzchnią „władzę w Muzułmańskim Związku Religijnym w Rzeczypospolitej Polskiej [...] sprawuje Mufti Muzułmański w Rzeczypospolitej Polskiej z pomocą Najwyższego Kolegium Muzułmańskiego”, z czego wynika być może zasadny wniosek, że władzą Związku, w świetle ustawy, jest mufti będący również organem Związku, gdy Najwyższe Kolegium Muzułmańskie ma charakter

---

<sup>18</sup> Zob. <http://www.mzr.pl/pl/info.php?id=7>

władczy (a może *quasi*-władczy?), ale nie jest, w świetle tej samej ustawy, organem Związku, jeśli jest instytucją pomocniczą dla muftiego sprawującego zwierzchnią władzę w Związku.

Jednak próba ustalenia innych, poza muftim i Najwyższym Kolegium Muzułmańskim, władz Związku uprawnionych w świetle ustawy do nadania darowanej albo przekazanej w testamencie nieruchomości cech wakufu, jest kłopotliwa. Wchodzi tu w rachubę już tylko Wszechpolski Kongres Muzułmański, który składa się z delegatów wybranych na ogólnych zebraniach członków muzulmańskich gmin wyznaniowych, oraz z wszystkich członków Najwyższego Kolegium Muzułmańskiego, a który to Kongres nie jest oczywiście organem stałym, lecz zbiera się co jakiś czas, nie rzadziej niż raz na pięć lat (art. 12 ust. 1 ustawy), co bardzo utrudniałoby sprawne nadawanie nieruchomościom cech wakufu. Wydaje się więc nie ulegać wątpliwości, mimo sformułowań zawartych w art. 43 ust. 1 ustawy, że w świetle ustawy władzami i organami uprawnionymi do nadania tych cech darowanej albo przekazanej testamentem nieruchomości jest mufti, działający w tym zakresie na podstawie uchwały Najwyższego Kolegium Muzułmańskiego. Wymóg uchwały tego Kolegium wydaje się jasno wynikać z tego samego art. 43 ust. 1 ustawy, gdzie mowa jest, powtórzmy, o nadaniu takich cech na podstawie uchwały „właściwych władz i organów Związku”.

Uważamy, że przedstawione uwagi dotyczące uprawnienia do nadania nieruchomości cech wakufu odnoszą się, mimo milczenia samej ustawy, także do wcześniejszego od nadania tych cech, przyjęcia przez Związek darowanej lub przekazanej w testamencie nieruchomości, a także jej późniejszej, oczywiście już po nadaniu cech wakufu, ewentualnej zamiany „na inny majątek nieruchomy”.

Przedstawiona wykładnia przepisów ustawy wymaga jednak konfrontacji z nierzadko odmiennymi niż zawarte w ustawie przepisami uchwalonego 28 lutego 2009 r. w Białymstoku, przez XVII Nadzwyczajny Wszechpolski Kongres Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej, nowego statutu tego Związku. Przedstawiłyśmy ją szerzej w innym miejscu<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Zob. M. Zaporowska, Z. Zaporowska, *Wakuf w prawie polskim (część II)*, „Rejent” 2011, nr 9, w szczególności s. 96 i n. oraz s. 92; M. Zaporowska, Z. Zaporowska, *Wakuf w prawie polskim (część I)*, „Rejent” 2011, nr 7–8, s. 148 i n.

## **5. Cel wakufu**

Zgodnie z art. 43 ust. 3 ustawy uchwały właściwych władz i organów Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej „w sprawie nadania nieruchomości cech wakufu winny zawierać szczegółowe określenie celu, na który dana nieruchomość ma być przeznaczona, oraz ustalać sposób zarządzania tą nieruchomością”.

Nie ulega wątpliwości, że szczegółowe określenie we wspomnianych uchwałach celu, na który dana nieruchomość ma być przeznaczona, musi mieścić się w sferze celów religijno-oświatowych lub dobroczynnych Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Nie mogą być to więc inne cele, choćby nawet cele religijno-oświatowe lub dobroczynne, ale nierealizowane przez ten Związek. Nie ulega oczywiście wątpliwości, że wśród celów religijnych, na które może być przeznaczona wakufowa nieruchomość, znajduje się także założenie cmentarza dla muzułman.

Dodajmy, że ustawa wymaga tylko tego, aby nieruchomość, której mogą być nadane cechy wakufu, była darowana albo zapisana rozporządzeniem ostatniej woli na cele religijno-oświatowe lub dobroczynne Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej, nie przewiduje jednak, aby darczyńca, czy spadkodawca szczegółowo określał cel, na który nieruchomość ma być przeznaczona. Z tego jednak nie wynika, że darczyńca albo spadkodawca nie mogą celu tego sprecyzować. Tyle, że ustawa wyraźnie przewiduje, iż do kompetencji właściwych władz i organów Związku należy sprecyzowanie tego celu. Z czego wynika, że te władze i organy mogą ten cel określić odmiennie od szczegółowego celu wskazanego przez darczyńcę albo spadkodawcę, mogą też cel ten, jeśli był ujęty przez donatora czy spadkodawcę ogólnie, sprecyzować. Ale w świetle unormowań dotyczących instytucji obu poleceń (w szczególności art. 894 i art. 985 k.c.) możliwe jest sięgnięcie po instrumenty prawne, które mogą zmierzać ku spełnieniu życzenia darczyńcy czy spadkodawcy, aby przekazana nieruchomość została przeznaczona np. na cmentarz dla muzułman.

## **6. Unikalne cechy prawne wakufu**

Zanim uwypuklimy istotne konsekwencje prawne uzyskania przez nieruchomość cech wakufu konieczne jest przytoczenie doniosłego postanowienia zawartego w art. 43 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym o „nadaniu nieruchomości cech wakufa czyni się wzmiankę hipoteczną”.

Ujawnienie w księdze wieczystej nadania nieruchomości cech wakufu świadczy o prawnej doniosłości tej cechy, umożliwia też, a przynajmniej powinno umożliwiać, łatwy dostęp do informacji o tym statusie wakufowej nieruchomości.

Jednak najdonioślejsze, przywołane już wcześniej cechy prywatnoprawne wakufu określone są we wskazanym już art. 44 ust. 1 ustawy. Powtórzmy, że zgodnie z nim nieruchomość, „której nadano cechy wakufa, stanowi majątek Muzułmańskiego Związku Religijnego, jako całości, nie podlegający zasiedzeniu, obciążeniu, zajęciu, sprzedaży z licytacji i wszelkiej aljenacji, z wyjątkiem zamiany na inny majątek nieruchomości, dokonanej za zgodą Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych”.

Status majątkowy nieruchomości, której nadano cechy wakufu wiąże ją nie z określoną muzułmańską gminą wyznaniową, z których każda posiada osobowość prawną, stanowi ona bowiem własność Muzułmańskiego Związku Religijnego<sup>20</sup>, który również, „jako całość”, posiada osobowość prawną. To oczywiście przesądza przede wszystkim o kompetentnych władzach i organach, które uprawnione są do podejmowania decyzji dotyczącej nieruchomości, której nadano cechy wakufu, tyle, że jak już była o tym mowa, zarówno do działań prawnych „imieniem Muzułmańskiego Związku Religijnego i jego poszczególnych gmin wyznaniowych powołany jest” zawsze mufti (art. 36 ustawy), choć odmienne jest postanowienie § 25 pkt 16 statutu Związku<sup>21</sup>.

Wskazany w art. 44 ust. 1 ustawy status nieruchomości, której nadano cechy wakufu, jest szczególny, także przez porównanie z tymi postanowieniami ustawy, zgodnie z którymi, zarówno Muzułmański Związek Religijny w RP, jak i poszczególne muzułmańskie gminy wyznaniowe „mogą w granicach obowiązujących przepisów prawnych posiadać, obciążać, zbywać i nabywać majątek ruchomy i nieruchomy, zarządzać nim i rozporządzać dla swych celów wyznaniowych i dobroczynnych” (art. 35 ustawy), przy czym pozbycie, „obciążenie, zamiana lub zmiana przeznaczenia nieruchomego majątku wymaga zgody wojewody, właściwego ze względu na położenie majątku” (art. 37 ustawy).

---

<sup>20</sup> Zob. *Shūzēbnōsh gruntuwa*, [http://www.agoradom.pl/Sluzebnosc\\_gruntuwa.php](http://www.agoradom.pl/Sluzebnosc_gruntuwa.php) (dostęp w dniu 15 marca 2015 r.).

<sup>21</sup> Por. P. Borecki, *Przeżytki ustawodawstwa wyznaniowego w polskim systemie prawnym*, „*Studia Iuridica*” t. 59, s. 54.



W odniesieniu do nieruchomości, której nadano cechy wakufu, wykluczenie możliwości zasiedzenia jest chyba rzadką, jeśli nie wyjątkową, sytuacją przewidzianą w prawie polskim.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że mowa tu o zasiedzeniu unormowanym w art. 172–173 i 175–176 k.c. *Prima facie* wydaje się, że ta niedopuszczalność zasiedzenia, odnoszona w art. 44 ust. 1 ustawy do nieruchomości, której nadano cechy wakufu, nie dotyczy służebności gruntowej, której przesłanka zasiedzenia przewidziana jest przede wszystkim w art. 292 zd. 1 k.c. Wydaje się jednak, że wykładnia celowościowa art. 44 ust. 1 ustawy przemawia za tym, aby postanowieniem przewidującym niedopuszczalność zasiedzenia nieruchomości, której nadano cechy wakufu, objąć także zasiedzenie służebności gruntowej na takiej nieruchomości.

Zwróćmy też uwagę, że w art. 44 ust. 1 ustawy, sformułowanym ponad trzy czwarte wieku temu, przyjęto unormowanie wykluczające, poza zamianą i wywłaszczeniem, nie tylko jakiegokolwiek możliwości alienacji, ale i obciążenia wakufowej nieruchomości. Tuż po zakazie zasiedzenia wskazano tu na zakaz obciążenia nieruchomości, której nadano cechy wakufu, który ujęto ogólnie, więc choć nie jest to argumentacja w zupełności przystająca do współczesnej prawniczej siatki pojęciowej wolno chyba przyjąć, że intencją ustawodawcy było to, aby wakufowa nieruchomość wolna była od wszelkich *sensu largo* obciążeń, także wynikających z zasiedzenia służebności gruntowej.

Przeciw tej wykładni można jednak podnosić, że w art. 292 k.c., w szczególności w jego zd. 2, podkreślono oczywistą odrębność zasiedzenia służebności gruntowej od zasiedzenia samej nieruchomości, mimo stwierdzenia, że w odniesieniu do zasiedzenia służebności gruntowej przepisy „o nabyciu własności nieruchomości przez zasiedzenie stosuje się odpowiednio”. Gdyby jednak przyjąć, że wspomniane odesłanie do przepisów o nabyciu własności nieruchomości przez zasiedzenie ma charakter ogólny, to mogłoby to być także normatywnym argumentem za interpretacją obejmującą rozważanym tu zakazem zasiedzenia również służebności gruntowej na nieruchomości, której nadano cechy wakufu. W istocie to odesłanie normatywnie nie ogranicza się bowiem do zawartych w kodeksie cywilnym przepisów o zasiedzeniu nieruchomości przez zasiedzenie, choć chyba taki był zamiar ustawodawcy. Jeśliby więc przyjąć, że jest to odesłanie do wszelkich przepisów o nabyciu własności nieruchomości przez zasiedzenie, należałoby odnieść i do zasiedzenia



służebności gruntowej zakaz zasiedzenia nieruchomości, której nadano cechy wakufu, przewidziany w art. 44 ust. 1 ustawy.

Oczywiście, że wszystkie te uwagi odnoszą się i do ewentualności, jakże we współczesnej praktyce orzeczniczej kontrowersyjnego, zasiedzenia służebności przesyłu, zgodnie bowiem z art. 305<sup>4</sup> k.c. do „służebności przesyłu stosuje się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych”.

Przewidziany w art. 44 ustawy zakaz obciążania wakufowej nieruchomości również może budzić wątpliwości. Wydaje się bowiem oczywiste jedynie to, że dotyczy on niedopuszczalności ustanowienia hipoteki, w tym także hipoteki przymusowej, ogranicza więc nie tylko sferę uprawnień Związku, ale i możliwość ochrony jego ewentualnych wierzycieli. Czy dotyczy jednak także ustanowienia użytkowania oraz powstania służebności?

Sądzić można, że niekiedy, zwłaszcza w odniesieniu do użytkowania, osiągnięcie celu, dla którego nieruchomość została przez darczyńcę albo spadkodawcę przekazana Muzułmańskiemu Związkowi Religijnemu w RP na realizowane przezeń cele religijno-oświatowe lub dobroczynne, może wymagać ustanowienia właśnie użytkowania, a niekiedy, choć sporadycznie, służebności. Zwłaszcza, gdyby miała być to służebność osobista wydawać się może owo obciążenie wakufowej nieruchomości na tyle mało znaczące, że trudno byłoby znaleźć dla uzasadnienia jego zakazu przekonywający argument merytoryczny.

Wydaje się jednak, że przepis zawarty w art. 44 ustawy nie pozwala na ustanowienie na nieruchomości, której nadano cechy wakufu, jakichkolwiek praw rzeczowych ograniczonych. Sądzymy, że inaczej należy potraktować możliwe ograniczenie praw do wakufowej nieruchomości poprzez zawarcie w szczególności umowy najmu lub dzierżawy, w istocie nie jest to bowiem obciążenie samej nieruchomości, ale inne ograniczenie sfery uprawnień jej właściciela. W świetle analizowanego postanowienia zakazującego obciążania wakufowej nieruchomości, nie wydaje się również dopuszczalne przewłaszczenie jej na zabezpieczenie, jeżeli w ogóle zgodzimy się, że przedmiotem takiego przewłaszczenia może być nieruchomość.

Artykuł 44 ust. 1 ustawy wyklucza również dopuszczalność zajęcia nieruchomości, której nadano cechy wakufu, nie różnicując charakteru, ani tytułu takiego zajęcia, ale kontekst uzasadnia interpretację, że chodzi o zajęcie nieruchomości w postępowaniu egzekucyjnym

(w szczególności art. 925 i n. k.p.c.), a nie np. przewidziane w art. 124 ust. 1a, czy tym bardziej zajęcie tymczasowe przewidziane w art. 126 ust. 1 i 10 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>22</sup>. To zagadnienie warte osobnej analizy konfrontującej owo postanowienie ustawy z unormowaniem dopuszczalności zajęcia nieruchomości w prawie polskim.

Na podstawie tego przepisu wyłączona jest również możliwość sprzedaży takiej nieruchomości w drodze licytacji, ale też jakakolwiek inna jej alienacja. To ostatnie postanowienie, choć usytuowane jest na końcu tego artykułu, nie wiąże się chyba z przepisami egzekucyjnymi, których dotyczą unormowania bezpośrednio je poprzedzające. Wskazuje na to dobitnie wyjątek przewidziany po postanowieniu zakazującym wszelkich alienacji, gdzie mowa o dopuszczalności zamiany nieruchomości, której nadano cechy wakufu, na inny „majątek nieruchomy”.

Wydaje się nam, że to szczególnie dobitna cecha położenia prawnego wakufowej nieruchomości, ograniczająca nie tylko sferę uprawnień Muzułmańskiego Związku Religijnego w RP, ale i, o czym już wspominaliśmy, sfery uprawnień wszystkich innych podmiotów, które mogłyby być zainteresowane zabezpieczeniem czy egzekucją swych roszczeń wobec tego Związku. Jest to chyba we współczesnym prawie polskim wyjątkowe, być może jedyne unormowanie przewidujące tak szeroki i tak stanowczy, w istocie tak daleko idący zakres prewencyjnej, co do charakteru ochrony, prawa do nieruchomości. Interesujące, że zakazu zajęcia nieruchomości, na której znajduje się cmentarz, w szczególności na podstawie art. 925 i n. k.p.c., nie przewidziano *expressis verbis* nawet w odniesieniu do cmentarzy wyznaniowych żydowskich, stanowiących własność gmin żydowskich lub Związku Gmin, choć na mocy art. 23 ust. 1 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>23</sup>, nie podlegają one wywłaszczeniu<sup>24</sup>, z czego jednak wydaje się dostatecznie jasno wynikać wniosek także o niedopuszczalności takiego zajęcia. Podczas gdy szeroko chroniona nieruchomość, której nadano cechy wakufu, wywłaszczona być jednak może, bo wyraźnie przewidziano to w art. 44 ust. 2 ustawy stwierdzając, iż wywłaszczenie „wakufa może nastąpić w myśl ogólnych przepisów państwowych”.

<sup>22</sup> Dz. U. z 2015 r., poz. 1774 ze zm.

<sup>23</sup> Dz. U. z 2014 r., poz. 1798.

<sup>24</sup> Zob. także P. Borecki, *Status prawny wyznawców judaizmu w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 9, s. 50.

Zasada zachowania (niealienowania) wakufowej nieruchomości przez Muzułmański Związek Wyznaniowy w RP doznaje jedynego, częściowego ograniczenia poprzez przyjęcie w art. 44 ust. 1 *in fine* ustawy możliwości jej zamiany „na inny majątek nieruchomy”, czyli na inną nieruchomość. Nie określono tu reguł takiej dopuszczalnej zamiany, w szczególności tego, czy wakufowa nieruchomość może być zamieniona na nieruchomość mniejszą. Wydaje się to pozornie kłócić z rygorystycznymi unormowaniami ochronnymi, zabezpieczającymi wakuf przed jakimkolwiek *sensu largo* „ubytkiem” czy „uszczerpleniem”, przy tym nie tylko alienacją, ale i obciążeniem. Ale z drugiej strony, wielkość nieruchomości nie zawsze przesądza o jej wartości i może się okazać, że taka zamiana będzie dobrze służyć realizacji celu religijno-oświatowego czy dobroczynnego, na który pierwotna nieruchomość wakufowa była przeznaczona.

Podkreślić należy, że ta zamiana jest dopuszczalna „za zgodą Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych”, czyli obecnie za zgodą Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w porozumieniu z Ministrem Finansów oraz Ministrem Rolnictwa i Rozwoju Wsi. W wymogu takiej zgody nie doszukujemy się jednak instrumentu mającego na celu ochronę wakufu, ale uważamy je za pokłosie unormowania zawartego w art. 43 ust. 1 ustawy przewidującego, że nadanie cechy wakufu wymaga nie tylko uchwały właściwych władz i organów Związku, ale i zatwierdzenia „przez Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych”. Jest to więc, o czym już wspominałyśmy, unormowanie będące przede wszystkim, jeśli nie wyłącznie, przejawem troski o zachowanie kontroli przez Państwo nad nadaniem nieruchomości doniosłych normatywnie cech wakufu, bo (w odniesieniu do tej nieruchomości) uniemożliwiających egzekucję, a zapewne i zabezpieczenie roszczeń kierowanych wobec Muzułmańskiego Związku Wyznaniowego w RP.

W ustawie znajdują się jeszcze dwa postanowienia dotyczące wakufów. Zgodnie z jej art. 45 wakufy „korzystają z ulg i zwolnień w zakresie podatków i innych danin publicznych na rzecz Państwa i samorządu w granicach obowiązujących przepisów prawnych”. Postanowienie zawarte w art. 46 ma zaś głównie walor historyczny, choć może być

pomocne w ustalaniu aktualnego statusu wakufu nieruchomości, które owe cechy posiadają od dawna<sup>25</sup>.

## 7. Podsumowanie

Zatrzymajmy się jeszcze przy refleksji P. Boreckiego, który pokrótce przedstawia ustawową charakterystykę instytucji wakufu podkreślając preferencje prawne polegające „na zapewnieniu trwałości wybranym elementom majątku nieruchomego Związku” oraz to, iż wakuf „jest wyłączony spod ogólnych zasad prawa cywilnego”, podnosząc w konkluzjach, że żadne „inne związki wyznaniowe, nawet muzułmańskie, nie posiadają tak daleko idących gwarancji nienaruszalności majątku”<sup>26</sup>.

Lecz ten przykład szczególnego zróżnicowania sytuacji prawnej wśród kościołów i związków wyznaniowych w Polsce bez wątpienia nie jest najwymowniejszy, a w praktyce jest marginalnym. Mimo tego, że szersze zróżnicowanie tej sytuacji budzi uzasadnioną krytykę<sup>27</sup>, lecz nie ulega wątpliwości, że w pewnym zakresie, w tym także w odniesieniu do wakufu, jest ono naturalną konsekwencją zróżnicowania niektórych elementów doktryn poszczególnych religii, w tym także ich konfesyjnych tradycji<sup>28</sup>. Jak bowiem zauważono „recepja do polskiego syste-

---

<sup>25</sup> Przepis ten stanowi w ust. 1, że w „ciągu 6 miesięcy od chwili wejścia w życie ustawy niniejszej Najwyższe Kolegium Muzułmańskie przedstawi Ministrowi Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego spis tych nieruchomości, które w chwili wejścia w życie ustawy niniejszej odpowiadały warunkom, wymaganym przez ustawę niniejszą i Statut Muzułmańskiego Związku Religijnego dla zaistnienia wakufa”. Zgodnie zaś z jego ust. 2 spis „ten zatwierdza Minister Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz z Ministrem Rolnictwa i Reform Rolnych. Po zatwierdzeniu spisu objęte nim nieruchomości uzyskają charakter prawny wakufów w rozumieniu ustawy niniejszej, co wszakże nie stoi na przeszkodzie dochodzenia przez osoby trzecie roszczeń prywatno-prawnych w drodze sądowej”.

<sup>26</sup> P. Borecki, *Zasada równouprawnienia wyznań w prawie polskim*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” t. X, s. 151. Zob. nadto M. Tomkiewicz, *Zasada równouprawnienia kościołów i związków wyznaniowych a zakres ich autonomii w zarządzaniu majątkiem na forum externum w Polsce*, „Przegląd Religioznawczy” 2013, nr 4, s. 223–224.

<sup>27</sup> Zob. np. P. Borecki, *Zasada...*, s. 157; J. Mazurkiewicz, *Wokół prawnych przesłanek rejestracji i kontroli działalności kościołów i związków wyznaniowych*, w: J. Gołaczyński, P. Machnikowski (red.), *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka. Modern problems of private law. Essays in honour of Professor Edward Gniewek*, Warszawa 2010, s. 357 i n. oraz powołane tam piśmiennictwo.

<sup>28</sup> Por. np. L. Garlicki, *Przegląd orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego za rok 2009*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 7–8, s. 182. Por. M.A. Mielczarek, *Dyferencjacja*

mu prawnego instytucji wakufu” jest przykładem „akomodacji państwa w stosunku do religijnych potrzeb obywateli”<sup>29</sup>. Przy czym słusznie dodaje się już wspomnianą, lecz wartą wyeksponowania konkluzję, że instytucja „ta została jednak uwzględniona jedynie w odniesieniu do Muzułmańskiego Związku Religijnego, co należy uznać za przejaw dyskryminacji innych muzułmańskich związków wyznaniowych”<sup>30</sup>.

Przedstawione prawne zagadnienia wakufu odnosić się będą bez istotnych modyfikacji (poza wspomnianą na wstępie koniecznością uwzględnienia regulacji dotyczących zakładania cmentarzy a także ich zamykania) do sytuacji, gdy wakufowa nieruchomość będzie przeznaczona na założenie i prowadzenie muzułmańskiego cmentarza. Będzie to w Polsce sytuacja tymczasem rzadka, ale może ona ulec zmianie także wskutek wspomnianej wcześniej migracji ludności wyznającej islam, w tym muzułman zamieszkujących liczne państwa Unii Europejskiej, w szczególności sąsiednie Niemcy, gdzie religia ta jest drugą pod względem liczby wyznawców<sup>31</sup>. Potrzeba zakładania konfesyjnych cmentarzy muzułmańskich wiąże się także z doniosłymi religijnie dla muzułman szczególnie zasadami usytuowania, dokładniej: ukierunkowania miejsc pochówków, czego często nie daje się zapewnić na innych wyznaniowych lub komunalnych nekropoliach.

## Streszczenie

Wakuf jest przewidziany w polskim prawie. Jego przedmiotem może być nieruchomość подарowana w umowie albo przekazana testamentem Muzułmańskiemu Związkowi Religijnemu w Polsce na cele religijno-oświatowe lub dobroczynne. Warunkiem powstania wakufu jest

---

*rytualna katolicyzmu a prawo pracownika do wolności religijnej*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2010, nr 10, s. 23 i n.

<sup>29</sup> P. Borecki, *Położenie...*, s. 81.

<sup>30</sup> P. Borecki, *Położenie...*, s. 81 i w przyp. 32, gdzie autor wymienia zarejestrowane w Polsce, cztery inne muzułmańskie związki wyznaniowe: Stowarzyszenie Jedności Muzułmańskiej, Stowarzyszenie Muzułmańskie Ahmadiyya, Zachodni Zakon Sufi w Polsce oraz Ligę Muzułmańską w Rzeczypospolitej Polskiej. W wykazie kościołów i związków wyznaniowych wpisanych do rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych, ogłoszonym na stronie internetowej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji (<https://msw.gov.pl/pl/wyznania-i-mniejszosci/relacje-panstwa-z-kosci-i/13964,Relacje-panstwa-z-Kosciolami-przydatne-informacje-dokumenty-i-akty-prawne.html>), wskazane jest w dziale A, pod pozycją 48 także Islamskie Zgromadzenie Ahl-ul-Bayt, będące muzułmańską wspólnotą szyicką.

<sup>31</sup> *Religia w Niemczech*, [http://pl.wikipedia.org/wiki/Religia\\_w\\_Niemczech](http://pl.wikipedia.org/wiki/Religia_w_Niemczech)

w przypadku spadku jego przyjęcie, zawsze zaś także nadanie nieruchomości cech wakufu przez wskazane muzułmańskie władze religijne oraz zatwierdzenie tego przez właściwego ministra. Nieruchomość wakufowa podlega szczególnemu reżimowi prawnemu. Przede wszystkim nie może być zbyta, nie podlega zasiedzeniu, nie może być na niej ustanowiona hipoteka. Nieruchomość wakufowa może być przeznaczona także na muzułmański cmentarz. W ten sposób będzie on podlegał dodatkowej, szczególnej ochronie.

Słowa kluczowe: wakuf, nieruchomość, zbycie, zasiedzenie, hipoteka, cmentarz.

### **Abstract**

Institution of waqf is provided for in Polish law. Its object can be a donated property in the contract or transferred in the testament to the Muslim Religious Association in Poland for the religious-educational or charitable purposes. The condition for the constitution of waqf is, in the case of inheritance, its acceptance, and in any case it is the assigning of the features of waqf to a given property by indicated Muslim religious authorities and the approval of the competent minister. Waqf property is subject to a special legal regime. First of all, it cannot be sold, it is not subject to usucaption and it cannot be mortgaged. Waqf property may also be used for a Muslim cemetery. In this way, the property will acquire additional, special protection.

Keywords: waqf, real estate, sale, usucaption, mortgage, cemetery.

Katarzyna Maria Zoń<sup>1</sup>

## **Sprzeciw na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem* w przypadku osób małoletnich**

### **1. Wprowadzenie**

W świetle aktualnej wiedzy medycznej transplantacja stanowi uznaną i stosowaną metodę leczniczą, która nadal wywołuje pewne kontrowersje. Powyższe warunkuje konieczność istnienia szczegółowych regulacji prawnych w tym zakresie. Na gruncie prawa polskiego przedmiotowy postulat realizuje ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów z 1 lipca 2005 r.<sup>2</sup> Deontologiczne uzupełnienie postanowień ustawowych w zakresie transplantacji zawiera również Kodeks Etyki Lekarskiej<sup>3</sup>.

Rozważenie problematyki sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem* w przypadku osób małoletnich wymaga analizy dwóch aspektów: przedmiotowego i podmiotowego. Pierwsza płaszczyzna dotyczy w ogólności problematyki transplantacji *ex mortuo*, której przeprowadzenie jest dopuszczalne po stwierdzeniu śmierci potencjalnego dawcy oraz ustaleniu braku sprzeciwu na pobranie w celu przeszczepienia. Poza określeniem momentu śmierci dawcy kluczowe znaczenie ma wskazanie zakresu autonomii osoby w decydowaniu o swoim ciele po śmierci. Respektowanie prawa do samostanowienia potencjalnego dawcy *post mortem* na pobranie od niego materiału biologicznego służącego

---

<sup>1</sup> Mgr, Uniwersytet Wrocławski.

<sup>2</sup> Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 793), dalej: u.p.p.p. E. Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym. Studium porównawczoprawne*, Białystok 2008, s. 39–41.

<sup>3</sup> Zob. [http://www.nil.org.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf](http://www.nil.org.pl/_data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf)



przeszczepowi ma bezpośredni wpływ na regulacje prawne w zakresie ustalenia, czy na pobranie materiału od potencjalnego dawcy wymagana będzie jego wyraźna zgoda (system *opting in*), czy też wystarczy brak sprzeciwu warunkujący domniemanie zgody na pobranie (system *opting out*). Wyjątkowe znaczenie poruszanego zagadnienia wynika ponadto ze względów podmiotowych albowiem małoletni z uwagi na swoją sytuację prawną i brak możliwości samodzielnego jej kształtowania jest podmiotem podlegającym szczególnym regulacjom.

Już na początku zastrzec należy, że rozległość tytułowej problematyki powoduje konieczność zasygnalizowania wyłącznie najważniejszych regulacji oraz powstających na ich tle wątpliwości. Dla wyznaczenia ram przedmiotowych pracy, na początku wyjaśnione zostaną podstawowe pojęcia, a następnie omówiona będzie problematyka sprzeciwu na pobranie *post mortem* komórek, tkanek i narządów w ogólności, z zaakcentowaniem odmienności w przypadku podmiotu małoletniego. Regulacje krajowe w tym zakresie zostaną uzupełnione o postanowienia aktów prawa międzynarodowego.

Przed rozpoczęciem właściwej analizy wskazać należy, że problematyka sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem* w przypadku osób małoletnich poza walorem teoretycznym, ma również swoje znaczenie praktyczne. Jak wynika z danych Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego ds. Transplantacji *Poltransplant*<sup>4</sup>, dotyczących wprawdzie wyłącznie jednego ze sposobów zgłoszenia sprzeciwu, w 2013 r. do Centralnego Rejestru Sprzeciwów wpłynęło 875 zgłoszeń sprzeciwu na pobranie po śmierci komórek, tkanek i narządów, w tym 166 sprzeciwów zgłoszonych przez przedstawiciela ustawowego. Natomiast 31 grudnia 2013 r. w Centralnym Rejestrze Sprzeciwów zarejestrowanych było 27.276 sprzeciwów, z czego 4180 sprzeciwu zostały zgłoszone przez przedstawicieli ustawowych.

## 2. Podstawowe pojęcia

W niniejszym rozdziale podjęta zostanie próba określenia zakresu znaczeniowego pojęć mających istotne znaczenie do prowadzenia dalszych rozważań. Z uwagi na to, że samo pojęcie transplantacji nie zostało zdefiniowane w u.p.p.p., sięgnąć należy do języka specjalistycznego.

---

<sup>4</sup> „Poltransplant. Biuletyn Informacyjny” 2014, nr 1, <http://www.poltransplant.pl/Download/Biuletyn2014/7.pdf>

Pochodzący z języka łacińskiego termin *transplantio* (przesadzam<sup>5</sup>) rozumiany jest jako operacyjnie dokonane przemieszczenie tkanki lub narządu w obrębie jednego organizmu, albo z jednego organizmu do drugiego, celem uzupełnienia ubytku i przywrócenia lub usprawnienia czynności organizmu<sup>6</sup> czy wyrównywanie ubytku w ustroju przez operacyjne przeniesienie tkanek lub narządów<sup>7</sup>. Czynności transplantacyjne można klasyfikować przy uwzględnieniu różnych kryteriów<sup>8</sup>, natomiast z systematyki u.p.p.p. wynika podział na transplantację *ex mortuo* (od dawcy zmarłego – ze zwłok ludzkich) i transplantację *ex vivo* (od dawcy żywego), przeprowadzony w oparciu o źródło pochodzenia organu do transplantacji. Ustawodawca ukształtował odmienny katalog warunków umożliwiających przeprowadzenie każdego ze wskazanych rodzajów transplantacji.

Specyfika analizowanej problematyki dostrzegalna jest również na płaszczyźnie podmiotowej. Precyzyjne określenie znaczenia pojęcia małoletni w prawie polskim jako osoby, która nie ukończyła lat osiemnastu, umożliwia wykładnia *a contrario* art. 10 k.c. Dalsze brzmienie powyższego przepisu powoduje konieczność ustalenia poza wiekiem także stanu cywilnego podmiotu, gdyż pełnoletność uzyskać można również poprzez zawarcie związku małżeńskiego przed osiągnięciem wskazanego wieku. Sytuację tę reguluje art. 10 § 1 ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy<sup>9</sup>, stanowiąc, że „nie może zawrzeć małżeństwa osoba nie mająca ukończonych lat osiemnastu. Jednakże z ważnych powodów sąd opiekuńczy może zezwolić na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła lat szesnaście, a z okoliczności wynika, że zawarcie małżeństwa będzie zgodne z dobrem założonej rodziny”. Z powołanego przepisu wynika, że już sam fakt zawarcia małżeństwa powoduje uzyskanie pełnoletności, której podmiot nie traci na skutek późniejszego jego unieważnienia. Kluczowym elementem składowym tego pojęcia jest brak posiadania przez niego pełnej zdolności do czynności

<sup>5</sup> J. Tokarski (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1971, s. 771.

<sup>6</sup> R. Góral (red), *Zarys chirurgii. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1987, s. 154.

<sup>7</sup> T. Roźniatowski (red.), *Mała encyklopedia medycyny*, t. III, Warszawa 1987, s. 1009.

<sup>8</sup> Szerzej na temat klasyfikacji czynności transplantacyjnych w: E. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 30–33.

<sup>9</sup> Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 ze zm.), dalej: k.r.o.

prawnych, który skutkuje niezdolnością do samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej przez małoletniego i rodzi poważne konsekwencje w zakresie wyrażania m.in. sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek i narządów *post mortem*. Powyższe powoduje konieczność wprowadzenia specyficznych mechanizmów uwzględniających interesy i prawa tych podmiotów, których celem powinno być zapewnienie realizacji autonomii woli, w zależności od stopnia rozwoju małoletniego, a jednocześnie zagwarantowanie efektywnej ochrony podstawowych dóbr takich jak życie czy zdrowie.

### **3. Sprzeciw na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem* w ogólności**

Mając na względzie powyższe kwestie wprowadzające, poczynić należy kilka uwag ogólnych dotyczących modelu transplantacji *ex mortuo* w polskim systemie prawnym, której przeprowadzenie jest dopuszczalne po stwierdzeniu śmierci potencjalnego dawcy oraz ustaleniu braku sprzeciwu na pobranie w celu przeszczepienia.

Zgodnie z treścią art. 9 i art. 9a u.p.p.p. pobranie komórek, tkanek lub narządów w celu przeszczepienia jest dopuszczalne po stwierdzeniu trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierć mózgu) albo po stwierdzeniu zgonu wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia<sup>10</sup>. Za alternatywnością powyższych kryteriów przemawia treść § 10 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 4 grudnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków pobierania, przechowywania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów stanowiąc, iż narządy od potencjalnych dawców, u których stwierdzono śmierć mózgu albo nieodwracalne zatrzymanie krążenia, mogą być pobierane w celu przeszczepienia w zakładach opieki zdrowotnej dysponujących oddziałem chirurgicznym i salą operacyjną oraz zespołem lekarzy o kwalifikacjach określonych w § 4. Wskazanie relacji między kryteriami z art. 9 i art. 9a u.p.p.p. ma istotne znaczenie albowiem lekarze stwierdzają zgon w oparciu

---

<sup>10</sup> Uregulowanie przedmiotowej materii w formie obwieszczenia wzbudza kontrowersje z uwagi na konstytucyjny katalog źródeł prawa. Szerzej na temat kryteriów i sposobu stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu i nieodwracalnego zatrzymania krążenia por.: obwieszczenie Ministra Zdrowia z 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M. P. Nr 46, poz. 547) oraz obwieszczenie Ministra Zdrowia z 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M. P. Nr 59, poz. 784).

o kryterium śmierci mózgowej w 15% przypadkach, w pozostałych sytuacjach oczekując na ustanie krążenia<sup>11</sup>.

Przyjęta konstrukcja zgody domniemanej potencjalnego dawcy na pobranie narządów, tkanek i komórek *post mortem* w celu przeszczepienia<sup>12</sup> stanowi kontynuację rozwiązania zastosowanego w poprzednio obowiązującej ustawie z 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów<sup>13</sup>. Istotą tzw. systemu *opting out* jest uznanie braku sprzeciwu wyrażonego za życia za jednoznaczny ze zgodą na czynność pobrania. W literaturze wskazuje się, że rozwiązanie to z jednej strony pozwala chronić autonomię jednostki w zakresie dysponowania własnym ciałem po śmierci, a z drugiej stanowi szansę dla ratowania życia chorych<sup>14</sup>.

W przypadku funkcjonowania modelu sprzeciwu, występującego w trzech wariantach: ścisły sprzeciw, sprzeciw rozszerzony i rozwiązanie informacyjne, istotne jest przede wszystkim ustalenie, czy potencjalny dawca nie sprzeciwiał się pobraniu organów po śmierci. Pierwsze z tych rozwiązań zastosowane zostało poza polskim ustawodawstwem transplantacyjnym również w Austrii, Czechach, Hiszpanii czy Słowenii. Pozwala ono uznać, że osoba musi za życia sprzeciwić się czynności pobrania i istnieją konkretne dowody na wyrażone stanowisko<sup>15</sup>. W przeciwieństwie do wariantu sprzeciwu rozszerzonego (nie istnieje wyraźne stanowisko dawcy) i rozwiązania informacyjnego najbliższe osoby nie są uprawnione do wyrażania woli zmarłego. W polskim ustawodawstwie zatem dopuszczalność przeprowadzenia pobrania komórek, tkanek lub narządów w celu dokonania przeszczepu *ex mortuo* nie wymaga zgody rodziny zmarłego. Wola najbliższych w tym zakresie jest na gruncie obowiązującej ustawy prawnie irrelevantna.

Zgodnie z treścią art. 4 u.p.p.p. dopuszczalność transplantacji ze zwłok ludzkich została ograniczona czterema celami: diagnostycznym, leczniczym, naukowym i dydaktycznym. Natomiast art. 5 ust. 1 u.p.p.p. stanowi, iż pobranie komórek, tkanek lub narządów ze zwłok

<sup>11</sup> R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 527.

<sup>12</sup> M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 325–326.

<sup>13</sup> Ustawa z 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682 ze zm.).

<sup>14</sup> D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 327; M. Nesterowicz, *Cywilnoprawne aspekty transplantacji komórek, tkanek i narządów*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 65.

<sup>15</sup> E. Guzik-Makaruk, *Transplantacja...*, s. 35.

ludzkich w celu ich przeszczepienia można dokonać, jeżeli osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu. Ustawodawca posługuje się w ramach jednego aktu prawnego dwoma pojęciami: pobieranie w celu przeszczepienia i pobieranie w celu leczniczym<sup>16</sup>. Mając na uwadze ogół przepisów transplantacyjnych uzasadnione jest twierdzenie, że pobranie w celu przeszczepienia stanowi dla dawcy szczególnie rodzaj pobrania w celu leczniczym, rozumianym jako podejmowanie czynności zmierzających do ratowania życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpień fizycznych czy psychicznych osoby, względem której zostały podjęte<sup>17</sup>. Literalne brzmienie powyższego przepisu zakłada konstrukcję *opting out* na pobranie po śmierci wyłącznie w celu leczniczym. W doktrynie postuluje się zmianę jego brzmienia<sup>18</sup> albowiem obecnie wyłączona jest możliwość pobrania w innych celach, o ile nie została w tym zakresie udzielona wyraźna zgoda. Także ewentualny sprzeciw wyrażony na pobranie w celu diagnostycznym, naukowym czy dydaktycznym pozostaje bezskuteczny<sup>19</sup>.

Przyjęty w polskim ustawodawstwie model zgody dorozumianej na pobranie w celu przeszczepienia wymaga przed dokonaniem czynności ustalenia rzeczywistej woli zmarłego pacjenta poprzez zasięgnięcie informacji co do wpisu w rejestrze i ustalenie sprzeciwu na podstawie dostępnych informacji i dokumentów (art. 10 u.p.p.p.). W literaturze wskazuje się, iż przeniesienie ciężaru uzyskania informacji o ewentualnym sprzeciwie na lekarza w pewnym stopniu równoważy przyjęty w polskim ustawodawstwie model<sup>20</sup>. Sprawdzenie istnienia wpisu w rejestrze sprzeciwów nie stanowi dla lekarza utrudnienia albowiem występuje on

---

<sup>16</sup> Por. art. 2 ust. 1 pkt 10 u.p.p.p.: pobieranie – czynności, w wyniku których komórki, tkanki lub narządy są pozyskiwane w celach diagnostycznych, leczniczych, naukowych lub dydaktycznych.

<sup>17</sup> M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 59.

<sup>18</sup> Postulaty *de lege ferenda* w tym zakresie zgłaszają M. Nesterowicz i K. Śliwka, proponując zmianę brzmienia art. 5 ust. 1 u.p.p.p. poprzez rozszerzenie zakresu zgody domniemanej potencjalnego dawcy (system *opting out*) także do celów diagnostycznych oraz naukowych, natomiast zgoda wprost (system *opting in*) dotyczyłaby tylko celów dydaktycznych. Por. M. Nesterowicz, K. Śliwka, *Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów do celów naukowych – problem prawny i medyczny*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 4, s. 7.

<sup>19</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 68.

<sup>20</sup> M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 342.

w tym celu z pytaniem do Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego do Spraw Transplantacji *Poltransplant*. Realne trudności powstają natomiast w odniesieniu do pozostałych form sprzeciwu z uwagi na zastosowany przez ustawodawcę zwrot: „ustalenie sprzeciwu na podstawie dostępnych informacji i dokumentów”. Tak sformułowany przepis oznacza, że lekarz nie ma obowiązku podejmowania działań o nadzwyczajnym czy szczególnym charakterze, ani weryfikowania autentyczności dokumentów i informacji przedstawianych przez rodzinę lub inne osoby<sup>21</sup>.

W świetle obowiązującej regulacji sprzeciw można złożyć w jednej z trzech form: wpis w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich, pisemne oświadczenie opatrzone własnoręcznym podpisem oraz oświadczenie ustne złożone w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzone. Każdy ze sposobów wymienionych w art. 6 ust. 1 u.p.p.p. ma względem siebie charakter alternatywny i posiada taką samą moc prawną. Złożony sprzeciw pozostaje wiążący, mimo że podmiot, który go wyraził poprzez śmierć utracił osobowość prawną, a tym samym przysługujące jej atrybuty: zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Uwzględniając sformalizowanie poszczególnych form złożenia sprzeciwu, przymiot taki przypisać można jedynie procedurze polegającej na wpisie do centralnego rejestru sprzeciwów, szczegółowo uregulowanej w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze<sup>22</sup>. Sprzeciw w powyższej formie zgłasza się do Centralnego Rejestru Sprzeciwów, Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego ds. Transplantacji *Poltransplant* na formularzu składanym osobiście lub za pośrednictwem poczty. Wpis (tj. zgłoszenie sprzeciwu oraz wycofanie sprzeciwu) dokonywany jest niezwłocznie, o czym zawiadamia się przesyłką poleconą osobę, której on dotyczy lub przedstawiciela ustawowego małoletniego. W przeciwieństwie do innych sposobów, formularz nie daje możliwości wyrażenia sprzeciwu ograniczonego przedmiotem pobrania (np. wyłącznie niektóre narządy) czy wskazaniem osób wobec których sprzeciw nie

---

<sup>21</sup> J. Haberko, *Prywatność pacjenta a sprzeciw na pobranie komórek, tkanek i narządów post mortem*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 3, s. 64–65.

<sup>22</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze (Dz. U. Nr 228, poz. 1671).



obowiązywałyby (np. wobec osób najbliższych)<sup>23</sup>, a jedynie umożliwia określenie, czy sprzeciw na pobranie po śmierci dotyczy komórek, tkanek czy narządów. Sprzeciw jest skuteczny od daty wpisu do rejestru, uwidocznionej na potwierdzeniu w formie wydruku komputerowego podpisanego przez dyrektora Centrum Organizacyjno-Koordynacyjnego do Spraw Transplantacji *Poltransplant*.

Drugą możliwością złożenia sprzeciwu jest oświadczenie pisemne, zastrzeżone dla celów dowodowych<sup>24</sup>. Ustawodawca nie wskazał jednoznacznie, czy można poprzestać na zwykłej formie pisemnej (złożenie podpisu pod dokumentem zawierającym oświadczenie, którego treść może być utrwalona w dowolny sposób) czy poza podpisem również oświadczenie powinno być sporządzone własnoręczne. Wydaje się jednak, że pierwsze rozwiązanie będzie wystarczające<sup>25</sup>. Złożenie sprzeciwu w analizowanej formie może przybrać postać oświadczenia złożonego do dokumentacji medycznej i opatrzonego podpisem, odrębnego oświadczenia podpisanego przez uprawniony podmiot i dołączonego do dokumentacji medycznej albo oświadczenia podpisanego przez uprawnionego, znajdującego się przy osobie zmarłej czy dostarczonego przez osobę trzecią<sup>26</sup>. Ze względów dowodowych warto, by oświadczenie takie opatrzyć datą.

Dla skorzystania z budzącego największe kontrowersje z wymienionych przez ustawodawcę sposobów – oświadczenia ustnego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego – nie jest wymagane wystąpienie szczególnych okoliczności. Obecnie ustawodawca nie przewidział jakichkolwiek wymogów podmiotowych dla świadka ustnego sprzeciwu i tym samym może nim być każdy podmiot niezależnie od osobistych cech oraz przymiotów pozwalających uznać jego wiarygodność czy zdolność do bycia świadkiem składanego oświadczenia (zakres zdolności do czynności prawnych, zdolność postrzegania rzeczywistości, znajomość języka<sup>27</sup>). W u.p.p.p. nie został również określony termin potwierdzenia sprzeciwu przez świadków: czy ma to nastąpić niezwłocznie po jego wyrażeniu, czy dopiero po śmierci podmiotu składającego sprzeciw w tej formie. Przyjęcie

<sup>23</sup> J. Duda, *Cywilnoprawne problemy transplantacji medycznej*, Warszawa 2011, s. 88.

<sup>24</sup> M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...*, s. 341.

<sup>25</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 78.

<sup>26</sup> J. Duda, *Cywilnoprawne problemy...*, s. 88.

<sup>27</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 78.



drugiego z proponowanych rozwiązań może w efekcie prowadzić do zniekształcenia rzeczywistej woli zmarłego. W związku z powyższymi wątpliwościami oraz w celu ograniczenia ingerencji w wolę zmarłego proponuje się aby świadkowie sporządzili dokument potwierdzający złożenie oświadczenia z opatrzeniem go datą i podpisami już w chwili składania oświadczenia<sup>28</sup>, a ponadto, by jednym ze świadków była osoba z personelu medycznego, niestanowiąca dla potencjalnego dawcy osoby bliskiej<sup>29</sup>.

Sprzeciw jest oświadczeniem odwołałym, a jego wycofanie może nastąpić w dowolnej spośród trzech form właściwych dla jego złożenia. Nie ma tu znaczenia sposób wyrażania samego sprzeciwu, a podmioty uprawnione do jego złożenia oraz wycofania są tożsame. Wskazuje się jednak, że sposób cofnięcia oświadczenia może budzić wątpliwości, zwłaszcza w sytuacji, gdy został on zgłoszony do rejestru, a jego cofnięcie nastąpiło w innej formie. W tym zakresie staranność polegająca na uwidocznieniu w rejestrze oświadczenia odpowiadającego rzeczywistej woli podmiotu spoczywałaby na podmiocie cofającym sprzeciw<sup>30</sup>.

#### **4. Sprzeciw na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem* w przypadku osób małoletnich**

Po rozważeniu zagadnień dotyczących w ogólności sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek i narządów *post mortem*, analizie należy poddać sytuację podmiotów małoletnich, z podkreśleniem występujących na tym tle różnic.

W świetle u.p.p.p. małoletni nie stanowią jednolitej grupy podmiotów pod względem przysługujących im uprawnień, albowiem ukończenie przez małoletniego szesnastu lat powoduje zwiększenie zakresu autonomii co do decydowania o istotnych dla siebie sprawach. W przypadku małoletnich, którzy nie przekroczyli tej granicy wieku, przewidziano instytucję sprzeciwu zastępczego (substytucyjnego) na pobranie *post mortem*. Dla swej skuteczności sprzeciw ten musi być wyrażony przez uprawniony podmiot – przedstawiciela ustawowego jeszcze za życia małoletniego (art. 5 ust. 2 u.p.p.p.). W tym kontekście wskazać również należy, że sprzeciw złożony w imieniu małoletniego przez przedstawiciela ustawowego, po osiągnięciu przez niego pełnoletności pozostaje

<sup>28</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 79.

<sup>29</sup> M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 342.

<sup>30</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 80–81.

ważny i wywołuje przewidziane przez ustawę skutki prawne. Stanowi to konsekwencję instytucji przedstawicielstwa ustawowego, gdyż czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego (art. 95 § 2 k.c.). Dlatego też przedstawiciel ustawy musi zająć stanowisko jeszcze za życia małoletniego, kiedy sprawuje nad nim przedstawicielstwo ustawowe. W doktrynie wskazuje się, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie powoduje konieczność podejmowania przez przedstawicieli ustawowych bardzo trudnych decyzji co do losów ciała dziecka po jego śmierci i tym samym uzasadnione byłoby przyznanie uprawnienia do wyrażenia sprzeciwu na wykorzystanie tkanek, komórek czy narządów w celu przeszczepienia już po śmierci małoletniego<sup>31</sup>.

Zasadniczo przedstawicielami ustawowymi małoletniego są rodzice, jeśli pozostaje on pod ich władzą rodzicielską. Władza rodzicielska nie przysługuje jeżeli rodzice nie posiadają pełnej zdolności do czynności prawnych z powodu niepełnoletności lub ubezwłasnowolnienia, jeśli władzy tej ich pozbawiono lub ograniczono oraz jeżeli rodzice nie żyją. W przypadku, gdy powyższe przesłanki dotyczą jednego rodzica, władzę rodzicielską może wykonywać drugi z nich, natomiast jeśli odnoszą się one do obojga, konieczne jest ustanowienie dla małoletniego opiekuna (art. 145 § 1 k.r.o.). Z reguły władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom wobec czego każde z nich jest obowiązane i uprawnione do jej wykonywania (art. 97 § 1 k.r.o.). Jednakże w przypadku istotnych spraw dziecka rodzice decydują wspólnie, a jeśli nie mogą podjąć zgodnej decyzji, orzeczenie w tym zakresie wyda sąd opiekuńczy. Mając na uwadze powyższe przywołać należy treść art. 6 ust. 3 u.p.p.p.: „sprzeciw jednego przedstawiciela ustawowego (...) jest skuteczny w stosunku do pozostałych”, z którego wynika, że wystarczający na uniemożliwienie dokonania pobrania *post mortem* jest sprzeciw jednego z rodziców. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie jednoznacznie przesądza o zasadzie samodzielnej reprezentacji każdego z przedstawicieli ustawowych oraz skuteczności związania decyzją jednego z nich. Zatem, nawet gdyby drugi przedstawiciel ustawy miał odmienne zdanie, ustawodawca nie przewidział możliwości rozstrzygnięcia ewentualnego konfliktu przez sąd opiekuńczy.

---

<sup>31</sup> J. Haberko, *Prawne aspekty sekcji zwłok małoletniego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 10, s. 97–106.

Przedstawicielem ustawowym małoletniego może być także przysposabiający, albowiem zgodnie z art. 121 § 1 k.r.o. między nim a przysposobionym powstaje taki stosunek, jak między rodzicami a dziećmi. W związku z tym przedstawione powyżej regulacje dotyczące rodziców znajdują zastosowanie również wobec przysposabiającego. Rodzice oraz przysposabiający ze względu na powiązania rodzinne i więź emocjonalną podlegają mniejszemu nadzorowi, niż inne podmioty mogące być przedstawicielami ustawowymi małoletniego<sup>32</sup>. Uprawnienia opiekuna zostały ograniczone w taki sposób, że w zakresie decydowania we wszelkich ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku małoletniego, powinien on uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego (art. 156 k.r.o.). Podstawowym obowiązkiem opiekuna jest uprzednie wysłuchanie małoletniego, jeśli pozwala na to jego rozwój umysłowy i stan zdrowia oraz uwzględnienie jego rozsądnych życzeń<sup>33</sup>. W sytuacji, gdy opiekun doznaje przemijającej przeszkody w sprawowaniu opieki nad małoletnim, sąd opiekuńczy może ustanowić kuratora. Jego uprawnienia doznają kolejnych ograniczeń w porównaniu do przysługujących opiekunowi poprzez fakt, że ich zakres każdorazowo określa w postanowieniu sąd.

Drugą analizowaną podgrupę stanowią małoletni po ukończeniu szesnastu lat, którym został przyznany szerszy zakres autonomii w przedmiocie decydowania o istotnych dla siebie sprawach, wyraźnie przejawiający się w możliwości złożenia sprzeciwu na pobranie tkanek, komórek i narządów *post mortem* przez powyższy podmiot. W tym kontekście wskazać należy na sposób określenia przez polskiego ustawodawcę kryteriów stosowanych przy ocenie zdolności małoletniego do złożenia sprzeciwu wobec pobrania tkanek, komórek i narządów *post mortem*. Posłużono się tu kryterium formalnym i przyjęto sztywną granicę wieku tj. ukończenie przez małoletniego szesnastego roku życia. Problematyka wyboru sposobu, w jaki dokonywana będzie ocena zdolności małoletniego do współuczestniczenia w podejmowaniu decyzji i uzyskaniu tym samym większej autonomii w decydowaniu, stanowi jednakże zagadnienie o charakterze ogólnym, co przekracza ramy przedmiotowe niniejsze pracy.

---

<sup>32</sup> M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 47.

<sup>33</sup> E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 471.

Wracając do regulacji z art. 5 ust. 3 u.p.p.p., zastosowane sformułowanie: „w przypadku małoletniego powyżej lat szesnastu sprzeciw może wyrazić również ten małoletni”, budzi pewne wątpliwości. W świetle powyższego nie jest bowiem jasne, czy ustawodawca przewidział możliwość wyrażenia skutecznego sprzeciwu wyłącznego przez małoletniego, który ukończył szesnaście lat, czy też w tej sytuacji wymagany jest sprzeciw podwójny (przedstawiciela ustawowego i małoletniego). Ze względów funkcjonalnych należy przychylić się do pierwszej interpretacji, którą to M. Świdarska uzasadnia ściśle osobistym charakterem uprawnienia do wyrażenia sprzeciwu na dysponowanie ciałem po śmierci<sup>34</sup>. Ponadto Autorka wskazuje na regulację art. 6 ust. 3 u.p.p.p.: „sprzeciw jednego przedstawiciela ustawowego lub małoletniego, który ukończył szesnaście lat jest skuteczny w stosunku do pozostałych uprawnionych”, z którego wynika, że do obalenia domniemania istnienia zgody wystarczy sprzeciw wyrażony przez jeden spośród uprawnionych podmiotów. Zatem w sytuacji wielości przedstawicieli ustawowych oraz gdy uprawnionymi do wyrażenia sprzeciwu są zarówno małoletni, jak i przedstawiciel ustawy, skuteczny *erga omnes* będzie sprzeciw jednego z tych podmiotów. Tym samym sprzeciw zgłoszony przez małoletniego powyżej szesnastu lat będzie skuteczny i uniemożliwi dokonanie pobrania tkanek, komórek lub narządów *post mortem*<sup>35</sup>. Jednakże w literaturze podnosi się, że o ile można zaakceptować poszanowanie dla zasady autonomii małoletniego, o tyle pozostawienie decyzji wyłącznie temu podmiotowi nie wydaje się właściwym rozwiązaniem<sup>36</sup>. W tym kontekście J. Haberko wskazuje, iż dziecko, nawet po osiągnięciu wskazanego w ustawie wieku, może nie mieć wiedzy co do znaczenia złożonego sprzeciwu oraz podkreśla, że w przypadku podejmowania decyzji o zabiegach medycznych brak zgodności decyzji między małoletnim a jego przedstawicielami ustawowymi podlega rozstrzygnięciu sądu. Przedmiotowe rozwiązanie nie zostało natomiast przewidziane w u.p.p.p.<sup>37</sup>. Z drugiej strony, jeśli małoletni po ukończeniu szesnastego roku życia osiągnął wystarczający stopień dojrzałości dla podjęcia decyzji i świadomie nie wyraża sprzeciwu, przeciwnie stanowisko

<sup>34</sup> M. Świdarska, *Zgoda pacjenta...*, s. 341.

<sup>35</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 72.

<sup>36</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 73.

<sup>37</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 73.

przedstawiciela ustawowego nie powinno blokować możliwości pobrania tkanek, komórek i narządów w celu przeszczepienia<sup>38</sup>.

Na podstawie art. 6 ust. 2 u.p.p.p. regulacje dotyczące sposobu złożenia sprzeciwu, które zostały omówione w poprzednim rozdziale, stosuje się również do sprzeciwu wyrażanego przez przedstawiciela ustawowego. Zatem przedstawiciel ustawowy może wyrazić sprzeciw w formie: wpisu w centralnym rejestrze sprzeciwów na pobranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich, pisemnego oświadczenia opatrzonego własnoręcznym podpisem przedstawiciela ustawowego lub oświadczenia ustnego przedstawiciela ustawowego złożonego w obecności co najmniej dwóch świadków, pisemnie przez nich potwierdzonego. Zgłoszenie zawierające wniosek o wpis sprzeciwu czy skreślenie wpisu sprzeciwu w Centralnym Rejestrze Sprzeciwów przewiduje możliwość złożenia sprzeciwu przez przedstawiciela ustawowego. W takiej sytuacji w rubrykach A i B formularza wpisuje się dane małoletniego, a w rubrykach C i D dane przedstawiciela ustawowego, który pod zgłoszeniem składa swój podpis. Również w przypadku skorzystania z drugiej formy – oświadczenia złożonego na piśmie – powinno być ono podpisane przez przedstawiciela ustawowego jako składającego sprzeciw w imieniu małoletniego. Natomiast w ustawie brak jest jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych co do osoby świadka sprzeciwu składanego ustnie, co w konsekwencji powoduje, iż świadkiem tym może być sam małoletni<sup>39</sup>.

Natomiast, gdy małoletni ukończył szesnaście lat, poza przedstawicielem ustawowym, również on sam może wyrazić sprzeciw w jednej z trzech form wskazanych przez ustawodawcę w art. 6 ust. 1 u.p.p.p. Jednakże żadna z nich nie daje faktycznych możliwości zbadania stanu rozeznania małoletniego składającego sprzeciw<sup>40</sup>. Zgłoszenie sprzeciwu w formie wpisu do rejestru sprzeciwów odbywa się wyłącznie w postaci obiegu dokumentów, bez jakiegokolwiek osobistego kontaktu z małoletnim. Również pozostałe sposoby nie umożliwiają każdorazowego zweryfikowania stanu rozeznania małoletniego, albowiem oświadczenie na piśmie małoletni może sporządzić i podpisać sam, a świadkowie ustnego oświadczenia nie mają kompetencji do oceny stanu małoletniego.

<sup>38</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 79–80.

<sup>39</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 79.

<sup>40</sup> R. Kubiak, *Prawo medyczne...*, s. 541.

Jak już wskazano w niniejszej pracy, sprzeciw jest oświadczeniem odwołałym, a jego wycofanie może nastąpić w dowolnej spośród trzech form właściwych dla jego złożenia, bez względu na postać utrwalenia samego sprzeciwu. Tożsame będą także podmioty uprawnione do złożenia sprzeciwu oraz do jego wycofania – przedstawiciel ustawy oraz małoletni powyżej szesnastu lat. Możliwa jest sytuacja, gdy sprzeciw złoży przedstawiciel ustawy małoletniego, który może nie wiedzieć o fakcie wpływu do rejestru sprzeciwu dotyczącego jego osoby. Wątpliwość tę, ale wyłącznie w odniesieniu do sprzeciwu złożonego w postaci wpisu do rejestru sprzeciwów, rozwiewa § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 1 grudnia 2006 r. w sprawie sposobu prowadzenia centralnego rejestru sprzeciwów oraz sposobu ustalania istnienia wpisu w tym rejestrze. Zgodnie z powyższym, o istnieniu wpisu sprzeciwu małoletniego zawiadamia się osobę, której wpis dotyczy, po osiągnięciu przez nią pełnoletności, informując jednocześnie o możliwości cofnięcia sprzeciwu w jednej z trzech form dopuszczonych przez ustawodawcę w art. 6 ust. 1 u.p.p.p. oraz o tym, iż brak odpowiedzi na zawiadomienie w terminie 30 dni stanowi potwierdzenie sprzeciwu zgłoszonego przez przedstawiciela ustawowego (§ 3 ust. 4 rozporządzenia). Ponadto zgodnie z treścią § 3 ust. 3 rozporządzenia, zawiadomienie o istnieniu wpisu sprzeciwu małoletniego przesyła się również do małoletniego, który ukończył szesnaście lat. W literaturze wskazuje się, że regulacja ta nie została precyzyjnie sformułowana. Podnosi się brak pewności w zakresie, że szesnastoletni małoletni poinformowany o sprzeciwie oraz możliwości jego cofnięcia będzie działał z dostatecznym rozeznaniem, a ponadto nie wskazano daty, od której liczony będzie upływ 30-dniowego terminu (za początek biegu terminu przyjmuje się doręczenie zawiadomienia)<sup>41</sup>. Zwrócić należy uwagę, że nawet jeśli małoletni po osiągnięciu szesnastu lat wycofa sprzeciw złożony uprzednio przez przedstawiciela ustawowego, oświadczenie to nadal będzie funkcjonowało z uwagi na treść art. 6 ust. 3 u.p.p.p. statuującego sprzeciw jednego podmiotu jako wiążący dla pozostałych. Wycofanie sprzeciwu będzie skuteczne dopiero, gdy po osiągnięciu pełnoletności osoba małoletnia cofnie sprzeciw złożony uprzednio przez inny podmiot tj. przedstawiciela ustawowego<sup>42</sup>. Natomiast w odniesieniu do pozostałych, niesformalizowanych form zgłoszenia sprzeciwu, małoletni może nie wiedzieć o złożonym przez

<sup>41</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 87–88.

<sup>42</sup> J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu...*, s. 81.



przedstawiciela ustawowego czy to pisemnie, czy ustnie sprzeciwie i tym samym rzeczywista wola podmiotu może nie być zrealizowana wobec braku świadomości istnienia oświadczenia o takiej treści.

## **5. Sprzeciw na pobranie *post mortem* w przypadku osób małoletnich w prawie międzynarodowym**

Dla uzyskania pełniejszego obrazu rozważanego zagadnienia, po przeanalizowaniu regulacji krajowych, zasygnalizowania wymagają również rozwiązania przyjęte w aktach prawa międzynarodowego w zakresie sprzeciwu na pobranie *post mortem* w przypadku osób małoletnich.

Na wstępie wskazać należy na treść postanowień Konwencji o Prawach Dziecka z 20 listopada 1989 r.<sup>43</sup> Wszelkie jej postanowienia dostosowane zostały do specyfiki przedmiotu regulacji, czyli praw dziecka, którym na gruncie Konwencji jest każda istota ludzka poniżej osiemnastu lat, chyba, że zgodnie z odnoszącym się do niego prawem uzyska wcześniej pełnoletność. Naczelnymi zasadami płynącymi z postanowień Konwencji są: kierowanie się dobrem dziecka i zabezpieczenie jego interesów. Wskazać należy, że zgodnie z art. 12 ust. 1 Konwencji dziecku zdolnemu do wyrażenia swoich poglądów należy zapewnić prawo do swobodnego wypowiedzenia się w sprawach jego dotyczących, a uzyskane opinie powinny być brane pod uwagę stosownie do wieku i osiągniętej dojrzałości. Powyższe postanowienia wyraźnie wskazują na konieczność dokonywania oceny w oparciu o kryterium faktyczne, a nie formalne, jak ma to zasadniczo miejsce w prawie polskim.

Natomiast wśród aktów prawa międzynarodowego szczegółowo odnoszących się do zagadnienia transplantacji należy wskazać Rezolucję (78) 29 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącą harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i narządów z 11 maja 1978 r.<sup>44</sup> O znaczeniu tego aktu, mającego charakter niewiązący, przesądza przyjęcie zawartych w niej standardów przez większość państw europejskich, w tym także przez Polskę. W kontekście prowadzonych rozważań należy wskazać, że zakres przedmiotowy rezolucji obejmuje pobieranie

<sup>43</sup> Konwencja o Prawach Dziecka z 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526), dalej: Konwencja.

<sup>44</sup> Rezolucja (78) 29 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącą harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich związanego z pobieraniem i przeszczepianiem ludzkich tkanek i narządów z 11 maja 1978 r., w: T. Jasudowicz (red.), *Europejskie standardy bioetyczne: wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 81–86, dalej: Rezolucja.



i przeszczepianie organów oraz substancji ludzkich w celach terapeutycznych, diagnostycznych albo badawczych, zaś kwestie transplantacji postmortalnej reguluje rozdział III Rezolucji. W art. 10 wskazano, iż pobranie nie może zostać dokonane, gdy istnieje wyraźny lub domniemany sprzeciw zmarłego, przy szczególnym uwzględnieniu jego przekonań religijnych lub filozoficznych. Natomiast państwu członkowskiemu pozostawiono możliwość wprowadzenia regulacji, które wymagałyby w przypadku nieistnienia wyraźnego bądź domniemanego sprzeciwu dawcy pytać o zgodę rodzinę zmarłego (przedstawiciela ustawowego w przypadku podmiotu nieposiadającego zdolności do czynności prawnych). Zgodnie z postanowieniami rezolucji, gdy nastąpiła śmierć stwierdzona przez lekarza nienależącego do zespołu dokonującego zabiegu pobrania lub przeszczepienia tkanek lub organów, zabiegu pobrania można dokonać nawet wtedy, gdy czynności narządów innych niż mózg są sztucznie podtrzymywane (art. 11 rezolucji).

Warto również przywołać postanowienia przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej, w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. (dalej: Europejska Konwencja Biomedyczna lub EKB)<sup>45</sup>, która weszła w życie 1 grudnia 1999 r. Mimo że obecnie Polska nie jest jej stroną, to ze względu na podpisanie tego aktu w 1999 r. zobowiązana została do powstrzymywania się od działań, które udaremniłyby przedmiot i cel traktatu<sup>46</sup>. W związku z tym, że przedmiot regulacji dotyczy wolności, praw lub obowiązków określonych w Konstytucji RP<sup>47</sup>, do wejścia EKB w życie konieczna jest jej ratyfikacja wymagająca uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie. Po zakończeniu procesu ratyfikacji normy Europejskiej Konwencji Biomedycznej będą miały pierwszeństwo przed ustawą, o ile nie uda się ich pogodzić z ustawą (art. 91 ust 2 Konstytucji RP) i stosować się je będzie bezpośrednio, jako część krajowego porządku prawnego. Ponadto podkreślić należy, że ratyfikacja Europejskiej Konwencji Biomedycznej jest warunkiem koniecznym przyjęcia protokołów dodatkowych, co wynika z postanowień art. 31 EKB statuującego

<sup>45</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej, w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. w: T. Jasudowicz (red.), *Europejskie...*, s. 3–15.

<sup>46</sup> Por. art. 18 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

<sup>47</sup> Por. art. 89 Konstytucji RP.

protokoły jako środki służące rozwojowi zasad zawartych w Europejskiej Konwencji Biomedycznej, poprzez uzupełnianie i uszczegóławianie jej postanowień w określonych dziedzinach. Konkretyzacja postanowień ogólnych ma się przyczynić do osiągnięcia większej jedności regulacji prawnych w państwach będących stronami EKB.

W świetle postanowień konwencji małoletni należy do szerszego kręgu podmiotów tj. osób niezdolnych do wyrażenia zgody (art. 6 ust. 2 EKB). Jednocześnie analizowany akt nie determinuje kryteriów, na podstawie których ocenia się przynależność podmiotu do tej grupy, a wskazówek w przedmiotowym zakresie udziela dopiero Sprawozdanie Wyjaśniające do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej, w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie<sup>48</sup>, w którym przy interpretacji tego postanowienia odwołano się do regulacji prawa wewnętrznego. Konsekwencją powyższego jest odmienne odkodowanie w poszczególnych porządkach prawnych zakresu pojęcia małoletni, choć cechą wspólną pozostaje niezdolność do wyrażenia zgody skutkująca niemożnością samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej i powodująca po stronie ustawodawcy obowiązek zapewnienia takiemu podmiotowi szczególnej ochrony, poprzez dokładne wskazanie warunków dokonywania interwencji w stosunku do wskazanych osób<sup>49</sup>.

W odniesieniu do transplantacji *ex mortuo* EKB pomija regulację w tym zakresie wskazując jedynie na jej prymat w stosunku do transplantacji *ex vivo*. Rozwiązanie powyższe niewątpliwie wynika z charakteru EKB, która ustanawia pewne minimalne standardy (art. 27 EKB), by stwarzać możliwość ratyfikacji jej przez jak największą liczbę Państw. Natomiast problematyka pobierania organów i tkanek od osób zmarłych objęta została zakresem przedmiotowym drugiego protokołu dodatkowego, otwartego do podpisu 24 stycznia 2002 r., który wszedł w życie 1 maja 2006 r. (dalej: II PD)<sup>50</sup>. Protokół ten dotyczy wyłącznie transplantacji przeprowadzanych w celu leczniczym (art. 2 ust. 1 II PD), które to pojęcie zdefiniowane zostało jako „kompletny proces pobrania

<sup>48</sup> Sprawozdanie wyjaśniające do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej, w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie, w: T. Jasudowicz (red.), *Europejskie...*, s. 17–50.

<sup>49</sup> Sprawozdanie wyjaśniające do Konwencji..., s. 25.

<sup>50</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (ETS No. 186), Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/186.htm>

organu lub tkanki od jednej osoby oraz implantacji tego organu lub tkanki drugiej osobie, łącznie ze wszystkimi procedurami przygotowań, przechowywania i magazynowania” (art. 2 ust. 4 II PD)<sup>51</sup>. Rozdział 4 II PD reguluje warunki pobierania ze zwłok ludzkich oraz przeszczepiania komórek, tkanek i narządów pochodzenia ludzkiego. Podobnie jak w u.p.p.p., przed dokonaniem pobrania *post mortem* konieczne jest stwierdzenie śmierci danej osoby zgodnie z procedurą krajową (art. 16 II PD), co oznacza, że sposób uregulowania zasad stwierdzania zgonu pozostaje w zakresie właściwości ustawodawcy krajowego, który powinien określić prawnie specjalną procedurę, uwzględniając jednak ograniczenie podmiotowe dotyczące zespołu medycznego stwierdzającego zgon. W celu zapewnienia bezstronności i transparentności procedury nie powinien być on tożsamy z zespołem uczestniczącym bezpośrednio w jakimkolwiek innym etapie procesu transplantacyjnego: procedurze pobierania narządu lub tkanki, następczych czynnościach transplantacyjnych czy sprawowania opieki nad potencjalnymi biorcami organów czy tkanek<sup>52</sup>. Dla prowadzonych rozważań najistotniejsze znaczenie mają postanowienia art. 17 II PD, który stanowi o konieczności uzyskania wymaganych w prawie krajowym zgody czy upoważnienia na pobranie *post mortem* oraz o tym, iż zabiegu tego nie można dokonać jeśli osoba zmarła sprzeciwiała się temu. Tym samym model transplantacji *post mortem*, który przyjmie państwo należy do jego suwerennej decyzji. Jednakże równocześnie zastrzeżono, że jedynym sposobem sprawdzenia, czy osoba zgłosiła sprzeciw nie może być oficjalny rejestr, chyba, że zgłoszenie to ma zgodnie z ustawodawstwem krajowym obowiązkowy charakter<sup>53</sup>.

## 6. Podsumowanie

Zagadnienie problematyki sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek lub narządów *post mortem* w przypadku osób małoletnich ma szczególne znaczenie. Przejawia się na płaszczyźnie przedmiotowej oraz w aspekcie podmiotowym, albowiem małoletni nie ma możliwości samodzielnego kształtowania swojej sytuacji prawnej. Zważyć należy,

---

<sup>51</sup> T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska, J. Czepek, *Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 2014, s. 61.

<sup>52</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (ETS No. 186), Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/186.htm>

<sup>53</sup> Additional Protocol to the Convention on Human Rights...

że polskie przepisy prawa w tym zakresie, zarówno w swych założeniach aksjologicznych, jak i w przeważającej większości rozwiązań szczegółowych, odpowiadają standardom międzynarodowym.

Istotą przyjętej przez polskiego ustawodawcę konstrukcji zgody domniemanej potencjalnego dawcy na pobranie narządów, tkanek i komórek *post mortem* w celu przeszczepienia jest uznanie braku sprzeciwu wyrażonego za życia za jednoznaczny ze zgodą na czynność pobrania. W przypadku małoletnich podmiotem uprawnionym do wyrażenia sprzeciwu w jednej z form wskazanych przez ustawodawcę w art. 6 ust. 1 u.p.p.p., jest przedstawiciel ustawowy (sprzeciw zastępczy). Natomiast po ukończeniu przez małoletniego szesnastu lat podmiot ten uzyskuje pewien zakres autonomii w decydowaniu o istotnych dla siebie sprawach, przejawiający się w uprawnieniu do wyrażenia skutecznego *erga omnes* sprzeciwu na pobranie narządów, tkanek i komórek *post mortem* w celu przeszczepienia. Ustawodawca oparł się w tym zakresie na kryterium formalnym, utożsamiając osiągnięcie wieku szesnastu lat z posiadaniem przez każdy podmiot rozeznania i świadomości jako cech niezbędnych do podjęcia decyzji w przedmiocie przeznaczenia zwłok po śmierci. Natomiast rozwiązania międzynarodowe przyjmują kryterium faktyczne, uwzględniające wolę małoletniego w zależności od wieku i stopnia dojrzałości, co daje mu realny wpływ na podejmowane decyzje, stanowiąc przejaw szerszej realizacji autonomii jego woli. Natomiast przy obecnie obowiązujących regulacjach w zakresie form zgłaszania sprzeciwu brak jest możliwości wprowadzenia kryterium faktycznego, albowiem nie funkcjonują w tym zakresie narzędzia umożliwiające weryfikację stanu rozeznania małoletniego przy składaniu przez niego sprzeciwu. Problematiczna pozostaje również sytuacja, gdy przedstawiciel ustawowy wyrazi sprzeciw na pobranie tkanek, komórek i narządów *post mortem* w innej formie niż wpis do centralnego rejestru sprzeciwów. Wtedy złożony sprzeciw może pozostać nieujawniony wobec małoletniego, uniemożliwiając mu jego cofnięcie, w przypadku gdy złożone oświadczenie nie będzie odpowiadało rzeczywistej woli podmiotu. Zmiany wymaga również regulacja dotycząca sytuacji, w której małoletni po ukończeniu szesnastu lat, mimo powiadomienia go o istnieniu zgłoszonego przez przedstawiciela ustawowego sprzeciwu w centralnym rejestrze sprzeciwów, nie może go skutecznie cofnąć. Skoro małoletniemu po ukończeniu szesnastu lat przyznaje

się uprawnienie do złożenia sprzeciwu, brak jest podstaw do odmówienia mu możliwości jego wycofania.

### **Streszczenie**

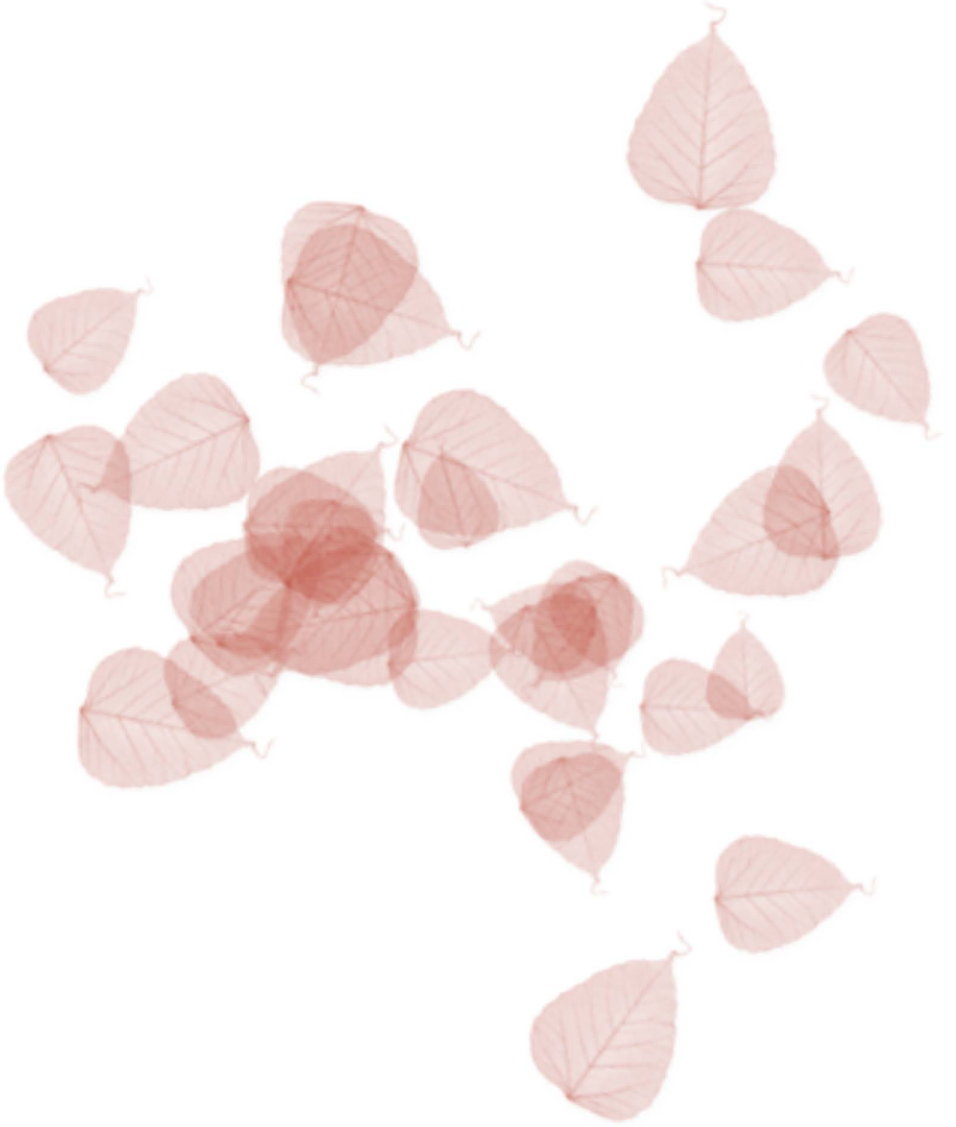
Celem niniejszej pracy jest rozważenie problematyki sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek i narządów *post mortem* w przypadku osób małoletnich. Analizie poddano regulacje krajowe oraz wybrane akty prawa międzynarodowego. Po wyjaśnieniu podstawowych pojęć, omówiono problematykę sprzeciwu na pobranie komórek, tkanek i narządów *post mortem* w ogólności, a następnie zaakcentowano odmienności występujące przy wyrażaniu sprzeciwu w przypadku szczególnego podmiotu – małoletniego.

Słowa kluczowe: sprzeciw, transplantacja, małoletni, centralny rejestr sprzeciwów.

### **Abstract**

The aim of this paper is to analyze domestic law and selected aspects within international legal regulations connected to the issue of objection to donation of cells, tissues, and organs *post mortem* in case of minors. After explaining the basic concepts related to this topic, the general overview of the issue of objection to donation of cells, tissues, and organs *post mortem* were discussed. In this context were underlined differences when analyzing the above issue in case of particular entity – minor.

Keywords: objection, transplantation, minor, objection's central register.



ISBN 978-83-62832-08-8