

Rozdział IX

Ochrona dóbr osobistych zmarłego związanych z pogrzebem, pochowaniem zwłok oraz grobem

I. Wstęp. Wśród dóbr osobistych zmarłego istnieją i takie, *par excellence* pośmiertne dobra osobiste, które dopiero wtedy się aktualizują lub – choć w odniesieniu do dóbr niematerialnych zabrzmie to paradoksalnie – dopiero wówczas się urzeczywistniają. Takie choćby, jak wynikające ze wskazania osób uprawnionych do pochowania zwłok²³²⁶, wyboru cmentarza²³²⁷, a niekiedy, gdy prawo albo obce zwyczaje na te pozwalają, także innego miejsca, na którym ma być pochowany²³²⁸, określenia charakteru uroczystości

²³²⁶ Zob. np. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n. W piśmiennictwie wskazuje się także, że uszanowana winną być również wola zmarłego sprzeciwiającego się sekcji jego zwłok, oczywiście poza sytuacjami, gdy konieczność jej przeprowadzenia znajduje oparcie w przepisie ustawy, zob. np. J. Haberko, *Koniec...*, s. 76 i n. Nieco szerzej o tym, w tym także o skuteczności sprzeciwu byłego przedstawiciela ustawowego, zob. E. L. Wędrychowska, *Odpowiedź...*, s. 132. Nadto zob. *Prawo do godnego pochówku...*

²³²⁷ Spośród takich znanych dyspozycji szczególnie były okoliczności wyrażanie życzenia przez Ś. Karpińskiego. „20 kwietnia 1940 roku poeta spacerował po polskim cmentarzu Na Rossie. «Cóż to za urokliwe miejsce! Chciałbym być tu pochowany» – powiedział w pewnej chwili do towarzyszącej mu Hanki Ordonówny”. Zmarł najbliższej nocy i właśnie Na Rossie został pochowany (T. Z. Zapert, *Świętopetk...*, s. K6). Ciężko chory Artur Grottger zmarł 13 XII 1867 r. w słynnym uzdrowisku *Amelies-les-Bains* w francuskich Pirenejach, skąd zwłoki „artysty sprowadziła do Lwowa w dniu 4 lipca 1868 roku jego narzeczona i pochowała go na Cmentarzu Łyczakowskim w miejscu, które kiedyś podczas wspólnego spaceru Grottger wybrał” (*Artur Grottger...*). Wspominając pochowanego, zgodnie z własnym życzeniem, na Wyspie Króla Jerzego, wybitnego reżysera W. Puchalskiego, niezapomniany rektor naszego Uniwersytetu A. Jahn pisał: „Umarł nagle w czasie kręcenia filmu. W ostatniej minucie życia miał przed sobą majestatyczny krajobraz śniegiem pokrytych gór, barwny tłum pingwinów, a w uszach jazgot ptasiej muzyki. Taką śmierć sam sobie wymarzył. Spoczął w grobie tam, gdzie umarł” (*Z Kleparowa...*, s. 256-257). O pochowaniu gen. M. Moczara, zgodnie z jego życzeniem, na cmentarzu we wsi Rąblów, wśród grobów „jego współtowarzyszy broni z Armii Ludowej, poległych w słynnej bitwie z wojskami hitlerowskimi w 1943 r.” pisali E. Syzdek, B. Syzdek, *Cena...*, s. 199. Wspomnieć też można o życzeniu P. Tibbets’a, pilota amerykańskiego bombowca, który zrzucił bombę atomową na Hiroszimę, którego wola „było, aby nie urządzać mu pogrzebu, ani nie dawać płyty nagrobnej. Obawiał się bowiem, że miejsce takie posłużyłoby do różnych protestów” (*Paul Tibbets...*). Por. np. W. Kisiel, *Glosa...*, s. 191-192; S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 111. Nadto zob. wyr. SA w Warszawie z 11 III 2005 (I ACa 853/04, Wokanda nr 10/2006, s. 23 i n.). Maciej Łagiewski przypominając postać zmarłej w 1904 r. poetki F. Kempner wspominał, że przygotowała ona „rozwiązanie, które w razie nie spełnienia jej życzenia [kremacji – uw. J.M.] mogłoby ją uratować po ewentualnym przebudzeniu w grobie – otwory wentylacyjne oraz misterny system dzwoneczków alarmowych, którego jeden koniec był w zasięgu ręki nieboszczyka, a drugi wychodził nad grób i dalej biegł aż do domu przedpogrzebowego. Dzięki temu można było poinformować pracowników cmentarza, że pod ziemią leży żywy człowiek. Friederike Kempner została pochowana na Starym cmentarzu Żydowskim we Wrocławiu, w rodzinnym grobowcu, który posiada... otwory wentylacyjne” (*Śląski tabędz...*, s. 6).

²³²⁸ Jerzy Waldorff pisał o Z. Mycielskim: „Aż do ostatka miał dla siebie jeden mały pokoik na Chmielnej, lecz po śmierci chciał spocząć w podziemiach kościoła w rodzinnej Wiśniowej, pod Przeworskiem, gdzie trumna jego znalazła się obok trumien jego przodków” (*Gorzkie żale...*, s. 16).

pogrzebowych²³²⁹, czy kolejności możliwych pochówków w grobowcu rodzinnym²³³⁰. Odnosi się to nawet do umieszczenia po śmierci na nagrobku wystawionym za życia, inskrypcji, symboli czy fotografii, a więc uczynienia tego dopiero wówczas, gdy do niedawna nagrobek *in spe* stanie się rzeczywistym nagrobkiem jego fundatora. Wtedy też pojawią się pośmiertne aspekty ochrony i statusu tego nagrobka²³³¹, pod pewnymi względami różne, niekiedy wręcz zasadniczo, od położenia niby tego samego „nagrobka” *ante mortem*²³³². Niekiedy zmarły ujawnia bliskim także swe życzenia dotyczące okazywania przez nich tego, co zwykło się określać kultem pamięci²³³³.

²³²⁹ Zgodnie ze sporządzonym w 1952 r. testamentem pogrzeb gen. Ch. de Gaulle’a odbył się bez „przemówień ani fanfar. Trumnę do grobu rodzinnego niosło dwunastu młodych miejscowych rolników” (A. Bąkowski, *Charles de Gaulle. Wizerunek...*, s. 118). O skromny pogrzeb prosił w testamencie L. Sapieha (zob. J. Dziubkova, *Vanitas*, s. 6), z relacji P. Zaporowskiego wiem, że zmarły w Naironii E. Sapieha wyraził życzenie pochówku bez trumny, „szkoda bowiem marnować desek”. Zob. także I. Godlewski, *Pogrzeb...*, s. 619-621. Osobną kwestią są decyzje dotyczące charakteru tych uroczystości, niezwiązane z ewentualnymi życzeniami zmarłego, zob. np. M. Tryc-Ostrowska, *Wojskowy...*, s. A7; J. Stróżyk, *Czy stalinowski...*, s. A8.

²³³⁰ Zob. także wyr. SN z 15 II 1989 r. (II CR 6/68, LEX nr 8943).

²³³¹ Zob. także K. Kruczałak, *Czy koszty...*, s. 39, gdzie uwaga o nagrobku jako materialnym „śladzie” symbolizującym pamięć o zmarłym. Nadto zob. M. Rzemek, *Ubezpieczenia...*, s. 2.

²³³² Osobny problem to, że zarówno dyspozycje zmarłego, jak i innych osób, dotyczące np. napisu na nagrobku nie mogą naruszać prawa, ani zasad słuszności. Takiej właśnie sytuacji dotyczył spór rozstrzygany w sprawie I C 56/76, rozpatrywanej przez SW w Zamościu, chodziło w nim bowiem o napis umieszczony przez matkę na nagrobku zmarłej córki informujący o tym, zgodnie z prawdą, iż zginęła ona „z rąk mordercy, b. męża C...”; zarówno wskazany SW, jak i SN w wyr. z 13 XII 1976 r. uznały, że „powód poniósł już bardzo ciężkie konsekwencje swojego przestępstwa i nie jest dopuszczalne dodatkowe «karanie go» umieszczeniem w miejscu publicznym wzmianek o jego tragicznym postępku”, dodając że cmentarz „i znajdujące się tam nagrobki nie są przeznaczone do dokonywania wzmianek o przestępstwach jako miejsca i przedmiotu kultu zmarłego. Odmienne postępowanie uwłacza godności tych miejsc i ich przedmiotów” (Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 34).

²³³³ „Wiedział, że nie będzie żył długo. Spieszył się – uważa Anna Grochowiak, córka poety. – Bardzo wczesnie wydał dyspozycje dotyczące swojego grobu: prosty, najlepiej brzożowy krzyż, darń, żadnych chryzantem. «Przynoście tulipany» – mówił. Kojarzyły mu się z ukochanym malarstwem holenderskim” (B. Marzec, *Nocne...*, s. 10). Jerzy Ficowski napisał utwór, w którym wdowa Elżbieta umieściła tylko datę, został on, zgodnie z wolą autora, umieszczony jako jedyny tekst na jego nagrobku na Cmentarzu Wojskowym na Powązkach, a także opublikowany jako nekrolog (zob. J. Ficowski, *JA niżej podpisany...*, s. 12). To mądry, pogodny utwór: „JA / niżej podpisany / JERZY FICOWSKI / przenosząc się dnia 9 maja 2006 r. / do Wieczności / (wersja równouprawniona: do Nicości) / zakończyłem tutejszą egzystencję / nie ukończywszy niczego / zgodnie z Regulaminem Stwórcy / i z odwieczną praktyką / mieszkańców tego źle pomyślanego / i jeszcze gorzej prowadzącego się świata / – usilnie proszę / moich Bliskich i moich Dalekich / o błogosławieństwo uśmiechu / i łaskę pogody ducha / zamiast westchnień i smutku, / bowiem nie stało się / nic nadzwyczajnego. / Za spełnienie tej prośby / z góry wszystkim dziękuję / i za kłopot przepraszam / (–) Jerzy Ficowski / Warszawa, / poza zasięgiem czasu” (w przytoczonej tu wersji oznaczyłem wersy znakiem /, a także pominąłem istotny układ wiersza, który wiernie zachowano w publikacji nekrologu i w napisie na nagrobku). Chyba podobny zamiysł wyraziła M. Łopatkowa, najwybitniejsza w Polsce od czasów J. Korczaka obrończyni praw dzieci. „Wracając z Rzymu z konferencji Unii Międzyparlamentarnej, przeglądałam w samolocie «Mużę rzymską». Lot ów wykorzystałam twórczo, trawestując epitafium poświęcone Klaudii na poświęcone Marii. Przytoczę Ci obydwie teksty dla porównania. / Klaudia / Gościu, co rzekę, krótkie będzie. Stań i czytaj. / To niepiękny grobowiec kobiety pięknej. / Rodziciele nazwali ją Klaudią. Męża / Miłowała swego całym sercem. Dzieci / Zrodziła dwoje jedno z nich na ziemi żywie, / Drugie w ziemi spoczywa. W mowie była wdzięczna / A kroczyła z godnością. Domu swego zawsze strzegła. I wełnę przędła. / To jest wszystko. Idź już. // Maria / Gościu, co rzekę, krótkie będzie. Stań i czytaj. / To spokojny grobowiec kobiety niespokojnej / Rodziciele nazwali ją Marią. Niezależność / Zachowała do śmierci. Zrodziła syna i córkę. / W mowie była prawdziwa. Kroczyła niecierpliwie. / Wełny nigdy nie przędła. Kochała dzieci i wiersze. / Wierzyła w miłość, która ocali świat / To wszystko. Idź już. / Takie epitafium byłoby dużo ciekawsze od dzisiejszych napisów

Warto na marginesie wspomnieć, że problematyka cmentarna posiadała i posiada przede wszystkim swój kontekst pozaprawny, w zależności od epoki i okoliczności bardziej lub mniej doniosłe były tu uwarunkowania religijne, obyczajowe, polityczne, także ekonomiczne, choć wielokrotnie zalegały się one czy też wykazywały związki, w których można się doszukiwać również, bez wątplenia drugorzędnych, może nawet trzeciorzędnych asocjacji prawnych. Dominacja pozaprawnego aspektu uwidaczniała się na przykład w przejawach woli określających czy wskazujących miejsce złożenia serca. Umierając Chopin troskał się nie tylko o zniszczenie niedokończonych utworów, ale i o pogrzebanie „na Powązkach, koło ojca i siostry Emilii. Weźcie moje serce, przynajmniej serce – szeptał – na Powązki lub do któregoś z warszawskich kościołów”²³³⁴. Do dziś oczywiście są motywy kierowania do bliskich takich i podobnych prośb, tym bardziej dawniej zważywszy, że dokonywanie pochówków różnych fragmentów ciała w różnych miejscach było wielowiekową, niekiedy zadziwiającą tradycją, poza nielicznymi wówczas plebejskimi świętymi i błogosławionymi będącą *par excellence* „przywilejem” klasowym²³³⁵, dla której znajdowano różnorakie, nawet teologiczne

na stereotypowych nagrobkach? Jeśli pamięć o tych, co odeszli, chcemy przedłużyć i przybliżyć, to dlaczego nie napiszemy o czymś, co było ważne w ich życiu? Na przykład, że kochali poezję” ([w:] *Marysia i Maria. Wywiad Marysi Zaporowskiej z Marią Łopatkową...*, s. 163; wersy w cytowanych epitafiach oznaczyłem znakiem /, natomiast epitafium Klaudii od epitafium Marii oddzieliłem znakiem //). W mądrej i pięknie napisanej przez M. Urbanka biografii J. Waldorffa znajdujemy także historie wiążące się z problematyką będącą przedmiotem moich dociekań (Waldorff. *Ostatni baron Peerelu...*, s. 317-321). Jerzy Waldorff przed „kamerami opowiadał, że za wszystkie grzechy swego życia ułożył już sobie epitafium, do umieszczenia na nagrobku: TU LEŻY / WALDORFF JERZY, / KTÓRY MIAŁ RZĄD W MINIPOSZANOWANIU. / LEŻ DRANIU!” [znakiem / oddzieliłem wersy tego tekstu – J.M.]. Wygląda na to, że nie uczyniono zadość temu wesołemu życzeniu, tak jak nie uwzględniono zupełnie już poważnej prośby o spopielenie („...kiedy pomyślę że przyjdzie taki czas, gdy zamienię się w kupę śmierdzącego gnoju, to wybaczy pan, ale jest to obrzydliwe uczucie”). Ale Waldorff chciał też, „żeby chowano go przy dźwiękach muzyki Karola Szymanowskiego. «Jeśli ktoś mi nad grobem zagra Marsza żałobnego Chopina, to wstane, uchylę wieko i będę kąsał» – zapowiedział. W innym miejscu zastrzegł, iż woli, by zagrano mu nad grobem Pawanę na śmierć Infantki Ravela, niż otrąbiono Marsz... Fryderyka. Posłuchano go. Kiedy 5 stycznia 2000 roku chowano go w alei katakumbowej Powązek, chór Poznańskich Słowików oraz orkiestra Filharmonii Narodowej wykonały Pawanę i fragmenty Stabat Mater Karola Szymanowskiego”. Jego dozgonny przyjaciel M. Jankowski troskał się o to, zaś wykonawcy woli Jankowskiego dopełnili i innej prośby zawartej w testamencie Waldorffa, po śmierci Jankowskiego prochy jego spoczęły w grobie tego, kogo przez całe życie kochał najbardziej. To były miłe okoliczności towarzyszące ich pochówkom, jakże odmienne od – sprzecznych z obietnicami składanymi Waldorffowi za życia – niegodnych żądań wygórowane zapłaty za jego pochówek na tych Powązkach, dla których zrobił więcej niż Episkopat razem wzięty.

²³³⁴ M. Czuma & L. Mazan, *Poczet...*, s. 414. Wyśmienici autorzy rozpoczynają rozdział poświęcony losom serca Chopina przytaczając także inną wersję tego życzenia: „Wiem, że wam Paskiewicz nie pozwoli przewieźć mnie do Warszawy, więc zabierzcie tam przynajmniej moje serce. Tak – według legendy (czy tylko legendy?) miały brzmieć słowa umierającego w swym paryskim mieszkaniu przy placu Vendome, trzydziestodwuletniego kompozytora. Cytuje je siostra Chopina, do której zwrócił się Fryderyk z równie konkretną, co gorącą prośbą o dostarczenie swego serca do miasta, gdzie uczył się fortepianowej gry, gdzie jako ośmiolatek występował na pierwszych koncertach publicznych, a jako młodzieniec grał w kościele św. Krzyża na organach” (M. Czuma & L. Mazan, *Poczet...*, s. 414), czyli tam gdzie serce jego do dziś spoczywa.

²³³⁵ „Taki los – ugotowanie ciała – spotkał króla angielskiego Henryka (zm. 1135), który zszedł z tego padołu łez w Normandii. Zwłoki rozparcelowano: oczy, wnętrzności, mózg i serce pochowano w Rouen, zaś resztę pogrzebano w Caen. Po śmierci króla angielskiego Ryszarda Lwie Serce (zm. 1199), ciało jego zostało podzielone: wnętrzności wraz z mózgiem spoczęły w Charroux, zwłoki w Fontervault, zaś serce pochowano w Rouen. Podobny los spotkał króla francuskiego Ludwika IX (zm. 1270), który zmarł w Tunisie, podczas ósmej wyprawy krzyżowej. Jego zwłoki pocięto na kawałki i ugotowano w mieszaninie wina i wody. Kości pogrzebano w opactwie Saint-Denis, nekropolii władców Francji, zaś wnętrzności z sercem złożono w Monreale, na Sycylii” (M. Rożek, *Groby duszy...*, s. X).

uzasadniania²³³⁶, choć powody takich praktyk mogły być, poza osobistymi²³³⁷ czy polityczno-propagandowymi²³³⁸, prozaiczne, np. troska o korzyści finansowe²³³⁹, czy względy, które dzisiaj nazywa się logistycznymi²³⁴⁰. Jak o tym świadczy przedstawiony

²³³⁶ „Ciało podlegające gniciu było śmiertelne, kości wydawały się niezniszczalne, stąd też wierzo- no głęboko, że na nich odbuduje się ciało przy zmartwychwstaniu na sądzie ostatecznym. Pamiętać trzeba, że Kościół potępił rzymski obyczaj palenia zwłok, rezerwując sobie palenie na stosach wyłącznie dla heretyków i czarownic, aby tym samym przez zniszczenie kości uniemożliwić im – jak kiedyś wierzo- no – zbawienie [...]. Nieraz kawałkowanie zwłok nabierało cechy karykaturalne, by tylko wspo- mnąć sposób grzebania cesarzy i królów niemieckich w katedrze w Bambergu. Po śmierci ucinano głowę i wyjmowano serce. Grzebano jedynie głowę i serce [...]. Serce symbolizowało duszę. Przewo- żono chowano głowę z sercem-duszą. Ten osobliwy pochówek dotyczył również bamberskich biskupów” (M. Rożek, *Groby duszy...*, s. X i XI).

²³³⁷ Tak jak to miało zapewne miejsce w przypadku złożenia urny z sercem J. Piłsudskiego, zgodnie z jego wolą, w grobie matki na wileńskim cmentarzu na Rossie, zob. A. Durejko, *Historia cmentarzyska wojskowego na Rossie...*, s. 116.

²³³⁸ Obcięta głowę króla Władysława Warneńczyka, potraktowaną jako trofeum, zatopiono w miodzie i umieszczono w pojemniku, zaś korpus królewskich zwłok, dla których na Wawelu znajduje się pusty sarkofag (por. Z. Święch, *Kłątwy...*, s. 21 i n.), pochowano na polu bitwy warneńskiej, prawdopodobnie w miejscu, które stało się przedmiotem czci nie tylko prawosławnych, ale i muzułman, praktykowanej jeszcze na przełomie XIX i XX w. Ci ostatni uczynili nawet stosowny wakuf, czyli założyli fundację mającą na celu otaczanie tego miejsca czcią, stała się bowiem rzecz nie tak rzadka w ludowym przekazie, że chrześcijański król, który poległ za wiarę i na dodatek stracił głowę, „przeistoczył się” w przekazywanych ustnie, także śpiewanych opowieściach, wraz z miejscem swego pochówku, w św. Jana Chrzciciela, czczonego, na swój sposób, przez wyznawców obu religii. Tej „przemianie” sprzyjało i to, że w plebejskiej świadomości najważniejszą osobą podczas tej bitwy, był rzeczywiście głównodowodzący, rozważny węgierski dowódca Hunyady, nie zaś młodociany król, który życiem przepłacił to, iż nie naśladował swego ojca jedynie w wzniesieniu dowodzącego bitwą pod Grunwaldem. Hunyady miał na imię właśnie Jan. W wymśnieniej, zapomnianej monografii przedstawia to J. Grzegorzewski, *Grób Warneńczyka...*, s. 19 i n., w odniesieniu do wspomnianego tureckiego wakufa zob. s. 36 i n.

²³³⁹ „Ta makabryczna praktyka była w pełni aprobowana przez Kościół, jako że jego instytucje, w tym klasztory, czerpały niezłe zyski z posiadania serc osób wysoko stojących w hierarchii feudalnej. Wspomnijmy, że na przykład w klasztorze cysterskim w Erbach od XII stulecia w urnach składano serca biskupów Würzburga” (M. Rożek, *Groby duszy...*, s. XI). Podobnie było w Polsce: „Korpus Anny Elżbiety z Łaszczynów Potockiej spoczął po wspaniałych uroczystościach, 19 lutego 1772 roku, w kościele oo. Bernardynów w Krystynopolu, serce zostało pochowane pod stopniami ołtarza w kaplicy Matki Boskiej w Sokalu, wątroba pod posadzką sokalskiej fary. Ciało jej męża złożono 3 grudnia 1773 roku również w Krystynopolu, serce – w Sokalu, mózg i wątrobę – u bazylianów w Krystynopolu” (J. Dziubkova, *Vanitas...*, s. 16).

²³⁴⁰ Na przykład z powodu trudności z transportem, w szczególności z zachowaniem miękkich części podczas trwającego tygodniami przewozu, a może także z uznaniem niektórych wnętrzności za mniej zasługujące na szczególny status niż korpus, wraz z mózgiem, i serce. Powszechnie przyjmuje się (zob. np. П. А. Жилин, *Кутузов М. И.* [w:] *Большая...*, s. 147), że serce pogromcy Napoleona, rosyjskiego feldmarszałka M. I. Kutuzowa, spoczęło obok drogi prowadzącej z Bolesławca do Zgorzelca, gdzie dzisiaj znajduje się cmentarz żołnierzy radzieckich, na którym są także mogiły kilkudziesięciu poległych podczas II wojny światowej, nawet na przedpolach odległego Berlina, Bohaterów Związku Radzieckiego, grzebanych tu właśnie ze względu na szczególny dla Rosjan charakter tego miejsca. W Polsce dopiero M. Zaporowska odszukała XIX wieczne kroniki i historie bolesławieckie, przede wszystkim „Geschichte des Kreises Bunzlau” z 1885 r., autorstwa E. Dewitz’a, z którego szczegółowego opisu przygotowań do pogrzebu i uroczystości pogrzebowych jednoznacznie wynika, że „ciało i serce zostały przewiezione do Rosji”, gdzie, w Petersburgu, przynajmniej szcztaki zwłok feldmar- szałka znajdują się po dziś w soborze Kazańskim, natomiast w kurhanie, „na wzniesieniu leżącym na północ od legnicko-zgorzelecko-drezdeńskiej szosy, w małym cynowym sarkofagu pochowano «wewnętrzne części», czyli po polsku trzewia zmarłego na tyfus Kutuzowa [...]” (*Kutuzow wiecznie żywy...*, s. 2, zob. także s. 3-4); nie można być pewnym czy spoczywają tam do dzisiaj, pojawiła się bowiem niesprawdzona informacja, że Armia Radziecka opuszczając terytorium Polski urnę tę zabrała. Autorka dodaje, że pośmiertny los feldmarszałka okazał się mniej skomplikowany niż w przypadku Kościuszki, z którym Rosjanin starł się pod Dubienką: zabalsamowane zwłoki naszego narodowe- go bohatera ostatecznie „pochowano w katedrze wawelskiej, trzewia na szwajcarskim cmentarzu

w tym rozdziale wyrok SN z 20 IX 2007 r. dzielenie szczątków po zmarłym, pomijając żywą po dziś praktykę dotycząca relikwii, zdarza się wyjątkowo i współcześnie, także w sytuacjach, które choć jednych oburzają, innym, przede wszystkim bezpośrednio zainteresowanym, wydają się skutecznym antidotum na konflikty rodzinne, których nie jest w stanie uciszyć niekiedy nawet śmierć najbliższych.

Drugi powód poświęcenia owym zagadnieniom osobnego rozdziału wiąże się z tym, że na – moim zdaniem najdonioślejsze – reguły zawarte w kodeksie cywilnym, nakładają się tutaj regulacje z zakresu szeroko rozumianego prawa administracyjnego, wielokrotnie różnorodnie nieprzystające do unormowań cywilnoprawnych.

Trzeci względem to łatwa obserwacja, że zagadnienia dotyczące pogrzebu, pochowania zwłok oraz grobu, są tymi, które w praktyce pojawiają się często²³⁴¹, wywołując niekiedy, także na forum sądów, spory godne pióra Balzaka²³⁴²; tych właśnie kwestii dotyczy też większość wyroków Sądu Najwyższego oraz sądów niższych instancji odnoszących się do różnorodnych doniosłych prawnie okoliczności *post mortem*.

Zuchwyll [...]” pod Solurą, „a serce znajduje się [...]” od pewnego czasu w kaplicy Zamku Królewskiego w Warszawie (*Kutuzow wiecznie żywy...*, s. 3; por. M. Czuma & L. Mazan, *Poczet...*, s. 349).

²³⁴¹ Na podstawie danych statystycznych, wśród spraw sądowych dotyczących ochrony dóbr osobistych, lokowały się one na trzecim miejscu w badaniach przeprowadzonych przez Z. Bidzińskiego i J. Serdę, *Cywilnoprawna...*, s. 100. Konflikty te są zresztą stare jak ludzkość, ich sztandarowym symbolem jest oczywiście grzebiąca brata Polinejesa, wbrew rozkazowi Kreona, bohaterska Antygona, obecna na zawsze w naszej pamięci dzięki dramatowi Sofoklesa. A w pracy, której kres dobiega we Wrocławiu, można wspomnieć, iż po śmierci Lassalle’a, zmarłego trzeciego dnia po pojedynku z J. von Rakowitzem na przedmieściach Genewy, „między jego matką a hrabiną Hatzfeldt powstał spór o miejsce pochowania Lassalle’a. Ostatecznie ustalono, że hrabina pochowa Lassalle’a w Berlinie, w miejscu jego pracy naukowej i politycznej, ponosząc koszty związane z pogrzebem. Podczas przewozu trumny ze Szwajcarii do Berlina zarekwirowała ją policja, działając w imieniu rodziny. Trumnę w tajemnicy skierowano do Wrocławia, gdzie pod nadzorem policji, obawiając się demonstracji robotników, odbył się pogrzeb na cmentarzu żydowskim przy obecnej ulicy Słężnej. Udział w nim, prócz najbliższej rodziny zmarłego, wzięli: hr. Hatzfeldt, postępowy śląski poeta K. Holtei, ówczesni redaktorzy «Breslauer Zeitung» i «Breslauer Morgenzeitung», J. Stein i M. Elsner, przyjaciel Lassalle’a, J. Jacoby, kupiec L. Cohn, poeta G. Herwegh i dwudziestu robotników” (E. Kundera, *Ferdinand...*, s. 11). Warto wspomnieć, że grób Lassalle’a stał się niecodziennym przedmiotem „zemsty” wrocławskich wyrostków, którzy po ogłoszeniu stanu wojennego uszkodzili nagrobną płytę rzucając nań z wysokiego muru kamień, widząc w tym metodę walki z tym i przede wszystkim ze współczesnymi im wyznawcami socjalistycznej ideologii.

²³⁴² Tak, jak to miało miejsce np. podczas procesów, które dwukrotnie docierały na forum SN, w których matka syna, pochowanego wraz ze swą żoną, obojga ofiar wypadku lotniczego, najpierw zabiegała o pośmiertne rozdzielenie małżonków, potem zaś o usunięcie z nagrobka fotografii syna, zob. m.in. wyr. SN z 12 VII 1968 r. (I CR 252/68, OSN poz. 18/1970); A. Kędzińska-Cieślak, *Glosa do wyr. SN z 12 VII 1968, I CR 252/68, PiP z. 8-9/1970*, s. 417-418; Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 10 i 72-73; S. Rudnicki, *Ochrona dóbr...*, s. 32; nadto A. Szpunar, *Roszczenie...*, s. 179; A. Wojcieszke, *Katalog...*, s. 666; A. Michalska, *Spam...*, s. 62; J. Chaciński, *Prawa podmiotowe...*, s. 132. Warto w tym miejscu przywołać też okoliczności uzasadniające chyba rzadkie żądanie podniesione w sporze będącym przedmiotem rozstrzygnięcia SN z 11 X 1996 r. (III CZP 76/96, OSN poz. 16/1997), choć w swym wyroku SN do okoliczności tych się nie odniósł. Otóż, powodowie Maria D. i Antoni D. domagali się, poza zasądzeniem odszkodowania, aby Sąd Wojewódzki zobowiązał Skarb Państwa – Ministra Spraw Wewnętrznych „do wskazania miejsca pochówku Szymona D. męża i ojca powodów, do przeprowadzenia ekshumacji zwłok i do pokrycia kosztów pogrzebu oraz urządzenia grobu w rodzinnej wsi. Według stwierżeń zawartych w pozwie w dniu 4 stycznia 1948 r. Szymon D. zmarł w Centralnym Obozie Pracy w Jaworznie na skutek przebywania tam w nieludzkich warunkach i stosowanych przez funkcjonariuszy obozu metod wyniszczania uwięzionych. Działo się to w okresie represji dokonywanych przez władze ówczesnego państwa komunistycznego m.in. na ludności narodowości ukraińskiej, przesiedlonej na terenie województw zachodnich w ramach akcji «Wisła»” (los taki spotkał tego człowieka wyłącznie za to, że po wysiedleniu „wrócił do opuszczonego domu po resztę pozostawionego w nim mienia [...]”, tam też, w rodzinnej wiosce, został aresztowany, zmarł zaś już po 5 miesiącach i dwóch dniach od osadzenia we wskazanym obozie).

Dla tego, co chcę w rozdziale tym zawrzeć, ma też niebagatelne znaczenie obserwacja, że zagadnienia związane przede wszystkim z pochowaniem zwłok²³⁴³ i grobem, w nikłym stopniu także z pogrzebem²³⁴⁴, stanowiły przedmiot wielu omówień i analiz w polskim piśmiennictwie cywilistycznym, nawet wnikliwego i unikalnego w naszym piśmiennictwie opracowania monograficznego²³⁴⁵. W tej sytuacji będę nieraz powtarzał cudze ustalenia i opinie, zaznaczając niekiedy swoje stanowisko odmienne i argumenty krytyczne, które je m.zd. uzasadniają. Podejmę też próbę uwypuklenia tych problemów, które nie zostały dotąd podniesione albo nie zostały należycie uwidocznione. Nie będę zaś rozwijał ustaleń należycie sformułowanych i uzasadnionych w literaturze, odnoszących się przede wszystkim do zagadnień prawnomajątkowych, w szczególności nie podejmując próby rywalizowania z trudem badawczym, którego owocem jest wnikliwa, wyjątkowa w naszym piśmiennictwie wspomniana monografia S. Rudnickiego²³⁴⁶.

II. Wprowadzenie do problematyki prawa do pochowania w świetle ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Postanowienia dotyczące prawa do pochowania zwłok ludzkich zawarte są w art. 10 UoCiChZ²³⁴⁷. Najdonioślejszą jest regulacja znajdująca się w jego ust. 1, zgodnie z którym prawo „pochowania zwłok ludzkich 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. 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 zobowiązały”²³⁴⁸. Doniosła jest przy tym uwaga o ogólnym walorze, że zgodnie z art. 20a ust. 1 przepisy „ustawy dotyczące pochówku i przewozu zwłok stosuje się odpowiednio do pochówku i przewozu szczątków powstałych ze spopielenia zwłok”.

Jedno z zasadniczych pytań, które rodzi się po lekturze art. 10 ust. 1 dotyczy tego, czy to, że przytoczone regulacje, które niewątpliwie wiążą w granicach określonych przedmiotem tej ustawy, mogą ograniczać lub nawet eliminować ochronę dóbr osobistych związanych z pochówkiem, która wynika z innych przepisów ustawowych? Ten kluczowy problem, dotyczący statusu uregulowań zawartych w tym przepisie, trzeba moim zdaniem rozważyć zanim przystąpi się do analizy tej oraz pokrewnych regulacji cmentarnej ustawy.

Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych jest możliwa tylko w granicach porządku prawnego, czemu nie zaprzecza przecież formuła zawarta w art. 23 *in fine* k.c.

²³⁴³ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n.

²³⁴⁴ Zob. także art. 65h ust 2 ustawy z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r., Nr 108, poz. 908 ze zm.), zgodnie z którym przepisy „art. 65-65g nie dotyczą także konduktów pogrzebowych, które poruszają się po drogach stosownie do miejscowego zwyczaju”; nadto R. Horbaczewski, *Nie można...*, s. C7.

²³⁴⁵ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*

²³⁴⁶ Zob. nadto ks. K. Warchałowski, *Recenzja pracy S. Rudnickiego...*, s. 301 i n.

²³⁴⁷ Wszystkie artykuły wskazane w tym rozdziale bez oznaczenia są przepisami UoCiChZ.

²³⁴⁸ Por. np. A. Sobczak, *Poradnik...*, s. 43; J. Haberko, *Koniec...*, s. 79 i n. Dodać warto, że rzeczywistość dokumentowania prawa do pochowania zdominowana jest jednak najczęściej regułami określonymi gdzie indziej, np. postanowieniami Synodu Diecezji Łowickiej, który w instrukcji synodalnej o cmentarzach grzebalnych ustalił, że dokumentem takim jest m.in. „postanowienie sądowne stwierdzające prawo do spadku [...]” (J. Gołąb, *Prawo...*, s. 361 przyp. 95).

Bez wątplenia, znaczącym elementem tego porządku, w odniesieniu do prawa do pochowania, jest przywołany przepis ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych²³⁴⁹. Uzasadnioną wydaje się więc opinia, że jeśli ktoś wywodzi to prawo z owej regulacji, to trudno uznać, że czyni to bezprawnie; brak bezprawności podważa zaś zasadność żądania jego ochrony, ewentualnie konkurującego z nim żądania ochrony zagrożonego lub naruszonego dobra osobistego. Wygląda więc na to, że prawie cała problematyka cmentarna, poza niedotyczącymi ścisłego prawa do pochowania regulacjami prawa wyznaniowego oraz kilkoma regulacjami karnoprawnymi, znalazła się w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych. W tej sytuacji wywodzenie odmiennego prawa do pochowania skądinąd może być kłopotliwe²³⁵⁰.

Walor przedstawionej argumentacji jest niemały, lecz jej krytyka nie tylko nie jest wykluczona, ale jest konieczna. Jeżeli bowiem prawo do pochowania można byłoby oprzeć na innej podstawie prawnej, to wówczas, być może, trzeba byłoby zamiast bezprzedmiotowego zarzutu bezprawności, stwierdzić doniosłą przecieży antynomię norm oraz płynących z nich uprawnień. I ową sprzeczność dopiero próbować rozstrzygnąć, kierując się, w przypadku równorzędnej rangi normatywnej stosownych przepisów, wartościami, które powinniśmy lub chcemy chronić.

Zacznę zapowiedzianą przed chwilą krytykę od opinii, że pogląd o bliskiej zupełności regulacji zawartej w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w żadnym razie nie może być odniesiony do ochrony dóbr osobistych związanych z pochowaniem zwłok. Takie regulacje są w niej bowiem nieliczne, co zrozumiałe, bo przecieży jest ona przede wszystkim zbiorem unormowań z zakresu prawa administracyjnego²³⁵¹, te zaś nierzadko tylko ograniczają lub w inny sposób reglamentują tutaj wykonywanie praw osobistych. Wydaje się więc, że unormowania pomieszczone w art. 10 ust. 1 zd. 1, wskazujące uprawnionych do pochowania zwłok²³⁵², pomyślane zostały głównie na użytek pozostałych regulacji cmentarnego prawa administracyjnego²³⁵³.

Dla uzasadnienia tego stanowiska najbardziej wymowne jest chyba postanowienie zawarte w zd. 4 powołanego artykułu, zgodnie z którym „prawo pochowania zwłok przysługuje również osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiążą”. Regulacja ta uzmysławia, że ustawodawca przewidział uprawnienie, którego kreacja zależy wyłącznie od przejawu woli osoby, która chce to uprawnienie uzyskać, pomijając jednocześnie, na to wygląda, uprawnienie tego, kogo jako uprawnionego wskazał zmarły. Zresztą, gdyby poprzestać na regulacji zawartej w zd. 4, zbędne okazałyby się postanowienia zawarte w zd. 1 art. 10, bowiem osoby tamże wskazane również mogłyby dobrowolnie takie zobowiązanie podjąć²³⁵⁴. Również osoba wskazana przez zmarłego mogłaby na pozór łatwo uzyskać status osoby uprawnionej, oczywiście pod warunkiem, że nikt by jej w staraniach o taki status nie ubiegł. Widać więc chyba jasno, że w postanowieniu zawartym w art. 10 ust. 1 zd. 4, chodziło o coś zupełnie innego niż ochrona czyichkolwiek dóbr osobistych²³⁵⁵; więcej: przepis ten może skutecznie uderzać zarówno w dobra osobiste osób wskazanych przez zmarłego, jak i tych, które zasadnie uważa się za

²³⁴⁹ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n.

²³⁵⁰ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 105 i n.

²³⁵¹ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

²³⁵² Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n. Zob. także wyr. SN z 31 III 1980 r. (II CR 88/90, LEX nr 8222); wyr. SN z 15 II 1989 r. (II CR 6/88, LEX nr 8943).

²³⁵³ Tak też jednoznacznie stwierdził SN w wyr. z 31 III 1980 r. (II CR 88/80, LEX nr 8222) wskazując, że krąg osób wymienionych w art. 10 ust. 1 nie ogranicza kręgu tych, które winny być uznane za najbliższe zmarłego i dlatego uprawnione do pochowania jego zwłok.

²³⁵⁴ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

²³⁵⁵ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

uprawnione w sferze kultu pamięci o zmarłym²³⁵⁶. Prozaiczna to zresztą konstatacja, bo choć oczywistym celem ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych jest normatywna regulacja tego, co wiąże się z chowaniem zmarłych²³⁵⁷, to jednak przede wszystkim w kontekście administracyjnym i sanitarnym, w pewnym zakresie także majątkowym, marginalnie dotykając zaś innych kwestii, np. ochrony wolności sumienia²³⁵⁸.

III. Prawo pochowania zwłok przez osoby bliskie. Zgodnie z przywołanym już art. 10 ust. 1 zd. 1 „prawo pochowania zwłok ludzkich 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”. Kształt regulacji przyjętej w przytoczonym zdaniu rodzi przypuszczenie, iż wskazano w nim kolejność osób uprawnionych do pochowania zwłok²³⁵⁹, dlatego wolno przyjąć, że wdowiec lub wdowa są uprawnieni do pochowania zmarłego małżonka w pierwszej kolejności²³⁶⁰. Mam prawo tak sądzić zważywszy także hipotetyczną intensywność więzi między osobą uprawnioną oraz zmarłą, przede wszystkim powszechną w innych regulacjach prawnych pierwszorzędność uprawnień pozostałego małżonka²³⁶¹. Oczywiście, dla uznania reguły kolejności²³⁶² najbardziej wymowną zdaje się *prima facie* przyjęta tu numeracja, choć ma prawo budzić pewne wątpliwości brak sformułowania mówiącego o zasadzie kolejności, np. takiego, jakim posłużono się w art. 78 ust. 2 i 3 p.a. Tym bardziej, że do pewnego stopnia podobną, nie tożsamą, metodą numeracji posługuje się ustawodawca dla osiągnięcia różnych celów, w tym i takich, które nie mają nic wspólnego z kolejnością czegokolwiek (np. art. 55¹, 81 § 2, art. 121, 123 § 1 czy art. 385³ k.c.).

Jeżeli nawet przejść do porządku nad wspomnianymi mankamentami regulacji zawartej w art. 10 ust. 1 zd. 1, to łatwo zauważyć kolejne jej niedostatki, z którymi poradzić sobie jest trudniej. Otóż, rodzi się pytanie, czy uprawnionymi do pochowania są osoby

²³⁵⁶ Por. Z. Radwański, *Prawo...*, 2004, s. 162; A. Cisek [w:] *Kodeks...*, s. 57 i 58. Nadto zob. P. KucharSKI, *Opiekę...*, s. 2. Warto wspomnieć, że prawo do kultu pamięci nie ogranicza się do kręgu osób bliskich w konwencjonalnym rozumieniu prawnym, mogą być to i inne osoby, np. urodzeni w kilkaset lat po śmierci otaczanego kultem jego współwyznawcy wiary czy nauk, zob. np. B. M., *Religia. Chasydzy...*, s. 2.

²³⁵⁷ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

²³⁵⁸ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.; zob. nadto A. Wiśniewski, *Orzecznictwo...*, s. 106. Nie tylko takiej wolności, chyba tylko wyjątkowo i w kontekście ochrony dobra osobistego zmarłych, może dotyczyć problematyka cmentarna, zob. np. A. Krakowiak, *Monopoliści...*, s. 3.

²³⁵⁹ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n. Taki pogląd znalazł odzwierciedlenie np. w wyroku SN z 25 IX 1972 r., II CR 353/72, OSNC 1973, poz. 109 (zob. nadto A. Szpunar, W. Wanatowska, *Przegląd...*, NP nr 1/1974, s. 56-57), odosobnionym było stanowisko przeciwne wyrażone w wyroku z 7 VI 1966 r., I CR 346/65, LEX nr 5998. Por. S. Szer, *Prawo...*, s. 294; A. Zielonacki, *Wartości...*, s. 230, zob. także s. 231; P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 270. Por. wyr. SN z 31 III 1980 r. (II CR 88/80, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 65).

²³⁶⁰ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n. Zob. także np. wyr. SN z 11 XI 1976 r. (II CR 415/76, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 64); wyr. SN z 18 VII 1980 r. (I CR 159/80, Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 77 i 81); wyr. SN z 5 XI 1986 r. (I CR 317/86, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 65). Por. S. Rudnicki, *Ochrona dóbr...*, s. 66.

²³⁶¹ Por. wyr. SN z 11 XI 1976 r. (II CR 415/76, LEX nr 7870), w którym stwierdzono, że pierwszeństwo „do pochowania ma pozostały małżonek i dzieci”.

²³⁶² Nie podzielił stanowiska o doniosłości owej kolejności SN w przedstawionym w tym rozdziale szerzej wyr. z 10 II 1975 r. (II CR 851/74, OSPiKA poz. 4/1977) uznając, że decydujące winny być tu wymogi ochrony dóbr osobistych oraz nakaz respektu dla zasad współżycia społecznego. Por. S. Podemski, *Ochrona...*, s. 9; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Przegląd...*, NP nr 6/1976, s. 77; S. Grzybowski, *Glosa*, OSPiKA poz. 5/1977, s. 11 i n.; A. Szpunar, *Ochrona dóbr...*, 1979, s. 151-152; J. St. Piątowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych [w:] Tendencje rozwoju...*, s. 32; nadto zob. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n., w szczególności s. 107-108.

należące do kategorii wskazanych w pkt 2-4, razem czy osobno, a jeśli osobno, to czy bliskość pokrewieństwa ma tu znaczenie²³⁶³? Widać to w odniesieniu do kategorii krewnych zstępnych i wstępnych, czymś naturalnym winno być bowiem pierwszeństwo dzieci względem prawnuków czy rodziców względem pradziadków. Jeszcze bardziej usprawiedliwione wydaje się to w odniesieniu do kategorii krewnych bocznych do 4 stopnia pokrewieństwa, albowiem wzorem wielu innych unormowań poprawną wydaje się i tu zasada, że uprawnienie krewnych bocznych bliższych stopniem pokrewieństwa powinno wyprzedzać uprawnienie takich krewnych dalszych stopniem pokrewieństwa.

Problem bierze się stąd, że taka, jak przedstawiona wyżej interpretacja, nie znajduje jednak podstawy normatywnej w art. 10 ust. 1 zd. 1. Jeśli jeszcze są przesłanki dla przyjęcia, budzącej jednak wątpliwości, kolejności uprawnionych osób należących do poszczególnych kategorii wskazanych w pkt 2-4, to przyjęcie kolejności w kręgu tychże kategorii trudno uzasadnić jakimkolwiek argumentem normatywnym.²³⁶⁴ Nie sposób za usprawiedliwiający taką interpretację uznać argument wskazujący, że zgodnie z klauzulą rozpoczynającą art. 10 ust. 1 prawo do pochowania zwłok ludzkich ma najbliższa rodzina zmarłego. Przyjęcie bowiem przez ustawodawcę, że najbliższą rodzinę zmarłego stanowią osoby należące do kategorii wskazanych w pkt 1-5, w niczym nie przesądza ani nie usprawiedliwia uznania kolejności osób uprawnionych, należących do określonej kategorii osób wskazanych, w zależności od intensywności więzi obejmującej małżonków, krewnych i powinowatych.

Zważywszy niemożliwość oparcia reguły kolejności uprawnionych w kręgu poszczególnych kategorii wskazanych w art. 10 ust. 1 pkt 2-4 na jakimkolwiek postanowieniu zawartym w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, warto rozważyć sięgnięcie poza tę ustawę. Łatwo zauważyć, że byłoby to możliwe w drodze analogii *legis* do art. 78 ust. 2 p.a., choć nie rozwiązywałoby problemu do końca. Mimo to, w takim kierunku winny zmierzać postulaty *de lege ferenda*. Uznając, iż prawo do decydowania o pochowaniu zwłok dotyczy co najmniej także, a może nawet przede wszystkim, dobra osobistego człowieka, trzeba byłoby też nawiązać tu do klauzuli poprzedzającej wspomnianą regulację w prawie autorskim, tzn. przyjmując, iż uprawnionymi do pochowania są wskazane przez ustawodawcę, w określonej kolejności, osoby, którym zmarły był bliski, o ile on sam inaczej nie postanowił.

IV. Wola zmarłego²³⁶⁵. Jak widać, zagrożenia, które rodzi regulacja zawarta w art. 10 ust. 1 zd. 1, nie ograniczają się do możliwych konfliktów między uprawnionymi do pochówku członkami najbliższej rodziny (oraz – czym zajmę się dalej – organami wojskowymi i państwowymi, instytucjami i organizacjami społecznymi, nawet osobą,

²³⁶³ Por. uchw. SN z 7 XII 1970 r. (III CZP 75/70, OSN poz. 127/1971) i orz. SN z 28 XI 1983 r. (I CR 328/83, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 65). Por. A. Szpunar, *O niemajątkowych...*, s. 36. Nadto zob. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n.

²³⁶⁴ Karkołomną próbą uzasadnienia byłoby zastosowanie analogii *legis*. Polegałaby ona na wewnętrznej analogii, która wskazywałaby na kolejność osób uprawnionych w gronie poszczególnych kategorii tychże osób, odwołując się do budzącej przecież wątpliwości kolejności kategorii wskazanych w pkt 1-5. Byłaby to więc analogia niesięgająca do innego przepisu, ale do tego, który sam analogii zdaje się wymagać, nadto nawiązywałaby do nie tyle idei, co raczej konceptu kolejności, którą wewnątrz poszczególnych kategorii nie tłumaczy jakakolwiek numeracja, ale hipotetyczna intensywność więzi osób uprawnionych ze zmarłym, o pochowanie zwłok którego chodzi.

²³⁶⁵ Zob. w szczególności S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 49 i n.

która się do pochówku dobrowolnie zobowiąże)²³⁶⁶. Jak wiadomo, regulacja ta nie uwzględnia bowiem w ogóle potrzeby respektu dla woli samego zmarłego, odwrotnie: przewiduje nie tylko uprawnienie rodziny, z którą zmarły mógł być skonfliktowany, ale też – przewidując uprawnienie różnych instytucji i organizacji oraz osób niebędących członkami rodziny zmarłego – upaństwiają lub uspołecznia (nie w przenośni, niestety: w istocie) prawo do pochówku wskazanych osób, a nawet zezwala na swoiste „zawłaszczenie” tego prawa przez każdego.

Możliwe jest bowiem, że uprawnionym do pochówku będzie wdowiec lub wdowa, przeciw którym zmarły wytoczył proces o unieważnienie małżeństwa, który może być kontynuowany także po śmierci (art. 19 k.r.o.). W podobnej sytuacji możliwy jest proces o ustalenie nieistnienia małżeństwa, który nawet wszczęty może być niekiedy dopiero śmierci małżonka (art. 2 k.r.o. i art. 447 § 2 k.p.c.). Brak odniesienia do woli wyrażonej przez zmarłego, pozwala też na pochowanie jego zwłok przez osobę, która zostanie uznana za spadkobiercę niegodnego, małżonka, który zostanie wyłączony od dziedziczenia, jak również przez zstępnych, małżonka i rodziców zmarłego, którzy zostali przez niego wydziedziczeni²³⁶⁷. Zdaję sobie przy tym sprawę, że można kwestionować zasadność większości wymienionych przypadków podnosząc, iż ustalenie doniosłych okoliczności, np. dotyczących uznania za niegodnego lub wyłączenia małżonka, następuje dopiero na podstawie orzeczenia sądu (art. 928 § 1 i art. 940 § 2 zd. 1 k.c.), gdy realizacja uprawnienia do pochowania następuje dużo wcześniej. Pomijając to, że w wyjątkowych sytuacjach realizacja tego uprawnienia może nastąpić po miesiącach lub latach od śmierci, jak również to, że uprawnienie do pochowania, o którym mowa w art. 10 ust. 1 zd. 1, rozciąga się także na możliwość ekshumacji zwłok i szczątków²³⁶⁸ oraz ich ponownego pochówku (art. 15 ust. 1 pkt 1)²³⁶⁹, co osłabia

²³⁶⁶ Por. przedstawiony w tym rozdziale szerzej wyr. z 10 II 1975 r. (II CR 851/74, OSPiKA poz. 4/1977) oraz Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Przegląd...*, NP nr 6/1976, s. 77; w szczególności S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 106. Nadto zob. A. Sobczak, *Poradnik...*, s. 142.

²³⁶⁷ Aby docenić wymowę tej obserwacji warto, mimo iż dotyczy to wiedzy z zakresu elementarnego kursu prawa spadkowego, przypomnieć przepisy dotyczące wymienionych sytuacji. Zgodnie z art. 928 § 1 k.c. „spadkobierca może być uznany przez sąd za niegodnego, jeżeli: 1) dopuścił się umyślnie ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy; 2) podstępem lub groźbą nakłonił spadkodawcę do sporządzenia lub odwołania testamentu albo w taki sam sposób przeszkodził mu w dokonaniu jednej z tych czynności; 3) umyślnie ukrył lub zniszczył testament spadkodawcy, podrobił lub przerobił jego testament albo świadomie skorzystał z testamentu przez inną osobę podrobionego lub przerobionego,” ale tylko wtedy jeśli spadkodawca mu nie przebaczył (art. 930 § 1 k.c.). Na podstawie art. 940 § 1 k.c. „małżonek jest wyłączony od dziedziczenia, jeżeli spadkodawca wystąpił o orzeczenie rozwodu lub separacji z jego winy, a żądanie to było uzasadnione”. Zgodnie zaś z art. 1008 k.c. „spadkodawca może w testamencie pozbawić zstępnych, małżonka i rodziców zachowku (wydziedziczenie), jeżeli uprawniony do zachowku: 1) wbrew woli spadkodawcy postępuje uporczywie w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego; 2) dopuścił się względem spadkodawcy albo jednej z najbliższych mu osób umyślnego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności albo rażącej obrazy czci; 3) uporczywie nie dopełnia względem spadkodawcy obowiązków rodzinnych”, ale też tylko wtedy, gdy spadkodawca mu nie przebaczył (art. 1010 § 1 k.c.).

²³⁶⁸ Por. M. Kaliszczak, *Problematyczność...*, s. 238 i n.

²³⁶⁹ Por. np. orz. SN z 13 I 1965 r. (I CR 464/64, OSN poz. 171/1965); wyr. SN z 7 VI 1966 r. (I CR 346/65, LEX nr 5998); wyr. SN z 30 VII 1965 r. (II CR 53/65, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 62); H. Dąbrowski [w:] *Kodeks...*, s. 96; S. Podemski, *Ochrona...*, s. 9; wyr. SN z 25 IV 1966 r. (II CR 106/66, LEX nr 5977); wyr. SN z 6 XI 1978 r. (IV CR 359/78, Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 77 oraz s. 90-91, gdzie prezentacja licznych orzeczeń sądów pierwszej instancji); wyr. SN z 31 III 1980 r. (II CR 88/80, LEX 8222); wyr. SN z 12 XII 1990 r. (III CRN 455/90, nie publ.); wyr. SN z 7 VI 1966 r. (I CR 346/65, LEX nr 998); S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 128 i n.; A. Wojcieszke (*Katalog...*, s. 666); wyr. SN z 7 XI 2002 r. (II CKN 980/00, OSN poz. 42/2004); S. Rudnicki, *Glosa*, OSP poz. 125/2003, s. 523 i n.; wyr. SN z 29 I 2003 r. (I CKN 1453/00, Biuletyn SN nr 8/2003, s. 6); P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 270. Zob. także niepublikowane postan. SN z 30 VII 1965 r., II CR 53/65; niepublikowany wyr. SN z 25 IV 1966 r., II CR 106/66 oraz wyr. SN z 7 VI 1966 r. (I CR 346/6, LEX nr 5998).

wymowę tego zarzutu, zauważyć trzeba, że już wydziedziczenia dokonuje sam spadkodawca w testamencie, zaś stwierdzenie tego podczas ogłoszenia testamentu, ma jedynie charakter deklaratoryjny (art. 670 zd. 3 k.p.c.). Zresztą, te oczywiste, w istocie faktyczne – z interesującej mnie perspektywy oceny zasadności prawa do pochowania – okoliczności, nie powinny niweczyć wagi argumentów merytorycznych, także płynących stąd, że możliwe jest przecież poddanie uprawnienia przewidzianego w art. 10 ust. 1 zd. 1 UoCiChZ ocenie przewidzianej w art. 5 k.c., co może podważać dopuszczalność wykonywania tego uprawnienia, w szczególności zaś jego ochrony.

To, że w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie ma nawet wzmianki o tym, iż osobą uprawnioną do pochowania zwłok jest ta, którą wskazał zmarły²³⁷⁰, w nikłym stopniu można wytłumaczyć czasami, w których ten akt powstawał, kiedy idea respektu dla dóbr osobistych człowieka powoli się reanimowała, po kilku latach uwarunkowanej historycznie zapaści. Ale dziś stosowny zapis tej ustawy winien być już od dawna zmieniony w sposób, który wyraźnie postanowi, że 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. W tym samym duchu mogą być, o ile w ogóle uznamy potrzebę takiej regulacji, ustalone zasady chowania zwłok żołnierzy zmarłych w służbie czynnej, gdzie ewentualne uprawnienie władz wojskowych winien poprzedzać zapis mówiący o uprawnieniu osoby wskazanej przez zmarłego, gdy zaś zmarły nie wyraził odmiennej woli, przepis przewidujący uprawnienie osób bliskich wskazanych przez ustawodawcę, na końcu dopiero lokując uprawnienie władz wojskowych.

Osobna sprawa, że mimo przedstawionych wyżej regulacji ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, już dzisiaj z art. 23 k.c. nie tylko można, ale należy wywodzić uprawnienie do pochowania zwłok przez osobę wskazaną przez zmarłego²³⁷¹. Z tego wskazania²³⁷² nie wynika, rzecz oczywista, jakikolwiek obowiązek prawny wskazanej osoby²³⁷³. Ale gdyby owo wskazywanie zostało bezprawnie podważone, stanowiłoby to zarówno niedozwolone naruszenie dobra osobistego zmarłego, jak i uprawnienia osobistego osoby wskazanej.

Niestety, niekiedy orzecznictwo bez przekonywujących argumentów akceptuje preponderancję interesów żywych, powołujących się na potrzebę ochrony kultu pamięci o zmarłym²³⁷⁴, nad jego jednoznaczną wolą, której zadośćuczynienie jest możliwe, bo

²³⁷⁰ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 49 i n.

²³⁷¹ Jednoznacznie uznano to np. w wyr. SN z 14 V 1982 r. (IV CR 171/82, OSN poz. 12/1983); zob. też W. Kisiel, *Glosa do wyr. z dnia 14 maja 1982 r.* (IV CR 171/82), NP nr 7-8/1984, s. 188 i n. oraz P. Ochalek, *Glosa do wyr. z dnia 4 czerwca 1982 r.* (I CR 141/82), NP nr 7-8/1984, s. 194 i n. Nadto Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 77; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 49 i n.

²³⁷² Którego forma nie jest określona, stąd możliwe jest każde wskazanie, które pozwala na indywidualizację uprawnionego, por. np. S. Wójcik, *Rozporządzenia...*, s. 223.

²³⁷³ Nie wynika on zresztą także ze wskazania w art. 10 ust. 1, wbrew twierdzeniom zawartym w wyr. SN z 7 VI 1966 r. (I CR 346/65, LEX nr 5998).

²³⁷⁴ Na przykład w wyr. siedmiu sędziów SN z 19 I 1981 r. (III CRN 204/80, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 65) przyjęto, że pochowanie „zwłok innej niż żona kobiety w grobowcu z żonatym mężczyzną – ojcem i dziadkiem, choćby chodziło o kobietę, która za życia była mu bliska, może godzić w dobro osobiste członków jego rodziny (kult zmarłych, szacunek dla danej osoby za jej życia itd.)”. Komentując to orzeczenie P. Księżak dodał, „ze rozstrzygnięcie spraw tego rodzaju, poza ochroną dóbr osób żyjących, winno uwzględniać również wolę wyrażoną przez zmarłego. W razie konfliktu, wola osoby zmarłej powinna mieć pierwszeństwo” ([w:] *Kodeks...*, s. 271). Inna sprawa, że sięganie po pojęcie kultu pamięci o zmarłym ma miejsce nie tylko w razie konfrontacji, ale i wówczas, a nawet może nawet przede wszystkim, gdy nie ma sprzeczności między postulatem ochrony dóbr osobistych zmarłego, a kultem pamięci o nim. W wyr. SA w Warszawie, wszczętym przez A. Michnika przeciwko IPN, w związku z zawarciem w publikacji IPN o Marcu '68 nieprawdziwej informacji

nie stanowi naruszenia jakichkolwiek ustawowych zakazów czy nakazów. Wyrazistym tego przykładem, niedotyczącym zagadnienia kolejności uprawnionych do pochowania, ale odnoszącym się do zasadniczej kwestii statusu woli zmarłego, jest wyr. SN z 20 IX 2007 r.²³⁷⁵, w którego tezie postanowiono, że rozdzielenie „przez osobę uprawnioną do pochówku prochów zmarłego do dwóch odrębnych urn, a następnie złożenie do grobu jednej z nich oraz zatrzymanie drugiej do własnej dyspozycji, jest działaniem bezprawnym, mogącym naruszyć dobro osobiste (kult pamięci zmarłego) innej osoby uprawnionej do pochówku”. W sporze, mimo odmiennych wersji przedstawianych przez strony, nie kwestionowano tego, że wolą zmarłego było, aby po spopieleniu jego zwłok, poza częścią prochów pochowaną w grobie ojca, druga część została umieszczona przez wdowę w przydomowym ogródku. Wdowa, zmuszona przez działania matki zmarłego, która twierdziła, że jej prawo do kultu pamięci syna narusza widok z sąsiedniej, należącej do niej posesji, na miejsce spoczynku części jego prochów, urnę tę z ogródka usunęła. Wbrew stanowisku SN miała co najmniej od tego momentu ponownie prawo do przechowywania tych prochów w domu, nie na cmentarzu, albowiem wskazany art. 12 ust. 3, w szczególności w zw. z art. 12 ust. 1 zd. 2, wcale nie wyklucza takiej możliwości. Stanowisko zaś, że rozdzielenie tych prochów stanowi ich dezintegrację powodującą naruszenie kultu pamięci syna przez matkę, wydaje się stanowić nadinterpretację, albowiem nie powinno się chronić takich przejawów kultu zmarłego, które stanowią naruszenie czy nawet, jak w tym przypadku, unicestwiają możliwość realizacji niepozostającej w sprzeczności z prawem woli zmarłego. Zwłaszcza w odniesieniu do prochów argument o ich bezprawnej dezintegracji wydaje się merytorycznie niestosowny, zaś akceptacja dla żądań matki jest jednym z wielu, wspomnianych w piśmiennictwie, przykładów tego, że spory rzekomo wokół kultu pamięci zmarłego są niekiedy dalszym ciągiem mających głębsze korzenie rodzinnych potyczek z czasów, kiedy on żył. Nie przekonuje mnie też, w odniesieniu do prochów ludzkich, uzasadnienie stanowiska S. Rudnickiego, ażeby „za niedopuszczalne traktować dyspozycje w przedmiocie rozdzielania zwłok lub prochów w celu pochowania ich w oddzielnych grobach (kolumbariach) lub na różnych cmentarzach (czego przepisy *expressis verbis* nie zabraniają)”, albowiem przeciw „takim życzeniom przemawia względ na naturalną i prawną integralność zwłok ludzkich i zapobieżenie gorszącym konfliktom, które w takich wypadkach można z łatwością przewidzieć”²³⁷⁶.

o skazaniu w 1934 r. przez Sąd Okręgowy w Łucku, ojca A. Michnika O. Szechtera, za szpiegostwo na rzecz ZSRR, stwierdzono że doszło w ten sposób „do «zafalszowania prawa do dobrej pamięci o zmarłym»”, czyli tego, co stanowiło przedmiot pozwu: prawa „do kultywowania pamięci o ojcu” (M. Domagalski, *IPN przeprosi...*, s. C1).

²³⁷⁵ II CSK 237/07, OSN-ZD poz. 71/2008.

²³⁷⁶ OSP poz. 94/2008, s. 637. Wątpliwości dotyczące dopuszczalności rozdzielania prochów nawet się nie pojawiły podczas tegorocznych i wcześniejszych, w tym pierwszych, uroczystości związanych z rzeczonymi i morskimi pochówkami prochów Gandhiego. „Some of the ashes of Indian independence leader Mahatma Gandhi are to be scattered at sea off South Africa’s coast on Saturday. Gandhi’s grand-daughter, Ela Gandhi, told the BBC that a family friend had kept the ashes for decades. They were handed over to the family last year. After Gandhi was assassinated 62 years ago, his ashes were distributed among family, friends and followers. Ashes are customarily scattered over a body of water shortly after cremation. These ashes will be scattered at sea exactly 62 years after his death. Boats carrying about 200 family members and friends will be joined by South African navy vessels in the sea near Durban for the ceremony, Ms Gandhi, who lives in Durban, said. Correspondents say it is difficult to estimate how many people received a portion of Gandhi’s ashes after he was cremated in 1948. The majority would probably have been scattered in a river or at sea shortly afterwards, according to Hindu custom [...]. «A family friend, Vilas Mehta, decided to keep some of Gandhi’s ashes as a memento, not realising that according to Hindu customs they should be immersed», Ms Gandhi told the BBC. She handed over a «little silver container» to her daughter-in-law on her death bed and told her to «keep it very safe». «The daughter-in-law thought the family should have the ashes

Otóż, dopuszczalność kremacji i brak zakazu przechowywania prochów poza cmentarzami, w tym brak zakazu ich rozdzielania i pochowania albo przechowywania w różnych miejscach, nie pozwala na uznanie za zasadny poglądu o nakazie prawnej integralności prochów, tego zaś, nie zaś prawnej integralności zwłok, dotyczył werdykt akceptowany przez glosatora. Przypuszczenie, że brak możliwości rozdzielania tych prochów może zapobiec gorszącym konfliktom zdaje się z kolei nie doceniać tego, co byłoby konsekwencją próby egzekucji tego, praktycznie niemożliwego do definitywnego wyegzekwowania werdyktu, nikt bowiem nie jest w stanie zapobiec temu, że wdowa nie umieści jednak w grobie teścia całej pozostałej części prochów swego męża. Można raczej przypuszczać, że możliwość okazywania kultu w innym miejscu niż to, do którego miała dostęp skonfliktowana teściowa, konfliktom był w stanie właśnie zapobiec, a raczej w znaczący sposób ograniczyć ich spektrum, co zresztą zmarły, świadom swych doświadczeń przewidywał i swą decyzją chciał najprawdopodobniej takim niebezpieczeństwom zapobiec. To skądinąd interesujące, że podobne spory, znane z publikowanych orzeczeń, inicjowane były dotąd wyłącznie przez matki, nie zaś ojców, tylko zmarłych synów, nie zaś zmarłych córek, z uzasadnień werdyktów wolno też przypuszczać, że zawsze chodziło o jedynaków, co wzmacnia przypuszczenie o innym niż rzeczywisty tle sporu rzekomo wokół kultu pamięci zmarłego.

Nie sposób też zgodzić się z powoływanym w przedstawionym werdykcie wcześniejszym wyr. SN z 6 XI 1978 r.²³⁷⁷, w którym przyjęto, 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 [...] postępowanie uprawnionego w pierwszej kolejności nie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”. Taka optyka w znaczącym stopniu deprecjonuje potrzebę prawnej ochrony dyspozycji zmarłego dotyczących miejsca jego pochówku, co najwyżej umożliwi ewentualną ocenę w świetle zasad współżycia społecznego dyspozycji osób uprawnionych na podstawie art. 10 ust. 1. Nie kwestionując potrzeby ochrony uprawnień do pochowania osoby bliskiej wydaje mi się oczywiste, że decydujące winny być tu dyspozycje zmarłego, oczywiście w granicach ustaw, w tym i tego ograniczenia, które wynika z klauzuli zawartej w art. 5 k.c., nadto, z oczywistych powodów, z uwzględnieniem możliwości pokrycia kosztów pochówku ze spadku²³⁷⁸ lub uzyskania ich zwrotu w ramach zasiłku pogrzebowego²³⁷⁹, a także tylko wówczas, z równie oczywistych powodów, gdy ktokolwiek z uprawnionych do pochowania zechce podjąć trud zadośćuczynienia oczekiwaniom zmarłego, które mogą być ambarasujące lub nader kłopotliwe, i to nie tylko wtedy, gdy chodzi o przewiezienie prochów i ich pochowanie (rozsypanie) w odległych zakątkach świata, tak jak to na zboczu indyjskiej góry Aranaczuli uczyniono z prochami doktora *honoris causa* naszego Uniwersytetu, Jerzego Grotowskiego, ale i wtedy, gdy życzeniem zmarłego byłoby przechowywanie jego prochów w domu uprawnionego do pochówku.

Osobna sprawa, że nierzadko zasady współżycia społecznego mogą, a nawet powinny być znaczącym kryterium do oceny zasadności uprawnienia do pochowania wynikającego z art. 10²³⁸⁰. Takie stanowisko zajął SN w wyr. z 23 V 1975 r., gdzie odnosząc się do

and she brought it to us last year. We started thinking – what shall we do with it? We had a couple of options. But then our broader family said, the ashes must be immersed». In 2008, some of Gandhi’s ashes, kept for years by an estranged son, were donated to a museum in Mumbai which arranged a ceremony to scatter them in the Arabian sea” (*Mahatma Gandhi...*).

²³⁷⁷ IV CR 359/78, LEX nr 8145.

²³⁷⁸ Por. J. St. Piątowski, *Prawo...*, s. 40 i 46.

²³⁷⁹ Por. I. Lewandowska, *Czy zwrot...*, s. C2.

²³⁸⁰ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 49 i n.

wspomnianego uprawnienia stwierdził, że „okoliczności sprawy, a zwłaszcza wzajemne wrogie stosunki między małżonkami oraz ostatnia wola zmarłego mogą przemawiać za przyznaniem ochrony z art. 23 i 24 k.c. innym członkom rodziny zmarłego”²³⁸¹.

Warto wspomnieć, że także w prawie kanonicznym Kościoła Rzymsko-Katolickiego znajdujemy przepisy nakazujące respekt dla wyborów dokonanych *ante mortem*, przy czym nie zawsze wiąże się to z okolicznościami dotyczącymi kwestii wiary lub niewiary, choć zrozumiałe, że te, które dotyczą postaw konfesyjnych, w regulacjach tego prawa dominują²³⁸². Zgodnie z kanonem 1176 § 1 kodeksu prawa kanonicznego²³⁸³ wierni „zmarli powinni otrzymać pogrzeb kościelny, zgodnie z przepisem prawa”²³⁸⁴. W związku z regułą, że nabożeństwo pogrzebowe za wiernego winny być odprawione „w jego własnym kościele parafialnym” (kan. 1177 § 1), w kolejnym paragrafie tego kanonu postanowiono, że przede wszystkim sam wierny może „wybrać inny kościół na pogrzeb, za zgodą tego, kto nim zarządza, i po zawiadomieniu własnego proboszcza,” z czego wynika nie tylko możliwość respektowania wyboru dokonanego *ante mortem*, ale także konieczność uzyskania stosownej zgody oraz dokonania nakazanego powiadomienia²³⁸⁵. Szerzej zorientowane regulacje zamieszczono w kanonie 1180, w którego § 1 postanowiono, że jeśli „parafia posiada własny cmentarz, na nim powinni być grzebani wierni zmarli, chyba że inny cmentarz został zgodnie z prawem wybrany przez samego zmarłego albo przez tych, do których należy zajęcie się pogrzebem zmarłego”²³⁸⁶. Warto zwrócić tu uwagę, że chociaż z kanonu tego nie wynika decydujące znaczenie wyboru dokonanego przez zmarłego, to jednak wskazano na jego wybór przed wskazaniem na wybór dokonany przez osoby, do których należy zajęcie się pogrzebem. Jednoznacznie odniesiono się do tej kwestii w paragrafie 2 tego kanonu, zgodnie z którym jeśli „tylko prawo tego nie zabrania, każdemu wolno wybrać cmentarz pochowania”, z przepisu tego bowiem wynika pośrednio nie tylko pośmiertna doniosłość wyboru dokonanego *ante mortem*, ale też, jako jedyne ograniczenie przyjęte w nim to, które może wynikać z prawa, z czego wynika, że wola bliższych zmarłego, o ile nie znajduje umocowania w prawie, nie ma znaczenia dla statusu stosownego wyboru dokonanego przed śmiercią przez tego, o kogo pochówek chodzi²³⁸⁷.

²³⁸¹ II CR 193/75, OSPiKA poz. 5/1977 oraz S. Grzybowski, *Glosa*, OSPiKA poz. 5/1977, s. 11-13. Por. A. Szpunar, *Ochrona dóbr...*, 1979, s. 150-151; nadto zob. P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 270-271.

²³⁸² *Codex Iuris Canonici...*, 1984, s. 468-473, 478-479 i 486-489; *Codex Canonum...*, 2002, s. 552-555. Zob. także I. Godlewski, *Pogrzeb...*, s. 619-621.

²³⁸³ Wskazywane dalej kanony bez oznaczenia dotyczą tego kodeksu.

²³⁸⁴ W § 2 tego kodeksu wskazano, że pogrzeb taki „wyprasza duchową pomoc zmarłym, okazuje szacunek ich ciału i równocześnie żywym niesie pociechę nadziei [...]”.

²³⁸⁵ O takiej możliwości wyboru innego „kościółka pogrzebu” wspomina się też w kolejnym paragrafie tego kanonu. Zob. ks. F. Przytuła, *Pozostałe akty...*, s. 366, zob. także s. 369. W kan. 1178 postanowiono zaś, że nabożeństwo „pogrzebowe za biskupa diecezjalnego winno być odprawione w jego własnym kościele katedralnym, chyba że wybrał on inny kościół”. Zob. także kan. 1242, zgodnie z którym w „kościółkach nie należy grzebać zmarłych, chyba że chodzi o Biskupa Rzymskiego, kardynałów lub biskupów diecezjalnych, również emerytowanych, którzy powinni być chowani we własnym kościele”. W kan. 874 § 3 kodeksu kanonów kościołów wschodnich odpowiednie postanowienie stwierdza, że w „kościółkach nie wolno grzebać zmarłych, z odrzuceniem przeciwnych zwyczajów, chyba że chodzi o Patriarchę, biskupa lub egzarchę”. Por. M. Kosiarski, *Pochówki...*, s. C3. Nadto ks. J. Bakałarz, *Miejsca...*, s. 410, zob. także s. 406 i n.; J. Gołąb, *Prawo...*, s. 359, gdzie mowa m.in. o postanowieniu I Synodu Diecezji Elckiej, „że jeśli ktoś wybrał inny kościół pogrzebu niż parafialny, nic nie zastrzegając w sprawie cmentarza, należy domniemywać, że pośrednio wybrał także miejsce cmentarza”. Zob. także kan. 1182, 1205, 1208, 1240-1241 i 1243. Por. M. Kosiarski, *Pochówki...*, s. C3.

²³⁸⁶ Warto zwrócić uwagę, że przepis ten chyba nie wyklucza, że istnieje obowiązek zajęcia się pogrzebem zmarłego, choć być może chodzi tu tylko o osoby uprawnione do dokonania pochówku.

²³⁸⁷ Warto też wspomnieć, że w postanowieniu zawartym w kan. 1181 nakazano m.in., aby „w nabożeństwie pogrzebowym nie było żadnego wyróżniania osób [...]”. Por. odpowiednie postanowienie w kan. 878 § 1 kodeksu kanonów kościołów wschodnich.

Respekt dla przejawów woli *ante mortem* widać też w kan. 1183 § 3, zgodnie z którym ochrzczonym „przynależnym do jakiegoś Kościoła lub wspólnoty kościelnej niekatolickiej, można pozwolić na pogrzeb kościelny według roztropnego uznania ordynariusza miejsca, jeśli nie ma ich własnego szafarza; chyba że się ustali, że mieli przeciwną wolę”²³⁸⁸. W istocie podobne treści zawiera kan. 1184 § 1 stanowiący, że jeśli „przed śmiercią nie dali żadnych oznak pokuty, pogrzebu kościelnego winni być pozbawieni: 1° notoryczni apostaci, heretycy i schizmatycy; 2° osoby, które wybrały spalenie swego ciała z motywów przeciwnych wierze chrześcijańskiej; 3° inni jawni grzesznicy, którym nie można przyznać pogrzebu bez publicznego zgorzenia wiernych”²³⁸⁹.

V. Prawo do pochowania zwłok osób wojskowych oraz osób zasłużonych. Wątpliwości, które rodzi postanowienie zawarte w art. 10 ust. 1 zd. 1 powiększają kolejne regulacje zawarte w tym ustępie. Zatrzymajmy się najpierw przy zdaniach drugim i trzecim. Pierwsze z nich stanowi, że „prawo pochowania zwłok osób wojskowych zmarłych w czynnej służbie wojskowej przysługuje właściwym organom wojskowym w myśl przepisów wojskowych”²³⁹⁰, w drugim stwierdzono, że „prawo pochowania zwłok osób zasłużonych wobec Państwa i społeczeństwa przysługuje organom państwowym, instytucjom i organizacjom społecznym”.

Zasadnicze pytanie, które należy tutaj postawić, dotyczy relacji uprawnienia zawartego w przytoczonych zdaniach 2 i 3, względem uprawnień przewidzianych w zdaniu 1²³⁹¹. Jeżeli bowiem chce się dopatrywać kolejności uprawnionych w kolejności następujących po sobie zdań w ust. 1 art. 10, to trzeba by było udowodnić, że samo następowanie po sobie tych zdań, świadczy o kolejności uprawnionych, a także wytłumaczyć taki status regulacji zawartych w zd. 2 i 3, który usprawiedliwia przypuszczenie, że są one *lex specialis* i jako takie winny wyłączać pierwszeństwo osób uprawnionych na podstawie zd. 1; trzeba by było również podważyć status regulacji zawartej w zd. 4, która przewiduje, co prawda, uprawnienie uzupełniające, ale

²³⁸⁸ Por. odpowiednie postanowienie w kan. 876 § 1 kodeksu kanonów kościołów wschodnich.

²³⁸⁹ Por. odpowiednie postanowienie w kan. 875 i w szczególności kan. 877 kodeksu kanonów kościołów wschodnich. Zgodnie z kan. 1176 § 3 „Kościół usilnie zaleca zachowanie pobożnego zwyczaju grzebania ciał zmarłych. Nie zabrania jednak kremacji, jeśli nie została wybrana z pobudek przeciwnych nauce chrześcijańskiej.” Por. odpowiednie postanowienie art. 876 § 3 kodeksu kanonów kościołów wschodnich. Nadto zob. jego kan. 874 § 1, 2 i 4 oraz kan. 879. Warto wspomnieć, że kremacja może też wiązać się z religijnym nakazem („Three years after his death, all that remains of Chukkan Nishad’s body is a skeleton that lies on the terrace of a police station in Ahraula Village waiting to be cremated. The 22-year-old had gone missing in 2007. A few days later, a body was found in the sugarcane field close to the village. Chukkan’s family identified it as his. But the police insisted on a DNA test to verify their claim. Now, all that is left him are his bones – the DNA test still not conducted [...]. «We are so worried ourselves. If they gave us the skeletal remains, we could start performing his last rites. Till that is not done, his soul will not rest in peace», says Chukkan’s father”, *Parents...*), dotyczy to również osób zamieszkałych w Polsce i to nie tylko obcokrajowców.

²³⁹⁰ Zgodnie z art. 59 ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2004 r., Nr 241, poz. 2416 ze zm.) żołnierzami w „czynnej służbie wojskowej, w rozumieniu niniejszej ustawy, są osoby, które odbywają lub pełnią następujące jej rodzaje: 1) zasadniczą służbę wojskową; 2) przeszkolenie wojskowe; 3) ćwiczenia wojskowe; 4) służbę przygotowawczą; 5) okresową służbę wojskową; 6) służbę wojskową w razie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny [...]”, natomiast na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 2008 r., Nr 141, poz. 892) „żołnierze zawodowi są żołnierzami w czynnej służbie wojskowej” (zob. także art. 124 ust. 1 tej ustawy, zgodnie z którym kandydaci „na żołnierzy zawodowych pełnią czynną służbę wojskową jako służbę kandydacką”). Wygląda na to, że w publikowanych przepisach nie określono natomiast organów wojskowych, którym przysługuje prawo pochowania „zwłok osób wojskowych w myśl przepisów wojskowych”.

²³⁹¹ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

paradoksalnie chyba równoważne względem uprawnień przewidzianych w zdaniach wcześniejszych. Próby takich interpretacji są nader kłopotliwe, wszystko bowiem wskazuje na to, że uprawnienia przewidziane w zd. 2 i 3 wyłączają uprawnienia osób wskazanych w zd. 1. Usytuowanie uprawnień organów wojskowych, państwowych, instytucji i organizacji społecznych w zdaniach następujących po tym, w którym przewidziano uprawnienia członków najbliższej rodziny, nie pozwala bowiem na jakiegokolwiek deprecjonowanie autonomii i rangi regulacji zawartych w zd. 2 i 3. Także czytelna treść obu regulacji w żadnym razie nie usprawiedliwia prób interpretacji, które pozwoliłyby na usytuowanie przewidzianych w nich uprawnień po uprawnieniach przewidzianych w zdaniu wcześniejszym. W zd. 2 i 3 brak nawet określenia, które znalazło się w zd. 4 („również”), a które stanowić mogłoby przynajmniej normatywny pretekst do rozważania uzupełniającego charakteru uprawnień organów wojskowych, państwowych, organizacji i instytucji społecznych.

Poza zasadniczym sprzeciwem, który musi rodzić wspomniana deprecjacja, w istocie zaś, w przypadkach przewidzianych w zd. 2 i 3, eliminacja uprawnień członków rodziny, postanowienie zawarte w zd. 3 budzi też wątpliwości. Nierzadko może być bowiem tak, że ustalenie tego, czy zasługi zmarłego dla państwa były większe niż dla społeczeństwa albo na odwrót, okaże się niemożliwe; z treści postanowienia zawartego w zd. 3 zdaje się zaś wynikać, że w zależności od tego, wobec kogo, państwa czy społeczeństwa, zmarły był bardziej zasłużony, uprawnienie do jego pochowania będzie przysługiwało organom państwowym, instytucjom lub organizacjom społecznym²³⁹².

W art. 10 ust. 1 zd. 2 jako uprawnionego do pochowania zwłok określonych osób wojskowych wskazano właściwy organ wojskowy w myśl przepisów wojskowych. W zdaniu następnym uprawnienie do pochowania zwłok osób zasłużonych, przyznano organom państwowym, instytucjom i organizacjom społecznym, ani ich nie indywidualizując, ani nie wskazując, według jakich kryteriów można byłoby je ustalić i kto mógłby to uczynić. A nie można przecież wykluczyć, że zmarły będzie miał podobne zasługi dla państwa i społeczeństwa, stąd uprawnionymi mogą być zarówno organ państwowy, jak i instytucja lub organizacja społeczna, a nawet więcej podmiotów należących do wymienionych kategorii.

VI. Ochrona dóbr osobistych zmarłego, a prawo do pochowania przez każdego.

Czytelne są motywy, dla których ustawodawca przyjął rzadkie, chyba nawet wyjątkowe rozwiązanie, zgodnie z którym „prawo pochowania zwłok przysługuje również osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiązają” (art. 10 ust. 1 zd. 4). Administracyjny, sanitarny, przede wszystkim zaś *sensu largo* organizacyjny, a być może i majątkowy wzgląd skłonił bowiem do uznania uprawnienia każdego do pochowania zwłok, jeśli tylko deklaruje on dopełnienie czynności do pochowania niezbędnych. Przepis ten nie dotyczy spraw związanych z pokryciem kosztów pochówku, choć wolno przypuszczać, że w tej sytuacji, gdy zwrot tych kosztów nie jest możliwy, wydatki związane z pochówkiem obciążają osobę, która się doń dobrowolnie zobowiązała²³⁹³.

²³⁹² Co prawda w rozważanym przepisie mowa o zasługach wobec państwa i społeczeństwa, ale późniejsze różnicowanie podmiotów uprawnionych sugeruje interpretację, którą przedstawiam.

²³⁹³ Obowiązek sprawienia pogrzebu przez gminę (art. 17 ust. 1 pkt 15 UoPS), w zasadzie nie określa kategorii zmarłych, których dotyczy, choć wskazuje, że chodzi tu także o osoby bezdomne; w żadnym razie nie usprawiedliwia jednak opinii, że pochówek dokonany przez osobę, na której obowiązek sprawienia pogrzebu ani pokrycia kosztów pochówku nie ciążył, uprawnia do dochodzenia zwrotu tych kosztów od gminy. Oczywiście, osoba taka ma prawo do zasiłku pogrzebowego, bo ten „przysługuje osobie, która pokryła kosztą pogrzebu” (art. 78 ust. 1 ustawy z 17 grudnia 1998 r.

Zupełnie niejasne są relacje między regulacją zawartą w tym zdaniu, a uprawnieniami przewidzianymi w zdaniach wcześniejszych. Co prawda określenie „również”, o czym już wspominałem, znajdujące się w zd. 4, mogłoby sugerować, że osoby tamże uprawnione winny być sytuowane po osobach, instytucjach i organizacjach, których uprawnienie przewidziano wcześniej. Ale nie jest to argument w zupełności przekonujący, można bowiem podnieść, że takie konsekwencje użycia tego określenia byłyby nie tylko zbyt daleko idące, ale wręcz nieuprawnione. Wolno przecież, a nawet chyba należy uznać, że wyraz „również”, jego ewidentnie dopełniający sens, spełnia raczej funkcję koniunkcyjną, w koniunkcji zaś element umieszczony „na końcu” ma taki sam status, jak ten, który znajduje się „na początku”²³⁹⁴. Z drugiej strony zadziwiająca byłaby interpretacja, że uprawnienie osoby obcej, która dobrowolnie zobowiązuje się do pochowania zmarłego jest równoprawne z uprawnieniem owdowiałego małżonka, dziecka lub rodzica zmarłego. W ogóle też nie wiadomo, czy dobrowolne zobowiązanie mogłoby konkurować z uprawnieniami organów wojskowych, państwowych, instytucji i organizacji społecznych?²³⁹⁵ Regulacje zawarte w zd. 2 i 3, podobnie jak w odniesieniu do osób bliskich regulacje zawarte w zd. 1, zdecydowanie przeciw temu przemawiają. Ale z tym z kolei kłóci się uprawnienie przewidziane w zd. 4.

Warto również zwrócić uwagę, że art. 10 ust. 1 przyznając uprawnienie do pochowania zwłok osobom, które się do tego dobrowolnie zobowiązują, eliminuje z tego grona tych, którzy do sprawienia pogrzebu są zobowiązani na podstawie umowy, przede wszystkim dożywocia. A przecież osoba zobowiązana z umowy dożywocia ma obowiązek nie tylko pokryć koszty pogrzebu osoby uprawnionej, ale również sprawić ten pogrzeb odpowiadający zwyczajom miejscowym (art. 908 § 1 k.c.). Paradoksalne więc, że art. 10 ust. 1 pomija uprawnienie do pochowania zwłok, które wynika z zawartej ze zmarłym umowy, przewidziane też w jednoznacznym przepisie ustawy.

Nie trudno zauważyć, że uprawnienie, o którym mowa w art. 10 ust. 1 zd. 4 może być wykorzystane nawet przez osobę, której zamiarem będzie naruszenie dóbr osobistych zmarłego (np. swobody sumienia). Ani w tym przepisie ani w żadnej innej regulacji ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, nie ma przecież żadnego postanowienia, które nakazywałoby osobie uprawnionej do pochowania zwłok, nie zaś zarządowi cmentarza, respektowanie dóbr osobistych zmarłego oraz troskę o wykonanie praw osobistych zmarłego, związanych z jego pochówkiem. Gdy się więc zważy rozpowszechniony pogląd o wygasaniu dóbr osobistych, w tym chyba także swobody sumienia, z chwilą śmierci ich dotychczasowego podmiotu, nie jest przecież wykluczone, że ten, kto dobrowolnie zobowiąże się do pochowania zwłok, będzie mógł bez przeszkód naruszać przynajmniej niektóre jego dobra osobiste. Teoretycznie nie jest też wykluczony, celowo przywołany tu, nie szkodzi, że nieprawdopodobny, ale przecież nie niemożliwy przykład, że do pochowania zabitego w wypadku samochodowym zobowiąże się sprawca tego wypadku. Zwracam uwagę na takie, mało realne sytuacje jedynie po to, by wskazać gdzie indziej już realne zagrożenia, które rodzi uprawnienie przewidziane w art. 10 ust. 1 zd. 4 oraz brak jakiegokolwiek normy nakazującej respektowanie przez osobę uprawnioną do pochówku woli oraz dóbr osobistych zmarłego. Osobna

o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, Dz. U. z 2009 r., Nr 153, poz. 1227), podobnie jak każdemu, kto takie koszty poniósł: ustawodawca wskazał w następnym ustępie także na pracodawcę, dom pomocy społecznej, gminę, powiat, osobę prawną kościoła lub związku wyznaniowego, w art. 79 ust. 1 wspominając jeszcze ogólnie o innych podmiotach. Zob. nadto wyr. WSA we Wrocławiu z 29 V 2008 r. (III SA/Wr 134/08, LEX nr 425865).

²³⁹⁴ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

²³⁹⁵ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

sprawa to, że oczywiste braki oraz błędy regulacji zawartej także w art. 10 ust. 1 zd. 4, nie pozbawiają przecież doniosłości ochrony dóbr osobistych zmarłego wynikającej skądinąd, przede wszystkim tej, dla której podstawą normatywną są art. 23 i 24 k.c., choć stanowią owe braki i błędy i dla tej ochrony poważne, bo praktyczne zagrożenie.

VII. Przekazanie zwłok do celów naukowych²³⁹⁶. Wymowne i jednoznaczne są regulacje zawarte w art. 10 ust. 2. Zgodnie z jego zd. 1 zwłoki „nie pochowane przez podmioty wymienione w ust. 1 mogą być przekazane do celów naukowych publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych”²³⁹⁷. Intencja tej regulacji jest oczywista, ograniczenie się zaś do przekazania zwłok „do celów naukowych”, uzasadnione być może potrzebą respektu dla ludzkich zwłok, może być kłopotliwe, trudne do wyegzekwowania. Wielekroć zwłoki takie są bowiem wykorzystywane w publicznych uczelniach także, a niekiedy wyłącznie w celach dydaktycznych, nie naukowych, do czego w pewnym stopniu, tylko pośrednio, może nawiązywać końcowa część przytoczonego zdania, w którym określono zadania uczelni, której zwłoki mogą być przekazane. Najistotniejsza jest jednak prozaiczna obserwacja, że dopuszczalność decyzji o przekazaniu zwłok publicznej uczelni, jest uzależniona jedynie od tego, że osoby, organy i instytucje uprawnione do pochowania, z uprawnienia nie skorzystały²³⁹⁸, przy czym w odniesieniu do bliskich zmarłego zapewne przyjąć należy, choć w UoCiChZ nie znajdujemy dostatecznej podstawy prawnej dla takiego stanowiska, że nie można przekazać zwłok do celów naukowych, jeśli osoba uprawniona, mimo tego, że istniała taka możliwość, nie została zawiadomiona o śmierci bliskiego, jak i wtedy, gdy poinformowała, w szczególności starostę, o zamiarze pochowania zwłok, np. po opuszczeniu szpitala, w którym była operowana po wypadku, w którym zginął także ten, o kogo zwłoki chodzi. Ewentualna wola osoby zmarłej, która się przekazaniu swoich zwłok publicznej uczelni do celów naukowych sprzeciwiła, nie ma tu jednak, w świetle ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, żadnego znaczenia. Taki wniosek w pełni usprawiedliwia zarzut, że także, a może nawet w szczególności regulacja zawarta w ust. 2, narusza nakaz respektu dla dóbr osobistych człowieka, a nawet więcej, bo nie przewidując nakazu respektu *post mortem*, wyraźnie deprecjonuje jego swobodę decydowania o tej sferze już *ante mortem*.

Tym bardziej ma prawo to zastanawiać, gdy zważyć, że w ust. 6 art. 10 postanowiono, iż zwłoki „do celów naukowych mogą być również przekazane uczelni, o której mowa w ust. 2, na podstawie pisemnego oświadczenia osoby, która pragnie przekazać swoje zwłoki tej uczelni”²³⁹⁹. To rozwiązanie, ze wszech miar godne, choć tylko co do istoty, akceptacji, świadczy bowiem, gdy je skonfrontować z możliwością przewidzianą w ust. 2 tego samego artykułu, o jednokierunkowej afirmacji dla przejawu woli zmarłego dotyczącej możliwości przekazania jego zwłok uczelni, ustawodawca przewiduje bowiem możliwość realizacji *post mortem* woli wyrażonej *ante mortem*, gdy dotyczy to przekazania zwłok uczelni publicznej, nie przewiduje natomiast zakazu

²³⁹⁶ Zob. O. Kańczugowski, *Pozyskiwanie...*, s. 90 i n.

²³⁹⁷ W zd. 2 ustalono, że decyzję „w sprawie przekazania zwłok do celów naukowych wydaje, na wniosek uczelni, właściwy starosta”.

²³⁹⁸ Por. O. Kańczugowski, *Pozyskiwanie...*, s. 96 i n.

²³⁹⁹ Z oświadczenia woli nie musi jednak wynikać, że celem tego przekazania jest wykorzystanie zwłok do celów naukowych, uważam że taka dyspozycja, choć nieprzewidziana w UoCiChZ, winna być uznana za podstawę do każdego wykorzystania zwłok, o ile tylko wiąże się ono z działalnością wskazanej instytucji; wydaje się, że ogólny charakter miało np. życzenie o. J. M. Bocheńskiego, aby „jego ciało zostało oddane Instytutowi Anatomicznemu” (K. Wiśniewska, *Poniekąd...*, s. 17).

przekazania zwłok w sytuacji, gdy zmarły temu się za życia sprzeciwiał. Warto przy tym zwrócić uwagę, że możliwość przekazania zwłok uczelni publicznej dotyczy może każdego zmarłego, którego zwłok nie pochowały osoby uprawnione zgodnie z art. 10 ust. 1, np. dlatego, że zmarły takich bliskich nie miał, czyli także w sytuacji, gdy istnieje możliwość zwrotu kosztów pochówku ze spadku albo uzyskania zasiłku pogrzebowego. Podkreślić też należy doniosłość postanowienia zawartego w art. 10 ust. 6, świadczy ono bowiem o pośmiertnym respektowaniu woli człowieka w odniesieniu do swoistego dobra osobistego polegającego na możliwości decydowania o losie jego zwłok, co aplikuje się wielorako, także w sferze decyzji dotyczących np. kremacji i – na innym gruncie normatywnym – w odniesieniu do przeszczepów. Tym bardziej widać tu oczywistą sprzeczność wcześniejszej regulacji, nieprzewidującej konieczności respektowania sprzeciwu na przekazanie zwłok uczelni publicznej z ideą, która legła u podstaw postanowień UoPiPKTiN, gdzie sprzeciw osoby uprawnionej w zasadzie uniemożliwia pobieranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok, bez względu na to, czy jest ktokolwiek, kto ma prawo i chce jej zwłoki pochować.

Rozumiejac przy tym motywy, dla których w art. 10 ust. 2 przewidziano możliwość przekazania zwłok „do celów naukowych publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych”, trudno bez zastrzeżeń akceptować postanowienie zawarte w art. 10 ust. 6, które poprzez odesłanie również przewiduje możliwość przekazania zwłok wyłącznie do celów naukowych i również wyłącznie uczelniom wskazanym w art. 10 ust. 2. Nie widzę żadnych racji merytorycznych, aby takie przekazanie na podstawie pisemnego oświadczenia nie mogło dotyczyć wykorzystania zwłok także czy wyłącznie do celów dydaktycznych, jak również, aby wskazywało inną uczelnię niż te, o których mowa w art. 10 ust. 2. Możliwą jest przecież sytuacja, w której osoba zechce przekazać swe zwłoki do celów badawczych lub dydaktycznych uczelni niepublicznej, w której studiowała czy pracowała²⁴⁰⁰.

Paradoksalność unormowania zawartego art. 10 ust. 2, dotyczącego publicznego, nieopartego na pisemnym oświadczeniu woli, przekazania zwłok do celów naukowych polega i na tym, że nie przewidziano w nim obowiązku pochowania zwłok, choć przecież rzadko kiedy wykorzystanie ich do celów naukowych wyeliminuje potrzebę pochowania zwłok lub ich niewykorzystanych części. Utwierdza w tym zakresie legitymacji przewidzianej w art. 10 ust. 2a, zgodnie z którą minister „właściwy do spraw zdrowia określi, w drodze rozporządzenia, tryb i warunki przekazywania zwłok do celów naukowych, w tym: 1) warunki uzasadniające przekazanie zwłok do celów naukowych w przypadkach, o których mowa w ust. 2, 2) tryb przekazywania zwłok, 3) sposób ponoszenia kosztów transportu zwłok – kierując się koniecznością zachowania godności należnej zmarłemu oraz bezpieczeństwem sanitarnym.” Jak bowiem widać z tego upoważnienia, rozporządzenie to nie może dotyczyć obowiązku pochowania, odnosząc się zaś do ponoszenia kosztów transportu zwłok wyraźnie pomija zagadnienie ponoszenia kosztów ich pochowania. To że uczelnie publiczne dokonują stosownych pochówków zwłok im przekazanych²⁴⁰¹, nie tłumaczy pominięcia tego

²⁴⁰⁰ Warto przy tym zwrócić uwagę, że gdyby odrzucić taką możliwość, te ostatnie uczelnie w ogóle nie mogłyby uzyskiwać zwłok do badań naukowych. Osobny problem to, czy niepubliczny status takich szkół nie powiększa obawy, że mogłoby dochodzić do deklarowania przekazania takich zwłok zwłaszcza przez niezamożnych pacjentów korzystających z ambulatoryjnej lub szpitalnej pomocy medycznej takich uczelni. Ale takie zagrożenie nie jest przecież wykluczone także w odniesieniu do uczelni publicznych.

²⁴⁰¹ W Śląskiej Akademii Medycznej, która jest jak dotąd (podobne zamierzenia ma Akademia Medyczna w Lublinie) „jedyną uczelnią medyczną w Polsce, prowadzącą program świadomego

obowiązku w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, która stanowi wyłączną podstawę do ich przekazywania wówczas, gdy zmarły nie złożył pisemnego oświadczenia, o którym mowa w art. 10 ust. 6. Osobna sprawa, że tytułem uprawniającym uczelnię, której zwłoki do celów naukowych przekazano, do ich pochowania, może być jej zobowiązanie się do ich pochowania, o którym mowa w art. 10 ust. 1 zd. 4.

Przewidziane w art. 10 ust. 2a rozporządzenie Ministra Zdrowia z 30 VII 2009 r. w sprawie trybu i warunków przekazywania zwłok do celów naukowych²⁴⁰², stanowi w § 2 ust. 1, że warunkami „przekazywania zwłok, o których mowa w art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych [...] do celów naukowych są [...] wystąpienie przez uczelnię z wnioskiem do właściwego starosty o przekazanie zwłok do celów naukowych [...]” oraz „uzasadnienie wniosku, o którym mowa w pkt 1”, z kolei ust. 2 § 2 tego rozporządzenia przewiduje, że warunkiem „przekazywania zwłok, o których mowa w art. 10 ust. 6 [...]” wskazanej „ustawy, do celów naukowych jest przedstawienie pisemnego oświadczenia osoby, która pragnie przekazać swoje zwłoki uczelni”. W § 3 ust. 1 owego rozporządzenia podkreślono, że przekazywanie „zwłok do celów naukowych odbywa się w sposób zapewniający zachowanie godności należnej zmarłemu”, w kolejnym ustępie dodając, że w „czasie przekazywania, przewożenia i przechowywania zwłok uczelnia jest obowiązana przestrzegać przepisów określających sposób postępowania ze zwłokami”. Ważkim dla zapewnienia respektu dla woli zmarłego jest też postanowienie zawarte w ust. 3 tego paragrafu, zgodnie z którym przekazanie „zwłok uczelni następuje na podstawie oryginału lub uwierzytelnionego odpisu [...] decyzji, o której mowa w art. 10 ust. 2 [...]” ustawy cmentarnej lub „oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 2” przedstawianego tu rozporządzenia²⁴⁰³.

Wracając do kwestii obowiązku pochowania zwłok przekazanych do celów naukowych uczelniom publicznym, w przekonaniu o być może celowym pominięciu tego obowiązku utwierdza w szczególności treść art. 10 ust. 3, zgodnie z którym tylko zwłoki niepochowane przez uprawnione osoby, organy lub instytucje, „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, z wyjątkiem zwłok osób, które uwolniły się z zakładu karnego lub aresztu śledczego, oraz osób, które przebywały poza terenem zakładu karnego lub aresztu śledczego, w szczególności w trakcie korzystania z zezwolenia na czasowe opuszczenie tego zakładu lub aresztu bez dozoru lub asysty funkcjonariusza Służby Więziennej,” z czego można wnosić, że w przypadku przekazania zwłok takim uczelniom uznano, iż te ostatnie podejmują zobowiązanie pochowania zwłok, które nie zostały wykorzystane „do końca” do celów naukowych.

Warto zwrócić jeszcze uwagę na końcową klauzulę w art. 10 ust. 2a, którą należy odnieść także do określenia przez ministra warunków uzasadniających przekazanie zwłok do celów naukowych, w której podkreślono, iż należy tego dokonać „kierując się koniecznością zachowania godności należnej zmarłemu [...]”. Zapewne byłaby to

ofiarowania zwłok dla celów naukowych” (PAP, *Oddam...*), raz w roku organizowane są, mające charakter ekumeniczny, pogrzeby zwłok ofiarodawców. M. Morciniec, *Ludzkie zwłoki...*, s. 117; Zob. także J. Ćwieluch, B. Krężel, *Zwłoki...*, s. 56.

²⁴⁰² Dz. U. Nr 129, poz. 1067.

²⁴⁰³ W ust. 4 § 3 przedstawianego rozporządzenia przewidziano, że przekazanie „zwłok uczelni następuje wraz z kartą zgonu zawierającą adnotację urzędu stanu cywilnego o zarejestrowaniu zgonu”, zaś w ust. 1 jęgo § 4 postanowiono, iż uczelnia „ponosi koszty transportu zwłok [...]”.

nadinterpretacja, także zważywszy na to, iż owo postanowienie pomieszczono w przepisie określającym kryteria legitymacji przyznanej ministrowi, gdybyśmy chcieli w przepisie tym dopatrywać się i tego, że przy określaniu warunków uzasadniających przekazanie zwłok uczelni publicznej należy uwzględnić i to, że nie może ono nastąpić, jeśli zmarły był temu przeciwny; takie przekazanie należałoby bowiem uznać wówczas za naruszające jego godność jako osoby mogącej za życia decydować o losach swych zwłok. Ale mimo to widać dysonans przywołanego nakazu respektu dla godności należnej zmarłemu z możliwością, którą wydaje się dopuszczać art. 10 ust. 2. Inna sprawa, że tak jak w wielu innych miejscach, można zasadnie bronić poglądu, że decyzja podjęta w oparciu o ten przepis nie może naruszać dóbr osobistych człowieka, w tym jego sprzeciwu wobec możliwego przekazania jego zwłok uczelni publicznej.

Podobnym, krytykowanym przeze mnie tendencjom bliska jest chyba regulacja zawarta w art. 10 ust. 5, upoważniająca ministra sprawiedliwości do unormowania, w drodze rozporządzenia, sposobu postępowania ze zwłokami osób pozbawionych wolności zmarłych w zakładach karnych i aresztach śledczych, „uwzględniając w szczególności powiadamianie osób, o których mowa w ust. 1, o zgonie, sposób tego powiadamiania, wskazanie podmiotów wydających zgodę na pochowanie zwłok, tryb postępowania ze zwłokami, które nie zostaną odebrane, oraz sposób ponoszenia kosztów pochówku zleconego przez zakład karny i areszt śledczy [...]”.

Z góry przy tym założono, że o pośmiertnym losie jednego z dóbr osobistych człowieka, także o dobrze osobistym tych, którzy pragną żywić kult o pamięci o zmarłym²⁴⁰⁴, decydować będzie akt prawny rangi pozaustawowej. Co prawda w końcowej części wskazanego przepisu, podobnie jak w art. 10 ust. 3 *in fine*, zawarto klauzulę zobowiązującą ministra do kierowania się w wydanym rozporządzeniu przede wszystkim „koniecznością zachowania godności należnej zmarłemu [...]”, ale nie znalazło to aplikacji, która nakazywała by i tu uwzględnienia woli zmarłego wyrażającej sprzeciw wobec możliwego przekazania jego zwłok uczelni publicznej.

Zresztą, wydane na podstawie wskazanej legitymacji rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 7 VII 2008 r. w sprawie sposobu postępowania ze zwłokami osób pozbawionych wolności zmarłych w zakładach karnych i aresztach śledczych²⁴⁰⁵ w niczym nie nakazuje respektu dla dóbr osobistych zmarłego²⁴⁰⁶, w tym także jego wyznania albo bezwyznaniowości, tym bardziej jakichkolwiek przejawów jego woli, nawet takich, których przestrzeganie nie wiązałoby się dla administracji zakładu karnego albo aresztu²⁴⁰⁷ ze znaczącymi lub niekiedy jakimikolwiek kosztami; pośrednią ochronę niektórych z tych dóbr mogą zapewnić jedynie postanowienia dotyczące obowiązku zawiadomienia innych osób lub organów o śmierci osoby przebywającej w zakładzie karnym albo areszcie śledczym i jej pochówku, być może także, choć szczątkowo, postanowienie dotyczące obowiązku oznaczenia jej grobu.

²⁴⁰⁴ Por. np. A. Kędzińska-Cieślak, *Glosa*, PiP z. 8-9/1970, s. 417 i n.; S. Grzybowski, *Glosa*, OSPiKA poz. 232/1976, s. 541; wyr. SN z 13 VII 1977 r. (I CR 234/77, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 64); wyr. siedmiu sędziów SN z 19 I 1981 r. (III CRN 204/80, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 65); A. Kopff, *Ochrona sfery...*, w szczególności s. 38-39, nadto s. 50-51; Z. Radwański, *Prawo...*, 2004, s. 162.

²⁴⁰⁵ Dz. U. Nr 131, poz. 836. Por. O. Kańczugowski, *Pozyskiwanie...*, s. 99 i n.

²⁴⁰⁶ Jest ono zresztą, w interesującym mnie zakresie, wiernym powtórzeniem unormowań zawartych poprzednio w § 2 uchylonego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 20 I 2004 r. w sprawie sposobu postępowania ze zwłokami osób zmarłych w czasie odbywania kary pozbawienia wolności (Dz. U. Nr 16, poz. 165).

²⁴⁰⁷ Zgodnie z § 1 obowiązującego rozporządzenia określa ono „sposób postępowania ze zwłokami osób pozbawionych wolności zmarłych w zakładach karnych i aresztach śledczych [...]”, zwanych w dalszych przepisach „zakładem karnym”.

I tak zgodnie z § 2 ust. 1 tegoż rozporządzenia o „zgonie osoby zmarłej w zakładzie karnym powiadamia się bezzwłocznie – telefonicznie lub telegraficznie – pozostałego małżonka, a jeżeli okaże się to niemożliwe, krewnych zstępnych i wstępnych, krewnych bocznych do 4. stopnia pokrewieństwa, powinowatych w linii prostej do 1. stopnia, z którymi zmarły utrzymywał kontakt lub których adresy lub numery telefonu są znane dyrektorowi zakładu karnego [...], informując jednocześnie, że w ciągu 72 godzin od chwili zgonu należy powiadomić dyrektora o podjętej decyzji w sprawie zorganizowania pogrzebu na własny koszt [...]”²⁴⁰⁸.

Niczym przekonywującym nie można uzasadnić tego, że osobą uprawnioną do pochowania zmarłego w czasie odbywania kary pozbawienia wolności nie może być ta, którą wskazał skazany (np. jego konkubina lub konkubent)²⁴⁰⁹ i że są jakieś znaczące powody²⁴¹⁰, dla których, wbrew woli zmarłego, np. skonfliktowanego z małżonką lub rodziną, należy umożliwić im pochówek zwłok osoby pozbawionej wolności zmarłej w zakładzie karnym albo areszcie²⁴¹¹.

²⁴⁰⁸ W ust. 2 tego paragrafu wskazano, że jeżeli „osoby wymienione w ust. 1 zamieszkują za granicą, powiadamia się je za pośrednictwem ministra właściwego do spraw zagranicznych, wskazując dane personalne tych osób oraz adresy lub numery telefonów”, w kolejnym jego ust. 3 postanowiono, że gdy „zmarłym jest cudzoziemiec, osoby, o których mowa w ust. 1, powiadamia się o zgonie za pośrednictwem właściwego przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego, a w razie braku przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej albo gdy dotyczy to skazanego, którego obywatelstwa nie ustalono – ministra właściwego do spraw zagranicznych, wskazując dane personalne tych osób oraz adresy lub numery telefonów”, w ostatnim ust. 4 dodano zaś, że w „razie zgonu spowodowanego chorobą zakaźną wymienioną w wykazie ustalonym przez ministra właściwego do spraw zdrowia, przekazując informację, o której mowa w ust. 1, zaznacza się, że pochowanie zwłok musi nastąpić przed upływem 24 godzin od chwili zgonu”.

²⁴⁰⁹ Por. np. S. Rudnicki, *Wybrane...*, s. 275.

²⁴¹⁰ Nie powinien być m.zd. uznany wówczas za taki powód wzgląd na konieczność pokrycia w ostateczności kosztów pochówku, jeśli nikt inny nie zobowiąże się dobrowolnie do ich pochowania oraz jeśli nie zostaną przekazane uczelni publicznej „do celów naukowych”, ze środków budżetowych jednostki organizacyjnej Służby Więziennej, która zleciła pochówek, o czym niżej mowa.

²⁴¹¹ Warto zwrócić tu uwagę także na postanowienie § 5 tego rozporządzenia, pojawiają się tutaj bowiem unormowania korespondujące z omawianymi przeze mnie regulacjami UoCiChZ. I tak w jego ust. 1 postanowiono, że jeżeli „porozumienie się z osobami wymienionymi w § 1 pkt 1 nie jest możliwe albo gdy osoby te nie podejmą się pochowania zwłok, zwłoki mogą być wydane innym osobom, które dobrowolnie zobowiążą się do ich pochowania”, z kolei w ust. 2 zawarto regulację, zgodnie z którą jeżeli „zwłoki nie zostaną odebrane przez osoby wymienione w ust. 1, informuje się właściwego starostę o możliwości przekazania zwłok publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych do celów naukowych”, w kolejnym ustępie postanowiono, że przekazanie „zwłok publicznej uczelni medycznej lub publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych następuje po otrzymaniu decyzji starosty oraz dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 [...]” i dopiero w „wypadku negatywnej decyzji starosty zleca się pochowanie zwłok zakładowi pogrzebowemu” (ust. 4). Identyfikacji grobu oraz ochronie prawa bliskich do uczestnictwa w pogrzebie służy regulacja zawarta w § 6, zgodnie z którym na „grobie osoby zmarłej powinna być umieszczona tabliczka z imieniem i nazwiskiem oraz datą urodzenia i zgonu” (ust. 1), zaś na „wniosek osób wymienionych w § 2 ust. 1 i innych osób bliskich powiadamia się je o miejscu i terminie pogrzebu osoby zmarłej” (ust. 2). Konsekwencją ogólnej zasady pokrywania kosztów pochówku ze spadku jest unormowanie zawarte w § 7, w którym stwierdzono, że koszty „pochowania zwłok osoby zmarłej w zakładzie karnym przez zakład pogrzebowy pokrywa się ze środków zmarłego, a gdy ich nie posiada lub są one niewystarczające, ze środków budżetowych jednostki organizacyjnej Służby Więziennej, która zleciła pochówek.” W § 8 sprecyzowano stosowanie przepisów wskazanego rozporządzenia „do postępowania ze zwłokami osób, które będąc pozbawione wolności w zakładzie karnym, zmarły w szpitalu albo przebywając poza terenem zakładu karnego w związku z udziałem w czynnościach procesowych, umieszczeniem w pomieszczeniu wymienionym w art. 251 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, z późn. zm.), wykonywaniem pracy lub konwojowaniem” (ust. 1) oraz wyłączono jego stosowanie „do postępowania ze zwłokami osób, które uwolniły się z zakładu karnego, oraz osób, które przebywały poza

Warto dodać, że w jednej z ostatnich nowelizacji ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych²⁴¹², usuwając lukę prawną „w zakresie postępowania ze zwłokami osób umieszczonych w strzeżonych ośrodkach lub przebywających w aresztach w celu wydalenia [...]”²⁴¹³, dodano do art. 10 ustęp 5a, będący odpowiednikiem umocowania zawartego w ust. 5 tego artykułu, nakładając na ministra właściwego do spraw wewnętrznych wydanie rozporządzenia, w którym określi „postępowanie ze zwłokami cudzoziemców umieszczonych w strzeżonym ośrodku lub przebywających w areszcie w celu wydalenia, w szczególności sposób powiadamiania osób, o których mowa w ust. 1, o zgonie, podmioty wydające zgodę na pochowanie zwłok, tryb postępowania ze zwłokami, które nie zostaną odebrane, oraz sposób ponoszenia kosztów pochówku zleconego przez strzeżony ośrodek lub areszt w celu wydalenia, kierując się koniecznością zachowania godności należnej zmarłemu i bezpieczeństwem sanitarnym”²⁴¹⁴.

VIII. Ochrona dóbr osobistych zmarłego związanych z pogrzebem i pochówkiem. Wspomniałem już, że zdarzają się dyspozycje dotyczące miejsca²⁴¹⁵, charakteru, sposobu oraz innych okoliczności dotyczących pogrzebu oraz pochówku przyszłych zwłok, nie są one nawet czymś wyjątkowym²⁴¹⁶, z reguły też są przez bliskich zmarłego

terenem zakładu karnego, w szczególności w trakcie korzystania z zezwolenia na czasowe opuszczenie tego zakładu bez dozoru lub asysty funkcjonariusza Służby Więziennej” (ust. 2).

²⁴¹² Zob. art. 3 ustawy z 24 X 2008 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 216 poz. 1367); zgodnie z art. 25 tej ustawy zmiana ta weszła w życie 1 I 2009 r.

²⁴¹³ Uzasadnienie projektu ustawy z 19 IX 2008 r. o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP VI kadencji, numer druku: 778 (www.sejm.gov.pl oraz www.senat.gov.pl).

²⁴¹⁴ Do chwili złożenia tej pracy do druku, rozporządzenie to nie zostało wydane.

²⁴¹⁵ Zob. nadto A. Sobczak, *Poradnik...*, s. 18.

²⁴¹⁶ Przy czym nie ograniczają się do wyznaniowego lub bezwyznaniowego charakteru uroczystości pogrzebowych. Dotyczą nierzadko miejsca pochowania zwłok, dopuszczalności lub polecenia ich kremacji, kręgu osób mogących uczestniczyć w pochówku, ekspozycji zwłok podczas pogrzebu, ubrania ich w określony strój, składania wieńców i kwiatów, wygłaszania mów pożegnalnych, przeprowadzania kwest, wykonywania zdjęć i nagrań, obecności mediów, włożenia do trumny określonych przedmiotów o charakterze religijnym, symbolicznym lub osobistym, nie wyłączając życzeń tak dalece osobistych, że ich motywacja czy przesłanie jest dla osób postronnych zupełnie nieczytelne (zob. np. M. i Z. Zaporowskie, *Śmiertelnie...*, s. 86). Karol Jońca pisze, że naczelny dowódca austriackiej armii polowej L. Ritter von Benedek, obwiniany za klęskę pod Sadową w 1866 r., został pochowany, zgodnie ze swą ostatnią wolą, na cmentarzu St. Leonhard w Grazu, w ubraniu cywilnym (*Doktryna i strategia...*, s. 49). Ze źródła zastrzegającego anonimowość wiem, że wyśmienita aktorka K. Feldman została zgodnie ze swym życzeniem pochowana w kostiumie, w którym wystąpiła w Teatrze Poznańskim w „Monodramie”. Niekiedy artyści sami projektują wystrój swego nagrobka, np. „Czesław Rzepiński sam zaprojektował plakietkę na swój grób. Na grobie Jerzego Panka umieszczona została płyta wzorowana na desce drzeworytniczej z autoportretem artysty” (J. Nowicka, *Wyjątkowe...*, s. 22). Pośród wielu poleceń wyjątkowych warto wspomnieć o postanowieniu zawartym w testamentie pianisty i kompozytora A. Czajkowskiego, swoją czaszkę przekazał on bowiem „Royal Shakespeare Company w celu wykorzystania na przedstawieniach «Hamleta»”, do czego była przez pewien czas wykorzystywana, a w 1984 r. jej wizerunek został umieszczony na plakacie przedstawienia „Hamleta” (J. Marczyński, *Samotny...*, s. 5). Wspomnieć też można, że zwłoki zmarłego w 1989 r. S. Dalí, zgodnie z jego życzeniem zostały zabalsamowane, żeby mogły przetrwać przynajmniej 300 lat i ubrane w tunikę ozdobioną koroną markiza, taki bowiem tytuł: *Marqués de Dalí de Púbolá*, nadał mu w 1982 król Juan Carlos I (*Salvador Dalí...*). Na grobie Z. Cybulskiego przyjaciele postawili budzik, co „oznaczało, że pozostawiona przez niego sztuka ciągle żyje i zjawi się na dzwonek. Trudno byłoby o piękniejszy symbol” (Z. Kałużyński, *Do czytania...*, s. 161). Dzisiaj budzika tego już tam, na płycie rodzinnego grobowca, nie ma, zob. *Zbigniew Cybulski...*, tamże informacja, że wracając „z planu zdjęciowego filmu *Morderca zostawia ślad* zginął tragicznie pod kołami warszawskiego ekspresu, do którego próbował wskoczyć z 3 peronu wrocławskiego dworca kolejowego [...]”, gdy – także wbrew napisowi na umieszczonej na tym peronie pamiątkowej płycie – Cybulski zmarł po wypadku w szpitalu przy ul. Rydygiera (zob. np. *Śmierć Zbigniewa Cybulskiego...*). Nadto zob. A. Swoboda, *Z komórką...*, s. 3; mb, *Tatuuje na sobie zwierzęta, by „zabrać je do grobu”...*

respektowane, a normatywnej podstawy ich respektowania łatwo dopatrzeć się w szerokiej formule przyjętej w art. 23 k.c.²⁴¹⁷. Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie zawiera przy tym żadnych regulacji, które ograniczałyby swobodę decydowania o charakterze i przebiegu uroczystości pogrzebowych, choć unormowania dotyczące samego pochówku w pewnym stopniu wyznaczają te ramy, np. granice czasu, przed upływem którego, w zasadzie, uroczystości pogrzebowe towarzyszące pochówkowi odbyć się nie mogą. W swej jurysprudencji Sąd Najwyższy odnosił się z reguły, a więc jednak nie zawsze, z aprobatą do życzeń zmarłego, co do zasady nakazując respektowanie przejawów woli zmarłego związanej z jego pogrzebem i pochówkiem. I choć na tle wspomnianych dyspozycji zmarłego można rozważać, czy istnieje jakieś specyficzne, osobne dobro osobiste związane z pochowaniem zwłok, lecz wystarczającą wydaje się konstatacja, że także w tej sferze może się manifestować wolność, swoboda sumienia²⁴¹⁸ oraz prywatność zmarłego, których statusu jako dóbr osobistych chronionych także po śmierci nie sposób kwestionować²⁴¹⁹.

W odróżnieniu od pośmiertnej ochrony większości dóbr osobistych, która wielokrotnie wymaga tylko *non facere*, respekt dla przejawów woli zmarłego, które dotyczą jego pochówku, wymaga najczęściej aktywności innych. Nie jest to niczym szczególnym, w prawie autorskim poza również wymagającym *facere* uprawnieniem dochodzenia sądowej ochrony zagrożonych lub naruszonych autorskich dóbr osobistych zmarłego twórcy, znajdują się przecież także takie, co do ich charakteru, regulacje dotyczące pośmiertnego wykonywania autorskich praw osobistych zmarłego. Inna sprawa, że respekt dla woli zmarłego, dotyczącej jego pochówku, może wyrażać się aktywnością, której towarzyszyć będzie zaniechanie określonych działań lub zachowań.

Ochrona dóbr osobistych zmarłego związanych z jego pochówkiem, wiąże się z problematyką dotyczącą prawa do pochowania zwłok osoby bliskiej, niekiedy obowiązku pochowania jej zwłok oraz pokrycia kosztów pochówku. Problematyka ta, mająca swe normatywne korzenie zarówno w cywilnoprawnych regulacjach dotyczących dóbr osobistych, jak i administracyjno-prawnych unormowaniach dotyczących prawa cmentarnego, również w przepisach prawa zobowiązań, spadkowego, rodzinnego, zabezpieczenia społecznego oraz pomocy społecznej, jest wielowątkowa. Stanowi jednak odrębną materię, do której będę tu sięgać, co zresztą już wcześniej czyniłem, w ograniczonym zakresie, tylko w takim, który wiąże się z odpowiedzialnością na pytanie: w jakim zakresie osoby uprawnione lub zobowiązane do pochówku, jak również mające obowiązek pokrycia jego kosztów, są zobowiązane do pośmiertnego respektowania dóbr osobistych zmarłego z tymże pochówkiem związanych?

Na początek zauważę, iż bez względu na to, jaka będzie prawna podstawa dokonywania pochówku przez określoną osobę, organ lub instytucję, ten kto pochówku dokonuje powinien co do zasady respektować dobra osobiste zmarłego, w szczególności te, które wiążą się z jego ciężą²⁴²⁰, swobodą sumienia czy życzeniem zachowania

²⁴¹⁷ Por. np. J. Antosiewicz, *Uwagi...*, s. 34, zob. także s. 36-37.

²⁴¹⁸ Zob. T. Płoski, *Prawo...*, s. 100-101; także M. Pernal, *Gwarancje...*, s. 81.

²⁴¹⁹ Dziewięć dni po śmierci J. Giedroycia, pochowanego w Maisons-Laffitte, zgodnie z jego wolą, w obrządku katolickim, „w paryskiej katedrze prawosławnej odprawiono [...]”, również „zgodnie z jego życzeniem Mszę św. i nabożeństwo żałobne – panichidę”; jak relacjonował ks. A. Boniecki, w trumnie „Zmarły, przykryty białym całunem z pięknie wyszytym monogramem, odsłonięta twarz, rozpięta koszula, na szyi fular,“ co świadczy, iż bliscy Redaktora dopełnili troski o to, by i w ostatniej drodze uszanować jego upodobania i zwyczaje (*Ostatnie...*, s. 3).

²⁴²⁰ Zob. np. A. Kędzierska-Cieślak, *Glosa do wyr. SN z 19 IX 1968...*, s. 821-822. Zofii Zaporowskiej za wdzięczam zwrócenie uwagi na historyczną już opinię wybitnego polskiego kronikarza Z. Klukowskiego, doktora ze Szczeczeszyna, który po śmierci w obozie koncentracyjnym w Dachau swego przyjaciela i współpracownika Henryka Rosińskiego, rejenta z Zamościa, 26 II 1941 r. zapisał: „Na murach bramy prowadzącej do kolegiaty rozklejone są klepsydry zawiadamiające o śmierci Rosińskiego. Stosownie do

prywatności pochówku. Niekiedy okazanie respektu dla niektórych dóbr osobistych zmarłego może być kłopotliwe, np. wtedy, kiedy nie wiadomo jakiego wyznania był zmarły. W takich i w podobnych sytuacjach trudno o inną konstatację prócz tej, że nie sposób uznać za czyn niedozwolony takiego zachowania, które przynajmniej prawdopodobnie dobra osobiste zmarłego nie narusza.

Gdy respekt dla życzeń zmarłego lub szczególnych wymogów związanych z jego dobrami osobistymi, wymaga zachowania polegającego tylko na *non facere* lub *pati*, nakaz taki wydaje się być bezwzględny, w granicach wyznaczonych przez ustawy, w tym także przez wymóg leżący u podstaw unormowania zawartego w art. 5 k.c. Jeżeli wykonanie woli zmarłego lub troska o respekt dla jego dóbr osobistych związanych z pochówkiem, wymaga działań ze strony tego, kto pochówku dokonuje, dodatkowym ograniczeniem może być zakres obowiązku pokrycia kosztów pochówku, o ile te działania jakichkolwiek kosztów wymagają. Niekiedy ustawodawca mówi o tych kosztach ograniczając się do tego, że chodzi o koszty poniesione przez inną osobę (art. 446 § 1 k.c.)²⁴²¹ albo mówi o kosztach pogrzebu odpowiadających zwyczajom miejscowym (art. 908 § 1 k.c.) albo o tych kosztach w takim zakresie, w jakim pogrzeb odpowiada zwyczajom przyjętym w danym środowisku (art. 922 § 3 k.c.)²⁴²². Ale gdzie indziej, np. w prawie alimentacyjnym, takich konkretnych wskazań nie znajdziemy²⁴²³, choć można podjąć próbę określenia granic obowiązku pokrycia kosztów pogrzebu np. dziecka²⁴²⁴, na podstawie zawartych tamże przepisów o charakterze ogólnym²⁴²⁵. Tutaj jednak istotną jest refleksja, że jeżeli działania wiążące się z pochówkiem oraz realizacją woli zmarłego lub respektem dla jego dóbr osobistych, nie wymagają nakładów finansowych przekraczających obowiązek pokrycia kosztów pogrzebu według wspomnianych kryteriów, wówczas osoba dokonująca pochówku powinna zadośćuczynić woli okazując respekt dla dóbr osobistych zmarłego, rzecz oczywista tylko wtedy, gdy nie będzie to sprzeczne z normami ustawowymi oraz nie będzie naruszało zasad słuszności.

zarządzenia władz, drukowane są u góry po niemiecku, u dołu po polsku. Jest to znęcanie się nawet nad pamięcią zmarłego. Mało im było męczarni zadawanych za życia" (*Zamojszczyzna...*, s. 214).

²⁴²¹ Zob. także J. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1828-1829.

²⁴²² Ale już w UoPS mowa tylko o tym, że „sprawienie pogrzebu odbywa się w sposób ustalony przez gminę, zgodnie z wyznaniem zmarłego” (art. 44). Por. pojawiające się dawniej w chłopskich testamentach zalecenie bliskim sprawieni spadkodawcy „przystojnego pogrzebu” (zob. E. Stomal, *Pogrzeb...*, s. 10, tamże interesujące uwagi o roli gospodarza wygłaszającego mowę pogrzebową, który występował poniekąd w roli reprezentanta zmarłego, gdy stwierdzał, że gdyby ktoś miał do zmarłego „pretensje, to nie wypada ich podtrzymywać wobec człowieka spoczywającego w grobie, w imieniu którego on wszystkich znajomych, obecnych i nieobecnych przeprasza”). W innym kontekście o potrzebie „godnego pochówku” zob. np. B. Młodziejowski, *Przywracanie...*, s. 52.

²⁴²³ Por. np. J. Gwiżdżomorski, *Treść...*, s. 3, zob. także s. 4.

²⁴²⁴ Por. opinię S. Niebroja, który uważa, że „obowiązek ponoszenia kosztów pogrzebu zmarłego dziecka, nieposiadającego własnego majątku, ciąży subsydiarnie na ojcu nieślubnym na podstawie ogólnego obowiązku łożenia na jego utrzymanie” (*Okres...*, s. 26). Zob. także interesujące uwagi J. Świdy, *Prawa matki...*, s. 50-51, gdzie pisze o obowiązku poniesienia przez ojca dziecka kosztów pogrzebu matki nieślubnej zmarłej w następstwie rozwiązania.

²⁴²⁵ Wymowną jest prozaiczna obserwacja, że ciężar pokrycia kosztów lub zwrotu kosztów pogrzebu, o ile na mocy przepisów szczególnych lub umów nie spoczywa on na określonych podmiotach, nie spoczywa też na nikim innym, jeżeli może być pokryty z masy spadkowej, w granicach wyznaczonych postanowieniem zawartym w art. 922 § 3 k.c. Dopiero, gdy takiej możliwości nie ma, koszty te winny być m.zd. pokryte przez osoby zobowiązane do alimentacji, poniekąd w tym duchu, który wyraża się w ludowym powiedzeniu o „ostatniej posłudze”. Dopuszczalność takiej (czy rzeczywiście rozszerzającej?) interpretacji tego obowiązku, nie powinna nastroczać trudności i nie powinna budzić istotnych wątpliwości, nie tylko wtedy, gdy chodzi o pochówek zwłok dziecka, ale i innych osób, albowiem brak środków na pokrycie kosztów pogrzebu, w takim zakresie, w jakim jest to zwyczajowo przyjęte w danym środowisku, świadczy wyraźnie o spełnionym, bez wątpienia w szczególnych okolicznościach, kryterium pozostawania w niedostatku.

Warto w tym miejscu wskazać na te ograniczenia wykonania woli zmarłego, niekiedy także ograniczenia możliwości respektu dla jego dóbr osobistych, które wynikają z postanowień szczególnych ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych²⁴²⁶. Zaczę od tego, że pochowanie nie może nastąpić przed upływem 24 godzin od chwili zgonu. W ciągu tych godzin muszą być tylko pochowane zwłoki zmarłych na choroby zakaźne, ze szczególnym uwzględnieniem chorób zakaźnych występujących w krajach tropikalnych, których wykaz ustala minister właściwy do spraw zdrowia (zob. art. 9 ust. 1, 3 i 3a)²⁴²⁷. Zgodnie z art. 9 ust. 3 zwłoki takich zmarłych powinny być natychmiast po stwierdzeniu zgonu usunięte z mieszkania i pochowane, we wspomnianym terminie, na najbliższym cmentarzu. Gdy chodzi o innych zmarłych, usunięcie ich zwłok z mieszkania celem pochowania lub – w razie odroczenia terminu pochowania – celem złożenia w domu przedpogrzebowym lub kostnicy do czasu pochowania, musi nastąpić nie później niż do 72 godzin od chwili zgonu (art. 9 ust. 2)²⁴²⁸. Termin ten może być wydłużony za zezwoleniem właściwego miejscowo inspektora sanitarnego, pod warunkiem wcześniejszego utrwalenia zwłok (art. 9 ust. 4). Realizacja woli zmarłego oraz ochrona jego dóbr osobistych, nie może być również sprzeczna z przepisem

²⁴²⁶ Por. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

²⁴²⁷ Zob. § 1 rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6 grudnia 2001 r. w sprawie wykazu chorób zakaźnych, w przypadku których stwierdzenie zgonu wymaga szczególnego postępowania ze zwłokami osób zmarłych na te choroby (Dz. U. Nr 152, poz. 1742), w którym do chorób tych zaliczono: cholere, dur wysypkowy i inne riketsjozy, dżumę, gorączkę powrotną, nagminne porażenie dziecięce, nosaciznę, trąd, wąglik, wściekliznę, żółtą gorączkę i inne wirusowe gorączki krwotoczne. Dla ograniczonych możliwości zadośćuczynienia woli zmarłego oraz respektu dla jego dóbr osobistych, a także przejawiania kultu jego pamięci przez bliskich, istotne są w takich przypadkach reguły określone w § 4 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz. U. Nr 153, poz. 1783 ze zm.), zgodnie z którym zwłoki osób zmarłych na wskazane choroby „niezwłocznie po stwierdzeniu zgonu zawija się w płótno nasycone płynem dezynfekcyjnym, składa w trumnie, a trumnę szczelnie się zamyka i obmywa z zewnątrz płynem dezynfekcyjnym. Następnie na trumnę zakłada się worek foliowy z nieprzepuszczalnego tworzywa sztucznego, odpornego na uszkodzenia mechaniczne. Zwłoki zawozi się bezpośrednio z miejsca zgonu na cmentarz i dokonuje pochowania w ciągu 24 godzin od chwili zgonu. Po dostarczeniu trumny na cmentarz worek zdejmuje się i spala” (ust. 1). W ust. 2 dodano, że w razie zgonu na wskazane choroby zakaźne „stosuje się ponadto następujące środki ostrożności: 1) w pomieszczeniu, w którym leżą zwłoki, nie mogą zbierać się ludzie, 2) dotykane zwłok jest niedozwolone poza czynnościami wymienionymi w ust. 1, 3) na dnie trumny umieszcza się warstwę substancji plynochłonnej o grubości 5 cm, 4) pomieszczenie, w którym osoba zmarła przebywała, oraz wszystkie przedmioty, z którymi była w styczności, jak też środek transportu, którym zwłoki były przewożone, poddaje się odkażaniu”; osobna sprawa, że postanowienie zawarte we wskazanym § 4 zd. 4 sugeruje, iż spalania worka, w którym znajdowała się trumna, dokonuje się na cmentarzu, co winno być niedopuszczalne, przynajmniej tam, gdzie brak urządzeń przeznaczonych do takiej czynności; por. § 4 ust. 5 rozporządzenia 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), w którym postanowiono, że zabrania się nawet „zewnątrznego mycia środka transportu drogowego przeznaczonego do przewozu zwłok i szczątków ludzkich w miejscach przypadkowych i prowizorycznie zorganizowanych myjniach”; warto nadto wspomnieć, że w art. 14 ust. 7 UoCiChZ, przewidującym legitymację do wydania tego ostatniego rozporządzenia stwierdzono, że ma ono uwzględniać „konieczność [...] poszanowania zwłok i szczątków”. W przypadku zgonu na inną niż wskazane chorobę zakaźną, powodującą obowiązek przymusowej hospitalizacji „do postępowania ze zwłokami stosuje się odpowiednio przepisy § 4 ust. 2 pkt 3 i 4, a ponadto: 1) dotykane zwłok jest niedozwolone poza czynnościami związanymi z obmyciem, ubraniem i ułożeniem zwłok w trumnie, 2) do obmywania zwłok używa się płynu dezynfekcyjnego, 3) niezwłocznie po złożeniu zwłok w trumnie, trumnę zamyka się szczelnie i obmywa z zewnątrz płynem dezynfekcyjnym” (§ 5 powołanego rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi).

²⁴²⁸ Ta nieporadność językowa ustawodawcy stwierdzającego, że powinno to nastąpić „najpóźniej po upływie 72 godzin od chwili zgonu”, nie pozostawia jednak wątpliwości, iż ostatecznym terminem usunięcia zwłok jest koniec 72 godziny.

nakazującym takie przechowywanie zwłok do chwili ich pochowania, aby nie mogły one powodować szkodliwego wpływu na otoczenie, musi również uwzględniać wymogi określone przez przepisy o przechowywaniu zwłok i szczątków wydane przez ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 9 ust. 5 i 6), zakaz przenoszenia lub przewożenia zwłok w otwartych trumnach (art. 12 ust. 2) oraz przepis dotyczący postępowania ze zwłokami osób zmarłych lub zabitych w miejscach publicznych (art. 13)²⁴²⁹. Dyspozycje zmarłego, dotyczące miejsca i sposobu jego pochówku, aby mogły być respektowane, nie mogą również naruszać zasady chowania zwłok „przez złożenie w grobach ziemnych, w grobach murowanych lub katakumbach i zatopienie w morzu”²⁴³⁰; żadnego ograniczenia nie sposób się natomiast dopatrzeć w postanowieniu, że szczątki „pochodzące ze spopielenia zwłok mogą być przechowywane także w kolumbariach” (art. 12 ust. 1)²⁴³¹.

Warto w tym miejscu przywołać obserwacje dotyczące położenia prawnego w Polsce wyznawców islamu, w których P. Borecki po stwierdzeniu, iż w „zakresie wolności sumienia i wyznania mieści się także prawo pochówku zgodnego z wyznawanymi zasadami religijnymi” zauważa, że brak „jest informacji o ewentualnych trudnościach wynikających ze sprzeczności między normą zawartą w art. 9 ust. 1 ustawy z 31 I 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, zakazującą pochówku zwłok przed upływem 24 godzin od zgonu, a nakazem szariatu, aby pogrzeb odbył się w ciągu doby od momentu śmierci”, nadto dodaje, że do „pochówku polscy muzułmanie używają trumien,

²⁴²⁹ Na podstawie zd. 1 tego przepisu zwłoki te, przed ich pochowaniem, powinny być, na wniosek właściwego organu, przewiezione „do zakładu medycyny sądowej, a w razie jego braku na obszarze powiatu – do najbliższego szpitala mającego prosektorium, celem ustalenia przyczyny zgonu”.

²⁴³⁰ Zob. także S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 94 i n.

²⁴³¹ Zob. także o katakumbach, czyli pomieszczeniach z niszami w ścianie, przeznaczonych do pochówku zwłok, w § 2 pkt 4, § 6 pkt 2 oraz § 16 i 17 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 7 III 2008 r. w sprawie wymagań, jakie muszą spełniać cmentarze, groby i inne miejsca pochówku zwłok i szczątków (Dz. U. Nr 48, poz. 284) oraz o kolumbariach, czyli budowlach „z niszami przeznaczonymi do składania urn”, w § 2 pkt 5, § 6 pkt 2 oraz § 15 i 17 tego rozporządzenia. Zob. także o praktykowaniu, a nawet wymuszaniu chowania urny z prochami po włożeniu jej do trumny w tekście gw, *Biurokracja...*, s. 7. Osobna sprawa to, że nie określono, zapewne rozsądnie, wymogów dotyczących urn; jak się okazuje i w tej mierze zdarzają się pomysły oryginalne, np. prochy autora opakowań popularnych chipsów Pringles, F. J. Baura, zostały zgodnie z jego życzeniem, pochowane w opakowaniu po tych chipsach (k.b., *Wieczny...*, s. A2). Natomiast wbrew temu, co można byłoby zakładać raczej niż przypuszczać z ogólnego sformułowania art. 12 ust. 1 zd. 1 *in fine* wspomnianego rozporządzenia, prawo do pochowania zwłok przez ich zatopienie w morzu „zgodnie ze zwyczajami morskimi”, dotyczy nie tylko ciał osób zmarłych na okrętach będących na „pełnym morzu”. Jeżeli bowiem „okręt może w przeciągu 24 godzin przybyć do portu objętego programem podróży, należy zwłoki przewieźć na ląd i tam pochować” (art. 16 ust. 1 zd. 2). Wyjątki od tych reguł „mogą być czynione przez kapitana okrętu z uwzględnieniem wskazań sanitarnych i wojskowych, jeżeli chodzi o okręty wojenne lub inne używane do celów wojskowych” (art. 16 ust. 2). Treść tego ostatniego przepisu zdaje się podważać przypuszczenie, że używając w art. 16 ust. 1 rzeczownika „okręt” ustawodawca zamierzał ograniczyć możliwość „pochowania przez zatopienie w morzu zgodnie ze zwyczajami morskimi”, tylko do jednostek wojennych lub innych używanych do celów wojskowych (por. Z. Kozłowski, *Zakres...*, s. 489 i n.; B. Kopczyński, *Kodeks...*, s. 296 i n.). W związku zaś ze sformułowaniem „lub katakumbach i zatopienie w morzu” może warto zwrócić uwagę na niewłaściwość użycia tutaj koniunkcji, która prowokuje absurdalne wnioski, właściwą byłaby bowiem alternatywa rozłączna. Wspomniane już wątpliwości budzi też przesłanka zawarta w art. 16 ust. 1 zd. 1 wskazująca na obowiązek pochowania przez zatopienie w morzu ciał osób zmarłych na okrętach będących „na pełnym morzu”, albowiem z przytoczonego postanowienia zawartego w kolejnym zdaniu, przewidującego konieczność przewiezienia zwłok na ląd i ich pochowania, w przypadkach, kiedy okręt może w przeciągu 24 godzin przybyć do portu objętego programem podróży, wynika, że także wówczas, jeśli osoba zmarła, gdy okręt nie znajdował się na pełnym morzu, istnieje obowiązek pochowania przez zatopienie, o ile okręt w przeciągu 24 godzin nie miał przybyć do portu objętego programem podróży. Jest to rozwiązanie nader wątpliwe, nakazujące bowiem pochówek przez zatopienie nawet w miejscu nieodległym od brzegu.

a nie całunów, zgodnie z wymogami § 4-6 rozp. Ministra Zdrowia z 7 XII 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi”²⁴³².

Dodajmy, że groby „ziemne, groby murowane i kolumbaria przeznaczone na składanie zwłok i szczątków ludzkich mogą znajdować się tylko na cmentarzach”, z czego wynika, że poza cmentarzami mogą być sytuowane katakumby (art. 12 ust. 3 w zw. z ust. 1).²⁴³³ W wyroku NSA z 19 V 1997 r.²⁴³⁴, gdzie potwierdzono, że ze wspomnianej delegacji właściwy minister nie skorzystał, wyciągnięto wniosek, że „groby ludzkie mogą być usytuowane tylko na cmentarzach. Nie jest dopuszczalne grzebanie zmarłych na prywatnych posesjach”²⁴³⁵. Także ta opinia nie do końca jest uzasadniona, albowiem choć groby ziemne, murowane oraz kolumbaria, mogą się znajdować tylko na cmentarzach (art. 12 ust. 3), lecz przecież ustawa, o czym już wspomniałem, w ogóle nie określa, gdzie mogą się znajdować katakumby, w których zwłoki również mogą być pochowane (art. 12 ust. 1). Warto dodać, że we wskazanej sprawie skarżący w odwołaniu od decyzji „powołał się na pismo Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 30 marca 1995 r., w którym organ ten udzielając odwołującemu odpowiedzi wskazał, iż ze względów higieniczno-sanitarnych nie ma przeciwwskazań do grzebania spopielenych zwłok w miejscach innych niż cmentarze.” Nadto skarżący „podkreślił, iż jego ostatnią wolą jest spopielenie zwłok i rozsypania bądź pochowanie w urnie pod drzewem zasadzonym wiele lat temu na jego byłej nieruchomości. Powołał również powszechnie znany fakt grzebania spopielenych zwłok w miejscach innych niż cmentarze w krajach zachodnich. Tadeusz S. uznał również, w odwołaniu, iż zastosowana w tej sprawie ustawa jest «przestarzała i nieżyciowa»”²⁴³⁶. Oczywiście są powody, dla których we wskazanej sprawie NSA w ogóle się do tych zasadnych, co do istoty, zastrzeżeń nie odniósł, gdy się zaś zważy, że zasada wyrażona i powtórzona za ustawą o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w sentencji jego wyroku, jest, gdy tylko komukolwiek na tym zależy, najczęściej bezkarnie łamana, wolno przypuszczać, że owo ograniczenie pośmiertnej ochrony dóbr osobistych zasługuje na krytyczną ocenę Trybunału Konstytucyjnego.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że ze sformułowania zawartego w art. 12 ust. 1 zd. 2, iż szczątki „pochodzące ze spopielenia zwłok mogą być przechowywane także w kolumbariach” wynika być może, że mogą być one przechowywane także poza kolumbariami, np. w domu. Inna sprawa, że z kolei w art. 12 ust. 3 mowa o kolumbariach jako przeznaczonych „na składanie [...] szczątków ludzkich [...]”, nie zaś na ich „przechowywanie”. Oczywiście jest przy tym rychła potrzeba unormowania zasad dotyczących innych sposobów postępowania z prochami ludzkimi, np. wsypywania ich do morza, bo istniejąca praktyka, mająca miejsce ponad nakazem respektu dla istniejącej

²⁴³² *Położenie prawne...*, s. 76, zob. także s. 77.

²⁴³³ W art. 12 ust. 4 przewidziano legitymację do określenia, w drodze rozporządzenia, przez ministra właściwego do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia, wyjątków od zasad określonych w ustępach 1-3 tego artykułu oraz ustalenia szczegółowego sposobu stosowania UoCiChZ do tych wyjątków, lecz legitymacji tej dotąd nie wykorzystano.

²⁴³⁴ SA/Ka 1717/95, Wokanda nr 2/1998, s. 33-35.

²⁴³⁵ Zob. np. M. Kosiarski, *Czy powinny...*, s. C2. Por. K. Warchałowski, *Wolność...*, s. 203; nadto E. Gajda, *Recenzja pracy J. Krukowskiego i K. Warchałowskiego...*, s. 289.

²⁴³⁶ Taki sam pogląd wyrazili przed laty przedstawiciele Ogólnokrajowego i Stołecznego Stowarzyszenia Przedsiębiorców Pogrzebowych, zob. M. Kozłowski, *Ustawa...*, s. 16, tamże mowa o postulacie, aby wykupujący miejsce na cmentarzu miał „określać na piśmie, kto po jego śmierci jest uprawniony do dysponowania grobem [...] oraz wskazać osoby uprawnione do pochowania w grobie”. Zob. także *Prawo...*, s. 13, gdzie mowa o krytyce praktyki stosowania UoCiChZ, dokonanej w 1998 r. przez Rzecznika Praw Obywatelskich. O pracach legislacyjnych toczonych podczas poprzedniej kadencji Sejmu, zmierzających do zreformowania UoCiChZ, w tym dopuszczalności rozsypania prochów w tzw. ogrodach pamięci oraz „zalegalizowania pochówków osób zasłużonych w miejscach pamięci narodowej obok kościołów, a także wewnątrz świątyni” zob. M. Kosiarski, *Czy powinny...*, s. C2.

regulacji, wskazuje na konieczność przyjęcia rozważnych reguł, np. określających warunki dotyczące przeznaczonych do tego akwenów, w tym minimalną odległość od brzegu oraz ich wyznaczania.

Nie ma natomiast istotnych ograniczeń ustawowych dotyczących wyboru miejscowości, w której zwłoki mogą być pochowane. Poza przepisem nakazującym pochowanie na najbliższym cmentarzu zwłok osoby zmarłej na wskazaną chorobę zakaźną, brak jest też tu, w odniesieniu do pochówków na terytorium Polski osób zmarłych w Polsce, jakichkolwiek innych doniosłych praktycznie utrudnień, czym innym bowiem jest zróżnicowanie opłat za pochówek, np. dla parafian i osób spoza parafii, o czym dalej mowa²⁴³⁷.

Pochówek jest możliwy we wskazanej miejscowości tylko wtedy, gdy znajduje się tam cmentarz lub katakumby (katakumba), z ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych wyraźnie bowiem wynika, że mogą istnieć miasta, a nawet gminy, na których terenie nie znajduje się cmentarz komunalny (art. 4). Aby pochówek był możliwy konieczne jest też, aby był to cmentarz otwarty (por. art. 1 ust. 4 i 5)²⁴³⁸, z tym, że w „istniejących grobach murowanych dopuszcza się chowanie zwłok osób zmarłych” także „w ciągu 20 lat po wydaniu decyzji o zamknięciu cmentarza” (art. 7 ust. 6 zd. 1)²⁴³⁹.

Powszechnie dostępnym do pochówków jest cmentarz komunalny. W miejscowościach, w których nie ma takich cmentarzy, „zarząd cmentarza wyznaniowego jest obowiązany umożliwić pochowanie na tym cmentarzu, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących” (art. 8 ust. 2)²⁴⁴⁰. Mimo oczywistego

²⁴³⁷ Zrezygnowano przecież z konieczności uzyskania właściwego zezwolenia na przewiezienie zwłok, gdy miało to nastąpić w granicach państwa na odległość większa niż 60 kilometrów, chyba że przewóz miał być wykonywany na obszarze gminy, na której terenie nastąpił zgon (art. 14 ust. 1 we wcześniejszej postaci). Zgodnie zaś z obowiązującą wersją art. 14 ust. 1 przewóz „zwłok i szczątków: 1) koleją, samolotami i statkami w granicach Rzeczypospolitej Polskiej, 2) poza granice Rzeczypospolitej Polskiej, w przypadku gdy zgon nastąpił na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – może nastąpić po uzyskaniu pozwolenia właściwego państwowego powiatowego inspektora sanitarnego”. Natomiast ust. 4 tego artykułu stanowi, że 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.” Prócz już wspomnianego czasowego ograniczenia realizacji wyboru dotyczącego miejsca kolejnego pochówku zwłok osób zmarłych na wskazane choroby zakaźne, istotnym ograniczeniem jest jeszcze postanowienie zawarte w ust. 5 zd. 2, zgodnie z którym 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”.

²⁴³⁸ Z informacji przekazanych przez Marię i Zofię Zaporowskie wiem, że po śmierci w 1970 r. Jankiela Grojsera, ostatniego szczeczeńskiego Żyda, uczestnika wojny obronnej w 1939 r., potem więzionego na Syberii, rannego i odznaczonego za udział w bitwie pod Monte Cassino, nawet nie rozważano jego pochówku na cmentarzu żydowskim („okopisku”), był on bowiem od czasów wojennych nieużywany, choć formalnie chyba nigdy nie zamknięty, pochowany więc został na tamtejszym cmentarzu katolickim, zob. także M., Z. i P. Zaporowscy, M. Matusiewicz, *Dlaczego...*, s. 24.

²⁴³⁹ W zd. 2 tego przepisu dodano, że przy „zmianie przeznaczenia terenu cmentarnego przepis art. 6 ust. 4 ma zastosowanie również do zwłok pochowanych w tym dwudziestoletnim okresie” (wskazany w tym przepisie ust. 4 art. 6 stanowi aktualnie ust. 7 tego artykułu). Nadto zob. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

²⁴⁴⁰ „Pojęcie nienaruszalności cmentarzy, użyte w artykule 8 ust. 3 Konkordatu, nie może być rozumiane jako prawo do odmowy pochowania na cmentarzu katolickim osoby innego wyznania lub niewierzącej” (pkt 2 oświadczenia rządowego z 26 I 1998 r. w sprawie Deklaracji Rządu Rzeczypospolitej Polskiej z 15 IV 1997 r. w celu zapewnienia jasnej wykładni przepisów Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską, podpisanego w Warszawie 28 VII 1993 r., Mon. Pol. z 1998 r., Nr 4, poz. 51). Por. *Prezydencki projekt...*, KPP z. 1/1996, s. 156 i 158. Zob. także art. 18, na podstawie którego kto „narusza przepisy niniejszej ustawy i rozporządzeń wydanych na jej podstawie,

ratio legis tego unormowania, może ono budzić wątpliwości. Usprawiedliwioną jest bowiem paradoksalna interpretacja, że zarząd cmentarza wyznaniowego nie ma obowiązku umożliwienia pochowania zwłok osób należących do własnego wyznania. Zakaz dyskryminacji, o którym mowa w art. 8 ust. 2 dotyczy bowiem tylko osób innego wyznania lub niewierzących, natomiast nakaz równoprawnego traktowania zwłok, który przewiduje art. 8 ust. 5, dotyczy tylko zwłok osób, które nabyły prawo do pochówku oraz osób im bliskich, to jest małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwa i przysposobionych (art. 8 ust. 3 i 4). Można być jednak pewnym, że dopuszczalność wspomnianej interpretacji byłaby sprzeczna z ideą, którą wyrażają regulacje zawarte w art. 8 ust. 2 i 5, pomijając ocenę w świetle art. 53 ust. 1 Konstytucji RP²⁴⁴¹, co nie czyni bezzasadnym postulatu ogólnego zakazu dyskryminacji, jeżeli zdecydowano się w tej ustawie na dwa stosowne zakazy szczegółowe²⁴⁴².

podlega karze aresztu lub grzywny (ust. 1), natomiast orzekanie „następuje w trybie przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia” (ust. 2), jak również art. 21 przewidujący, że nadzór „nad przestrzeganiem przepisów niniejszej ustawy oraz przepisów wykonawczych do ustawy sprawują starostowie, wójtowie, burmistrzowie (prezydenci miast) oraz właściwi miejscowo inspektorzy sanitarni” (ust. 1), zaś ogólny „nadzór nad sprawami objętymi niniejszą ustawą sprawują według właściwości ministrowie właściwi: do spraw gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej i do spraw zdrowia” (ust. 2). Nadto M. Pietrzak, *Prawo...*, s. 280. Warto dodać, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 41, poz. 251 ze zm.) cmentarze „wyznaniowe żydowskie stanowiące własność gmin żydowskich lub Związku Gmin nie podlegają wywłaszczeniu”, przy czym w ust. 2 tego artykułu postanowiono, że cmentarze „stanowiące własność Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego, w stosunku do których wszczęto postępowanie, o którym mowa w art. 30 [czyli postępowanie regulacyjne – uw. J.M.], podlegają ochronie polegającej w szczególności na zakazie ich zbywania na rzecz osób trzecich oraz zakazie przeznaczania na inne cele”. Takie są powody dla uznania, iż w „dziedzinie prawa funeralnego szczególnie gwarancje trwałości zapewniono żydowskim cmentarzom wyznaniowym”, bo „mają one charakter wieczysty [...]” (P. Borecki, *Zasada...*, s. 151).

²⁴⁴¹ Zgodnie z którym każdemu „zapewnia się wolność sumienia i religii”. Osobna sprawa, że konstytucyjna definicja wolności religijnej nie uwzględnia pośmiertnych przejawów religijnych wyborów samego zmarłego, w tym nawet związanych z pogrzebem i pochówkiem, w art. 53 ust. 2 stanowi bowiem (aż, choć w zajmującym mnie kontekście jednak: tylko), że wolność „religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują”. Warto zwrócić tu uwagę, że doniosłość konstytucyjnej ochrony wolności religii nie pozwala na deprecjonowanie wolności sumienia, nie można bowiem wykluczyć, do czego nawiązuje w tym rozdziale, że ochrona *post mortem* zmarłego wyznawcy religii wymagać będzie respektowania i wolności jego sumienia, która może być zagrożona decyzjami wyznaniowego zarządcy cmentarza. Interesujące, że brak jest odnoszącego się do wolności sumienia postanowienia będącego odpowiednikiem unormowania zawartego w art. 53 ust. 5 Konstytucji RP, w którym stwierdzono, że wolność „uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób”; uważam, że ów brak zasługuje na krytykę, trudno przy tym przypuszczać, że ustawodawca zakłada niedopuszczalność ograniczenia przejawów wolności sumienia. Osobna kwestia, że także respekt państwa dla zasady poszanowania autonomii kościołów i innych związków wyznaniowych, nakazany w art. 25 ust. 3 Konstytucji RP, nie powinien stwarzać możliwości ograniczania przez te kościoły i związki, również *post mortem*, wolności sumienia i religii, w szczególności w sferze związanej z pogrzebem i pochówkiem.

²⁴⁴² Warto jednak zwrócić uwagę na argumentację przytaczaną przez indyjskich duchownych muzułmańskich, od ponad roku niewyrażających zgody na pochowanie na muzułmańskich cmentarzach szczątków dziewięciu uczestników ataków terrorystycznych na hotele w Mumbai (Bombaju), pod koniec listopada 2008 r. („The bodies of nine gunmen killed during attacks on the Indian city of Mumbai a year ago are still awaiting burial. The unclaimed bodies are lying in a local government hospital and Mumbai police say they have still to take a decision about their future. Muslim clerics had denied permission to bury the bodies in Mumbai graveyards, saying the actions of the gunmen had «defamed» their religion. Ten men attacked Mumbai on 26 November 2008, killing more than 170

Za bezpodstawne i zadziwiające należy uznać stanowisko S. Rudnickiego, że rozważany ogólny, ale przecież także stanowczy zakaz dyskryminacji „nie rozciąga się [...] na obrzędy religijne, o których rozstrzygają przepisy wewnętrzne danego kościoła lub związku wyznaniowego”²⁴⁴³, akceptacja dla takiej wykładni czyniłaby bowiem fikcję z nakazu respektowania *post mortem* wolności wyznania i sumienia.

Można jednak rozważać, czy zarząd cmentarza nie może jednak wprowadzić ograniczeń dotyczących pochowania zwłok osób, które nie nabyły prawa do pochówku, a mieszkały i zmarły na terytorium RP, poza obszarem miasta lub gminy (gmin), gdy chodzi o cmentarze komunalne, albo poza obszarem jednostki organizacyjnej kościoła lub związku wyznaniowego, gdy chodzi o cmentarze wyznaniowe, na terenie których znajduje się cmentarz, na którym miałyby być pochowane? W przypadkach, gdyby na obszarze, na którym te osoby mieszkały i zmarły nie było otwartego cmentarza, odpowiedź na postawione pytanie może być oczywiście tylko negatywna. Problem pojawi się dopiero wówczas, gdy tam, gdzie osoby te mieszkały i zmarły, ich zwłoki mogły być pochowane, ale wyraziły one życzenie pochowania ich w innym miejscu. W odniesieniu do takich sytuacji zrozumiałe mogą być racje, dla których zarząd cmentarza może chcieć zapewnić możliwość pochówków dla mieszkańców lub zmarłych na terenie własnego miasta lub gminy (gmin) albo jednostki organizacyjnej kościoła lub związku wyznaniowego oraz innych osób, które zgodnie z ustawą o cmentarzach i chowaniu zmarłych muszą być pochowane na takim cmentarzu, gdyż jest on cmentarzem najbliższym, o którym mowa w art. 9 ust. 3²⁴⁴⁴. Pod warunkiem, że tego rodzaju ograniczenie nie miałoby charakteru dyskryminacji religijnej, rasowej, narodowości-

people. Only one gunman, Mohammed Ajmal Amir Qasab, survived and he is currently facing trial [...].The bodies are being kept in the morgue of Sir JJ Hospital. Officials say the area is secluded and guarded around the clock. The seal is checked every day. The question of what should be done with the dead militants arose soon after the attacks. Pakistan flatly refused to take them despite India's argument that they should go back to the country from which they originated. After post-mortem examinations the bodies were taken to the hospital morgue as Indian Muslims said they would not allow the bodies to be buried in their cemeteries. Ibrahim Tai, president of the Muslim Council Trust, says he opposes such burials as the gunmen's actions were un-Islamic. He says if the bodies have to be buried, it should be at «an unknown location». «We know Indian authorities are stuck as the bodies have not been claimed by Pakistan. These nine people should not be identified by anyone. If they are buried without leaving any trace, then it is fine with us. We believe that their actions should not be praised or recognised by anyone. If they set up tombs then tourists will visit and people will talk about it. We don't want that to happen,» he said. Local Muslim cleric Maulana Mustaqil Azmi said it was important that the bodies were disposed of soon and that the matter was closed. «We do not want them to be buried on any of our burial grounds but they can be disposed of anywhere else in India. Good Muslims are laid to rest in our burial grounds. We do not believe that these nine men are true followers of Islam.» Police say the bodies have been embalmed and are well preserved but a decision on burial has yet to be taken given the religious sensitivity” (P. Pinglay, *Bodies...*).

²⁴⁴³ Zob. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 86.

²⁴⁴⁴ Podobne może być uzasadnienie spotykanego zróżnicowania opłat za pochówek dla mieszkańców miasta i gminy oraz osób niebędących mieszkańcami miasta lub gminy, do których należy cmentarz komunalny (analogiczne zagadnieniem może dotyczyć zróżnicowania opłat na cmentarzach wyznaniowych w odniesieniu do pochówków zwłok osób zamieszkałych poza terenem jednostki organizacyjnej kościoła lub związku wyznaniowego, przy czym niedopuszczalne byłoby oczywiście zróżnicowanie z powodu odmienności wyznania lub bezwyznaniowości). Warto dodać, że zgon poza terytorium RP, mieszkańca takiego miasta lub gminy lub należącego do jednostki organizacyjnej kościoła albo związku wyznaniowego, do którego należy cmentarz wyznaniowy, nie powinien powodować żadnych pozaustawowych ograniczeń co do możliwości pochówku na takim cmentarzu ani powodować stosowania odmiennych opłat. Zob. także wyr. NSA z 26 III 1991 r. (SA/Wr 81/91, Wspólnota nr 26/1991, s. 14); wyr. NSA z 6 XII 1991 r. (I SA 1205/91, Wokanda nr 4/1992, s. 25-26); wyr. NSA z 13 XI 1991 r. (IV SA 915/91, Wokanda nr 7/1992, s. 21); wyr. NSA z 6 XII 1991 (I SA 1205/91, Wokanda nr 4/1992, s. 25); uchw. SN z 26 IX 1995 r. (III AZP 22/95, OSN poz. 80/1996); wyr. NSA z 16 II 1996 r. (SA/Wr 674/95, OwSS nr 4/1996, s. 125).

wej, etnicznej, seksualnej, ideologicznej, politycznej, społecznej, chyba każdej innej też, wydaje się, że byłyby one uprawnione i znajdowałyby podstawę prawną w obowiązku wójtów, burmistrzów, prezydentów miast oraz związków wyznaniowych zarządzania cmentarzami komunalnymi i wyznaniowymi (art. 2). Tyle że z ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych dopuszczalność podobnych ograniczeń nie wynika; regulacje zawarte w tej ustawie przemawiają zaś za swobodą wyboru miejsca pochowania na cmentarzach komunalnych oraz na tych cmentarzach wyznaniowych, które znajdują się w miejscowościach, w których nie ma cmentarzy komunalnych.

Nie tylko pośród dóbr osobistych tych, którzy żywią kult pamięci o zmarłych²⁴⁴⁵, ale chyba i dóbr osobistych samego zmarłego, można wskazać na prawo do identyfikacji grobu, czyli oznaczenia i możliwości ustalenia (miejsca) grobu określonej osoby. Wiąże się z tym postanowienia zawarte w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 1 sierpnia 2001 r. w sprawie sposobu prowadzenia ewidencji grobów²⁴⁴⁶, dotyczące obowiązku prowadzenia przez osoby prawne i fizyczne odpowiedzialne za utrzymanie i zarządzanie cmentarzem [...] ksiąg cmentarnych, czyli księgi osób pochowanych na cmentarzu, prowadzonej według numeracji narastającej lub w układzie rocznikowym, księgi grobów oraz alfabetycznego spisu osób pochowanych na cmentarzu (§ 1, zob. także § 2), zapewniających także ustalenie wielu danych osobowych dotyczących przede wszystkim zmarłego i jego pochówku²⁴⁴⁷. Przytoczone przepisy nie przewidują

²⁴⁴⁵ Zob. w szczególności S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 18 i n. Por. Z. Radwański, *Prawo...*, 2004, s. 162. Zob. nadto S. Grzybowski, *System...*, 1974, s. 298; S. Grzybowski, *System...*, 1985, s. 299; H. Górski, *Pamięć...*, s. 14-15; A. Kopff, *Koncepcja...*, s. 12; J. St. Piątowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych [w:] Problemy...*, s. 114; A. Cisek, *Glosa*, OSPiKA poz. 176/1982, s. 371-372; J. St. Piątowski, *Ewolucja...*, ZNIBPS nr 19-20/1983, s. 340-341; J. St. Piątowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych [w:] Tendencje rozwoju...*, s. 32-33; A. Szpunar, *O niemajątkowych...*, s. 33-34; I. Kleniewska, M. Tokarczyk, *Recenzja pracy zbiorowej pt. Tendencja rozwoju prawa...*, s. 293; Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 56 i 60; S. Rudnicki, *Ochrona dóbr...*, s. 32 oraz 63 i n.; A. Szpunar, *Glosa do orz. SN z 6 III 1991 r...* (I PR 469/90, Przeg.Sąd. nr 9/1992, s. 79); P. Sut, *Ochrona...*, s. 103; J. Bleszyński, *Ochrona autorskich...*, s. 53; M. Wild, *Ochrona...*, s. 61 i 67; M. Pazdan, *Dobra...*, s. 1141-1142; J. Barta., R. Markiewicz, *Ochrona powszechnych...*, s. 482-483. Pokrewny wątek ochrony uczuć bliskich osób zmarłych, choć chyba poza sferą tradycyjnie pojmowanego kultu ich pamięci, bo w związku z zarzutem „braku delikatności” zarządcy cmentarza „w kontaktach z rodzinami zmarłych” pojawił się w uzasad. wyr. SA Krakowie z 25 XI 1998 r. (I A Ca 727/98, B. Gawlik, *Dobra...*, s. 355 i 358); uzasad. wyr. SN z 19 XI 2003 r. (I PK 590/02, Mon. Praw. nr 20/2004, s. 954). Nadto Z. Branowitser, L. Krotkiewska, *Chowanie zmarłych...*, s. 51-51 i 67 przyp. 55; E. Modrzejewski, *Wybrane...*, s. 68; I. Dobosz, *Tajemnica...*, s. 146-147, przyp. 129; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo...*, PIP z. 11/2004, s. 34.

²⁴⁴⁶ Dz. U. Nr 90, poz. 1013 ze zm.

²⁴⁴⁷ Zgodnie z § 3 ust. 1 tego rozporządzenia księga „osób pochowanych na cmentarzu zawiera następujące dane dotyczące osób pochowanych na cmentarzu: 1) nazwisko i imię, 2) nazwisko rodowe, 3) stan cywilny, 4) datę i miejsce urodzenia, 5) datę i miejsce zgonu, 6) informację, czy zgon nastąpił w wyniku choroby zakaźnej, 7) imiona i nazwiska rodziców, 8) datę pochowania, 9) miejsce pochowania, 10) w przypadku ekshumacji i przeniesienia do innego grobu na tym samym cmentarzu – datę i miejsce ponownego pochowania, a w przypadku ekshumacji poprzedzającej pochowanie na innym cmentarzu – datę ekshumacji oraz nazwę i adres cmentarza, na którym ma nastąpić ponowne pochowanie, 11) numer ewidencyjny, 12) rodzaj grobu, 13) ostatnie miejsce zamieszkania, 14) numer i datę rejestracji zgonu w księgach stanu cywilnego oraz nazwę i siedzibę urzędu, który zgon zarejestrował, lub numer, datę i wystawcę innego dokumentu, z którego pochodzą dane dotyczące osoby pochowanej.” Na podstawie jego ust. 2 księga ta „zawiera również informacje o osobach lub organach, które zleciły pochowanie zwłok lub szczątków.” Z kolei, na podstawie § 4 ust. 1 tego rozporządzenia księga grobów, obejmuje „1) numer ewidencyjny, 2) nazwisko i imię osoby lub osób pochowanych w grobie, 3) datę pochowania, 4) rodzaj grobu (ziemny lub murowany), 5) miejsce pochowania, 6) adnotację o wpisie nagrobka do rejestru zabytków, 7) adnotację o wniesionych zastrzeżeniach i opłatach, o których mowa w art. 7 [...]” UoCiChZ, przy czym w kolejnym ustępie wyjaśniono, że księga „grobów prowadzona jest dla wszystkich grobów, a dane wymienione w ust. 1 dotyczą wszystkich zmarłych osób pochowanych w danym grobie.” Natomiast w alfabetycznym spisie osób pochowanych na cmentarzu zamieszcza się: „1) nazwisko i imię osoby pochowanej na cmentarzu, 2) miejsce pochowania, 3) numer ewidencyjny” (§ 5 tego rozporządzenia). Zgodnie z jego § 16 ust. 1 osoby „prawne i fizyczne odpowiedzialne za utrzymanie i zarządzanie cmentarzem przechowują księgi cmentarne

zasad udostępniania danych dotyczących ewidencji grobów, w związku z tym jednak, że obejmować może ona także dane osobowe żyjących, np. rodziców zmarłego lub innych osób, które zleciły pochowanie jego zwłok, poddana jest i ta ewidencja, przynajmniej w zakresie danych dotyczących żyjących, reżimowi ustawy o ochronie danych osobowych. Moim zdaniem tak samo lub co najmniej podobnie winno się traktować dane dotyczące zmarłego, nawet gdyby jedyną podstawą dla takiego reżimu i stosownej ich ochrony miało być postanowienie zawarte w art. 23 k.c.

Nie kwestionując potrzeby ewidencji grobów, która ma na celu m.in. umożliwienie ekshumacji zwłok ze względu na toczące się postępowanie karne, dostrzegam zasadność postulatu zmierzającego ku umożliwieniu zachowania anonimowości pochówku²⁴⁴⁸, zarówno gdy chodzi o samo oznaczenie grobu, czego (poza regulacjami szczegółowymi dotyczącymi dokonywanych na zlecenie zakładu karnego pochówków osób zmarłych w tych zakładach) przepisy o charakterze ogólnym nie przewidują i nie zakazują, ale także poprzez wprowadzenie możliwości nie ujawniania danych zawartych w księgach cmentarnych, poza dostępem do nich osób wskazanych przez zmarłego albo wskazanych przez osoby przez niego wskazane, niezależnie od koniecznego ujawnienia ich w sytuacjach przewidzianych w ustawach, uzasadnionych względami publicznymi lub ochroną interesów osób trzecich. Zadośćuczynienie takim życzeniom zmarłego nie musi się wiązać z istotnymi utrudnieniami, gdyby przyjąć zasadę odsyłania w dotychczasowej ewidencji do wydzielonej ewidencji dotyczącej pochówków nieujawnianych lub ujawnianych wyłącznie uprawnionym osobom²⁴⁴⁹. Wydaje się zresztą, że także *de lege ferenda*, wbrew regulacjom zawartym w przytoczonych przepisach wykonawczych, można bronić stanowiska, iż na gruncie art. 23 k.c. do kręgu dóbr osobistych człowieka, doniosłych i chronionych *post mortem*, należy prawo do zachowania w tajemnicy miejsca swego pochówku²⁴⁵⁰.

bezterminowo." Zob. także § 6, 8, 9, 11 oraz 16 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia. Warto nadto zwrócić tu uwagę na wskazany jego § 9 ust. 1 zd. 2 i 3, zgodnie z którymi wpisy „w księgach cmentarnych dokonywane są pismem ręcznym w sposób staranny, czytelny i trwałe. Pisownia poszczególnych wyrazów nie może budzić wątpliwości i powinna być zgodna z obowiązującą normą ortograficzną, z wyjątkiem pisowni nazwisk, która może uwzględniać również pisownię tradycyjną, używaną przez osobę noszącą określone nazwisko." Ta ostatnia regulacja może bowiem poważnie utrudnić identyfikację grobu, wydaje się więc, że wpis i takiego nazwiska winien być dokonywany zgodnie z przewidzianą prawem postacią nazwiska, co najwyżej w odpowiednim, innym miejscu winna znajdować się informacja zawierająca „pisownię tradycyjną, używaną przez osobę noszącą określone nazwisko", która pozwoliłaby na ustalenie wpisu, w którym wskazane jest m.in. nazwisko noszone przez tę osobę zgodnie z prawem. Podobne uwagi należałoby odnieść do części postanowienia zawartego w § 10 tego rozporządzenia, zgodnie z którym nazwiska „do ksiąg cmentarnych wpisuje się w pierwszym przypadku liczby pojedynczej, bez zwyczajowo używanych nazwisk z przyrostkami w formie żeńskiej: -owa, -ina, -ówna, -anka. 2. Nazwiska zakończone na: -ski, -cki, -dzki wpisuje się z zachowaniem rodzaju żeńskiego lub męskiego, w zależności od tego, czy nazwisko dotyczy kobiety czy mężczyzny. 3. Nazwisko w postaci przymiotnika wpisuje się do ksiąg cmentarnych z zachowaniem rodzaju żeńskiego lub męskiego, w zależności od tego, czy nazwisko dotyczy kobiety czy mężczyzny" (por. J. Litwin, *Prawo...*, s. 72-73). Otóż, potrzeba identyfikacji grobu wymaga, aby zachowywać pisownię nazwiska, którą zmarły musiał się za życia posługiwać, a zdarza się, że nazwisko takie, np. w formie męskiej, zgodnie z prawem nosiła kobieta, pominąwszy już to, że wskazana regulacja bez potrzeby utrudnia stosowne wpisy wielu nazwisk niepolskich.

²⁴⁴⁸ Por. A. Rybak, *Imienia...*, s. A13-A15.

²⁴⁴⁹ Oczywiście skutkiem uwzględnienia takiego rozwiązania byłoby oczywiście respektowanie anonimowości miejsc takich pochówków w powszechnie udostępnianych bazach danych o grobach („Infokiosk przy bramie cmentarza komunalnego na Majdanku już działa. Wszyscy, którzy będą chcieli znaleźć grób dalekiego krewnego bądź znajomego, będą mogli skorzystać z tego urządzenia. Infokiosk został zamontowany tuż przy bramie, którą wchodzi się na cmentarz. Posiada taką samą bazę danych, jaka jest umieszczona na założonej przez ratusz stronie internetowej [...]”, (ak), *Groby w infokiosku...*; zob. także grobonet^{2.0}, *internetowy system wyszukiwania osób pochowanych...*).

²⁴⁵⁰ Por. też pierwszą wyr. SN z 19 XI 2003 r. (I PK 590/02, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Zbiór Urzędowy poz. 351/2004).

W pewnym zakresie i w takim duchu sformułowany został wyr. SN z 16 I 1975 r.²⁴⁵¹, w którym stwierdzono, że napis „na nagrobku nie musi stwierdzać danych stanowiących prawne określenie stanu cywilnego osoby pochowanej w danym grobie, gdyż jego celem nie jest publiczna identyfikacja tej osoby, może więc on zawierać np. samo imię (także zdrobniałe), pseudonim czy inne oznaczenie (odpowiadające powadze miejsca) określające wzajemny stosunek osoby zmarłej i osób wymienionych w art. 10 ust. 1 [...]” UoCiChZ²⁴⁵². Dodać co najwyżej można, że nie sposób kwestionować dopuszczalności życzenia dotyczącego istnienia czy treści napisu na własnym nagrobku²⁴⁵³, które winno być respektowane na takich samych zasadach i z uwzględnieniem takich samych warunków, jak życzenia człowieka dotyczące pośmiertnego losu innych jego dóbr osobistych²⁴⁵⁴.

²⁴⁵¹ II CR 814/74, LEX nr 7646.

²⁴⁵² Maria Zaporowska przekazała mi informację o mogile z nagrobkiem z I poł. XX w., na którym umieszczono imię, pomijając nazwisko pochowanej osoby, znajdującym się na cmentarzu parafialnym w Szczepbrzeszynie. Opisała ona również nagrobek na wojennej kwaterze polskiej ormiańskiego cmentarza w irańskim Isfahanie, z napisem „Nie widziało światła dziennego”, bez jakichkolwiek dat, jak autorka przypuszcza, pod którym pochowano martwo narodzone dziecko; z kolei na cmentarzu żydowskim w stolicy Iranu, poza wojenną kwaterą polską, dozorca cmentarny wskazał jej grobowiec dwojga Żydów z Polski, na którego płycie znajdują się tylko dwa wyrazy, po lewej: Marta, po prawej: Arthur (*Janek...*, s. 42-43). Piotr Zaporowski opisał natomiast nagrobek na wojennej części polskiej katolickiego cmentarza w Teheranie, z napisem: NN DZIEWCZYŃKA, dotyczący, jak wynika z podanego roku narodzin i śmierci (1931-1942) kilkunastoletniego dziecka, którego imienia i nazwiska nie można było ustalić nawet za jego życia (*Polskie mogiły w Iranie...*, s. 1 i 29). Sumiennym studium dotyczącym także polskich mogił na cmentarzu ormiańskim w Isfahanie jest praca życzliwego kustosa ormiańskiego muzeum w isfahańskiej Dżulfie, L. G. Minassiana, pt. „The Armenian Cemetery of New Julfa”, którą w Isfahanie, z rąk jej autora, otrzymali Zofia Zaporowska i Michał Matusiewicz i za którą im dziękuję.

²⁴⁵³ Choć najczęściej życzeń takich zainteresowani nie formułują, decyzję zaś podejmują najbliżsi; z informacji J. Chwajola, mistrza kamieniarskiego, który ze strzegomskiego marmuru obrabiał płytę nagrobną dla Cz. Miłosza, pochowanego w krypcie na Skałce, na której nie umieszczono wzmianki o otrzymanej nagrodzie Nobla wynika, że tak „zadecydowała rodzina, tłumacząc, że nagrody pochodzą od człowieka, a talent poety to dar od Boga [...]” (J. Sadecki, *Pożegna...*, s. A8). Co do sporu dotyczącego miejsca pochówku Miłosza, spośród licznych wypowiedzi zob. np. K. Gottesman, *Wielkość...*, s. A2.

²⁴⁵⁴ Warto wspomnieć tu o części tezy wyr. SA w Poznaniu z 11 I 2007 r. (I ACa 1033/06, OSA poz. orz. cyw. 4/2009), w której stwierdzono, że niewątpliwie „naruszeniem dobra osobitego w postaci tak rozumianego prawa do grobu jest dokonane bez zgody osób uprawnionych usunięcie lub uszkodzenie nagrobka, dokonanie zmian w umieszczonym na nim napisach itp.” Dla moich rozważań użyteczne może być również przywołanie zawartych w uzasadnieniu tego wyroku ustaleń sądu pierwszej instancji, iż „grób jest jedynie zewnętrznym znakiem upamiętniającym śmierć danej osoby. Ważne jest by był zadbany i utrzymany w należytym stanie. Dbałość ta nie może prowadzić do stawiania barier dla osób bliskich zmarłemu w okazywaniu mu uczuć. Zwyczajowo uczucia te wyrażają kwiaty stawiane na grobie zmarłego. W ten też sposób uczucia do syna i pamięć o nim okazywała Jadwiga R. Pozwane tymczasem, kierując się własną wizją dobra zmarłego, a raczej jego pomnika, deptały uczucia powodów. Takie ich postępowanie należało ocenić wysoce nagannie, zwłaszcza że godziło w miłość wyrażaną przez matkę do przedwześnie zmarłego syna. Choćby przez wzgląd na wolę Brygidy R., która dążyła do tego, aby w spokoju duszy spoczywać z mężem, pozwane powinny były powstrzymać się od takich zachowań. Pozwane uznały jednak, że najlepszym wyjściem będzie rozdzielenie małżonków. W tym celu przeprowadziły ekshumację zwłok Brygidy R., zabierając jednocześnie postawiony przez nią na grobie Marka R. pomnik. W ten sposób, zdaniem Sądu, dopuściły się jednak czynu sprzecznego z jakimikolwiek zasadami przyzwoitości. Ich działanie należało uznać za bezprawne, bowiem było niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Zdaniem Sądu, wykazały się one całkowitym brakiem poszanowania dla czci i pamięci okazywanej przez powodów dla Marka R. sprawiły przykrość i ból powodom. Nie liczyły się z tym, że Brygida R. była żoną Marka R. i że jej wolą było spocząć razem z nim” (OSA poz. orz. cyw. 4/2009, s. 53). Ostatecznie, ze względu na stały konflikt między stronami, SA w Poznaniu uznał jednak, że „przeniesienie zwłok Brygidy R. do innego grobu należy uznać za rozwiązanie racjonalne, ile nie wręcz konieczne. W innym przypadku przy wspólnym grobie mogłoby dochodzić do gorszących scen, takich, jak w dniu 1 listopada 2004 r., co uwłaczałoby pamięci zmarłych” (OSA poz. orz. cyw. 4/2009, s. 60). Nie można się uwolnić od obserwacji, że takie rozwiązanie, naruszające oczywiście wolę zmarłej Brygidy R., świadczy jednak o odmiennej ocenie potrzeby respektu dla woli zmarłych i żywych, *ante mortem* trudno sobie

Warto wspomnieć tu też o bliżej nieoznaczonej sprawie rozstrzygniętej przez SN, związanej z usunięciem przez pozwaną z nagrobka danych dotyczących rodziców powódki, będących także rodzicami pozwanej, siostry powódki, pochowanych w grobie, na którym stoi ów nagrobek. Sąd ten akceptując rozstrzygnięcie przyjęte w pierwszej instancji stwierdził, że sąd „wojewódzki za istotne w sprawie – w zakresie realizacji praw powódki do zachowania i przejawiania kultu dla jej zmarłych rodziców uznał usunięcie napisów z nagrobka świadczących, że spoczywają w tym grobie ich szczątki. Uznał jednak również, że przez nakazanie pozwanej przywrócenia tych napisów dobro osobiste powódki w postaci możliwości kontemplacyjnego przejawiania kultu pamięci zmarłych jej rodziców będzie mogło być nadal kontynuowane”²⁴⁵⁵.

IX. Ochrona swobody sumienia zmarłego. Pochowanie zwłok odbywa się w okolicznościach, które z reguły są przejawem, niekiedy nawet manifestacją, światopoglądowych czy ideowych postaw²⁴⁵⁶. Regulacje zawarte w art. 10 ust. 1 nie przesadzają

bowiem wyobrazić rozstrzygnięcie deprecjonujące wolę osoby z powodu trudności w utemperowaniu nagannego konfliktu innych osób; na marginesie: w uzasadnieniu tego orzeczenia kilkakrotnie pojawia się dziwny termin: kult pamięci „po zmarłym”. Zob. nadto M. Zaporowska, *Macewa dobra na wszystko...*, s. 5. W związku z powszechnie umieszczanym na nagrobku nazwiskiem zmarłego warto wspomnieć, że wielbiciele poezji S. Plath „wielokrotnie dewastowali jej nagrobek w Heptonstall w Yorkshire, skuwając z kamienia nazwisko Hughes”, czyli nazwisko także jej męża, poety T. Hughesa, przez wiele lat obwiniano go do doprowadzenia żony do samobójczej decyzji (zob. O. Sobolewska, *Złe dziedzictwo...*, s. 10). O bogactwie utworów i napisów umieszczanych głównie na nagrobkach świadczy dokumentacja zebrana w wartościowej i frapującej książce J. Kolbuszewskiego, *Wiersze...*, *passim*. Nadto zob. J. Kolbuszewski, *W obczyźnie...*, s. 1 i 12-13. Tak jak chyba wszystko co przyszło mi czytać autorstwa J. St. Bystronia ciekawe i urokliwe są jego zapiski o „napisach na mogiłach i figurach” opublikowane m.in. w *Tematy, które mi odradzano...*, s. 141 i n., nadto s. 232-233, gdzie uwagi o „wartościowaniu grobów”, głównie ich nienaruszalności. Motywy zredagowania napisu nagrobnego mogą być szczególne, A. Sandauer wspomina, że na „cmentarzu żydowskim w Krakowie napis na jednym z nagrobków głosi o rozstrzelaniu – przy próbie przejścia – 17 członków organizacji «Gordonia» przez bandę Ognia. Napis ocalał przed konfiskatą przypuszczalnie dlatego, że zredagowany był po hebrajsku” (*O sytuacji pisarza polskiego...*, s. 63; zob. nadto tamże, s. 87 przyp. 3). Osobną kwestią są ewentualne granice, przede wszystkim zaś sposoby okazywania kultu zmarłemu, który otaczany jest powszechną czci i nierzadko uznawany za powiernika próśb kierowanych do Boga, jak np. Hafiz, wielki perski poeta pochowany w Szirazie, zob. B. Alavi, *Kraj róż i słowików...*, s. 145, zob. nadto s. 143; M. Zaporowska, *Szirin z ojczyzny Hafiza...*, s. 7; por. P. Zaporowski, *Hinduskie Zaduszki...*, s. 5.

²⁴⁵⁵ M. Osiadacz, *Zmarły...*, s. 14.

²⁴⁵⁶ Choć zdarzają się pogrzeby niepozbowione i akcentów humorystycznych, takie ponoć, według pamiętników P. Léautaud, były przemówienia na pogrzebie prezydenta Francji F. Faure, który „zmarł na atak serca na sofie w Pałacu Elizejskim w trakcie pożycia z panią Steinlen [Steinheil – uw. J.M.], żoną wybitnego grafika [...]”, w których mówcy raz po raz podkreślali: „Nasz prezydent, szczęśliwy do ostatniej chwili swego życia” (Z. Kałużyński, *Do czytania...*, s. 180; tamże informacja o nekrologach z 1959 r., informujących o śmierci aktora Gérard’a Philippe’a, w rodzaju „wspaniały artysta, adorowany przez młodzież płci żeńskiej i j e s z c z e w i ę c e j męskiej [...]”, co Z. Kałużyński ciepło komentuje: „Francuzi pod tym względem są niezastąpieni”; nie wiem, czy wiązało się to z życzeniem zmarłego, ale G. Philipe został „pochowany w kostiumie Cyda z dramatu Corneille’a na cmentarzu w miasteczku Ramatuelle koło Saint-Tropez”, *Gérard Philippe...*). Wesolość na pogrzebach jest taką rzadkością, że chyba warto zachować opowiedzianą mi przez J. Falenciaka historię lapsusu językowego, który wywołał z trudem tłumiony śmiech podczas pochówku w 1934 r. cenionego cywilisty i adwokata Henryka Konica. Przemawiający nad otwartą mogiłą A. Chełmoński senior, został zbity z pantafyku dużą białą plamą, która, w wyniku siły dosłownie wyższej, pojawiła się niespodziewanie na trzymany przezeń w lewej ręce czarnym meloniku, i zamiast rzec: „nie było, Henryku, towarzystwa prawniczego, które nie chciało, abys był jego prezesem” powiedział „nie było, Henryku, towarzystwa prawniczego, którego byś nie chciał być prezesem”. Warto w tym miejscu przywołać też przykład daleko posuniętej zapobiegliwości poety P. Claudel’a, który przed śmiercią „rozesłał do tygodników literackich swoje fotografie pieczołowicie dobrane, przeważnie z profilu, «bo lubił się w tej postawie», zarządził, jak ma wyglądać jego pomnik («Na piedestale należy umieścić Matkę Boską z Dzieciątkiem, które tuląc się do Niej, jednocześnie bierze Ją za podbródek, by zwrócić uwagę na mnie; ja zaś niżej, obrócony tyłem do widza, z głową

bezpośrednio, czy pochówkowi mogą towarzyszyć przejawy ujawnionych przekonań w sferze swobody sumienia samego zmarłego czy wybory osób, które dokonują pochówku. Choć postanowienia zawarte w art. 10 ust. 1 zd. 2 i 3 wskazują raczej, co prawda tylko w odniesieniu do osób wojskowych albo zasłużonych dla państwa lub społeczeństwa, że niektóre wybory, postawa, w szczególności działalność zmarłego, mają decydujące znaczenie dla określenia podmiotów uprawnionych do pochowania jego zwłok. To mogłoby sugerować, iż także w innych przypadkach pochowaniu zwłok winien towarzyszyć respekt dla dobra osobistego swobody sumienia czy szerzej – światopoglądu zmarłego, o którego pochówek chodzi.

Pośrednio, ale – co paradoksalne – dobitnie, świadczy o tym unormowanie zawarte w art. 8 ust. 2 i 5. Jak już wspominałem, pierwszy z tych przepisów stwierdza, że w miejscowościach, w których nie ma cmentarzy komunalnych, zarząd cmentarza wyznaniowego ma obowiązek umożliwić pochówek, „bez jakiegokolwiek dyskryminacji, osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących”. Z kolei zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej „w miejscowościach, gdzie nie ma cmentarzy komunalnych, zarządy cmentarzy [parafialnych, rzymsko-katolickich – uw. J.M.] umożliwiają pochowanie na cmentarzach, o których mowa w ust. 1 [tj. parafialnych, rzymsko-katolickich – uw. J.M.], na równych prawach także innych zmarłych”²⁴⁵⁷. Przepis ten, wbrew postanowieniu zawartemu w art. 8 ust. 2 UoCiChZ, nie przewiduje takiego uprawnienia w odniesieniu do wszystkich cmentarzy wyznaniowych, pomija bowiem rzymsko-katolickie cmentarze zakonne. Także gwarancja pochowania „na równych prawach” nie jest właściwą, co uzasadniam w innym miejscu, lecz zagrożenie, które można tu dostrzec, niweluje postanowienie zawarte w ust. 4 tego artykułu, zgodnie z którym „przepisy ust. 1-3 nie naruszają ogólnych przepisów o cmentarzach i chowaniu zmarłych [...]” (rzecz oczywista, że mowa powinna być tu nie o przepisach ogólnych, ale o ustawowych, zapewne także o przepisach wykonawczych, mających w tym rozumieniu charakter ogólny, że odnoszących się także do cmentarzy wyznaniowych). Także w art. 10 ust. 5 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Polsce potwierdzono, że „religijne uroczystości pogrzebowe i żałobne mogą być sprawowane na cmentarzach komunalnych przy zachowaniu obowiązujących przepisów porządkowych”²⁴⁵⁸, co może stwarzać pozór, że nie jest to możliwe na cmentarzach wyznaniowych, w sytuacji, którą przewiduje art. 8 ust. 2 UoCiChZ, choć wniosek taki nie byłby uprawiony także w świetle art. 1 ust. 2 UoSPdKADSwRP, który w sprawach odnoszących się do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w RP nakazuje stosować powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Analogiczne unormowania zawiera art. 8 ust. 2 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego

ku Najświętszej Rodzinie, przyciskam słupek do piersi – obok mnie kij podróżny i kilka rozrzuconych rękopisów»), włożył głosny w podręcznikach literatury «szlafrok koloru wiśniowego», w którym zwykł się być modlić, przyjął sakramenty, wygłosił «ostatnie słowo» («Dajcie mi umrzeć spokojnie, nie boję się niczego»), i w ten sposób wyreżyserowawszy swój zgon, spełnił przepowiednię swego zawziętego przeciwnika André Gide’a, który już 20 lat temu pokpiwał, że «Claudel przygotuje swój odjazd do nieba wagonem I klasy z wyściełanymi siedzeniami» (K. Kałużyński, *Do czytania...*, s. 201).

²⁴⁵⁷ Co sprawdza się *in casu* w konfrontacji np. z postanowieniem Synodu Archidiecezji Białostockiej, w którym stwierdzono, że «„zarządcą cmentarza parafialnego jest każdorazowy proboszcz danej parafii, który „dba o porządek na cmentarzu, wyznacza miejsce pochówków i zatwierdza projekty nagrobków”» (J. Gołąb, *Prawo...*, s. 360-361).

²⁴⁵⁸ Warto dodać, że w orzecznictwie sądowym zagadnienie naruszenia dóbr osobistych w związku z przebiegiem uroczystości pogrzebowych pojawia się incydentalnie, zob. orz. SN z 11 III 1997 r., III CKN 33/97, Mon. Praw. nr 11/1997, s. 447 i 448, w którym nie dopatrzono się zresztą naruszenia dóbr osobistych powoda twierdzącego, że w czasie tych uroczystości naruszono m.in. powagę ich miejsca.

w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁵⁹, art. 10 ust. 5 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶⁰, art. 11 ust. 4 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶¹ i art. 8 ust. 4 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶². W art. 13 ustawy z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej, nieco inaczej, ale również potwierdzono, że religijne „uroczystości pogrzebowe i nabożeństwa dla uczczenia pamięci zmarłych mogą odbywać się także na cmentarzach komunalnych, przy zachowaniu obowiązujących przepisów porządkowych”, co również może tworzyć pozór, o którym wspomniałem oceniając odpowiednie unormowania UoSPdKADSwRP, bezzasadny jednak w świetle art. 5 ust. 1 UoSPdKE-AwRP odsyłającego do UoGWSiW, której omawiany niżej art. 2 pkt 12 gwarantuje prawo do otrzymania pochówku zgodnego z wyznawaną religią lub przekonaniami w sprawach religii oraz jej art. 19a ust. 2, który podkreśla m.in., iż prawo posiadania i zarządzania cmentarzami grzebalnymi „nie narusza przepisów dotyczących cmentarzy i chowania zmarłych”. Podobnie, choć nieco inaczej, unormowano to w art. 9 ust. 4 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶³, także w art. 8 ust. 4 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶⁴, w art. 11 ust. 4 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶⁵ i w art. 10 oraz art. 1 ust. 2 ustawy z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁶⁶. W art. 35 ust. 3 ustawy z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego²⁴⁶⁷ powtórzono regułę, że „w miejscowościach, gdzie nie ma cmentarzy komunalnych, zarząd cmentarza [wyznaniowego, należącego do parafii prawosławnej – uw. J.M.] umożliwi pochowanie na cmentarzach, o których mowa w ust. 1 [prawosławnych, parafialnych – J.M.], na równych prawach, także innych zmarłych”, w ust. 4 dodano zaś, że także przepis ust. 3 nie narusza „ogólnych przepisów o cmentarzach i chowaniu zmarłych [...]” (zachowują tu aktualność uwagi krytyczne, przedstawione wcześniej w odniesieniu do odpowiednich przepisów UoSPdKKwRP). W art. 40 ustawy z 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej postanowiono, że „cmentarze, stanowiące własność Muzułmańskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej lub poszczególnych gmin wyznaniowych, podlegają w przedmiocie [...] zarządu niemi przepisom państwowym o cmentarzach wyznaniowych”, co jest dziś wystarczającym, choć przecież nie koniecznym, nawiązaniem do przytoczonych wyżej regulacji UoGWSiW, gwarantujących swobodę wyznania lub przekonań w odniesieniu do pochówków. Analogiczną regulację zawarto w art. 28 ust. 5 ustawy z 21 kwietnia 1936 r. o stosunku Państwa do Karaimskiego Związku Religijnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Zważywszy ogólny zasięg wskazanych prze-

²⁴⁵⁹ Dz. U. Nr 73, poz. 324 ze zm.

²⁴⁶⁰ Dz. U. Nr 97, poz. 480 ze zm.

²⁴⁶¹ Dz. U. Nr 97, poz. 479 ze zm.

²⁴⁶² Dz. U. Nr 41, poz. 252 ze zm.

²⁴⁶³ Dz. U. Nr 97, poz. 482 ze zm.

²⁴⁶⁴ Dz. U. Nr 41, poz. 253 ze zm.

²⁴⁶⁵ Dz. U. Nr 41, poz. 254 ze zm.

²⁴⁶⁶ Dz. U. Nr 41, poz. 251 ze zm.

²⁴⁶⁷ Dz. U. Nr 66, poz. 287 ze zm.

pisów UoGWSiW nie ma znaczenia to, że takiego przepisu, jak zawarty w art. 40 UoSPdMZRwRP i w art. 28 ust. 5 UoSPdKZRwRP, brakuje w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 marca 1928 r. o stosunku Państwa do Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego, nieposiadającego hierarchii duchownej²⁴⁶⁸.

Oczywistym celem regulacji zawartej przede wszystkim w przytoczonym art. 8 ust. 2 UoCiChZ jest umożliwienie pochówku na jedynym w miejscowości cmentarzu wyznaniowym także zwłok osób niebędących wyznawcami kościoła lub związku wyznaniowego zarządzającego tym cmentarzem. Samo w sobie nie jest to postanowienie nakazujące pośmiertny respekt dla swobody sumienia zmarłego, choć ma ono znaczenie dla wykonania praw osobistych i ochrony *post mortem* także tego jego dobra²⁴⁶⁹.

We frapujący sposób podobny, choć dużo szerzej zorientowany przepis został zawarty w art. 2 pkt 12 UoGWSiW,²⁴⁷⁰ zgodnie z którym korzystając „z wolności sumienia i wyznania obywatele mogą w szczególności [...] otrzymać pochówek zgodny z wyznawanymi zasadami religijnymi lub z przekonaniem w sprawach religii”. Otóż, prawo do pochówku zgodnego z wyznawanymi zasadami religijnymi lub z przekonaniem w sprawach religii uznano tu za przejaw obywatelskiego²⁴⁷¹ prawa do wolności sumienia i wyznania. Nie określono go, co zrozumiałe, jako prawa do kultu pamięci o zmarłym²⁴⁷², o którym się zresztą w ustawie tej nie wspomina, choć i taki kult jest przecież również, chronionym nie tylko w związku z pochówkiem, przejawem korzystania z wolności sumienia i wyznania. Z tego wynika i to, że prawo do owego pochówku istnieje już *ante mortem*, chociaż wypełnia się (spełnia się) dopiero *post mortem*, jest więc bez wątpienia przede wszystkim prawem żywych, a jego naturalne *iunctim* z sytuacją po śmierci ukazuje, tylko pozornie paradoksalnie, nie do końca definitywny walor tego, co skądinąd jest *ex natura rerum* pozornie definitywne w istocie: śmierci człowieka. I choć byłby to, jak dotąd, chyba tylko akademicki przykład, ale nie można wykluczyć, że prawo do pochówku, przewidziane w art. 2 pkt 12 UoGWSiW, zostanie zagrożone i przez to będzie wymagało ochrony jeszcze za życia, wtedy np., gdy zarządca domu dla starców czy schroniska dla bezdomnych, prowadzonego przez kościół lub inną organizację religijną, deklaruje dokonanie spodziewanego pochówku pensjonariusza tylko

²⁴⁶⁸ Dz. U. Nr 38, poz. 263 ze zm. Zob. nadto ks. R. Sobański, *Prawo...*, s. 17.

²⁴⁶⁹ Poza kręgiem moich zainteresowań w tej pracy znajduje się zagadnienie uprawnienia wyznaniowego zarządcy cmentarza do decydowania o wyborze podmiotu uprawnionego do organizacji pochówków i grzebania zmarłych, zob. wyr. Sądu Antymonopolowego z 23 IV 2001 r. (XVII Ama 49/00), dotyczący dopuszczalności decyzji, że grabarz „musi być osobą wierzącą i wiarygodną dla parafian i powoda” oraz B. Rakoczy, *Glosa do wyr. z dnia 23 kwietnia 2001 r...*, *Przeg. Sąd. nr 7-8/2004*, w szczególności s. 276-277). Por. o grabarzach tworzących „grupę funkcjonującą na marginesie feudalnej struktury społecznej, którą ze względu na specyfikę wykonywanego zawodu otaczała aura tajemniczości i podejrzliwości i w związku z tym nadawali się doskonale do roli kozła ofiarnego”, dlatego zwanych w XVI i XVII w. „psami myśliwskimi diabła” M. Ptak, *Recenzja pracy zbiorowej pt. Mit den Waffen...*, s. 143. Zob. także wyr. Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 4 I 2008 r. (XVII Ama 72/2007, Rej. nr 2/2008, s. 199), w którym orzeczono, że parafia „mająca nekropolię nie powinna dyskryminować zakładów pogrzebowych, które chcą na jej terenie kopać groby i organizować pochówki”.

²⁴⁷⁰ Dz. U. z 2005 r., Nr 231, poz. 1965 ze zm.

²⁴⁷¹ Warto pamiętać tu o art. 7 UoGWSiW, zgodnie z którym cudzoziemcy „przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej korzystają z wolności sumienia i wyznania na równi z obywatelami polskimi” (ust. 1), a przepis „ust. 1 stosuje się odpowiednio do bezpaństwowców” (ust. 2).

²⁴⁷² Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 18 i n. W wyr. SN z 6 II 2008 r. (II CSK 474/07, LEX nr 452984) postanowiono, że do „dóbr osobistych określanych jako kult pamięci zmarłych należy prawo do pochowania w przyszłości zwłok w wybranym przez siebie miejscu, w szczególności w bezpośrednim sąsiedztwie grobu bliskich osób. Prawo to może zostać naruszone poprzez niedotrzymanie warunków umowy przez zarządcę cmentarza i pochowanie w ustalonym miejscu zwłok innej osoby”. Nadto zob. P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 273.

zgodnie z wyznawaną przez siebie religią czy przynależnością religijną instytucjonalnego zarządcy. Oczywistym jest przy tym, i to zdarza się od czasu do czasu, że pochówki dokonywany przez bliskich, nie jest zgodny z religijną czy niereligijną postawą zmarłego, uwzględnia zaś postawy czy wybory dokonujących pochówku; nie ulega wówczas wątpliwości, że stanowi to naruszenie prawa zagwarantowanego we wskazanym art. 2 pkt 12, choć nie można wykluczyć sytuacji, że zainteresowany oświadczy, iż niezależnie od wyznawanych przez siebie postaw pozostawia swoim bliskim rodzaj i charakter dokonywanego przez nich pochówku jego zwłok, bowiem oczywiste, że prawo do wolności sumienia i wyznania także taki jego wybór dopuszcza i nakazuje respektować oraz chronić²⁴⁷³. Trudno też nie docenić tego, że prawo do pochówku zgodnego ze swą wiarą czy niewiarą, albo obojętnością lub agnostycyzmem w tej sferze, uznano w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania nie za drugorzędną emanację prawa do wolności sumienia i wyznania, lecz za jej przejaw „w szczególności”.

Dodać jednak należy, że ochrona przewidziana w art. 2 pkt 12 UoGWSiW odnosi się do ograniczonego kręgu chronionych dóbr osobistych. Nie widzę jednak żadnych powodów, aby przewidzianą w nim regulację odnosić tylko do pochówku, takie samo uprawnienie dotyczyć winno bowiem np. oznaczenia grobu, albowiem art. 2 UoGWSiW nie zawiera zamkniętego katalogu praw, przeciwnie: wyraźnie podkreśla, że wskazuje je jedynie w szczególności. Zasadność takiej argumentacji potwierdza art. 3 ust. 1 UoGWSiW, zgodnie z którym „uzewnętrznianie indywidualnie [...] swojej religii lub przekonań może podlegać jedynie ograniczeniom ustawowym koniecznym do ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób”²⁴⁷⁴, czego bynajmniej nie powinno się ograniczać do kultu okazywanego zmarłym i miejscom ich pochówków, ale takiego prawa obywatela (por. art. 7 UoGWSiW), które *ex natura rerum* doniosłe jest także *post mortem*, za czym przemawia jednoznacznie *ratio legis* tylko na pozór mającego postać *lex specialis* unormowania zawartego w art. 2 pkt 12 UoGWSiW. Za zasadnością przedstawionej interpretacji przemawia nadto art. 19a ust. 2 UoGWSiW, zgodnie z którym prawo kościołów i związków wyznaniowych do m.in. posiadania i zarządzania cmentarzami grzebalnymi, „nie narusza przepisów dotyczących cmentarzy i chowania zmarłych”.

Szczegółową, choć nie wolną od wytkniętych już wyżej błędów ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, regulacją w niej zawartą, dużo bardziej wyrazistą od postanowienia zawartego w jej art. 8 ust. 2, której celem jest również ochrona swobody sumienia zmarłego, wydaje się być unormowanie zawarte w art. 8 ust. 5. Zgodnie z nim zwłoki osób, które nabyły prawo do pochowania w określonym miejscu na cmentarzu wyznaniowym oraz zwłoki posiadających analogiczne uprawnienie ich bliskich: małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwa i przysposobionych, „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”²⁴⁷⁵. W świetle tego

²⁴⁷³ Znana mi jest z wiarygodnego przekazu decyzja profesora prawa, który z życzliwości i wdzięczności dla swej starej gospodyni, modlącej się przez dziesiątki lat o jego nawrócenie, pozostając ateistą formalnie powrócił na łono kościoła i oczywiście został jako wierzący pochowany. Opowiadała mi o tym, z podzielaną i przeze mnie sympatią dla tego profesora i uznaniem dla owej decyzji, jego i moja nieodżałowana znajoma M. Longchamps.

²⁴⁷⁴ Zob. nadto art. 6 UoGWSiW, zgodnie z którym „nikt nie może być dyskryminowany bądź uprzywilejowany z powodu religii lub przekonań w sprawach religii” (ust. 1) oraz, iż nie „wolno zmuszać obywateli do niebrania udziału w czynnościach lub obrzędach religijnych ani do udziału w nich” (ust. 2).

²⁴⁷⁵ Por. nadto S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n. Warto tu wspomnieć i o postanowieniu

przepisu uprawnioną jest interpretacja, że nakaz równoprawnego traktowania zwłok tych osób, w szczególności pod względem ceremoniału pogrzebowego, dotyczy okoliczności odnoszących się do zmarłego, nie zaś osób dokonujących pochówku. Odnosi się to również do sytuacji, gdy respektując wybory, czyli wykonując prawa osobiste zmarłego, o sposobie pochówku i ceremoniale pogrzebowym decydują uprawnieni do pochowania jego zwłok.

Trzeba jedna przyznać, że z samej regulacji zawartej w art. 8 ust. 5 nie wynika wystarczająco jednoznacznie, że chodzi tu właśnie o ochronę dóbr osobistych zmarłego, nie zaś o respekt dla wyborów osób dokonujących pochówku. I choć nie ma żadnego stanowczego *iunctim* między tym przepisem a regulacją zawartą w art. 8 ust. 2, to mimo tego przyjęć jednak należy, że interpretacja art. 8 ust. 5 nie może być sprzeczną z oczywistą *ratio legis* przepisu zawartego w ust. 2. Ten ostatni, jak wiadomo, zakazuje jakiegokolwiek dyskryminacji przy chowaniu na cmentarzu wyznaniowym zwłok osób należących do innego wyznania lub niewierzących²⁴⁷⁶. Bez wątplenia nie chodzi w nim więc o dobra osobiste uprawnionych do pochowania, w szczególności o ich prawo do kultu pamięci o zmarłym²⁴⁷⁷, lecz o pośmiertną ochronę dóbr osobistych zmarłego, w szczególności jego swobody sumienia. Zważyć też należy, że regulacja zawarta w art. 8 ust. 5, mówi o równoprawnym traktowaniu zwłok, nie zaś osób uprawnionych do ich pochowania. A wątpliwości biorą się przede wszystkim stąd, że poza brakiem jednoznaczności, takiej jaką wyraża art. 8 ust. 2 *in fine*, rozpowszechnionym jest przeświadczenie, iż decyzje dotyczące ceremoniału pogrzebowego stanowią autonomiczne spektrum uprawnień osoby dokonującej pochówku, gdy przecież nakaz respektu dla dóbr osobistych zmarłego wymaga, aby realizacja tego uprawnienia nie była przejawem dowolnych wyborów osoby uprawnionej. Choć bowiem wykonanie praw osobistych zmarłego możliwe jest tylko przez pozostałych żywych, w niczym jednak nie usprawiedliwia to przypuszczenia, iż owo wykonywanie winno polegać na swoistym zawłaszczaniu tej sfery, w której znalazły swój wyraz wybory, życzenia czy postawy przede wszystkim religijne, a szerzej światopoglądowe, zmarłego. Granice uprawnień osób dokonujących pochówku są však wyznaczone także, a pomijając wymóg respektowania ustaw i zasad słuszności, są wyznaczone przede wszystkim przez okoliczności dotyczące zmarłego, inaczej mówiąc, są one zakreślone potrzebą ochrony jego dóbr osobistych, w szczególności swobody sumienia, wolności, niekiedy także prywatności.

Zważywszy więc zarówno na niektóre elementy normatywne zawarte w art. 8 ust. 5, jak i w szczególności jego interpretację nawiązującą do brzmienia art. 8 ust. 2, przyjęć należy, że regulacja zawarta w art. 8 ust. 5, nakazująca równoprawne traktowanie zwłok, w szczególności, gdy chodzi o wyznaczenie miejsca ich pochowania, właściwy ceremoniał pogrzebowy oraz wznoszenie stosownych nagrobków, ma na względzie ochronę dóbr osobistych zmarłego.

Nie ulega wątpliwości, że wspomniane już regulacje zawarte w art. 8 ust. 3 i 4 mają przede wszystkim na celu ochronę możliwości realizacji nabytego prawa do pochówku, które – jak widocznie przypuszczał ustawodawca – może być zagrożone na cmentarzu wyznaniowym. Zgodnie bowiem z ust. 3 tego przepisu „zarząd cmentarza wyznanio-

zawartym w § 14 rozporządzenia 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), zgodnie z którym na „grobach można ustawiać nagrobki o wymiarach nieprzekraczających granic powierzchni grobu albo usypywać ziemię w postaci pagórka nad grobem”. Nadto zob. R. Horbaczewski, *Cena...*, s. C3.

²⁴⁷⁶ Por. art. 194 k.k., zgodnie z którym, przewidzianej w nim karze podlega ten, kto „ogranicza człowieka w przysługujących mu prawach ze względu na jego przynależność wyznaniową albo bezwyznaniowość [...]”.

²⁴⁷⁷ Por. Z. Radwański, *Prawo...*, 2004, s. 162. Zob. także S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 28 i n.

wego nie może odmówić pochowania zwłok osób, które posiadają nabyte prawo do pochówku w określonym miejscu tego cmentarza”, natomiast na podstawie jego ust. 4 „prawo to służy, obok osoby określonej w ust. 3, także jej bliskim, to jest małżonkowi, wstępnym, zstępnym, rodzeństwu i przysposobionym”. Świadczy o tym choćby to, że brak jest analogicznego unormowania dotyczącego cmentarzy komunalnych, z czego oczywiście nie należy wyciągać wniosku, że prawa nabyte do pochówków na takich cmentarzach nie mają być respektowane. I choć w istocie art. 8 ust. 3 i 4 zabezpieczają realizację nabytego prawa do pochówku zwłok każdej osoby, także należącej do tego samego wyznania, którego kościół lub związek wyznaniowy sprawuje zarząd tym cmentarzem, to oczywiste jest, że przepisy te będą doniosłe w szczególności wówczas, gdy odmienność wyznania lub bycie niewierzącym mogłyby stanowić zagrożenia dla realizacji prawa nabytego; w ten sposób chronione jest wbrew pozorom nie tylko dobro osobiste związane z prawem do pochówku w określonym miejscu, ale i swoboda sumienia, ewentualnie inne dobra osobiste zmarłego, które mogą przejawiać się w związku z pochowaniem jego zwłok.

Postanowienie zawarte w art. 8 ust. 5 dotyczy wyłącznie równoprawnego traktowania przez zarząd cmentarza wyznaniowego zwłok osób posiadających nabyte prawo do pochówku w określonym miejscu tego cmentarza oraz osób wskazanych w art. 8 ust. 4. Ale na cmentarzu wyznaniowym mogą być również pochowane zwłoki innych osób, nienależących do wyznania, którego kościół lub związek wyznaniowy sprawuje zarząd cmentarzem (art. 8 ust. 2). I choć także ten ostatni przepis wyraźnie podkreśla zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji, to przecież odnosi go tylko do pochowania, gdy art. 8 ust. 5 jest szerzej zorientowany, dotyczy bowiem także wnoszenia odpowiednich nagrobków, co prawie zawsze czyni się później. W jakimś stopniu jest to także konsekwencją szerszej formuły tego ostatniego przepisu, nieograniczającego się, tak jak art. 8 ust. 2, do samego pochowania zwłok, lecz nakazującego w ogóle, mimo zawartej w nim egzemplifikacji, ich równoprawne traktowanie.

Wśród niedostatków regulacji zawartej w art. 8 ust. 5, trzeba też wskazać na sformułowanie mówiące o wyznaczeniu miejsca pochowania. Może się zdarzyć, że nabyte prawo do pochowania nie będzie dotyczyło pochówku w określonym miejscu, nie można przecież wykluczyć, w szczególności na cmentarzach wyznaniowych, że nabyte prawo będzie dotyczyło samego przyszłego pochówku, bez wcześniejszego określenia jego miejsca, bo w miejscu, które będzie wynikać z kolejności dokonywanych w określonym czasie pochówków, poza pochówkami dokonywanymi w grobach murowanych lub w określonych miejscach wcześniej nabytych (choć z reguły będzie właśnie tak jak to przewidziano w art. 8 ust. 3, gdzie mowa o nabytym prawie do pochówku w określonym miejscu). Mimo to zapis pomieszczony w art. 8 ust. 5 sugeruje, że zarządca cmentarza wyznaniowego może wyznaczyć inne miejsce do pochowania zwłok osoby, która ma nabyte miejsce do pochowania w określonym miejscu tego cmentarza, byle tylko równoprawnie traktowano zwłoki tej osoby ze zwłokami wyznawców, których kościół lub związek wyznaniowy cmentarzem tym zarządza. Mimo dopuszczalności takiej interpretacji w świetle art. 8 ust. 5, regulacja zawarta w art. 8 ust. 3 nie pozwala na nią, w jej świetle bowiem nabyte prawo do pochówku dotyczy tylko określonego miejsca na cmentarzu.

Unormowania zawarte w art. 8 ust. 2 i 5 dotyczą wyłącznie pochowania lub traktowania zwłok, z czego nie należy wyciągać wniosku, że późniejsza ochrona nie tylko dóbr osobistych zmarłego, ale także tego dobra osobistego żyjących, które polega na kulcie pamięci o zmarłych, dopuszcza jakiegokolwiek odstępstwa od zasady równoprawnego traktowania zarówno zmarłych, jak i żywych. Można się doszukiwać elementów

podstawy prawnej do takiej opinii nawet w samym art. 8 ust. 5, który choć odnosi się tylko do praw nabytych do pochówku i deklaruje równoprawne traktowanie zwłok, to jednak odnosi to ostatnie, i to w „szczegółności”, także do, o czym już wspominałem, prawie zawsze późniejszego wznoszenia stosownych nagrobków. Ale znowu wcześniej wymieniona w tym przepisie kategoria „ceremoniału pogrzebowego” pozwala odnieść ją tylko do pochówku, choćby i powtórnego, dokonywanego po ekshumacji.

Widać stąd, że późniejsza ochrona dóbr osobistych zmarłego związanych z miejscem pochowania jego zwłok, jest tylko śladowo unormowana w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, zaś jej zasadniczej podstawy prawnej należy szukać gdzie indziej, także w przepisach prawa wyznaniowego, które przytoczyłem wyżej. Trudno to uznać za właściwe rozwiązanie, bo przecież ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych jest jedynym aktem prawnym tej rangi, który zawiera tak szeroką regulację określającą status cmentarza cywilnego (komunalnego), jest więc odpowiednim miejscem dla sformułowania zasady równoprawnego traktowania miejsc pochówków na wszystkich takich cmentarzach, nie tylko w odniesieniu do pochówków oraz wznoszenia nagrobków, ale obejmującego wszelkie przejawy ochrony dóbr osobistych zmarłego oraz innych osób, w szczególności żywiących kult pamięci o zmarłym²⁴⁷⁸ oraz wykonywania stosownych praw, związanych z dobrami osobistymi zmarłego i z jego grobem²⁴⁷⁹. Jeżeli jest to jedyny akt rangi ustawowej, poświęcony także statusowi cmentarzy cywilnych (komunalnych) oraz chowaniu zmarłych, to nie powinno się szukać innego właściwego miejsca dla regulacji potwierdzającej zasadę równoprawnego traktowania także miejsc pochówków (grobow), nie tylko w związku z chowaniem zwłok oraz wznoszeniem nagrobków.

Między regulacją zawartą w art. 8 ust. 2 oraz w art. 8 ust. 5, jest jeszcze jedna różnica. Otóż, w pierwszym z nich mowa o umożliwieniu pochowania osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących, bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Natomiast w art. 8 ust. 5 zawarto nakaz traktowania zwłok osób posiadających nabyte prawo do pochówku, „na równi ze zwłokami osób należących do wyznania, do którego należy cmentarz [...]”. Widać stąd, że formuła przyjęta w ust. 2 jest dalej idąca, stwierdza bowiem zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji. Natomiast postanowienie umieszczone w art. 8 ust. 5, nie wyklucza wszelkich form dyskryminacji (np. wydzielonych miejsc pochówków dla zwłok samobójców)²⁴⁸⁰, byle tylko nie była naruszona zasada równoprawnego

²⁴⁷⁸ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 18 i n. Nadto H. Dąbrowski [w:] *Kodeks...*, s. 90-91 i 9; A. Kopff, *Koncepcja...*, s. 10 in.; S. Podemski, *Ochrona...*, s. 9; S. Grzybowski, *System...*, 1974, s. 296-298 i 301-302; S. Grzybowski, *Prawo...*, 1974, s. 135-137; S. Grzybowski, *Rozwój...*, s. 89; S. Grzybowski, *Glosa*, OSPiKA poz. 231/1976, s. 541; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa...*, s. 24; S. Grzybowski, *System...*, 1985, s. 297-299; zob. również orz. SN z 17 I 1919 r. (Akta Nr 240 1918 r., OSNK poz. 5/1919).

²⁴⁷⁹ Zob. wyr. SN z 4 XI 1969 r. (II CR 390/69, Wewnętrzny Biuletyn Informacyjny Biura Orzecznictwa Sądu Najwyższego – Dział Cywilny poz. 89/1970); wyr. SN z 13 VIII 1975 r. (I CR 452/75, P. Suski, *Kodeks...*, s. 204); wyr. SN z 13 VII 1977 r. (I CR 234/77, P. Suski, *Kodeks...*, s. 174); wyr. SN z 31 III 1980 r. (II CR 88/80, P. Suski, *Kodeks...*, s. 175); wyr. składu siedmiu sędziów SN z 19 I 1981 r. (III CRN 204/80, P. Suski, *Kodeks...*, s. 176); wyr. SN z 25 V 1982 r. (IV CR 129/82, P. Suski, *Kodeks...*, s. 175); wyr. SA w Łodzi z 5 V 1992 r. (IACr 140/92, poz. orz. cyw. 30 OSA nr 4/1993). Nadto wyr. SN z 9 X 1973 r. (I PR 353/73, P. Suski, *Kodeks...*, s. 209).

²⁴⁸⁰ Ale też tworzenia innych *sui generis* cmentarnych „gett”, np. na cmentarzu parafialnym w Swarzewie, położonym nad Zatoka Pucką, zmarłego podczas I wojny światowej rosyjskiego jeńca, pochowano w rogu cmentarza, w miejscu, które mimo upływu blisko wieku dalej jest odosobnione; niewykluczone, że jednym z powodów takiego ulokowania grobu była odmienność wyznania. Bez znaczenia była ona natomiast dla zarządcy ewangelicko-augsburskiego cmentarza w Pokoju, w woj. opolskim, gdzie zmarłych podczas I wojny światowej, zapewne prawosławnych greckich jeńców pochowano pośród luteranckich żołnierzy niemieckich. Zob. Z. Zaporowska, M. Matusiewicz, *Odys...*, s. 5. Mimo pozorów, czym innym może być natomiast wydzielanie na cmentarzach przede wszystkim wyznaniowych kwater dla zmarłych określonego wyznania (np. w prawosławnej kwaterze na ka-

traktowania zwłok osób mających prawo nabyte do pochówku na cmentarzu wyznaniowym, ze zwłokami osób, które należały do tego wyznania.

Z art. 8 ust. 3 wcale nie wynika, aby nabyte prawo do pochówku w określonym miejscu cmentarza wyznaniowego, nie mogło być *ante mortem* zbyte. Ale też z żadnego przepisu ustawy nie wynika, że jest to prawo zbywalne, z czego wolno wnosić, że jego zbywalność może być ograniczona lub wyłączona przez czynność prawną między nabywcą a zarządem cmentarza (por. art. 57 § 1 k.c.). Ewentualne zbycie tego prawa *post mortem*, w istotnym zakresie uzależnione winno być od decyzji osoby, która prawo do pochówku w określonym miejscu nabyła, jednakże status owego prawa, w sytuacji przeznaczenia grobu przez tę osobę do pochowania zwłok innych wskazanych osób ulegnie metamorfozie wówczas, gdy osoby uprawnione nie dokonają pochówków zwłok tych osób w nabytym miejscu. Uznać wówczas należy, że prawo do pochówku w takim miejscu, uzyskuje charakter wyłącznie prawa majątkowego i może być przedmiotem zbycia w granicach, które prawo to dopuszcza²⁴⁸¹.

W tym miejscu pragnę natomiast zwrócić uwagę na oczywiste mankamenty regulacji zawartej w art. 8 ust. 4. Określając krąg osób, którym również przysługuje prawo do pochówku w określonym miejscu cmentarza wyznaniowego, nie przewidziano możliwości wyłączenia tego uprawnienia wobec określonych w ustawie osób przez

tolickim cmentarzu w Wenecji spoczywają m.in. szczątki Igora Strawińskiego i jego małżonki) czy wydzielanie kwater dla osób należących do określonej narodowości, formacji itp., tak jak ma to miejsce w Iranie: na ormiańskim cmentarzu w Isfahanie, wydzielona jest kwatera dla Polaków zmarłych podczas i tuż po II wojny światowej, osobne pole dla Polaków znajduje się na cmentarzu ormiańskim w Meszhedzie, część wydzielona dla zmarłych wówczas polskich Żydów na cmentarzu żydowskim w Teheranie; nieco inaczej zorganizowano odrębne pochówki Polaków na cmentarzu katolickim w Teheranie, w istocie tworząc w ramach tego cmentarza wydzielony, liczący blisko dwa tysiące mogił „podcmentarz”; jedynie w Bandar-e Anzali, polski cmentarz ma status odrębnego, choć przylega do miejscowego cmentarza ormiańskiego. Zob. P. Zaporowski, *Polskie mogiły w Iranie...*, s. 1 i 29; najobszerniej, opisując wspomniane trzy cmentarze w Teheranie, gdzie leżą obywatele polscy (katolicki, żydowski i wojenny brytyjski), kwatery polskie na cmentarzach ormiańskich w Isfahanie i Meszhedzie oraz polski cmentarz wojenny w Bandar-e Anzali, zob. M. Zaporowska, *Janek...*, s. 41-47. Wyłącznie ze względu na potrzebę uszanowania wymogów religijnych, związanych z koniecznością skierowania mogił muzułman w kierunku Mekki oraz złożenia na stosie prochów hinduistów, na brytyjskim cmentarzu wojennym w erytrejskiej Asmarze, wydzielono, poza centralnie usytuowaną kwaterą chrześcijańską, na której pochowano również niewierzących, kwatery muzułmańską i hinduistyczną. Zob. P. Zaporowski, *Polskie mogiły w Erytrei...*, s. 12, gdzie o odnalezionych w Asmarze pochówkach polskich pilotów oraz innych członków załóg i personelu lotniczego, w tym także kobiety, oraz najprawdopodobniej marynarzy wyokrętowanych w czerwonomorskiej Massawie z powodu choroby, podczas konwojów morskich z Persji do Egiptu; tamże o pochówku polskiego żołnierza na brytyjskim cmentarzu wojennym w jemeńskim Adenie.

²⁴⁸¹ Por. tezy wyr. SA w Poznaniu z 11 I 2007 r. (I ACa 1033/06, OSA poz. orz. cyw. 4/2009), w których stwierdzono, że „1. Do czasu pochówku prawo do grobu ma charakter *stricte* majątkowy. Z chwilą jednak złożenia do grobu osoby zmarłej decydującego znaczenia nabierają cechy niematerialne grobu związane z kultem zmarłego. Na dalszy plan schodzi natomiast sfera praw majątkowych i to niezależnie od tego, czy wykonywanie takiego kultu może wiązać się ze znacznymi nawet wydatkami, co może znaleźć np. wyraz w wystawieniu kosztownego nagrobka. 2. Naruszeniem dobra osobistego w postaci prawa do grobu jest dokonane bez zgody osób uprawnionych usunięcie lub uszkodzenie nagrobka, dokonanie zmian w umieszczonych na nim napisach itp. Tego rodzaju zachowania uzasadniają udzielenie ochrony z art. 24 § 1 zd. 2 k.c., polegającej na nakazaniu sprawcy dopełnienia czynności potrzebnych do usunięcia ich skutków. W pierwszej kolejności sprowadzać się to będzie do obowiązku przywrócenia nagrobka do stanu poprzedniego”. W sporze tym, Sąd zrezygnował z troski o respekt dla jednoznacznej woli osoby zmarłej, dotyczącej miejsca jej pochówku, po to, aby uniknąć „gorszących scen, takich, jak w dniu 1 listopada 2004 r., co uwłaczałoby pamięci zmarłych”; taki kompromis, zapewne sytuacyjnie wymuszony, może jednak budzić wątpliwości, gdy wspierany jest rzekomą troską o pamięć dla zmarłych. Warto też zwrócić nań uwagę, bo był to drugi proces prowadzący do zalegalizowania pośmiertnego rozdzielenia małżonków, chyba jedyny, o którym wiem, który przyniósł taki skutek.

osobę, która prawo do pochówku nabyła, jak również wskazania innych osób aniżeli te, które wskazał ustawodawca²⁴⁸². Wspomniana wyżej możliwość przeniesienia prawa do pochówku, być może wymagająca przewidzianej w umowie o grób zgody zarządcy cmentarza, przemawia także za swobodą wskazania przez nabywcę prawa do pochówku innych osób uprawnionych. Byłoby to tym bardziej oczywiste, jeśliby umowa z zarządcą cmentarza umożliwiała takiego wskazania osób uprawnionych przewidywała. Przyjęcie dopuszczalności wskazania lub wykluczenia osoby uprawnionej *ex lege*, wcale nie oznaczałoby bezużyteczności regulacji zawartej w art. 8 ust. 4, która określałaby krąg osób uprawnionych wówczas, gdy ten, kto prawo do pochówku nabył, nikogo innego nie wskazał ani nikogo nie wykluczył. Tyle że *de lege lata* taka interpretacja kłóci się z normą ustawową przewidującą uprawnienia wskazanych osób. To ograniczenie, którego niczym przekonywującym nie sposób uzasadnić, jest oczywistym mankamentem regulacji dotyczącej prawa do pochówku²⁴⁸³.

X. Obowiązek pochowania zwłok, a ochrona dóbr osobistych zmarłego. Jedyny, przywołany już wcześniej przepis ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, który przewiduje obowiązek pochowania zwłok stanowi, że zwłoki niepochowane przez osoby uprawnione, w tym także przez te osoby, które się do tego dobrowolnie zobowiązują oraz organy wojskowe i państwowe, instytucje i organizacje społeczne, jak również „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, z wyjątkiem zwłok osób, które uwolniły się z zakładu karnego lub aresztu śledczego, oraz osób, które przebywały poza terenem zakładu karnego lub aresztu śledczego, w szczególności w trakcie korzystania z zezwolenia na czasowe opuszczenie tego zakładu lub aresztu bez dozoru lub asysty funkcjonariusza Służby Więziennej” (art. 10 ust. 3)²⁴⁸⁴. Obowiązek ten nie wyklucza jednak „żądania zwrotu kosztów na podstawie innych ustaw” (art. 10 ust. 4)²⁴⁸⁵. Ze zrozumiałych powodów

²⁴⁸² Por. o prawie do grobu zstępnych, a także o konieczności ich porozumienia w przypadku zamiaru przeznaczenia grobu dla rodziny jednego ze zstępnych wyr. SN z 8 XI 2007 r. (III CSK 151/07, Rej. nr 4/2008, s. 177; OSN poz.15/2009); S. Rudnicki, *Glosa*, OSP poz. 8/2009, s. 48 i n.; A. Piątkowska *Glosa...*, s. 316 i n., tamże na s. 317 stwierdzenie, że „Sąd Najwyższy niejednokrotnie udzielał ochrony osobistym elementom prawa do grobu, podczas gdy te majątkowe musiały ustąpić”.

²⁴⁸³ Tu także pojawia się, analogicznie do podnoszonego już wielokrotnie, pytanie o dopuszczalność oceny uprawnienia przewidzianego w art. 8 ust. 4 UoCiChZ, w świetle art. 5 k.c., w szczególności względem osoby uznanej za spadkobiercę niegodnego albo małżonka, przeciwko któremu zmarły wystąpił o unieważnienia małżeństwa albo o rozwód lub separację z jego winy, gdy żądanie to było uzasadnione. Por. wyr. SN z 7 III 1974 r. (I CR 54/74, Z. Koźma, M. Ożóg, *Kodeks...*, s. 63).

²⁴⁸⁴ Na podstawie wspomnianego już art. 17 ust. 1 pkt 15 UoPS „do zadań własnych gminy o charakterze obowiązkowym należy [...] sprawienie pogrzebu, w tym osobom bezdomnym [...]”. Por. wyr. WSA we Wrocławiu z 29 V 2008 r. (III SA/Wr 134/08, NZS nr 4/2008, s. 76). Nadto zob. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.; I. Walencik, *Grób...*, s. 3.

²⁴⁸⁵ Takich ustaw jak UoPS, na podstawie której w „przypadku pokrycia kosztów pogrzebu przez gminę poniesione wydatki podlegają zwrotowi z masy spadkowej, jeżeli po osobie zmarłej nie przysługują zasilek pogrzebowy” (art. 96 ust. 3). Widać także z tej regulacji, że jest ona szczegółową aplikacją zasady, iż koszty pogrzebu należą do długów spadkowych, nie uwzględnia jednak stanowiska, iż w braku możliwości pokrycia takich kosztów ze spadku (i gdy po zmarłym nie przysługują zasilek pogrzebowy), roztropnie byłoby rozważyć, czy ich pokrycie nie jest możliwe, czego przecież z góry wyłączać zawsze nie należy, przez osoby, na których, przynajmniej *ante mortem*, ciążył względem zmarłego obowiązek alimentacyjny? Frapujące rozważania odnoszące się do historycznych aspektów uznawania za zasadę, iż obowiązek pokrycia kosztów pochówku spoczywa poniekąd na samym zmarłym, traktowanych bowiem *de iure* jak „ciężar na spadku”, zawiera artykuł ks. W. Jemie-

sprawienie pogrzebu odbywa się wówczas „w sposób ustalony przez gminę, zgodnie z wyznaniem zmarłego” (art. 44 UoPS)²⁴⁸⁶, bez potrzeby uwzględniania życzeń zmarłego, co może być zastanawiające w szczególności wówczas, gdy dochowanie tych życzeń nie wiąże się z absorbującymi czynnościami i przede wszystkim zważywszy to, że wydatki poniesione na taki pogrzeb pokrywane są, o ile istnieje taka możliwość, z masy spadkowej²⁴⁸⁷, jeśli nie zostały pokryte z zasiłku pogrzebowego.

Jak widać, ustawodawca wyraźnie zróżnicował i tutaj obowiązek pochowania zwłok oraz obowiązek pokrycia kosztów pochówku, co użyteczne jest także przy rozważaniu szerszego zagadnienia dotyczącego obowiązku pochowania zwłok i pokrycia jego kosztów. Nie jest to problematyka dotycząca pośmiertnej ochrony dóbr osobistych, chociaż może się niekiedy z nią wiązać, przede wszystkim w związku z kwestią obowiązku pochowania zwłok osoby pozostającej pod władzą rodzicielską lub opieką. Moim zdaniem obowiązek pokrycia kosztów pochówku dziecka sytuować należy w ramach obowiązku alimentacyjnego²⁴⁸⁸, ze świadomością niedostosowania do takiej interpretacji niektórych regulacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, przede wszystkim jego art. 128. Natomiast obowiązek pochowania zwłok dziecka nie sposób pomieścić w sferze władzy rodzicielskiej lub opieki, te bowiem w chwili śmierci dziecka lub podopiecznego gasną. Wygląda zresztą na to, że poza art. 908 § 1 k.c., szerzej zorientowanym, bo abstrahującym od relacji rodzinnych, w polskim prawie prywatnym w ogóle nie przewidziano obowiązku pochowania zwłok małżonka (zob. jednak art. 27 zd. 1 k.r.o.), krewnych, powinowatych i podopiecznych. Oczywiście, nie można wykluczyć, że obowiązek sprawienia pogrzebu

lity, *Czwarta część...*, s. 265 i 267-268; do kosztów tych skrupulatnie zaliczono wartość parafialnego ornatu, w którym chowano księdza, świec wypalonych przy pogrzebie oraz przyjęcia dla duchowieństwa, które zjechało na pogrzebanie konfratra. Zob. także A. Szpunar, *Roszczenia...*, s. 250; K. Kruczałak, *Czy koszty...*, s. 37 i n.; K. Kruczałak, *Roszczenia...*, s. 54; uzasad. wyr. NSA z 18 IV 1984 r. (III SA 38/84, OSPiKA poz. 24/1986, s. 50); W. Olszowy, *Glosa*, OSPiKA poz. 24/1986, s. 52; J. St. Piątkowski, *Spadek...*, s. 50-51; B. Kordasiewicz, *Recenzja pracy E. Skowrońskiej...*, s. 106; uchw. SN z 22 XI 1988 r. (III CZP 86/88, OSN poz. 201/1989); B. Kordasiewicz, *Glosa do uchw. z dnia 22 listopada 1988 r.*, s. 202 i n. oraz piśmiennictwo wskazane na s. 209 w przyp. 7; A. Szpunar, *Wyplaty...*, s. 422, gdzie do kosztów pogrzebu zalicza autor także koszty zwyczajowego zawiadomienie o uroczystości pogrzebowej; M. Pazdan [w:] *Kodeks...*, 2000, s. 719; M. Sychowicz [w:] H. Ciepła..., 2003, s. 794.

²⁴⁸⁶ Nadto zob. Ł. Borkowski, R. Krajewski, S. Szymański, *Komentarz...*, s. 82; W. Maciejko [w:] W. Maciejko..., s. 252 i n.; I. Sierpowska, *Ustawa...*, s. 103, a także wyr. SA w Gdańsku z 12 X 1992 r. (I Aur 501/92, OSA poz. orz. z zakr. praw. prac. i ubezp 1/1993) oraz rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Łódzkiego z 3 IV 2008 r. (ON-I-0911/157/08, LEX nr 492941). Warto wspomnieć tu o – wydanym na gruncie nieobowiązującej już ustawy o pomocy społecznej z 1990 r. – wyr. NSA z 10 XI 1999 r. (I SA 1046/99, LEX nr 48597), dotyczącym sprawienia pogrzebu przez gminę, w którego uzasadnieniu stwierdzono, iż oczywiście „jest, że poprzez osobę ubiegającą się o świadczenie z pomocy społecznej należy rozumieć zmarłego”. Odnosząc się krytycznie do tego sformułowania S. Nitecki zauważył najpierw, że zmarły „nie może być osobą ubiegającą się o świadczenie z pomocy społecznej [...]”, dodając jednak, co zastanawiające, że może być on „jedynie podmiotem działań podejmowanych przez organy administracji w celu sprawienia jego pogrzebu” (*Glosa...*, s. 149, zob. także s. 147-148 i 150). Powtarza tę opinię I. Sierpowska, *Ustawa...*, s. 183, jednak z uwagą, że zmarłemu „nie przysługują żadne roszczenia wobec innych podmiotów, można jedynie wskazać na konieczność odnoszenia się do zwłok ludzkich z należytych szacunkiem”. Nie ma natomiast, co zrozumiałe, żadnych wskazówek pozwalających na ustalenie kryteriów przesądzających o wyznaniu zmarłego. Wydaje się oczywiście, że nie można tu poprzestać na formalnej przynależności do określonego kościoła lub wyznania, nie tylko zważywszy to, że niekiedy owa przynależność nie wiąże się z jakąkolwiek ewidencją, np. w odniesieniu do rozproszonych w Polsce wyznawców islamu. Konieczne jest przy tym uwzględnienie wyznawanej przez zmarłego religii, stąd nie powinno się uważać za rzymsko-katolika osoby, która nie uważała się zań, choć nie dopełniła formalnej apostazji.

²⁴⁸⁷ Zob. np. M. Masternak, *Zwrot...*, s. 102; I. Sierpowska, *Ustawa...*, s. 383.

²⁴⁸⁸ Por. np. A. Szpunar, *Glosa do uchw. składu 7 sędziów SN z 9 XII 1978...*, s. 175. Nadto zob. tezę i uzasad. uchw. składu siedmiu sędziów SN z 9 XII 1978 r. (III CZP 55/78, OSN poz. 62/1979, s. 1-2 i 4-5).

może wynikać także z umowy, o której mowa w art. 393 k.c.²⁴⁸⁹ lub z umowy nienazwanej. Skądinąd frapującą jest jednak obserwacja, że nawet w prawie spadkowym nie ma jakiegokolwiek postanowienia nakładającego na kogokolwiek obowiązek pochowania spadkodawcy. Doszukiwanie się takiej podstawy prawnej w instytucji polecenia, choć możliwe²⁴⁹⁰, pozbawione jest praktycznej doniosłości, głównie dlatego, że jest to rozwiązanie fakultatywne, nader wątpliwej wartości z punktu widzenia egzekucji, przede wszystkim zaś dlatego, że pochówek musi nastąpić z reguły w ciągu 3 dni od chwili zgonu spadkodawcy, czyli wtedy, gdy ewentualnie obciążony poleceniem wcale nie musi mieć pewności, czy jest spadkobiercą lub zapisobiercą (np. z powodu nie odnalezienia do tej chwili istniejącego testamentu lub wątpliwości co do jego ważności)²⁴⁹¹. Ograniczenie normatywnej regulacji obowiązku pochowania do unormowań, dotyczących umowy dożywocia oraz obowiązków pomocy społecznej, wyrasta zapewne z przeświadczenia o braku potrzeby takiej regulacji w pozostałych, czyli w przytłaczającej większości przypadków.

Dla zajmującej mnie problematyki ochrony dóbr osobistych zmarłego istotne jest to, że zarówno przepisy dotyczące obowiązku pokrycia kosztów pogrzebu, jak i te, z których wynika *expressis verbis* albo może być wyinterpretowany obowiązek pochowania zwłok, nie stanowią przecież podstawy prawnej naruszania tych dóbr²⁴⁹². Przeciwnie, postanowienia mówiące o obowiązku sprawienia i pokrycia kosztów albo tylko pokrycia kosztów pogrzebu odpowiadającego zwyczajom miejscowym lub zwyczajom przyjętym w danym środowisku, mogą być argumentem za respektem dla wyborów światopoglądowych oraz wykonania innych praw osobistych zmarłego. Osobna sprawa, że zakres obowiązku pokrycia kosztów pogrzebu, także ten, który wynika m.zd.

²⁴⁸⁹ Zob. jednak wątpliwości natury ogólnej A. Szpunara, *Wyplaty...*, s. 411.

²⁴⁹⁰ Por. tezę wyr. SA w Warszawie z 23 II 2006 r. (I ACa 890/05, poz. orz cyw.14/2008 OSA), zgodnie z którą dyspozycja „spadkodawcy w sprawie jego pogrzebu może zostać uznana za polecenie, którego wykonanie zapewnia art. 985 KC, lecz testament zawierający to polecenie musi być ważny”.

²⁴⁹¹ Tylko na pozór wygląda to w praktyce inaczej, gdy taki obowiązek wynika z polecenia włożonego przez darczyńcę na obdarowanego (art. 893 k.c.). Warto w tym miejscu wspomnieć, że w związku z obchodami 155 rocznicy urodzin L. Wyczółkowskiego, ale także 70 rocznicy przekazania Bydgoszczy jego spuścizny, E. Sekuła-Tauer, starszy kustosz bydgoskiego muzeum powiedziała: „dzis odślonięte zostaną nagrobne płyty na mogile patrona muzeum. – Wyczółkowski życzył sobie grobu monumentalnego, ale surowego, na wiejskim cmentarzu [...]. Jego wola została spełniona. Leży we Wtelnie, nie w Warszawie, jak chciała rodzina, a jego pomnik rzeczywiście robi wrażenie, choć nie jest ozdobny – opowiada kustosz. Na poziomej płycie grobu widnieje wielki napis Wyczółkowski. Nie ma więcej żadnej informacji. Ani imienia artysty, daty jego urodzin i śmierci, ani noty, że w tym samym miejscu spoczywa również jego żona – Franciszka. – Postanowiliśmy wybić takie tablice i umieścić je na poziomej płycie grobu, by nie zepsuć efektu, jaki na pionowej [tak w oryginale – J.M.] ścianie tworzy jeden wielki napis Wyczółkowski – wyjaśnia kustosz”. Z darem spuścizny Wyczółkowskiego „wiąże się ciekawa historia – wspomina Sekuła-Tauer. – Pod koniec życia Wyczółkowski zastanawiał się co zrobić ze swoimi zbiorami. Nie chciał ich przekazać żadnemu muzeum, bo wiedział, co działo się z pracami innych artystów, którzy się na taki krok zdecydowali – zalegały w magazynach. Idąc za radą swojego przyjaciela i powiernika Kazimierza Szulisławskiego, postanowił przekazać je wówczas Gminie Miasta Bydgoszczy. Jego żonie te porozstawiane wszędzie obrazy, sztalugi i inne sprzęty przekazały w domu, więc chętnie się na to zgodziła, ale nie za darmo. Franciszka, dobry ekonom, chciała coś w zamian. Ówczesny prezydent Bydgoszczy, Leon Barciszewski zaproponował wdowie wieczystą opiekę nad grobem Wyczółkowskiego, utworzenie działu artysty w muzeum oraz trzypokojowe mieszkanie i pieniądze na jego utrzymanie. Franciszka przystała na tę propozycję, ale zatrzymała jeszcze dodatkowo 30 najcenniejszych prac męża” (ach, *Muzeum kupiło...*).

²⁴⁹² W odniesieniu tylko do jednego z takich dóbr, wolności wyznania, mowa o tym w przytoczonym wcześniej art. 44 UoPS, nakazującym sprawienie pogrzebu „zgodnie z wyznaniem zmarłego.” Prócz przedstawionych już zastrzeżeń uważam, że nie jest to rozwiązanie poprawne i z innego powodu, byłoby bowiem lepiej, gdyby uwzględniono tutaj wyraźnie także pochówki osób niewyznających żadnej religii.

z postanowień dotyczących alimentacji (art. 135 § 1 k.r.o.) i przy uwzględnieniu kryterium wskazanego w prawie spadkowym (art. 922 § 3 k.c.), może ograniczać obowiązek wykonania pewnych życzeń zmarłego²⁴⁹³. Nic w tym zresztą dziwnego także dlatego, że możliwość wykonania tych życzeń ograniczają również chociażby przepisy ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, np. wskazujące dopuszczalne miejsca pochówku.

XI. Status szczątków uznanych za obiekty archeologiczne i muzealne. Zgodnie z art. 19 przepisy ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych „dotyczące ekshumacji i przewożenia zwłok nie odnoszą się do archeologicznych prac wykopaliskowych, dotyczących grobów i cmentarzysk położonych poza terenem cmentarzy objętych niniejszą ustawą”. I choć regulacja ta nie dotyczy zagadnień związanych z ochroną dóbr osobistych zmarłego, stanowi wystarczający pretekst do refleksji nad granicami ochrony tych dóbr. Odmienne traktowanie grobów i cmentarzysk będących obiektem archeologicznych prac wykopaliskowych nie wynika, wbrew pozorom, z ograniczenia czasowego tej ochrony, lecz stanowi uzasadnione ważkimi racjami odstępstwo nie tylko od ogólnej zasady ochrony cmentarzy. Warto też podkreślić, że odstępstwo to dotyczy tylko tego zakresu, który jest przedmiotem unormowań ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Można bowiem sobie wyobrazić naruszenie dóbr osobistych zmarłych podczas archeologicznych prac wykopaliskowych, którego nie usprawiedliwia charakter tych prac, stąd przy ocenie owego deliktu możliwe jest uznanie takiego naruszenia za bezprawne. Inna sprawa, że nawet uznanie szczątków ludzkich za obiekt archeologiczny, potem zaś muzealny, nie usprawiedliwia jakiegokolwiek innego naruszenia dóbr osobistych zmarłego, poza tym, który *ex natura rerum* wynika z uznania ich za taki obiekt. Z takim stanowiskiem wiążą się znane przejawy troski o godny pochówek szczątków, stanowiących dotąd eksponaty muzealne, nadto o nienaruszającą powagę szczątków, ich muzealną ekspozycję²⁴⁹⁴.

²⁴⁹³ Warto dodać, że w umowie o dożywocie strony mogą określić kryteria dotyczące obowiązku sprawienia własnym kosztem pogrzebu inaczej niż określono je w art. 908 § 1 k.c. Obowiązek sprawienia pogrzebu odpowiadającego zwyczajom miejscowym istnieje bowiem tylko wtedy, gdy strony go nie wyłączyły albo inaczej nie określiły.

²⁴⁹⁴ W Stanach Zjednoczonych rozpoczęto przed laty zwracanie Indianom i Hawajczykom szczątków ich wodzów oraz przywódców, które dotąd przechowywane były w muzeach. Podstawą prawną stała się uchwalona 16 XI 1990 r. ustawa federalna o ochronie grobów tubylczych Amerykanów i repatriacji (Native American Graves Protection and Repatriation Act (NAGPRA), Public Law 101-601 – nov. 16, 1990 16, 1990), w szczególności postanowienia jej sekcji 7 oraz rozporządzenia wykonawcze 43 CFR 10 z 4 XII 1995 r., (Federal Register: December 4, 1995, Volume 60, Number 232, Rules and Regulations, page 62133-62169). Najbardziej znanym jest spór sądowy o szkielet zmarłego przed 9 tysiącami lat „człowieka z Kennewick”, Indianie podnoszą w nim, że dla „rdzennych ludów szczątki indiańskie są święte. Należymy do tej ziemi i jesteśmy tu po to, by się nią opiekować – twierdzi Rex Buck junior, przywódca religijny Indian Wanapum. Roszczenia indiańskie popiera Ministerstwo Zasobów Naturalnych i Spraw Indiańskich, które chce się wykazać dobrą wolą i żąda wydania szkieletu w celu pochówku. Indianie nie uważają za konieczne prowadzenie jakichkolwiek badań dotyczących przybycia pierwszych ludzi do Ameryki, bo z góry znają odpowiedź na związane z tym pytania. – Z ustnej tradycji wiemy, że nasi ludzie byli częścią tej ziemi od zarania dziejów – utrzymuje Armand Minthorn z plemienia Umatilla” (J. Adler, *Kości...*, s. 64; zob. także M. Majewska, *Indianie...*, s. 13). Ten jeden przypadek stał się przedmiotem obszernego piśmiennictwa w USA, spośród którego warto wymienić choćby: R. Dawkins, *Unweaving...*; D. H. Thomas, *Skull Wars...*; J. C. Chatters, *Ancient...*; J. Benedict, *No bone unturned...* Podobne zagadnienia, dotyczące statusu i losu szczątków indiańskich, aborygeńskich i maoryskich, czyli rdzennych mieszkańców, pojawiają się w Kanadzie, Australii i Nowej Zelandii; w tym ostatnim przypadku wiąże się również z rozwiązaniami przyjętymi w prawie brytyjskim, dotyczącymi zwrotu, w celu złożenia ich w miejscach świętych, szczątków Maorysów znajdujących się w tamtejszych muzeach, m.in. znajdujących się w World Museum w Liverpool’u (z audycji „Kulturalna Europa” I programu Polskiego Radia 21 VII 2006 r.). Inaczej traktują takie obowiązki francuskie sądy, np. sąd w Rouen „anulował decyzję o zwrocie do Nowej

Zelandii przechowywanej w muzeum w Rouen zmumifikowanej, pokrytej tatuażami głowy maoryskiego wojownika – podały w środę źródła sądowe. Władze Rouen, a konkretnie muzeum w stolicy Normandii, które od 1875 roku ma w swej kolekcji ten eksponat, obiecało głowę zwrócić. Sprzeciwiło się temu w październiku francuskie ministerstwo kultury. Ministerstwo uważa, że głowa Maorysa należy do Francji, a jej zwrot do kraju pochodzenia stanowiłby niefortunny precedens dla wielu kolekcji narodowych – mumii w Luwrze, skarbów Azji w Muzeum Guimeta czy dzieł z Afryki i Oceanii w Muzeum na Quai Branly. Wyrokiem z 27 grudnia sąd w Rouen przychylił się do zdania ministerstwa i anulował decyzję władz miasta, uznając, że powinny być one najpierw skonsultować się z komisją naukową ds. zwrotów eksponatów z publicznych kolekcji narodowych. Miasto uznało głowę maoryskiego wojownika z muzeum w Rouen za „szczątki ludzkie”, które nie podlegają takiemu samemu prawu jak dziedzictwo narodowe. Tymczasem francuska ustawa z 2002 roku stanowi, że wycofanie eksponatu z publicznej kolekcji narodowej jest możliwe dopiero po przeanalizowaniu sprawy przez specjalną komisję. Głowy maoryskich wojowników, zwane *toi moko*, wytatuowane w przepiękne wzory, stały się w XIX wieku przedmiotem handlu i w ten sposób trafiały do europejskich i amerykańskich kolekcji” (cheko, PAP, *Francja...*). Inna była tegoroczna decyzja szpitala uniwersyteckiego w holenderskiej Lejdzie, który „zgodził się odesłać głowę XIX-wiecznego afrykańskiego wodza plemiennego do Ghany, gdzie chcą ją pogrzebać z honorami. Szpital uniwersytecki poinformował, że prowadzi z ambasadą Ghany rozmowy o tym, w jaki sposób dokonać zwrotu głowy wodza Badu Bonsu II. Władze Ghany dowiedziały się w październiku 2008 roku, że głowa wodza znajduje się w kolekcji anatomicznej lejdejskiego szpitala i zażądały jej zwrotu. O głowie Badu Bonsu II, zakonserwowanej w słoju z formaliną, poinformował holenderski pisarz Arthur Japin, który natknął się na nią, zapoznając się z kolekcją anatomiczną szpitala w Lejdzie w ramach zbierania materiałów do powieści historycznej. Japin ustalił, że wodza kazał ściąć holenderski generał Jan Vermeer w odwecie za śmierć dwóch holenderskich emisariuszy, których głowy zawieszono jako trofea na tronie Badu Bonsu pod koniec lat 30. XIX wieku” ((mg), *Głowa XIX-wiecznego wodza...*). Jedną z najnowszych spraw podobnego rodzaju są starania potomków australijskich Aborygenów, którzy w związku z planowaną wizytą księcia Williama w Australii zwrócą się do niego „o pomoc w zlokalizowaniu i zwrocie głowy ich wodza imieniem Pemulwuy, którego zabili brytyjscy kolonialiści ponad 200 lat temu – donosi «Daily Telegraph» [...]. Głowę Pemulwuy odcięto od reszty ciała i posłano do Anglii w szklanym słoiku, gdzie miała zostać «naukowo» zbadana. Nie wiadomo jednak, co się z nią stało. Miała trafić do Królewskiego College’u Chirurgów, a potem do Muzeum Historii Przyrody. Muzeum nie ma jednak żadnej dokumentacji dotyczącej tej sprawy. Aborygeni chcą zwrotu czaszki Pemulwuy i szczątków innych tubylców, by urządzić im należyty pogrzeb. W ich tradycyjnej religii kult przodków odgrywa bardzo ważną rolę. Wierzą, iż troska o duchy zmarłych jest moralnym nakazem potomków [...]. Z końcem ub.r. Narodowe Muzeum Walii uroczyście zwróciło nowozelandzkim Maorysom kości ich przodków” ((pp), *Poproszą księcia Williama o zwrot... głowy wodza...*). Odmienne, choć i jakoś pokrewne zagadnienie dostrzegane jest też w Egipcie w związku z potrzebą zapobiegliwości o godziwą muzealną ekspozycję mumii (z informacji uzyskanej w dyrekcji Muzeum Egipskiego w Kairze). Warto wspomnieć, że w art. 246 ust. 2 Traktatu Pokoju między Mocarstwami Sprzymierzonymi i Skojarzonymi i Niemcami podpisanego w Wersalu 28 VI 1919 r. (Dz. U. z 1920 r., Nr 35, poz. 199 ze sprostowaniem) zawarto postanowienie, że czaszkę „Sułtana Makaoua, wywiezioną za czasów protektoratu niemieckiego z Afryki Wschodniej i przewiezioną do Niemiec, w tym samym terminie [z art. 246 ust. 1 tego traktatu: w „ciągu sześciu następnych miesięcy po uprawomocnieniu się niniejszego traktatu [...]” – uw. J.M.] Niemcy wydadzą Rządowi Jego Cesarskiej Mości Monarchy Brytanii”. Przepis ten dotyczył czaszki Mkwawy, przywódcy antykolonialnego buntu, w ostatnich dekadach XIX w., na terenie współczesnej Tanzanii, zabitego po części w odwecie za śmierć E. von Zelewskiego, pochodzącego z Kaszubów dowódcy niemieckich oddziałów pacyfikacyjnych, wuja tłumiciela powstania warszawskiego gen. SS E. von Bach-Zelewskiego. Szerzej o tym oraz o późniejszych losach czaszki Mkwawy zob. M. Zaporowska, Z. Zaporowska, P. Zaporowski, M. Matusiewicz, *Afryka...* Zob. nadto A. Machnicka, *Prawo Indian...*, s. 183-184, gdzie opis sporu o prawo do ziemi indiańskiego plemienia Nishga, w którym jako przejaw wykonywania tego prawa reprezentant powoda wskazał m.in. chowanie w niej przez Indian zmarłych; A. Nowacka-Isaksson, *Szwecja. Symboliczny...*, s. 7; A. Nowacka-Isaksson, *Szwecja. Likwidacja...*, s. 6. Wygląda na to, że z państw europejskich najbardziej konsekwentną w zwrocie rządzonych, częściej zaś w różny sposób nabytych szczątków ludzkich, jest właśnie Szwecja („Sweden has returned 22 skulls taken from indigenous cemeteries in Hawaii in the 19th Century, in a solemn ceremony at Stockholm’s antiquities museum. Museum director Lars Amreus said he hoped it would «fulfil the spiritual circle»

XII. Ochrona danych dotyczących przyczyny zgonu. Ustalona przyczyna zgonu stwierdzana jest w kartach zgonu, wydawanych w dwóch egzemplarzach (art. 11 ust. 4). Jeden z nich, opatrzony adnotacją urzędu stanu cywilnego „o zarejestrowaniu zgonu, przedstawia się administracji cmentarza w celu pochowania zwłok, drugi zaś służy do celów statystycznych” (art. 11 ust. 5). Umieszczenie informacji o przyczynie zgonu na karcie przedstawionej administracji cmentarza jest konieczne ze względu na wymóg zawarty w art. 11 ust. 9²⁴⁹⁵. Inne, niewyartykułowane przez ustawodawcę względy, zdecydowały o tym, że stwierdzenie przyczyny zgonu w karcie zgonu, zawierającej adnotację u.s.c. o zarejestrowaniu zgonu, jest również niezbędne do przekazania zwłok publicznej uczelni medycznej albo publicznej uczelni prowadzącej działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych (art. 11 ust. 6). Lekarze stwierdzający zgon i jego przyczyny obowiązani są również „udzielać właściwym organom na żądanie dla celów statystycznych wyjaśnień, odnoszących się do faktu zgonu i jego przyczyny. O ile zmarły pozostawał podczas ostatniej choroby pod opieką lekarską, wyjaśnienia powinny również dotyczyć przebiegu tej choroby. Wyjaśnienia te stanowią

of those whose graves had been violated by Swedish scientists. Hawaiian delegates said the bones of their ancestors would now be re-buried «in the soil of their birth». The Swedish government ordered the return of looted human remains in 2005. Bones have already been repatriated to Aborigines in Australia and a totem pole returned to a tribe in Canada [...]. The Hawaiian skulls were returned privately early on Saturday so that delegates could perform traditional rites. At the public ceremony that followed in Sweden's Museum of National Antiquities, Hawaiian delegation head William Aila thanked the Nordic country. «I cannot adequately express the thankfulness... for a very, very worthy endeavour, and that is to greet our ancestors and accompany them home,» Mr Aila said. Most of the skulls had been taken from burial sites in the Pacific islands by Swedish scientists in the 1880s. The museum received five skulls through a donation in 1997, while the other 17 were found at Stockholm's medical university Karolinska Institutet", *Sweden...*). Inną wymowę mają zdarzające się i współcześnie próby politycznego wykorzystania zwłok słynnych postaci, tak oceniam zadziwiający pomysł premiera Albanii Sali Berisha, który pragnął sprowadzić z Kalkuty do Albanii szczątki Matki Teresy („India has rejected a demand by the Albanian government for the return of the remains of Nobel laureate Mother Teresa, buried in the city of Calcutta. «Mother Teresa was an Indian citizen and she is resting in her own country, her own land», Foreign Ministry spokesman Vishnu Prakash said. A spokeswoman for the nun's Missionaries of Charity described the Albanian request as «absurd». Mother Teresa, an ethnic Albanian, was born in Skopje, now part of Macedonia. Correspondents say that the row over her resting place could develop into an ugly three-way squabble between India, where she worked most of her life, Albania where her parents came from and Macedonia where she lived the first 18 years of her life. The row is expected to intensify by August next year – the 100th anniversary of Mother Teresa's birth – by which time many commentators expect her to have been canonised as a saint. The ethnic Albanian nun, who was known as the «Saint of the Gutters» for her work among the poor of Calcutta, was given Indian citizenship in 1951 [...]. «The question [of her remains being taken back to Albania] does not arise at all», Mr Prakash said. After her death in September 1997, Mother Teresa was buried at the Calcutta headquarters of the Missionaries of Charity (MoC), which is now a pilgrimage site. «We welcome Delhi's decision. Mother Teresa is Calcutta's, she is India's. It is absurd for Albania to expect her last remains», MoC spokeswoman Sunita Kumar told the BBC. In comments reported over the weekend, Albanian Prime Minister Sali Berisha said his government would intensify efforts to reclaim her remains before her birth centenary”, *India rejects Mother Teresa claim...*).

²⁴⁹⁵ Zgodnie z nim, gdy „zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że przyczyną zgonu było przestępstwo, na pochowanie zwłok oprócz karty zgonu wymagane jest zezwolenie prokuratora”. Postanowienie to poprzedza obowiązek sformułowany w ust. 2 art. 11, gdzie stwierdzono, że 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”.

tajemnicę służbową i mogą być wykorzystywane tylko dla celów statystycznych oraz w postępowaniu sądowym” (art. 11 ust. 7)²⁴⁹⁶.

Zwracam uwagę na te regulacje dlatego, bo informacja o przyczynie zgonu należy do sfery prywatności, będącej dobrem osobistym zmarłego. O gwarancji ochrony tajemnicy dotyczącej przyczyn zgonu mowa nie tylko w przytoczonym przepisie, który odnosi się do informacji przekazanych do celów statystycznych oraz możliwych do wykorzystania w postępowaniu sądowym, ale także – i to w normie szerzej zorientowanej, nadto wyraźnie odnoszącej się także do okresu *post mortem* – w przepisach ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej²⁴⁹⁷, do których warto nawiązać mimo, że zagadnienia te wykraczają poza tytułową problematykę tego rozdziału.

I tak na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty lekarz „ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu”²⁴⁹⁸, na podstawie zaś ust. 3 tego artykułu lekarz, „z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1-5, jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta”²⁴⁹⁹. Wspomniane wyjątki mają charakter ogólny

²⁴⁹⁶ Z kolei w art. 11 ust. 8 zd. 1 postanowiono, że zarówno „lekarz, jak i inne osoby powołane do dokonywania oględzin zwłok (ust. 1 i 2), jeżeli przy dokonaniu tej czynności powezmą pewność lub uzasadnione podejrzenie, że przyczyną zgonu była choroba zakaźna, podlegająca obowiązkowemu zgłoszeniu, powinni zawiadomić o tym natychmiast właściwego inspektora sanitarnego”.

²⁴⁹⁷ Por. G. Iwanowicz-Palus, *Prawa...*, s. 86-88; E. Strzesak, *Aspekty...*, s. 146-147; M. Nesterowicz, *Charakter...*, s. 119. Nadto zob. M. Safjan, *Problemy...*, s. 5 i n.; M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 153; zob. także s. 256; P. Dzieńis, *Zasady...*, s. 121, na s. 120 zob. uwagi dotyczące ochrony dziedzictwa genetycznego osoby zmarłej, oparte o protokół dodatkowy do konwencji bioetycznej w sprawie zakazu klonowania istot ludzkich; A. Redelbach, *Ochrona tajemnicy...*, s. 171.

²⁴⁹⁸ Zob. np. M. Iżycka-Rączka, *Dokumentacja...*, s. 16-17; J. Bielański, *Dokumentacja...*, s. 20; J. Bujny, *Tajemnica...*, s. 113 i n.; J. Zajdel, *Kompendium...*, s. 137.

²⁴⁹⁹ Warto w tym miejscu przytoczyć uwagi T. Dukiet-Nagórskiej, dotyczące obowiązku denuncjacji przewidzianego w § 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 3 sierpnia 1961 r. w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny (Dz. U. Nr 39, poz. 202), zgodnie z którego zd. 1 jeżeli „istnieje uzasadnione podejrzenie, że przyczyną śmierci było przestępstwo lub samobójstwo, albo nie można ustalić tożsamości zwłok, należy niezwłocznie zawiadomić o tym prokuratora lub najbliższy organ Milicji Obywatelskiej, a w razie potrzeby natychmiastowego zabezpieczenia śladów – ponadto sołtysa lub biuro gromadzkiej rady narodowej. W tym przypadku należy powstrzymać się do wystawienia karty zgonu.” W świetle art. 31 ust. 3 i art. 47 Konstytucji autorka zauważa bowiem, iż „nie może być wątpliwości, że stan zdrowia człowieka poprzedzający jego zgon – a tego dotyczą regulacje zawarte w Rozporządzeniu – należy do sfery prywatnego człowieka, zatem ingerencja w tę sferę, polegająca na przekazywaniu informacji organom ścigania, powinna być uregulowana w akcie prawnym rangi ustawowej. Wobec powyższego przyjąć trzeba, że z chwilą wejścia w życie Konstytucji doszło do derogacji obowiązku denuncjacji opisanego w par. 7 Rozporządzenia. Zatem od dnia wejścia w życie Konstytucji obowiązki lekarzy i innych osób zaliczanych do personelu medycznego w zakresie denuncjacji wyznaczał jedynie art. 240 par. 1 kk. W tej mierze niczego nie zmieniło wejście w życie nowego kodeksu karnego [...], gdyż jego art. 240 par. 1 w interesującym nas tu zakresie nie zawiera zmian w stosunku do stanu prawnego poprzednio obowiązującego”. Dla moich rozważań szczególnie istotne są dwie konkluzje tej autorki, pod koniec których wyraźnie akceptuje ona pośmiertną skuteczność zgody, a nawet domniemanej zgody pacjenta: „*De lege lata* lekarz nie ma ani prawa, ani tym bardziej obowiązku powiadamiania o próbach samobójczych czy zgonach spowodowanych samobójstwem. Jednakże *de lege ferenda* wydaje się wskazane wprowadzenie takiego obowiązku; prawidłowość funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w odniesieniu do zamachów na życie stanowi wartość tak istotną, że powinna zostać uznana za dominującą w relacji z dobrem prawnym jakim jest prywatność. Utrzymywanie istniejącego stanu rzeczy może prowadzić do bezkarności pozorowanych samobójstw. Podsumowując tę sekwencję rozważań trzeba wskazać, że lekarz ma prawny obowiązek powiadomienia organów powołanych do ścigania przestępstw o popełnieniu zabójstwa kwalifikowanego z art. 148 kk, o którym dowiedział się realizując czynności zawodowe, zaś w przypadku innych przestępstw jest on do tego jedynie uprawniony i to tylko wtedy, gdy jest to zgodne z wolą pacjenta bądź też istnieją podstawy do do-

i wyłączają obowiązek dochowania tajemnicy lekarskiej, „gdy: 1) tak stanowią ustawy; 2) badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw, organów i instytucji; wówczas lekarz jest obowiązany poinformować o stanie zdrowia pacjenta wyłącznie te organy i instytucje; 3) zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób; 4) pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyrażą zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia; 5) zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie lekarzowi sądowemu; 6) zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń [...]” (art. 40 ust. 2 UoZLiLD), przy tym ważką jest klauzula zawarta w ust. 2a art. 40 tej ustawy, zgodnie z którą w „sytuacjach, o których mowa w ust. 2, ujawnienie tajemnicy może nastąpić wyłącznie w niezbędnym zakresie”²⁵⁰⁰.

Przywołane unormowania nie budzą istotnych²⁵⁰¹ zastrzeżeń²⁵⁰², oczywiście jest też, że *post mortem* niemożliwą jest zgoda przedstawiciela ustawowego, bo traci on ów przymiot z chwilą śmierci tego, kogo reprezentuje; analogiczne wnioski budzi *post mortem*

mniemania zgody pacjenta. Nie ma ani uprawnienia, ani obowiązku powiadamiania o samobójstwach” (*Lekarski obowiązek...*, s. 15 i 17); por. A. Górski, E. Zatyka, *Aktualne...*, s. 239 oraz M. Safjan, *Problemy...*, s. 25 i n.; M. Mrozowska, *Ustawa...*, s. 11-12; M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 146 przyp. 90 i s. 256, gdzie przytoczony art. 23 kodeksu etyki lekarskiej, którego zd. 3 stanowi, że śmierć „chorego nie zwalnia od dochowania tajemnicy”, zob. także s. 106 i n.; T. M. Zielonka, *Tajemnica...*, s. 79-80 i 82-83; M. Wichrowski, *Recenzja I pracy M. Safjana...*, s. 91; A. Liszewska, *Recenzja...*, s. 95; M. Filar, *Lekarskie prawo...*, s. 370 i n.; P. Dzienis, *Zasady...*, s. 115 i 121; A. Huk, *Tajemnica...*, s. 72 i 74; M. Jackowska, *Ochrona...*, s. 188; I. Biernatek-Zagała, *Prawnokarna...*, s. 308 i 314; A. Mednis, *Prawo...*, s. 154; w szczególności w odniesieniu do sytuacji *post mortem* G. B. Szczygieł, K. Bagan-Kurluta, *Zasada...*, s. 30 i n. Nadto zob. M. Kapko [w:] *Ustawa...*, s. 565; I. Bernatek-Zagała, *Prawo...*, s. 112.

²⁵⁰⁰ Szerzej o związaniu lekarza tajemnicą *post mortem* A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza w polskim procesie karnym...*, s. 41-43. Zob. także M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 331. Zdaniem M. Nesterowicza obowiązek „zachowania tajemnicy nie wygasa w razie śmierci pacjenta. Lekarz ma jednak prawo poinformować najbliższą rodzinę o chorobie i przyczynie śmierci pacjenta, chyba że ten wyraźnie tego zabronił” (*Prawo...*, 2005, s. 185).

²⁵⁰¹ Por. opinię J. Sawickiego, który zwrócił uwagę, iż następcą prawny zmarłego, pokrzywdzonego pacjenta nie jest uprawniony do złożenia wniosku o ściganie lekarza, który naruszył obowiązek tajemnicy za życia pacjenta, dodaje przy tym, że odmiennego „zdania są Śliwiński i Waszkiewicz”. Uznawszy zaś pominięcie „wśród podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy [...] spadkobierców lekarzy [...] za lukę w ustawodawstwie polskim” autor ten zaproponował *de lege ferenda*, aby uznać, ale szerzej, bo w odniesieniu do wszystkich, na których ciąży ustawowy obowiązek zachowania cudzej tajemnicy, że przestępstwa tego mogą się również dopuścić „dziejce tych osób, jeśli weszli w posiadanie cudzych tajemnic, z którymi się osoby zmarłe zapoznały w związku z wykonywaniem swego zawodu lub funkcji społecznej” (*Tajemnica zawodowa...*, s. 53, tamże przyp. 10 i s. 54).

²⁵⁰² Choć naruszenia takiej tajemnicy *post mortem* zdarzają się, niekiedy motywowane, jak należy przypuszczać, wyłącznie interesami majątkowymi, nie jest oczywiste, czy tak było z ujawnieniem po śmierci prezydenta F. Mitteranda, historii jego chorób w książce „Le grand secret” autorstwa jego osobistego lekarza C. Gublera (zob. I. C. Kamiński, *Sądowy...*, s. 2; nadto M. Nesterowicz, *Recenzja pracy M. Safjana...*, s. 590 przyp. 3). Książka ukazała się tuż po śmierci prezydenta Francji, gdy w mediach rozgorzała dyskusja wokół zatajenia jego choroby nowotworowej wykrytej pół roku po objęciu stanowiska. Lekarz prezydenta uznał wówczas, „że niektóre pojawiające się w prasie informacje godzą w jego dobre imię, gdyż podważają kompetencje i kwestionują sposób sprawowania opieki nad głową państwa” (J. Skrzydło, *Wolność...*, s. 37-38). Powództwo rodziny zmarłego zostało uwzględnione, choć sąd apelacyjny „ograniczył nieco zakres ochrony, wywodząc, że nie jest dopuszczalne powództwo w obronie życia prywatnego osoby zmarłej, a rodzina zmarłego może wystąpić z własnym roszczeniem o ochronę życia prywatnego i rodzinnego oraz z «odziedziczonymi» uprawnieniami do wystąpienia z powództwem o naruszenie tajemnicy lekarskiej” (J. Skrzydło, *Wolność...*, s. 38). Pozwane wydawnictwo Plon Societe skierowało potem skargę do ETPCz, który wydając werdykt 18 V 2004 r. „uznał, że podstawa przywołana przez sądy francuskie – tj. fakt, iż treści zawarte w książce w oczywisty sposób

także jego zgoda wyrażona przed śmiercią pacjenta i to również wówczas, gdy status tego przedstawicielstwa był zachowany aż do śmierci pacjenta²⁵⁰³.

Warto też zwrócić uwagę na art. 40 ust. 4 UoZLiLD, zgodnie z którym „lekarz nie może podać do publicznej wiadomości danych umożliwiających identyfikację pacjenta bez jego zgody”. Uważam, że również formuła przyjęta w tym przepisie nie pozostawia wątpliwości, iż odnosi się on także do sytuacji *post mortem*, tyle że porównanie tego postanowienia z ustępem poprzedzającym, wyraźnie stanowiącym, iż obowiązek zachowania tajemnicy rozciąga się również na czas po śmierci pacjenta, może skłaniać do odmiennej niż moja interpretacji, płynącej właśnie stąd, iż pominięcie w ust. 4 klauzuli zawartej w ust. 3, za zasadnością tej odmiennej interpretacji może przemawiać. Nie uważałbym jednak takiej argumentacji za poprawną także dlatego, że sformułowanie dopuszczające naruszenie dobra osobistego musi być stanowcze, nie może być dorozumiane czy też wymagające dopiero dalej idącej interpretacji. Inna sprawa, że przepis ten można było sformułować w sposób, który eliminowałby obawę możliwej i krytykowanej przeze mnie wykładni (np. „Lekarz nie może bez zgody pacjenta podać do publicznej wiadomości danych umożliwiających jego identyfikację nawet po śmierci pacjenta”)²⁵⁰⁴.

Prawie bliźniacze regulacje zawiera ustawa o zawodzie pielęgniarki i położnej, gdzie w art. 21 ust. 1 postanowiono, że pielęgniarka i „położna ma obowiązek do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu”, przy czym przepisu tego „nie stosuje się, gdy: 1) tak stanowią odrębne przepisy; 2) zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób; 3) pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy; 4) zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń”; jak łatwo zauważyć w odniesieniu do pielęgniarek i położnych bezprzedmiotowym był wyjątek przewidziany w art. 40 ust. 2 pkt 2 UoZLiLD, natomiast wyjątek od obowiązku zachowania tajemnicy, gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na jej ujawnienie, pozbawiony został tu końcowej klauzuli zawartej w art. 40 ust. 2 pkt 4 UoZLiLD²⁵⁰⁵. W najistotniejszym dla moich rozważań art. 21 ust. 3 UoZPiP postanowiono zaś, że pielęgniarka i „położna, z zastrzeżeniem sytuacji, o których mowa w ust. 2 pkt 1-3, jest związana tajemnicą również po śmierci pacjenta”. Warto też wspomnieć o zachowującym swój walor i w odniesieniu do sytuacji *post mortem* bliźniaczym unormowaniu zawartym w art.

dotyczą kwestii związanych z tajemnicą lekarską i że ujawnienie tych faktów jest «oczywiście bezprawne» – była relewantna i wystarczająca w świetle art. 10, tym bardziej, iż zakaz nie miał charakteru stałego”, dodając jednak, że „gdy sąd francuski orzekał co do meritum wydając stały zakaz publikacji prezydent nie żył już prawie od roku. Tym samym zmienił się kontekst społeczny całej sprawy, który uzasadniał wydanie zakazu tymczasowego w ciągu zaledwie 10 dni po śmierci prezydenta. Im bardziej fakt ten stawał się odległy, tym mniejsze było uzasadnienie dla jego utrzymania. Rósł natomiast interes opinii publicznej w prowadzeniu otwartej debaty o dwóch kadencjach F. Mitteranda, a to przeżyło nad wymogiem ochrony prywatności zmarłego prezydenta” (J. Skrzydło, *Wolność...*, s. 39).

²⁵⁰³ O bezwzględności związania lekarza tajemnicą *post mortem*, w tym także wobec rodziny zmarłego, jak również o tym, że tajemnica ta obejmuje również informacje uzyskane dopiero po śmierci, w szczególności w wyniku sekcji zwłok zob. B. Świątek, *Prawo pacjenta...*, s. 19.

²⁵⁰⁴ Zob. także: M. Iżycka-Rączka, *Dokumentacja...*, s. 18, zob. także: s. 17, 19 i 20. Nadto zob. J. Bielasiński, *Dokumentacja...*, s. 20 i 21; E. Strzesak, *Jak udostępnić...*, s. 136 i 137; A. Kaczmarek, *Obowiązek...*, s. 92 i n.

²⁵⁰⁵ Oczywiście wadliwe jest też sformułowanie zawarte w art. 21 ust. 2 pkt 1, zgodnie z którym na pielęgniarce i położnej nie spoczywa obowiązek tajemnicy, o której mowa w ustępie poprzedzającym, gdy „tak stanowią odrębne przepisy [...]”, konieczną jest tu bowiem formuła, którą posłużył się ustawodawca w art. 40 ust. 2 pkt 1 UoZLiLD („gdy tak stanowią ustawy”).

21 ust. 4 UoZPiP, zgodnie z którym pielęgniarka i „położna nie może podać do publicznej wiadomości danych umożliwiających identyfikację pacjenta, bez jego zgody.” Nie inaczej należy też interpretować art. 7 ust. 1 ustawy o zawodzie felczera, zgodnie z którym „felczer (starszy felczer) obowiązany jest do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym poweźmie wiadomość w związku z wykonywaniem zawodu”²⁵⁰⁶ dlatego, że wyjątki od tego obowiązku zostały wskazane w art. 7 ust. 2 i nie ma wśród nich zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy po śmierci osoby, której felczer udzielał świadczeń zdrowotnych, zaś pośmiertna doniosłość obowiązku zachowania tajemnicy wynika również stąd, że na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 6 wskazanej ustawy, udzielanie przez felczera i starszego felczera świadczeń zdrowotnych polega w szczególności m.in. na stwierdzaniu zgonów²⁵⁰⁷. I tak samo należy interpretować obowiązek spoczywający na członkach samorządu aptekarskiego, na podstawie art. 21 pkt 2 ustawy z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich²⁵⁰⁸, zachowania w tajemnicy wiadomości dotyczących zdrowia pacjenta, uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu²⁵⁰⁹.

Zwieńczeniem omówionych regulacji są unormowania zawarte w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, gdzie w art. 13 postanowiono najpierw, że pacjent „ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego”²⁵¹⁰, w art. 14 ust. 1 dodając, że w celu realizacji tego prawa „osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem, w szczególności ze stanem zdrowia pacjenta”. W kolejnym ust. 2 tego artykułu zastrzeżono jednak, że przepisu „ust. 1 nie stosuje się, w przypadku gdy: 1) tak stanowią przepisy odrębnych ustaw; 2) zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób; 3) pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy; 4) zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych

²⁵⁰⁶ W ust. 2 tego artykułu stwierdzono, że „od obowiązku zachowania tajemnicy felczer (starszy felczer) jest zwolniony w stosunku do lekarza, sprawującego nadzór fachowy nad danym zakładem bądź kierującego czynnościami felczera (starszego felczera), a ponadto w przypadkach: 1) gdy tak stanowią ustawy, 2) gdy osoba korzystająca z jego pomocy lub jej prawny zastępca, zezwoli na ujawnienie tajemnicy, 3) gdy zachowanie tajemnicy może spowodować istotne niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia osoby, korzystającej z pomocy felczera (starszego felczera) lub dla otoczenia tej osoby”.

²⁵⁰⁷ Zagadnienie respektowania tajemnicy zawodowej po śmierci konsumenta lub kontrahenta ma wymiar powszechny i zapewne wszędzie jej potrzeba winna być uznaną regułą respektu dla tego dobra mimo śmierci tego, o kogo dobro osobiste tajemnicy czy prywatności chodzi. Odnosi się to do nader jednorodnej co do konstrukcji problematyki, bardzo jednak zróżnicowanej normatywnie i – rzecz oczywista – co do kontekstów, w jakich poszczególne sytuacje występują. Przypuszczam, że mimo zróżnicowanych okoliczności, które mogą uzasadniać odstępstwa od nakazu respektowania także *post mortem* tajemnicy określonych informacji, zasadnicze rozwiązanie dotyczące jej ówczesnej ochrony będzie lub winno być bliskie regule, która znalazła swój wyraz w przytoczonych powyżej art. 40 ust. 3 UoZLiLD oraz art. 21 ust. 3 UoZPiP. Pokrewnym zagadnieniem jest obowiązek respektowania tajemnicy zawodowej *post mortem*, w związku np. z art. 19 zasad etyki radcy prawnego stanowiącym, że obowiązek „zachowania tajemnicy zawodowej jest nieograniczony w czasie [...]” (zob. także jej art. 17), a także z pkt 2.3.3 kodeksu etycznego dla prawników w Unii Europejskiej, zgodnie z którym zobowiązanie „do poufności nie jest ograniczone w czasie” (*Uchwała KRRP...*, s. 8-9 i 24). Por. *Kodeks etyczny...*, s. 40 (art. 9). Nadto zob. B. Smykla, *Tajemnica...*, s. 55 oraz rozdz. I tej pracy.

²⁵⁰⁸ Dz. U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856.

²⁵⁰⁹ Osobna sprawa, że przepis ten sformułowany został źle, powinien bowiem nakazywać zachowanie w tajemnicy wszystkich danych i informacji dotyczących pacjenta lub konsumenta, uzyskanych przez członków samorządu aptekarskiego, w związku z wykonywaniem ich zawodu.

²⁵¹⁰ Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 tej ustawy „osoba wykonująca zawód medyczny [...]”, to osoba wykonująca „zawód medyczny w rozumieniu art. 18d ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej [...]”.

informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innym osobom wykonującym zawód medyczny, uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń”. Najdonioślejszą dla moich rozważań regulację zawarto w ust. 3 art. 14 tej ustawy, gdzie postanowiono, że osoby „wykonujące zawód medyczny, udzielające świadczeń zdrowotnych, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w ust. 2 pkt 1-3, są związane tajemnicą również po śmierci pacjenta”²⁵¹¹.

Warto zatrzymać się też przy art. 26 UoPPiRPP, który w ust. 1 stanowi, że podmiot „udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu, bądź osobie upoważnionej przez pacjenta [...]”²⁵¹², podkreślając w kolejnym ust. 2, że po „śmierci pacjenta, prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia”²⁵¹³, co jasno świadczy o nakazie pośmiertnego respektowania woli pacjenta i to bez dopuszczenia możliwości odpowiedniego uprawnienia *ex lege*, czyli inaczej niż zdaje się być regułą w pokrewnych unormowań, które wyraźnie, np. w prawie firmowym i w prawie autorskim, również przewidują ochronę dóbr osobistych zmarłego.

Istotną dla moich rozważań jest też regulacja zawarta w art. 4 UoPPiRPP, będąca aplikacją normy wskazanej w jej art. 20, w którego ust. 1 stwierdzono, iż pacjent „ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych [...]”, dodając w kolejnym ust. 2, że prawo „do poszanowania godności obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności [...]”, a pacjent „znajdujący się w stanie terminalnym ma prawo do świadczeń zdrowotnych zapewniających łagodzenie bólu i innych cierpień”²⁵¹⁴. Dlatego też we wspomnianym art. 4 ust. 1 tej ustawy postanowiono, że w „razie zawinionego naruszenia praw pacjenta sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego”²⁵¹⁵ oraz przewidując w jego ust. 2, że w „razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta

²⁵¹¹ Zob. szcztąkowy komentarz do tego przepisu A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa...*, s. 111.

²⁵¹² Zgodnie z jej art. 3 ust. 1 pkt 5 użyte w tej ustawie określenie „podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych [...]” oznacza „zakład opieki zdrowotnej oraz indywidualną praktykę lekarską, indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską, grupową praktykę lekarską, indywidualną praktykę pielęgniarek, położnych, indywidualną specjalistyczną praktykę pielęgniarek, położnych oraz grupową praktykę pielęgniarek, położnych [...]”, zgodnie zaś z kolejnym pkt 6 „świadczenie zdrowotne [...]”, to „świadczenie zdrowotne w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej [...]”.

²⁵¹³ Zgodnie z art. 29 ust. 1 UoPPiRPP podmiot „udzielający świadczeń zdrowotnych przechowuje dokumentację medyczną przez okres 20 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym dokonano ostatniego wpisu, z wyjątkiem: 1) dokumentacji medycznej w przypadku zgonu pacjenta na skutek uszkodzenia ciała lub zatrucia, która jest przechowywana przez okres 30 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym nastąpił zgon; 2) zdjęć rentgenowskich przechowywanych poza dokumentacją medyczną pacjenta, które są przechowywane przez okres 10 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym wykonano zdjęcie; 3) skierowań na badania lub zleceń lekarza, które są przechowywane przez okres 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym udzielono świadczenia będącego przedmiotem skierowania lub zlecenia; 4) dokumentacji medycznej dotyczącej dzieci do ukończenia 2. roku życia, która jest przechowywana przez okres 22 lat”. W ust. 2 tego artykułu dodano, że po „upływie okresów wymienionych w ust. 1 podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych niszczy dokumentację medyczną w sposób uniemożliwiający identyfikację pacjenta, którego dotyczyła [...]”, co odnieść należy także, nie tylko, co oczywiste, w sytuacji przewidzianej w art. 29 ust. 1 pkt 1 UoPPiRPP, do uniemożliwienia identyfikacji pacjenta zmarłego.

²⁵¹⁴ Zob. A. Augustynowicz, A. Budziszewska-Makulska, *Ustawa...*, s. 160-161.

²⁵¹⁵ Dodając w ust. 3 tego artykułu, że przepisu „ust. 1 nie stosuje się do zawinionego naruszenia prawa pacjenta do: 1) przechowywania rzeczy wartościowych w depozycie stacjonarnego zakładu opieki zdrowotnej; 2) informacji o rodzaju i zakresie świadczeń zdrowotnych udzielanych przez

do umierania w spokoju i godności sąd może, na żądanie małżonka, krewnych lub powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej lub przedstawiciela ustawowego, zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez nich cel społeczny na podstawie art. 448 kodeksu cywilnego²⁵¹⁶.

Zauważmy również, że związku z tym, iż akt zgonu sporządzany jest na podstawie karty zgonu²⁵¹⁷ lub pisemnego zgłoszenia dokonanego przez organ państwowy, gdy okoliczności zgonu były przedmiotem postępowania przeprowadzonego przez ten organ (art. 66 PoASC), zważywszy na to, że w karcie zgonu dla celów statystycznych podawana jest – i to nader dokładnie – przyczyna zgonu²⁵¹⁸ (wskazuje się tu bowiem na przyczynę zgonu wyjściową albo zewnętrzną, urazu lub zatrucia, okoliczności wypadku lub użycia przemocy, nadto przyczynę wtórną oraz przyczynę bezpośrednią, w znacznie mniejszym zakresie umieszcza się też informacje o przyczynie zgonu w karcie zgonu dla celów pochowania²⁵¹⁹), wówczas we wszystkich wskazanych przypadkach pojawia się problem ochrony tych informacji, podobnie zresztą jak informacji o zbliżonym charakterze zawartych we wspomnianym pisemnym zgłoszeniu organu państwowego, gdy zostają one udostępnione innym organom lub instytucjom, w szczególności urzędom stanu cywilnego²⁵²⁰. Co prawda obawa ujawnienia takich informacji przez u.s.c. wydaje się niewielka zważywszy, że art. 79-83 PoASC przewidują tylko wydawanie odpisów aktu stanu cywilnego i określonych zaświadczeń, nie zaś kart zgonu lub pisemnych zgłoszeń organów państwowych, które stanowiły podstawę sporządzenia aktu zgonu, zaś art. 25 PoASC przewiduje możliwość udostępnienia przedstawicielom organów państwowych oraz instytucji naukowych ksiąg stanu cywilnego wyłącznie w celu przeglądu²⁵²¹, to jednak wyznają prawie w odosobnieniu poglądy, że zarówno

podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych; 3) dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia”.

²⁵¹⁶ Warto dodać, że na podstawie art. 37 UoPPiRPP w „sytuacji pogorszenia się stanu zdrowia lub zagrożenia życia zakład opieki zdrowotnej, o którym mowa w art. 33 ust. 1, jest obowiązany umożliwić pacjentowi kontakt z duchownym jego wyznania” (w powołanym art. 33 ust. 1 UoPPiRPP mowa jest o „zakładzie opieki zdrowotnej przeznaczonym dla osób wymagających całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych [...]”).

²⁵¹⁷ Zgodnie z art. 11 ust. 1 UoCiChZ zgon „i jego przyczyna powinny być ustalone przez lekarza, leczącego chorego w ostatniej chorobie”, zaś 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 [...]”. Por. jednak § 2 ust. 3, § 3 i 5 rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 3 sierpnia 1961 r. w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny (Dz. U. Nr 39, poz. 202).

²⁵¹⁸ Zob. też § 1 wskazanego rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 3 sierpnia 1961 r. w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny.

²⁵¹⁹ Zob. § 2 ust. 3-6, § 5 oraz załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania (Dz. U. Nr 153, poz. 1782 ze zm.). Stwierdzenia zgonu oraz jego przyczyny w karcie zgonu, zawierające adnotację u.s.c. o zarejestrowaniu zgonu, jest również konieczne dla przekazania zwłok właściwej uczelni (art. 11 ust. 6 UoCiChZ).

²⁵²⁰ Zgodnie z art. 10 ustawy z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439 ze zm.) „zbierane i gromadzone w badaniach statystycznych statystyki publicznej dane indywidualne i dane osobowe są poufne i podlegają szczególnej ochronie; dane te mogą być wykorzystane wyłącznie do opracowań, zestawień i analiz statystycznych oraz do tworzenia przez służby statystyki publicznej operatu do badań statystycznych prowadzonych przez te służby; udostępnianie lub wykorzystywanie danych indywidualnych i danych osobowych dla innych niż podane celów jest zabronione (tajemnice statystyczne)”, zob. także jej art. 35 ust. 1 pkt 8, ust. 2-6 oraz 38 i 54.

²⁵²¹ Także dla aktów zgonu prowadzi się akta zbiorowe rejestracji stanu cywilnego, do których włącza się dokumenty mające wpływ na treść, w istocie będące podstawą sporządzenia tego aktu (§ 15 ust. 1 i ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 IX 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg

w tej ostatniej sytuacji, jak i w każdej innej, na straży tajemnicy tych informacji stoją, prócz unormowań k.c., przepisy UoODO²⁵²². Tożsame problemy pojawiają się w odniesieniu do informacji dotyczących przyczyny zgonu, które zostały udostępnione zarządom cmentarzy oraz szkołom wyższym. Jedynym instrumentarium ochronnym, które także tu wchodzi w rachubę są przepisy kodeksu cywilnego oraz, której to opinii inni badacze prawa, jak już wspomniałem, nie podzielają, unormowania zawarte w ustawie o ochronie danych osobowych²⁵²³, rozpowszechnionym albowiem jest pogląd, wspierany wątpliwą m.zd. interpretacją postanowień dyrektywy nr 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 danych²⁵²⁴, że reżimem ochronnym wspomnianej ustawy nie są objęte dane osobowe dotyczące osób zmarłych²⁵²⁵.

XIII. Ekshumacja, a ochrona dóbr osobistych zmarłego. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ekshumacja „zwołk i szczątków może być dokonana: 1) na umotywowaną prośbę osób uprawnionych do pochowania zwłok za zezwoleniem właściwego inspektora sanitarnego, 2) na zarządzenie prokuratora lub sądu, 3) na podstawie decyzji właściwego inspektora sanitarnego w razie zajęcia terenu cmentarza na inny cel”²⁵²⁶.

Zrozumiałe, że zachowuje tu aktualność przedstawiona interpretacja oraz krytyka uregulowań zawartych w art. 10 ust. 1²⁵²⁷. Wśród uprawnionych *ex lege* do ekshumacji

stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów, Dz. U. Nr 136, poz. 884 ze zm.).

²⁵²² Warto zwrócić tu również uwagę na zagrożenie wynikające np. § 15 ust. 5 zd. 1 powołanego wyżej rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów, gdzie przewidziano, że kierownik u.s.c. na wniosek m.in. osoby, która wykaże interes prawny, ma obowiązek wydania jej z akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego zaświadczenia, odpisu lub potwierdzonej kserokopii dokumentów znajdujących się w aktach, co może okazać się skuteczną furtką do naruszania także pośmiertnej ochrony tajemnicy dotyczącej przede wszystkim przyczyn oraz okoliczności śmierci.

²⁵²³ Zapewne incydentalnie można byłoby sięgnąć tu i do unormowań dotyczących tajemnicy służbowej, zawartych w ustawie z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r., Nr 196, poz. 1631 ze zm.), zob. w szczególności jej art. 1 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 lit. c oraz d, także art. 2 pkt 2 i 5, art. 3 i 4.

²⁵²⁴ Dz. U. UE. L 95.281.31 ze zm., Dz.U.UE-sp.13-15-355, W szczególności wskazuje się tu na jej art. 2 pod lit. a, w którym ustalono, że do „celów niniejszej dyrektyw [...]” dane osobowe są to „wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej («osoby, której dane dotyczą»); osoba możliwa do zidentyfikowania to osoba, której tożsamość można ustalić bezpośrednio lub pośrednio, szczególnie przez powołanie się na numer identyfikacyjny lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej fizyczną, fizjologiczną, umysłową, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość [...]”. Moim zdaniem, nie jest to dostateczny argument dla wykluczenia uznania za dane osobowe tych, które dotyczą osób zmarłych, czyli byłych osób fizycznych.

²⁵²⁵ Wskazuje się tu na jej, będący kalką wspomnianego przepisu wskazanej dyrektywy, art. 6 ust. 1, zgodnie z którym w „rozumieniu ustawy za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej”, natomiast na podstawie jej ust. 2 osobą „możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne”.

²⁵²⁶ Por. np. A. Sobczak, *Poradnik...*, s. 45. Nadto zob. np. J. Wawrzyniak, *W cieniu...*, s.74-75.

²⁵²⁷ Warto dodać, że zdaniem SN prawo „osobiste do zmiany miejsca spoczyniania zwłok jest prawem wspólnym wszystkich żyjących członków najbliższej rodziny zmarłego”, choć dodano, że możliwe jest ich przeniesienie mimo braku jednomyślności, a nawet wbrew woli większości, na podstawie orzeczenia sądowego, nie zaś zarządzenia sądu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 2.

nie można jednak zaliczyć właściwych uczelni, jak bowiem wiadomo ustawa ani nie przewiduje ich obowiązku pochowania zwłok przekazanych im do celów naukowych, choć zapewne najczęściej przyjmują one na siebie takie zobowiązanie zgodnie z art. 10 ust. 1 zd. 4 i wtedy też, jako uprawnione do pochowania, są również uprawnione do ekshumacji zwłok albo szczątków (art. 15 ust. 1 pkt 1). Bardziej względy merytoryczne, nie zaś prawne, przemawiają również za wyłączeniem uprawnienia do ekshumacji w odniesieniu do ośrodków pomocy społecznej, choć te, mając obowiązek pochowania zwłok niepochowanych przez osoby uprawnione ani nieprzekazanych właściwym uczelniom, muszą być tym samym do ich pochowania uprawnione.

Również w odniesieniu do ekshumacji opowiadam się za respektowaniem woli zmarłego, która może być zarówno istotnym motywem żądania ekshumacji²⁵²⁸, jak i może wskazywać, że żądanie to stanowi naruszenie dobra osobistego zmarłego. Wbrew temu, co znajduje podstawę normatywną w art. 15 ust. 1 pkt 1, żadne okoliczności związane z potrzebami wymienionych w tym punkcie osób zabiegających o ekshumację, nie powinny podważać woli wyrażonej przez zmarłego. Można też rozważać, czy wówczas, gdy prośba o ekshumację nie jest uzasadniona dostatecznie doniosłymi powodami²⁵²⁹ odnoszącymi się do wnoszących prośbę, ekshumacja powinna być w ogóle dopuszczalna, czy nie należałoby uznać jej wówczas za stanowiącą zagrożenia dla trudnego do nazwania dobra osobistego, które w modlitewnej, ale przecież także kulturowo jakoś ukorzonej tradycji, odnoszącej się jednak przede wszystkim do religijnej w ogóle, ponoć najwyraźniej w tradycyjnym judaizmie podnoszonej argumentacji, wyrażane jest frazą „spoczywaj w pokoju”²⁵³⁰? Uważam jednak, że doszukiwanie się tutaj jakiegoś dobra osobistego zmarłego nie jest uzasadnione, co w niczym zresztą nie deprecjonuje wartości, o które w takich sytuacjach chodzi²⁵³¹. Właśnie dlatego

²⁵²⁸ Wtedy, gdy jest ona konieczna do zadośćuczynienia woli zmarłego dotyczącej pochowania go w określonej miejscowości albo we wskazanym grobie rodzinnym, również wówczas, gdy wiąże się ona z dobrem osobistym swobody sumienia, dużo rzadziej czci.

²⁵²⁹ Na przykład z informacji radiowej podanej jesienią 2008 r. wynika, że propozycja ekshumacji na koszt zarządu cmentarza przy ul. Unickiej w Lublinie została tego roku przedstawiona bliskim zmarłego, żalącym się na usytuowanie przenośnych toalet w pobliżu grobu.

²⁵³⁰ Idea ta jest wyraźnie obecna w uzasad. wyr. SN z 7 XI 2002 r. (II CKN 980/00, OSP poz. 125/2003, s. 523 (fragment ten został pominięty w publikacji tego wyroku w OSN poz. 42/2004, s. 60). Wcześniej myśl ta została wyeksponowana w niepublikowanym wyr. SN z 16 VI 1998 r., I CKN 729/97, w którym stwierdzono, że żądanie „ekshumacji zwłok wysunięte w razie sporu między osobami bliskimi zmarłego może być uwzględnione tylko wówczas, gdy przemawiają za tym szczególne względy ochrony dóbr osobistych”. Konkretnej aplikacji tej idei dokonał SN z wyr. z 7 VII 2005 r. (IV CK 42/05, Jur. nr 8/2006, s. 38), dotyczącym sporu spowodowanego pochowaniem we wspólnym miejscu zwłok osób należących do obcych rodzin, „co nastąpiło bez winy rodziny obojga zmarłych”, SN uznał bowiem, że ekshumacja, choć jest „to rozwiązanie powodujące głębokie przeżycie związane ze zmianą miejsc pochowania zwłok Joanny W., to jednakże w dalszej perspektywie okaże się rozwiązaniem zapewniającym możliwość spokojnego wykonywania przysługującego rodzinie zmarłej prawa kulturowania pamięci o zmarłej”. Por. S. Rudnicki, *Glosa*, OSP poz. 125/2003, s. 523-524. Wyraźnie ekspozował taki pogląd S. Grzybowski, *Glosa*, OSPiKA poz. 5/1977, s. 13. Nadto zob. S. Szer, *Prawo...*, s. 294; wyr. SN z 23 V 1975 r. (II CR 193/75, OSPiKA poz. 5/1977); Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Przegląd...*, NP nr 6/1976, s. 77; P. Książak [w:] *Kodeks...*, s. 271. Zob. także: o miejscu „wiecznego spoczynku” w grobie rodzinnym na warszawskich Starych Powązkach K. Sójka-Zielińska, *Karol Lutostański...*, s. 271; nadto mt-o, *Spór...*, s. A12.

²⁵³¹ Tak to, w przekonujący sposób, uzasadniała M. McMullan, wdowa po K. Deynie, sprzeciwiając się planom J. Gmocha zamierzającego sprowadzić do Polski z San Diego, w związku z 90 rocznicą powstania CWKS Legia, szczątki słynnego piłkarza: „Cmentarz El Camino Memorial Park, na którym pochowany jest Kazimierz, znajduje się kilka mil od naszego domu i możemy tam być w ciągu kilkunastu minut. To jest stabilizacja, której nie chciałabym zmieniać. W Warszawie nie mamy żadnej rodziny. Kto tam chodziłby na grób?” (S. Szczepiłek, *Gra Deyna, Rozmowa...*, s. A14).

można mieć wątpliwości, czy te szczególne wartości mogą być dostatecznie chronione dotychczasowym zapisem zawartym w art. 15 ust. 1 pkt 1 UoCiChZ, w którym mowa jest tylko o umotywowanej prośbie? Dodać jeszcze można, choć jest to oczywiste, że wola zmarłego nie może być przeszkodą do ekshumacji dokonywanej na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 2 i 3. Dodajmy, że w ostatnich czasach dokonuje się ekshumacji także w związku z odnajdowaniem miejsc pochówków ofiar represji²⁵³² oraz pośmiertnym ustalaniem stosunków filiacyjnych, głównie ojcostwa, tak było np. z rozpatrywaną przez SA w Paryżu sprawą o ustalenie ojcostwa Y. Montand'a wobec A. Drossard, czego dokonano mimo tego, że znany aktor za życia odmawiał poddania się badaniom krwi i że w sporze podnoszono, iż „jego odmowa poddania się za życia testom powinna być respektowana po śmierci”²⁵³³.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na niedostatki regulacji zawartej w art. 15 ust. 2 zd. 1, zgodnie z którym „w przypadkach wymienionych w ust. 1 pkt 3 zwłoki i szczątki powinny być pochowane na nowo w innym miejscu”²⁵³⁴. Otóż, regulacja ta błędnie sugeruje, że obowiązek pochowania ekshumowanych zwłok i szczątków dotyczy tylko przypadków przewidzianych w art. 15 ust. 1 pkt 3. Zrozumiałe motywy, dla których podkreślono obowiązek pochowania w razie zajęcia terenu cmentarza na inny cel, w żadnym razie nie wymagały takiego, mogącego budzić wątpliwości, bo wyraźnie ograniczającego, sformułowania tego przepisu.

Mało prawdopodobną, ale przecież niewykluczoną jest ekshumacja będąca realizacją woli zmarłego. Poza zobowiązaniami płynącymi z polecenia albo zawartej *ante mortem* umowy, wymaga to oczywiście woli osoby uprawnionej do zabiegania o ekshumację

²⁵³² W ostatnim okresie mowa jest m.in. o potrzebie odnalezienia i ekshumacji szczątków gen. E. Fieldorfa w celu pochowania go ze „wszystkimi honorami godnymi generała” (P. Zychowicz, *Odnajdziemy ciało generała „Nila”...*, s. 6).

²⁵³³ MT-O, *Makabryczny...*, s. 6. Zob. także A. Skorek, *Testy...*, s. 135136. Nieodmienne były powody uzyskania sądowej zgody na ekshumację zwłok J. D. Perona, czego domagała się kobieta twierdząca, że jest jego córką; pośmiertne losy jego słynnej małżonki Evity, której szczątki wywieziono najpierw potajemnie z Argentyny do Włoch, gdzie pochowano je pod fałszywym nazwiskiem, z kolei potem przewieziono je do Hiszpanii, a jeszcze później z powrotem do Argentyny, gdzie Isabelita Peron, prezydent Argentyny, trzecia żona Perona, nakazała pochować je, obok zwłok męża, w rezydencji prezydenckiej w Buenos Aires, skąd po obaleniu przez wojskowych I. Peron, zwłoki Perona pochowano na cmentarzu Chacarita, zaś Evity, na cmentarzu Recoleta, obu w Buenos Aires (zob. M. Tryc-Ostrowska, *Argentyna. Ekshumacja...*, s. 6). Nadto J. A. Travieso [w:] *26 Międzynarodowa...*, s. 83. Por. ekshumację szczątków Teresy z Brochockich Witkowskiej, stryjecznej wnuczki Kazimierza Pułaskiego, w celu pobrania próbki DNA mającej zweryfikować – jak się potem okazało fałszywe – przypuszczenie, że „w skrzynce wyjętej z postumentu pomnika poświęconego Pułaskiemu, znajdującego się w Savannah, w stanie Georgia”, złożono jego szczątki (T. S., *Tożsamość Pułaskiego...*, s. I). Por. nadto M. Szeroczyńska, *Dowód z analizy...*, s. 50; -k.k., *afp, 600 średniowiecznych...*, s. A19. Takie same badania przeprowadzono w związku z podejrzeniami, „że następca tronu Ludwik XVII nie zmarł w więzieniu, ale został wywieziony z Francji przez zwolenników króla, a w więzieniu zmarł inny chłopiec. W 1992 r. pobrano próbki z urny, w której przechowywano serce Ludwika XVII, i porównano je z DNA wyizolowanym z włosów szczątków Marii Antoniny i siostr Ludwika XVII. Okazało się, że szczątki rzeczywiście należą do Ludwika XVII i że to on jest chłopcem, który zmarł w więzieniu” (A. Gałęska-Śliwka, *Śmierć...*, s. 44 przyp. 108, tamże powołano piśmiennictwo dotyczące podobnych badań w związku z identyfikacją ofiar wojen w b. Jugosławii oraz górników, którzy zginęli podczas wybuchu w kopalni Halemba; zob. także tamże, s. 44 i n.; badania takie przeprowadzono także dla identyfikacji niektórych ofiar mordu katyńskiego). Zob. nadto B. Sygit, *Dorobek...*, s. 92 i n.; I. Sołtyśzewski, B. Młodziejowski, W. Pepiński, R. Płoski, J. Janica, *Kryminalistyczne...*, s. 129 oraz 131 i n.; T. Grzybowski, J. Czarny, M. Woźniak, D. Miścicka-Śliwka, *Analiza...*, s. 193 i n.

²⁵³⁴ Określenie „na nowo” jest oczywiście zbędne. Warto też zwrócić uwagę, iż w zdaniu 2 tego ustępu ustalono, że „w przypadkach wywłaszczenia terenu cmentarnego koszt ekshumacji i przeniesienia ponosi nabywca terenu”, byłoby zaś lepiej, gdyby odniesiono to wyraźnie nie tylko do kosztów przeniesienia, ale i pochowania w innym miejscu.

oraz spełnienia pozostałych wymogów wskazanych w art. 15 ust. 1 pkt 1 i ust. 3²⁵³⁵. Podobnie jak w odniesieniu do pochowania uważam, że zmarły może sam określić warunki ekshumacji, oczywiście w takim zakresie, w jakim nie są one bezwzględnie określone przez prawo²⁵³⁶, wskazując osoby, które mogą wnieść prośbę o zezwolenie na ekshumację, określając jej czas, miejsce oraz sposób ponownego pochówku²⁵³⁷. Nakaz ekshumacji może wynikać także z orzeczenia sądu²⁵³⁸, gdy stwierdził on, że pierwotny pochówek został dokonany w sposób naruszający dobro osobiste zmarłego, np. wbrew woli zmarłego w miejscowości, w której znajduje się czynny cmentarz wyznaniowy żydowski pochówku dokonano na cmentarzu wyznaniowym katolickim²⁵³⁹.

XIV. Ochrona dobra osobistego grobu a unormowania szczegółowe ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Zasięg prawnej ochrony dobra osobistego grobu jest wyznaczony również przez regulacje szczegółowe zawarte w UoCiChZ. Poza unormowaniami związanymi z możliwością ponownego pochówku²⁵⁴⁰, doniosłe znaczenie mają postanowienia dotyczące możliwości użycia terenu cmentarnego na inny cel (art. 6).

Zgodnie z jego ust. 1 zd. 1 użycie „terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel nie może nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu”. Różnorodne, zapewne także kulturowe względy przesądziły o tym minimalnym okresie czasu, po upływie którego możliwe jest użycie terenu cmentarza na inny cel. W tym miejscu najistotniejszą jest jednak regulacja zawarta w art. 6 ust. 7, zgodnie z którą 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”. Niestety, nie jest to przepis jednoznaczny, przy czym nie chodzi mi tu teraz o to, o czym w odniesieniu do podobnego przepisu wspominałem, że obowiązek przeniesienia szczątków na inny cmentarz

²⁵³⁵ Ten ostatni stanowi, że „zwłoki osób zmarłych na choroby zakaźne, których wykaz ustala minister właściwy do spraw zdrowia, nie mogą być ekshumowane w przypadkach przewidzianych w ust. 1 pkt 1 przed upływem 2 lat od dnia zgonu”. Zob. nadto A. Bogusławicz, *Kryminalistyczno-procesowe...*, s. 123 i n.; R. A. Stefański, *Ogłędziny...*, s. 29 i n.

²⁵³⁶ Zgodnie z § 12 ust. 1 wskazanego wyżej rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi „ekshumacja zwłok i szczątków jest dopuszczalna w okresie od 16 października do 15 kwietnia [...]; przeprowadza się ją we wczesnych godzinach rannych,” lecz właściwy powiatowy lub portowy inspektor sanitarny „może dopuścić wykonanie ekshumacji w innym czasie [...], przy zachowaniu ustalonych przez niego środków ostrożności” (§ 12 ust. 2 pkt 2). W ust. 3 i 4 tego przepisu ustalono, że „zwłoki ekshumowane przed upływem okresu mineralizacji wydobywa się wraz z trumną, którą bez otwierania umieszcza się, na czas przewozu na obszarze państwa, w skrzyni szczelnie wybitej blachą”, a „na miejscu ponownego pochowania trumnę wydobywa się ze skrzyni i chowa się bezzwłocznie na cmentarzu bez jej otwierania”. Natomiast „w przypadku ekshumacji wykonywanej po upływie okresu mineralizacji wydobyte szczątki wraz z resztkami trumny umieszcza się w nowej trumnie i przygotowuje do przewozu zgodnie w wymogami określonymi w § 11 ust. 1 [...]”, z kolei „zwłoki lub szczątki wywożone po ekshumacji za granicę Rzeczypospolitej Polskiej zamyka się w nowej trumnie i przygotowuje się do przewozu zgodnie z wymaganiami określonymi w § 11 ust. 2 [...]” tegoż rozporządzenia.

²⁵³⁷ Pojawia się tu także potrzeba ochrony dyskrecyjnego charakteru samej ekshumacji, jej okoliczności nie powinny być upubliczniane, choć niekiedy dokonuje się tego w sposób, który trudno byłoby uznać za naruszający dobra osobiste zmarłego; J. Lechoń był obecny 14 VI 1927 r. na paryskim cmentarzu Montmartre, podczas ekshumacji szczątków J. Słowackiego, co stało się inspiracją dla wiersza „Włosy Słowackiego” (B. Stettner-Stefańska, *Z Paryża...*, s. 24).

²⁵³⁸ Zob. np. orz. SN z 26 V 1987 r. (I CR 57/78, OSN poz. 163/1979). Nadto zob. uchw. SN z 30 VIII 1971 r. (III CZP 44/71, OSN poz. 24/1972); por. też uchw. SN z 30 VIII 1971 r. (III CZP 44/71, OSN poz. 24/1972).

²⁵³⁹ Por. np. S. Podemski, *Ochrona...*, s. 9.

²⁵⁴⁰ Zob. S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 104 i n.

winien być uzupełniony nakazem ich pochowania. Dla ochrony dobra osobistego grobu doniosła byłaby natomiast odpowiedź na pytanie, czy ten, na kim ciąży obowiązek przeniesienia szczątków, ma obowiązek dokonania nowych pochówków w grobach indywidualnych, czy też może szczątki te pochować wspólnie²⁵⁴¹? Treść art. 6 ust. 7 nie pozwala odpowiedzieć na to pytanie, ale jego powściągliwa formuła zdaje się raczej przemawiać za tym, że chodzi o wspólny pochówek szczątków.

Z próbą takiej wykładni wydaje się być sprzeczne postanowienie zawarte w art. 15 ust. 2. Odnosząc się do ekshumacji dokonanych w związku z zajęciem „terenu cmentarza na inny cel”, stwierdzono w zd. 1, że „zwłoki i szczątki powinny być pochowane na nowo w innym miejscu”, w zd. 2 dodano zaś, że w „przypadkach wywłaszczenia terenu cmentarnego koszt ekshumacji i przeniesienia ponosi nabywca terenu”. Mimo odmienności regulacji zawartych w obu przepisach²⁵⁴² oraz ich wadliwości²⁵⁴³, związek obu regulacji wydaje się oczywisty²⁵⁴⁴. Jeżeli więc w art. 15 ust. 2 mowa jest o obowiązku pochowania zwłok i szczątków „na nowo w innym miejscu”, to uzasadniona wydaje się interpretacja, że w każdym przypadku przeznaczenia terenu cmentarza lub terenu cmentarnego na inny cel, istnieje obowiązek dokonania powtórnych indywidualnych pochówków. Zarówno, gdy chodzi o pochówki dokonywane w grobach pojedynczych, jak i rodzinnych, zarówno ziemnych, jak i murowanych, a także we wspomnianych grobach zbiorowych, zawsze mają one bowiem charakter pochówków indywidualnych, poza przypadkami przewidzianymi w § 6 ust. 1 zd. 1 przywoływanego już rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, zgodnie z którym w trumnie przeznaczonej dla zwłok osoby dorosłej można złożyć „zwłoki matki z dzieckiem nowo narodzonym lub zwłoki dwojga dzieci w wieku do 6 lat”²⁵⁴⁵.

²⁵⁴¹ W § 11 ust. 5 rozporządzenia 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) przewidziano bowiem dopuszczalność i określono wymogi tworzenia „zbiorowych grobów ziemnych lub murowanych [...]”.

²⁵⁴² W art. 6 ust. 1 mowa jest o użyciu terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel, o terenie cmentarnym mowa też w jego ust. 2, 3, 5 i 7, ale w ust. 1 zd. 1 mowa także o zamknięciu cmentarza, a w ust. 7 o przeniesieniu szczątków zwłok na inny cmentarz na koszt nabywcy terenu lub nowego jego użytkownika. Natomiast w art. 15 ust. 1 pkt 3 mowa o zajęciu terenu cmentarza na inny cel, w ust. 2 zaś o obowiązku pochowania zwłok i szczątków „na nowo w innym miejscu” oraz o tym, że w przypadkach wywłaszczenia terenu cmentarnego nabywca terenu ponosi koszty ekshumacji i przeniesienia.

²⁵⁴³ Wspomniałem już, że w art. 6 ust. 7 ograniczono się do kosztów przeniesienia szczątków zwłok, w art. 15 ust. 2 mowa już o kosztach ekshumacji i przeniesienia zwłok i szczątków. Lecz choć obowiązek przewidziany w tym przepisie dotyczy pochowania, ale o kosztach pochowania – podobnie jak w art. 6 ust. 7 – i tu nie wspomniano, czego nie tłumaczy posłużenie się kategorią przeniesienia, jeśli wymieniono także ekshumację.

²⁵⁴⁴ Przeniesienie szczątków na inny cmentarz (art. 6 ust. 7), wymaga bowiem ekshumacji, której dotyczy art. 15 ust. 1 pkt 3, z którym wiąże się regulacja zawarta w art. 15 ust. 2, natomiast związek regulacji dotyczącej obowiązku ponownego pochowania na innym cmentarzu lub w innym miejscu oraz związanego z tym obowiązkiem pokrycia kosztów, jest oczywisty.

²⁵⁴⁵ W jedynej jak dotąd nowelizacji tego rozporządzenia zmieniono treść § 2 przyjmując, że za „zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży”, które to rozwiązanie jest ze wszech miar słuszne i usuwa poważne niedostatki regulacji wcześniejszej; niestety, nie przesądza ono o statusie zwłok dzieci, które się nie urodziły, ale zostały abortowane, inna sprawa, że nie tylko *ratio legis* tego postanowienia, ale zasadnicze względy moralne przemawiają, wręcz nakazują, uznawanie za zwłoki ciał wszystkich zmarłych ludzi, czyli bez względu na ich tylko pre-, czy także postnatalny wiek. Odpowiedniej nowelizacji dokonano jednocześnie w § 1 ust. 2 pkt 2 powołanego już rozporządzenia Ministra Zdrowia z 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania, zgodnie z którym karta „zgonu jest wypełniana dla [...] dzieci martwo

Za taką właśnie interpretacją przemawia również to, że zmiana przeznaczenia cmentarza lub terenu cmentarnego, nawet po 40 latach od ostatniego pochówku, może i z reguły będzie dotykała majątkowych uprawnień do grobu, zarówno wynikających z umów zawartych przez zmarłego lub inne osoby albo z dokonywanych i ponawianych zastrzeżeń oraz uiszczanych opłat, w tym także szczególnego statusu grobów murowanych²⁵⁴⁶, przeznaczonych do pochowania zwłok więcej niż jednej osoby²⁵⁴⁷.

Gdy chodzi o prawo nabyte do pochowania w określonym miejscu cmentarza wyznaniowego (art. 8 ust. 3), obejmujące również wskazane w ust. 4 osoby bliskie zmarłemu, to, rzecz oczywista, zachowuje ono doniosłość prawną tylko o ile wcześniej nie zostało „wykorzystane” przez samego zmarłego (gdy było to prawo tylko do jednego pochówku) lub inne osoby uprawnione. Wartą refleksji jest natomiast inna obserwacja związana z tym, że w art. 8 ust. 3 mowa o pochowaniu „zwłok osób, które posiadają nabyte prawo do pochówku w określonym miejscu” cmentarza wyznaniowego. Wynikałoby z tego bowiem, że to uprawnienie pozostaje *post mortem* uprawnieniem zmarłego, co gdyby uznać, że jest ono przede wszystkim, czy nawet w ogóle prawem majątkowym, pozostawałoby w sprzeczności z regułą sukcesji praw majątkowych w chwili śmierci. Co do majątkowych treści tego uprawnienia wątpliwości być jednak nie może, ale uprawnioną, jeśli nie konieczną, jest interpretacja, która wskazując na zawarte w nim treści osobiste, skłaniać się będzie ku przyjęciu, że owo uprawnienie, podobnie jak prawo do grobu²⁵⁴⁸, będąc kolażem uprawnień osobisto-majątkowych²⁵⁴⁹, zdominowane jest tak dalece treściami osobistymi, że winno być uznane za uprawnienie przede wszystkim osobiste, czyli takie, które z chwilą śmierci uprawnionego nie wygasa ani na nikogo innego nie przechodzi. Uważam jednak, że poprawnym jest postrzeganie także grobu „jedynie” jako „dobra”, z którym wiążą się zarówno prawa osobiste, jak i majątkowe, przy czym te ostatnie są, choć z ograniczeniami, zbywalne oraz podlegają

urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży, na wniosek osób uprawnionych do pochowania, o których mowa w art. 10 ust. 1 [...]” UoCiChZ. Zob. także np. J. Zaporowska, J. Mazurkiewicz, *Postęp...*, s. 14; por. J. Haberko, *Konsekwencje...*, s. 70 i n.; *Specjaliści...*, s. 5; nadto zob. K. Warchałowski, *Wolność...*, s. 202; -e.cz.,kai, *Bp Stworc...*, s. A7.

²⁵⁴⁶ W tym także szczególnych niekiedy powodów, dla których korzystanie z możliwości dalszych pochówków w takich grobach może być ograniczone, zob. np. uch. SN z 19 VI 1987 r. (III CZP 30/87, LEX nr 8832).

²⁵⁴⁷ Por. uzasad. uchw. SN z 29 III 1977 r. (III CZP 17/77, LEX nr 7924); orz. SN z 7 VI 2001 r. (III CKN 406/00, OSP poz. 30/2002; S. Rudnicki, *Glosa*, OSP poz. 125/2003, s. 524. Nadto zob. M. Piątkowska, *Jeśli jest, to głębiej...*, s. 22-23; G. Romanowski, *Grobowiec...*, s. 16; G. Romanowski, *Niejasne...*, s. C2; wyr. SN z 7 VI 2001 r. (III CKN 406/00, OSN poz. 30/2002).

²⁵⁴⁸ Zgodnie z postan. SN z 25 I 2006 r. (I CZ 141/05, LEX nr 191140) pod „pojęciem «prawa do grobu» rozumie się różne uprawnienia umożliwiające osobom bliskim sprawowanie kultu pamięci zmarłych. Uprawnienia te mogą mieć charakter niemajątkowy, ściśle osobisty, związany ze sferą uczuć, ale mogą też wymagać starań i nakładów praktycznych, w tym związanych z wydatkami. Z tych względów treść prawa do grobu określają zarówno elementy osobiste, jak i majątkowe, które w zależności od konkretnej sytuacji podlegają ocenie według zasad przewidzianych w przepisach o ochronie dóbr osobistych albo na podstawie przepisów dotyczących praw majątkowych. Jeżeli uprawniony powołuje się na naruszenie sfery jego indywidualnych odczuć związanych z kultywowaniem pamięci o osobie zmarłej, przysługują mu roszczenia przewidziane w art. 24 § 1 i 2 k.c. oraz w art. 448 k.c. Jeżeli domaga się ochrony prawa majątkowego, związanego z prawem do grobu, jego roszczenia podlegają ocenie według treści przepisów regulujących określone stosunki majątkowe”. Por. np. K. Gromek, *Kodeks...*, 2009, s. 345 i n.

²⁵⁴⁹ Zob. w szczególności S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 94 i n. Por. np. wyr. SN z 11 XII 1990 r. (III CRN 455/90, S. Rudnicki, *Ochrona dóbr...*, s. 64 i n.); P. Sut, *Problem...*, s. 36. Por. w innym kontekście Z. Radwański, *Prawo...*, 2003, s. 97.

sukcesji, jednakże wykonywanie ich jest najczęściej poddane preponderancji potrzeby respektu dla dobra osobistego zmarłego związanego z grobem²⁵⁵⁰.

Przedstawiona interpretacja opiera się o stanowiącą jej podstawę regulację zawartą w przywołanym wielokrotnie art. 8 ust. 3, choć uzasadnione są wątpliwości, czy ustawodawca świadomie kreował pośmiertne prawo do pochowania w określonym miejscu? Te wątpliwości powiększa postanowienie zawarte w art. 8 ust. 4, gdzie mowa o uprawnieniu do pochówku w określonym miejscu, jako prawie służącym osobie zmarłej określonej w ust. 3, a także jej wskazanym w ust. 4 zmarłym bliskim, a więc w sytuacji, gdy oczywiste jest, iż uprawnienie to aktualizuje się po śmierci osób uprawnionych. Nie przeceniając wagi sformułowań przyjętych w art. 8 ust. 3, podzielam pogląd, że prawo do pochowania w określonym miejscu cmentarza, zresztą nie tylko wyznaniowego, jest przede wszystkim, choć nie wyłącznie, prawem osobistym, które wymaga respektu i ochrony *post mortem*.

XV. Ochrona dobra osobistego grobu w świetle wybranych orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzecznictwo sądowe dotyczące praw związanych z pochówkiem, grobem i ekshumacją, częstokroć dotykające również problematyki ochrony dóbr osobistych zmarłego, jest obszerne, w znacznej części niepublikowane, w szczególności, gdy chodzi o werdykty sądów pierwszej instancji. Do judykatów tych wielokrotnie, przede wszystkim w rozdziale tym nawiązywałem, lecz poza jednym nie sposób było w odniesieniu do rozważanych kwestii szczegółowych dokonać bliższej prezentacji rozstrzygniętych sporów oraz argumentów, które były w nich podnoszone. Taką próbę, pomijającą analizy kwestii stanowiących przedmiot zawartych już w tym rozdziale omówień, koncentrującą się zaś na okolicznościach sporów, dotykającą także twierdzeń stron oraz odnoszącą się do uzasadnień zapadających orzeczeń, podejmuję w tym miejscu, dokonując trudnego wyboru jedynie ośmiu procesów, tych, które wydają mi się najbardziej wyraziście ukazywać praktyczne aspekty pośmiertnej ochrony prawa do grobu oraz dóbr osobistych zmarłego.

* * *

Jednym z pierwszych opublikowanych orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących interesującej mnie problematyki było postanowienie z 13 I 1965 r.²⁵⁵¹. W jego tezie stwierdzono, że przewidziane w art. 10 ust. 1 UoCiChZ „prawo do pochowania przysługujące najbliższej rodzinie osoby zmarłej jest prawem podmiotowym, osobistym”. Sprecyzowano tamże i sam zakres tego prawa, które „nie wyczerpuje się z chwilą pochowania, lecz obejmuje również możliwość żądania ekshumacji w celu pochowania zwłok w innym stosownym miejscu”. Wyjaśniono nadto, iż „do rozpoznania rozstrzeżenia o złożenie oświadczenia woli, na podstawie którego mogłaby nastąpić ekshumacja zwłok, przysługuje droga sądowa”.

Orzeczenie to dotyczyło pochówku oraz kultu pamięci młodego małżeństwa, które 19 grudnia 1962 r. zginęło w katastrofie samolotu PLL LOT typu Vickers Viscount 804 lecącego z Brukseli przez Berlin do Warszawy²⁵⁵². Oboje zostali pochowani w grobowcu

²⁵⁵⁰ Por. np. orz. SN z 29 IX 1978 r. (III CZP 56/78, OSN poz. 68/1979); orz. SN z 23 II 1979 r. (I CR 2/79, OSN poz. 195/1979); Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 74; S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 108 i n.; wyr. SN z 7 VI 2001 r. (III CKN 406/00, Mon. Praw. nr 3/2002, s. 130-131). Zob. także wyr. SN z 4 VI 1982 r. (I CR 141/82, OSN poz. 14/1983); ks. K. Warchałowski, *Recenzja pracy S. Rudnickiego...*, s. 303-304.

²⁵⁵¹ I CR 464/64, OSN poz. 171/1965.

²⁵⁵² Zob. *Katastrofa lotnicza w Warszawie w 1962...*

należącym do ojca żony. Z uzasadnienia postanowienia to co prawda nie wynika, ale można się domyślać, że zwłoki męża złożono w tym grobie za zgodą, a co najmniej bez sprzeciwu jego matki. Dopiero później – czytamy w pozwie tej ostatniej skierowanym przeciwko ojcu swej synowej – zaproponowała ona przeniesienie zwłok obojga do osobnego grobowca, co jednak miało się stać „nieaktualne z winy pozwanego”. Powódka stwierdziła również, że „ze względu na pogorszenie się stosunków między stronami [...]” nie może „swobodnie przychodzić na grób syna i oddawać się kontemplacji. Pragnie więc przenieść” jego zwłoki „do swego grobowca rodzinnego”, na co pozwany nie wyraża jednak zgody. I dlatego wniosł o nakazanie pozwanemu „wydania zwłok” swego syna. Sąd Wojewódzki uznał, że powódka w gruncie rzeczy żąda ekshumacji, zaś wyrażenie nań zgody należy do właściwości organu administracji. Dlatego też dopatrywał się on niedopuszczalności drogi sądowej i pozew odrzucił.

Rozpatrując rewizję powódki Sąd Najwyższy przypomniał, iż zezwolenia na ekshumację udziela w porozumieniu z inspektorem sanitarnym organ administracji, jednakże czyni to „na umotywowaną prośbę rodziny lub otoczenia osoby zmarłej”. A przecież w sprawie tej nie ulegało wątpliwości, że powódka nie wniosła prośby o wydanie takiego zezwolenia i nie kierowała pozwu przeciwko organowi administracji państwowej. W istocie żądała ona by pozwany złożył oświadczenie woli, na podstawie którego mogłoby nastąpić „wydanie” zwłok jej syna. Było to żądanie ochrony prawnej ze względu na naruszenie uczuć powódki, inaczej – co Sąd Najwyższy dobitnie podkreśla – ochrony dobra przedstawiającego wartość psychiczną, czyli dobra osobistego. Wydając swe orzeczenie jeszcze na gruncie przepisów ogólnych prawa cywilnego z 1950 r. Sąd ten uzależnił przyznanie owej ochrony od tego, czy dane dobro jest przewidziane w ustawie. W przedstawianym orzeczeniu wskazano więc na art. 10 ust. 1 UoCiChZ przewidujący prawo przysługujące „najbliższej rodzinie osoby zmarłej, a m. in. matce, mianowicie prawo do pochowania”. Wyjaśniono też zakres tego prawa, co znalazło odzwierciedlenie w przytoczonej na wstępie tezie. Konsekwentnie i bliżej uzasadniono również dopuszczalność drogi sądowej w rozpatrywanej sprawie i w sytuacji tej zaskarżone orzeczenie uchylono.

Większość rozstrzygnięć zawartych w przedstawionym tu postanowieniu nie nasuwa zastrzeżeń. Jeden tylko problem może budzić istotne wątpliwości, choć nawiązuje do stanowiska niebudzącego wątpliwości, wyrażonego w tezie, jak i w uzasadnieniu tego postanowienia, gdzie dobitnie podkreślono, iż szeroko rozumiane prawo do pochowania jest prawem podmiotowym, osobistym. W obydwu też miejscach zaznaczono, a w samym uzasadnieniu nawet wyeksponowano, że prawo to przysługuje najbliższej rodzinie osoby zmarłej, m. in. matce. A przecież te prawne refleksje sformułowano na tle bardzo wymownego stanu faktycznego. Dodajmy do tego jeszcze, że mamy również prawo przypuszczać (bo z uzasadnienia to bezpośrednio nie wynika), iż tragicznie zmarli małżonkowie byli bezdzietni, zaś matka męża była jego jedynym pozostającym przy życiu rodzicem albo też, że pozostałe osoby (tj. m.in. dzieci zmarłych oraz ojciec męża) z roszczeniami takimi nie wystąpiły. Zwłaszcza w przypadku tej pierwszej, najbardziej prawdopodobnej sytuacji, osobą przede wszystkim, a może nawet wyłącznie uprawnioną w świetle ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych do żądania ekshumacji małżonka była jego matka. Co prawda Sąd Najwyższy takiej konkluzji *expressis verbis* nie formułuje, ale można się jej dopatrywać nie tylko między wierszami uzasadnienia.

Otóż, właśnie w rozpatrywanej sprawie przyznanie prawa do ekshumacji matce spowodowało zagrożenie i mogło spowodować naruszenie dobra osobistego samego zmarłego. Przede wszystkim zauważmy, iż powódka nie udowodniła, że propono-

wała przeniesienie zwłok zarówno swojego syna, jak i jego żony do wspólnego, choć osobnego (innego) grobowca. Nie ulega zaś wątpliwości, iż powołując się wyłącznie na naruszenie swojego dobra osobistego zmierzała ona w istocie do „rozdzielenia” tragicznie zmarłych małżonków. Nie sposób zresztą uwolnić się i od innych, dalej idących przypuszczeń. Nie można bowiem wykluczyć, a nawet jest to do pewnego stopnia prawdopodobne, że matka zmarłego chciała wykorzystać przysługujące jej *ex lege* uprawnienie, aby wreszcie osiągnąć to, czego nieudało się jej osiągnąć za życia własnego syna. Wszak w całym uzasadnieniu nie znajdujemy nawet śladu tego, by uwzględniała ona, co prawda hipotetyczną, lecz przecież i prawdopodobną wolę samego zmarłego. Zupełnie już pomijając jednoznacznie przeciwko niej przemawiające obyczaje i tradycje, od kulturowych po religijne. Wszystko to tylko zyskuje na ostrości, gdy zważyć, że teraz mogła ona uzyskać jedynie tragiczną namiastkę czyniącą zadość jej najwyraźniej negatywnym uczuciom.

Trudno zrozumieć, jakie były powody, dla których problem ten nie znalazł odzwierciedlenia ani w tezie ani w uzasadnieniu omawianego postanowienia. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że cały proces koncentrował się wokół bardzo kontrowersyjnej „walki o zwłoki”. Takie zaś, a nie inne sformułowanie zarówno tez, jak i w szczególności uzasadnienia owego postanowienia dostatecznie suponowało rozstrzygnięcie sprzeczne przecież i z zasadami współżycia społecznego i z ustalonymi zwyczajami. Żadnej zaś sugestii zmierzającej w tym kierunku Sąd Najwyższy nie sformułował. Dlatego też w równym stopniu cieszyć się, jak i dziwić należy tym, że rozpoznający ponownie powyższą sprawę sąd powszechny nie przyznał jednak matce tragicznie zmarłego małżonka prawa do ekshumacji jego zwłok i pochowania ich w oddzielnym grobowcu. Niestety, nie znamy bliższych szczegółów tego rozstrzygnięcia, ani też – niewątpliwie najbardziej interesującego – jego uzasadnienia. Domyślać się jednak możemy, że słusznie sięgnięto tu chyba po konstrukcję nadużycia prawa²⁵⁵³.

²⁵⁵³ Wydaje się, że sprawa ta mogła stać się pretekstem nie tylko do ponownego podkreślenia dopuszczalności oceny żądania ochrony dóbr osobistych z punktu widzenia dawniej art. 3 p.o.p.c., obecnie zaś art. 5 k.c. Mogłaby ona przecież dać asumpt i do rozważań poświęconych problematyce ochrony dóbr osobistych samego zmarłego. Do takich kwestii zaliczyć można np. przesłanki dopuszczalności dokonania ekshumacji, szerzej rozważane przeze mnie w innym miejscu. Tutaj wspomnę jedynie, że w art. 15 ust. 1 UoCiCh ujęte są one w odniesieniu do prośby osób uprawnionych w sposób bardzo ogólny, mowa bowiem tylko o tym, że ma być ona umotywowana. Wydaje się, że mieścić się tu może i zmiana miejsca zamieszkania najbliższej rodziny zmarłego i motywowany wyłącznie względami majątkowymi zamiar sprzedania grobowca, który w tym celu należałoby „opróżnić”. W tej ogólnej formule mógłby się oczywiście pomieścić również, a więc nie tylko, wzgląd na potrzebę ochrony praw zmarłego do spoczywania na miejscu przezeń wybranym, ale i nakaz respektu dla jego prawa do „spoczywania w pokoju”. Ale przy charakterystycznej dla UoCiCh optyce, w zasadzie pomijającej wzgląd dla potrzeby ochrony dóbr osobistych zmarłego, wymóg zawarty w jej art. 15 ust. 1 pkt 1 („umotywowanie prośby”) może mieć bardzo mało wspólnego z potrzebą ochrony zasługujących na nią wartości, podobnie zresztą, jak pogląd SN, że celem ekshumacji jest to, by zwłoki można było pochować w „innym stosownym miejscu”. Uważam bowiem, że zarówno prawo do spoczywania w miejscu wskazanym przez zmarłego lub przez osobę uprawnioną, jak również prawo do pośmiertnego nie niepokojenia jest przede wszystkim dobrem osobistym samego zmarłego, których naruszenie mogą usprawiedliwiać tylko wyjątkowe (a nie jedynie umotywowane) okoliczności. Takie stanowisko będzie z reguły odpowiadało również ustalonym zwyczajom i zapobiegało możliwym wszak nadużyciom sprzecznym z zasadami współżycia społecznego. Albowiem ekshumacja i ponowny pochówek winny być dopuszczalne przede wszystkim wówczas, gdy znajduje to usprawiedliwienie w woli samego zmarłego, zwłaszcza wtedy, gdy zmarły nie mógł być pochowany od razu w wybranym miejscu lub też w przypadku dokonania pochówku przez osobę nieuprawnioną w miejscu, którego nie wskazał ani zmarły ani osoba uprawniona (i to bez względu na to, czy był to pochówek pierwotny czy wtórny, który poprzedzała bezprawna ekshumacja z grobu wskazanego

* * *

Oczywistym jest powód, aby nawiązać w tym miejscu do orzeczenia Sądu Najwyższego z 12 VII 1968 r.²⁵⁵⁴, wydano je bowiem w sprawie toczącej się między tymi samymi stronami, co spór przedstawiony wyżej, nieprzypadkowo więc jego teza jest w części uogólnieniem też sformułowanych przez tenże sam Sąd w sprawie wcześniejszej. Teraz bowiem stwierdzono w niej, że „sfera uczuciowa związana z kultem pamięci osoby najbliższej może stanowić przedmiot ochrony prawnej na podstawie art. 23 i 24 k.c.”²⁵⁵⁵.

Poprzedni spór zakończył się dla matki tragicznie zmarłego małżonka niepomysłnie, jego zwłoki wraz ze zwłokami jego żony pozostały w grobowcu należącym do ojca tej ostatniej. Tym razem powódka twierdziła, że pozwany bez jej zgody umieścił na płycie nagrobnej fotografię jej nieżyjącego syna. Uznała ona taką formę pamięci po zmarłym za prymitywną i nieodpowiadającą jej potrzebom kultu, potęgującą ze względu na jej wiek oraz stan zdrowia bolesne wspomnienia oraz naruszającą jej prawo pielęgnacji grobu, a nawet uniemożliwiającą jej jego odwiedzanie i oddawanie się kontemplacji. Ostatecznie, powołując się na naruszenie swojego dobra osobistego, domagała się ona nakazania pozwanemu usunięcia owej fotografii, a w razie niewykonania tego obowiązku upoważnienia do jej usunięcia.

Pozwany wnosząc o oddalenie tego powództwa wskazywał przede wszystkim na to, że sprawowanie kultu zmarłych czy też oddawanie się kontemplacji nie stanowi prawa osobistego pozostającego pod ochroną prawa cywilnego. A uczynił to niepomny chyba wcześniejszego orzeczenia SN, które choć nie miało charakteru tak uniwersalnego, było jednak w tej części dostatecznie czytelne i bez wątpienia pozwanemu znane. Licząc się jednak z możliwością zajęcia przez Sąd Najwyższy odmiennego stanowiska podnosił on również, że umieszczenie przez niego fotografii zmarłego zięcia nie było bezprawne, natomiast żądanie podnoszone przez powódkę jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Sąd Wojewódzki powództwo oddalił, gdyż nie tylko nie dopatrzył się on w postępowaniu pozwanego bezprawności, ale nawet nie przyjął, by pozwany naruszył dobro osobiste powódki. Chociaż bowiem umieszczanie na grobowcach fotografii zmarłych nie jest powszechnie stosowane, to jednak, zdaniem tego Sądu, traktowane jest jako jedna z równoprawnych form kultu okazywanego zmarłym. I dlatego takie zachowanie się teścia zmarłego małżonka nie mogło być potraktowane jako sprzeczne z istniejącym zwyczajami. Sąd ten stwierdził ponadto, że jeżeli w poprzednim procesie uznano prawo pozwanego do pochowania męża swojej córki, to tym samym przyznano mu prawo „także do wszelkich przyjętych zwyczajowo form pielęgnacji grobu zięcia i do przyjętych form oddania pamięci zmarłemu”. W uzasadnieniu tego orzeczenia znajdujemy również sformułowanie, którego nie sposób przeoczyć. Oceniając bowiem tę formę okazywania kultu stwierdzono, iż umieszczenia fotografii na pomniku „w żadnym razie nie uwłacza pamięci osoby zmarłej”.

Sąd Najwyższy rozpatrując rewizją powódki zajął się kilkoma zagadnieniami²⁵⁵⁶, zwracając m.in. uwagę i na to, iż dobro osobiste kultu pamięci osoby zmarłej może przysługiwać kilku osobom. Każda z nich może z niego korzystać samodzielnie

przez osobę zmarłą lub przez inną osobę do tego uprawnioną). W innych sytuacjach, dopuszczalność ekshumacji winna być traktowana jako wyjątek.

²⁵⁵⁴ I CR 252/68, OSN poz. 18/1970.

²⁵⁵⁵ Zob. nadto np. P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 269.

²⁵⁵⁶ Znaczną ich część w miejscu tym możemy potraktować skrótowo. I tak kolejny już raz wyjaśniono egzemplifikacyjny poniekąd charakter wyliczenia dóbr osobistych w art. 23 k.c. Mimowolnie zwrócono również uwagę, że nie kłóci się z taką konstatacją pogląd doszukujący się jednak źródeł

i niezależnie, jednak ma obowiązek powstrzymywania się od wszelkich działań, które stanowiłyby zagrożenie lub naruszenie tego samego dobra osobistego innych krewnych. Dlatego, sięgając do meritum sporu, Sąd Najwyższy zauważył, że zmarły małżonek był dla powódki osobą znacznie bliższą aniżeli dla pozwanego. Tym samym uznano, że rozmiary cierpienia oraz potrzeb uczuciowych związanych z kultem pamięci syna musiały być u niej znacznie większe. Oczywiście, że w sytuacji tej pozwany powinien w pełni uszanować cierpienia matki swojego zięcia i powstrzymać się od jakichkolwiek działań, które by ból jej powiększały. Sąd Najwyższy dobitnie podkreślił, że jest to nakaz moralny głęboko w naszym społeczeństwie zakorzeniony i stanowiący jedną z zasad współżycia społecznego. Konsekwentnie też wszelkie działania naruszające ten zakaz Sąd ten uznał za bezprawne. W uzasadnieniu zaś zwrócono uwagę i na to, iż żądania powódki „mogły być uzasadnione wówczas, gdyby się okazało prawdziwe jej twierdzenie przytaczane w niniejszym procesie, że widok podobizny zmarłego syna odświeża jej ból spowodowany jego śmiercią i wywołuje tak gwałtowne i bolesne reakcje, że dla uniknięcia ich usunięto wszystkie podobizny zmarłego syna oraz inne przedmioty wiążące się” z jego pamięcią. Oczywiście jest, że w świetle wszystkich tych ustaleń, tak normatywnych, jak i faktycznych, zaskarżone orzeczenie musiało zostać uchylone.

Teza tego orzeczenia i prawie całe uzasadnienie budzi uznanie. Trudno jednak w trakcie jego lektury zapomnieć o znanej już nam sprawie, którą SN rozpatrywał trzy lata wcześniej. I pewnie dlatego nie jestem do końca pewien twierdzeń podnoszonych przez powódkę i zastanawiam się, czy nie były one jednak kamuflażem czegoś zupełnie innego. Ale to przecież tylko niemożliwe do zweryfikowania domysły. Inna zaś sprawa poza ów krąg, być może krzywdzących przypuszczeń, wykracza. Rodzi się bowiem i tu pytanie, które szerzej rozważałem wcześniej: czym dobrem osobistym jest wizerunek zmarłego?

* * *

W uchwale Sądu Najwyższego z 7 grudnia 1970 r.²⁵⁵⁷ stwierdzono, że „roszczenie o przywrócenie posiadania miejsca oddanego przez zarząd cmentarza z przeznaczeniem na grób podlega rozpoznaniu w drodze sądowej”. Ponadto wyjaśniono tamże, iż „roszczenie posesoryjne powstałe w związku z wkroczeniem osoby, która dopuściła się naruszenia posiadania, na przedmiot posiadania nie jest roszczeniem o wstrzymanie budowy w rozumieniu art. 347 k.c.”. Ta druga, ogólnie ujęta teza była odpowiedzią na pytanie prawne dotyczące naruszenia posiadania nagrobka ziemnego wskutek budowy pobliskiego grobowca.

Na tle przedstawianych w tym miejscu procesów była ta sprawa najkrótszą i chyba najprostszą. Na grobie dziecka powódki usypany został ziemny tylko nagrobek. Na jego teren nieznacznie wkroczył pozwany wznoszący pomnik na grobie sąsiednim.

ochrony pewnych dóbr osobistych w innych, pozakodeksowych przepisach, wskazując oczywiście na ustawę o cmentarzach i chowaniu zmarłych oraz przepisy do niej wykonawcze. Wszystko to jednak zrobiono znowuż w taki sposób, który suponował wyraźnie błędny wniosek, iż warunkiem prawnej ochrony tych dóbr jest jednak ich normatywne, kodeksowe lub właśnie pozakodeksowe usankcjonowanie. Ponownie też wskazano na prawo najbliższej rodziny osoby zmarłej do pochowania jej zwłok, tzn. wyboru miejsca oraz jego zmiany i sposobu pochówku. Do sfery tych rodzinnych uprawnień zaliczono również „prawo do nabycia prawa” korzystania z terenu na urządzenie grobu, ustawienie nagrobka lub wybudowania grobu, jego pielęgnacji, odwiedzin, oddawania się kontemplacji, odbywania ceremonii religijnych itp.

²⁵⁵⁷ III CZP 75/70, OSN poz. 127/1971.

Sąd Powiatowy mimo tych ustaleń powództwo oddalił, gdyż przyjął, że zostało ono wytoczone po upływie terminu przewidzianego w art. 347 § 2 k.c. Zaś rozpoznający rewizję Sąd Wojewódzki powziął wątpliwości co do poprawności zastosowania art. 347 k.c., a nawet co do samej dopuszczalności drogi sądowej i zwrócił się o ich rozstrzygnięcie do Sądu Najwyższego.

W swej uchwale Sąd Najwyższy zajął się trzema zagadnieniami: prawną charakterystyką posiadania grobu, kwestią dopuszczalności drogi sądowej o posesoryjną jego ochronę oraz poprawnością zastosowania art. 347 k.c. w wypadku dokonanego już naruszenia tego posiadania²⁵⁵⁸. Przede wszystkim Sąd ten zauważył, iż brak jest jakiegokolwiek *lex specialis* dotyczącej ochrony tego posiadania, wobec czego jest ono chronione w drodze roszczeń posesoryjnych na zasadach ogólnych. Że zaś brak jest także przepisu o odmiennym trybie dochodzenia tych roszczeń, podlegają one rozpoznaniu w procesie cywilnym przed sądem powszechnym. *De lege lata* najprostszym, a w istocie najbardziej frapującym okazał się jednak problem pierwszy. Przystępując do jego rozwiązania Sąd Najwyższy dość oględnie zauważył, że „w następstwie umowy, mocą której zarząd cmentarza oddaje zainteresowanej osobie miejsce na grób, powstaje swoisty stosunek cywilnoprawny”. Obejmuje on nie tylko prawo do pochowania zmarłego, ale także – zgodnie z powszechnym zwyczajem – szereg uprawnień o charakterze trwałym, takich jak prawo wzniesienia nagrobka i jego przekształcenia, prawo do stałego odwiedzania grobu, stałego jego utrzymywania w należyтым stanie, prawo wykonywania zmian o charakterze dekoracyjnym itp.²⁵⁵⁹. Osoba w taki właśnie sposób uprawniona korzysta więc na stałe z grobu, o czym wyraźnie mowa w art. 2 ust. 3 UoCiChZ. Sąd ten zauważył również, że zespół wymienionych wyżej uprawnień polega na wykonywaniu swoistego władztwa faktycznego nad grobem, które odpowiada treści określonego prawa cywilnego. Jest to bowiem typowe posiadanie zależne. Tej ocenie nie przeczy „podkreślona przez Sąd Wojewódzki okoliczność; że osoba, której przysługuje powyższe prawo do grobu, odwiedza grób nieraz tylko sporadycznie [...]”, bowiem dla istnienia „posiadania nie jest konieczne faktyczne wykonywanie władztwa nad rzeczą, wystarczy sama możliwość takiego wykonywania”.

Refleksje, które budzi powyższe orzeczenie powstają na pozornie dalekim marginesie jego tez i uzasadnienia. Te ostatnie bowiem zasługują na całkowitą aprobatę. W takiej, niebudzącej kontrowersji sytuacji usprawiedliwione może być wywołanie samego problemu przy pomocy równie pozornie paradoksalnej konstatacji. Bowiem „grób posiadamy tylko dopóty dopóki w nim sami nie leżymy”. A przecież *ante mortem*, po zawarciu umowy o korzystanie z terenu przeznaczonego na własny pochówek każdy z nas, ale właśnie tylko żywy, może być pewien, że grób swój „posiada”. Spektrum owego możliwego posiadania grobu przez żywych jest *ex natura rerum* poważnie ograniczone, z funkcji grobu wynika bowiem, że nikt żywy nie może go posiadać

²⁵⁵⁸ Ten ostatni problem stanowi margines interesującej mnie problematyki prawnosobistej, dlatego uzupełniając odpowiedź zawartą w tezie uchwały wspomnę tylko, iż SN przypomniał, że art. 347 k.c. ma charakter zabezpieczający i nie może być stosowany w przypadku już dokonanego naruszenia posiadania.

²⁵⁵⁹ Na marginesie zauważmy, że można mieć wątpliwości, czy rzeczywiście potrzebny jest swoisty stosunek cywilnoprawny by mieć prawo do stałego odwiedzania nie tylko grobu osoby bliskiej, lecz i jakiegokolwiek innego. Choć z drugiej strony można sobie wyobrazić sytuację, w której odwiedzanie, zwłaszcza stałe, określonego grobu przez określoną osobę mogłoby być uznane za sprzeczne z wolą samego zmarłego lub też (gdyby nie przyjąć możliwości istnienia takiej antynomii) za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, ustalonymi zwyczajami lub prawem żywych do kultu pamięci osoby zmarłej (np. odwiedzania grobu samobójcy przez osobę, której postępowanie stało się przyczyną samobójstwa).

„w pełni”, więcej nawet: nie może go posiadać „w istocie”. Cywiliści nie mają jednak wątpliwości co do owego posiadania grobu *ante mortem*, nawet gdyby, co podkreślono i w przedstawionej tu uchwale, na cmentarz, na którym znajduje się jego grób ów posiadacz ani razu nie przyszedł lub pojawiał się tam tylko na Zaduszki. Wystarczy jednak umrzeć, by już prawo posiadania do własnego grobu doszczętnie utracić. Ono bowiem zdaje się *prima facie* podlegać sukcesji, przechodząc na spadkobierców dotychczasowego posiadacza. Jak o tym w tym rozdziale wspominam, podzielałam rozpowszechnione w polskim orzecznictwie i piśmiennictwie stanowisko, że w momencie śmierci prawo do grobu jednak nie wygasa i nie podlega sukcesji. Stanowi ono dalej dobro obecnie zmarłego już, czyli byłego posiadacza. Taka optyka wydaje się mieć i tę wartość, że zawsze umożliwi ochronę prawa do grobu, a więc także wówczas, gdy brak jest osób *de lege lata* do tego uprawnionych lub też, gdy te roszczeń takich nie podnoszą. Wszak ochronie tej winie n ze swej istoty podlegać każdy grób. W tej sytuacji ochrona dóbr osoby żyjącej, związanych z miejscem spoczynku osoby jej bliskiej, jest zagadnieniem niewątpliwie wtórnym.

* * *

Rozpoznając 30 VIII 1971 r. przekazane do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne Sąd Najwyższy uchwalił²⁵⁶⁰, że „nie zachodzi współuczestnictwo konieczne pomiędzy związkiem wyznaniowym (utrzymującym i zarządzającym cmentarzem), pozwanym o usunięcie zwłok z grobu, w którym poprzednio pochowano zwłoki członka rodziny strony powodowej, przy czym nie upłynął jeszcze termin z art. 7 ust. 1 [...]” UoCiChZ „zezwalający na ponowne pochowanie innych zwłok, a wymienionymi w art. 10 ust. 1 zdanie 1 tejże ustawy członkami rodziny zmarłego pochowanego później w tym grobie”. I choć widać, że udzielona odpowiedź nie ma większego znaczenia dla interesującej mnie problematyki, lecz może okazać się pożyteczne przytoczenie okoliczności owego sporu, jak również przedstawienie pewnych refleksji, które zrodziła lektura niektórych sformułowań zawartych w uzasadnieniu owej uchwały.

Przed ponad półwieczem na cmentarzu utrzymywanym i zarządzanym przez parafię Kościoła Rzymsko-Katolickiego pochowano zwłoki matki powodów. Ci ostatni posiadali „prawo rezerwacji” tego grobu do końca 1970 r. Mimo tego, „w styczniu 1968 i w lutym 1969 r. na tym samym miejscu (w tym samym grobie) pochowano zwłoki dwóch innych zmarłych, mianowicie małż. C.”, a pochówek tych ostatnich w grobie matki powodów odbył się bez ich wiedzy i zgody. Dlatego też domagali się oni od pozwanej parafii przeniesienia zwłok później pochowanych małżonków w inne miejsce. Sąd Powiatowy powództwo to oddalił uznając samo roszczenie za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego w PRL. W toku rozpoznawania rewizji powodów zrodziły się wątpliwości prawne dotycząca jednak tylko zagadnienia współuczestnictwa koniecznego, tego właśnie, które rozstrzygnął w swej uchwale SN.

Uzasadnienie dotyczyło w zasadzie samej tezy uchwały, stąd także jego znaczenie dla interesującej mnie problematyki jest niewielkie²⁵⁶¹. Znajdujemy jednak właśnie w nim

²⁵⁶⁰ III CZP 44/71, OSN poz. 24/1972.

²⁵⁶¹ Uznano tam, że w tym już toczącym się sporze nie zachodzi między pozwaną parafią a członkami najbliższej rodziny osób później pogrzebanych tak ścisła łączność, by jego rozstrzygnięcie było możliwe tylko z udziałem wszystkich uczestników. Wyjaśniono też, że „naruszenie prawa powodów nastąpiło na skutek wydania przez zarząd cmentarza zezwolenia rodzinie innej zmarłej osoby na pochowanie jej zwłok w grobie, w którym spoczywają zwłoki matki powodów, mimo że nie upłynął jeszcze termin zezwalający na pochowanie cudzych zwłok”. Zauważono nadto, że „członkowie rodziny zmarłego, którzy naruszyli prawa powodów zastrzeżone im w art. 7 [...]” UoCiChZ

i takie, na pewno nie kontrowersyjne stwierdzenia, które mogą zachęcać do refleksji wokół ochrony dóbr osobistych *post mortem*. I tak zachowując wierność ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych stwierdzono, że „grób nie może być użyty do ponownego pochowania po upływie 20 lat od chwili pochowania zwłok oraz przez dalsze lat 20 lub nawet przez dłuższy czas, jeżeli między członkami najbliższej rodziny osoby zmarłej a związkiem wyznaniowym, utrzymującym i zarządzającym cmentarzem, zawarta została umowa przedłużająca termin, przed upływem którego nie wolno użyć grobu do ponownego pochowania”. I tu rodzi się pytanie: kto jest stroną tego cywilnoprawnego stosunku po śmierci osoby, która za życia prawo do grobu nabyła i przedłużyła? *De lege lata* wiele za tym może, a nawet powinno, nie tylko *prima facie* przemawiać, by to majątkowe wszak prawo wchodziło do spadku po zmarłym. A jeżeli tak, to wówczas – poza konstrukcją nadużycia prawa oraz wątpliwą, gdy chodzi o skuteczność i tylko ewentualną instytucją polecenia – można byłoby uznać, iż brak jakichkolwiek innych przeszkód by spadkobiercy mogli „odmówić” prawa do pochówku swojego spadkodawcy w do niedawna jeszcze jego własnym grobie, by mogli to prawo zbyć, umowę z zarządzającymi cmentarzem rozwiązać lub co najmniej w drodze nowej umowy termin wyłączności („rezerwacji”) grobu do niezbędnego minimum skrócić. Twierdzenie, że owe zagrożenia zmarłego prawa do grobu są bardziej hipotetyczne niż prawdopodobne, że więc i sam problem jest wyimaginowanym, tylko pozornie przekonuje. Moralność i obyczaj odgrywa niewątpliwie decydującą rolę w stosunku żywych do zmarłych, jednak zarówno moralność, jak i obyczaj podlegają niemałym, niekiedy znaczącym przemianom. Nawet w tej cmentarnej dziedzinie nic nie wskazuje na to, że są to u nas zmiany na lepsze. Kilka przedstawionych w tym rozdziale orzeczeń usprawiedliwia przypuszczenie, że i na tym obszarze mogą mieć miejsce wydarzenia wołające o pomstę do nieba, niekiedy wręcz skandaliczne. W tej sytuacji prawo nie powinno milczeć, lecz przeciwnie: okazując należytą troskę o dobra zmarłych winno co najmniej korygować lub nawet niekiedy trzymać na wodzy podlegające różnym fluktuacjom zamierzenia żywych.

Zauważmy na marginesie powyższego orzeczenia, że w jego uzasadnieniu podkreślono, że przedmiotem roszczenia, „którego dotyczy pytanie prawne, jest roszczenie wynikające z niewywiązania się związku wyznaniowego z zobowiązania określonego w art. 7 [...]” UoCiChZ. Otóż zwłaszcza wtedy, gdy osoba zmarła, sama prawo do grobu wykupiła i prawo do jego wyłączności przedłużyła, odpowiedzialność cywilna za niewywiązania się zarządzającego cmentarzem z przyjętego na siebie zobowiązania nie powinna być *post mortem* uzależniona od inicjatywy pozostałych osób, które są spadkobiercami zmarłego nabywcy prawa do grobu. A przecież rozwiązanie obecne umożliwiać może niekiedy bezkarność takich praktyk, niewątpliwie nagannych i z punktu widzenia prawa i z punktu widzenia moralności, jak bowiem wynika z przedstawionego tu orzeczenia zjawiska takie wcale nie są nieprawdopodobne. Dodajmy jeszcze

„mogliby odpowiadać za naruszenie tego prawa na podstawie art. 344 [...] bądź art. 24 § 1 k.c., a więc w wypadku samowolnego albo bezprawnego naruszenia prawa powodów do spokojnego korzystania z grobu”. Jednakże „samowolność lub bezprawność działania naruszającego prawo innej osoby nie zachodzi wtedy, gdy naruszający działa na mocy upoważnienia właściwego organu administracyjnego”. Konsekwentnie wskazano dalej, że „członkowie rodziny, którzy chowają zwłoki w miejscu wyznaczonym przez zarząd cmentarza i przygotowanym do przyjęcia zwłok (wykopanie grobu przez grabarza), nie działają samowolnie ani bezprawnie, chyba że uzyskali zezwolenie na pochowanie zwłok w drodze czynu niedozwolonego”. Ostatecznie zauważono, że „inna zatem w zasadzie jest podstawa faktyczna i prawna roszczenia w stosunku do organu utrzymującego i zarządzającego cmentarzem, a inna w stosunku do członków najbliższej rodziny, która pochowała zwłoki w grobie zajętych już przez inne (cudze) zwłoki”.

uwagę, którą rodzi ten *passus* uzasadnienia, w którym stwierdzono, że „członkowie rodziny zmarłego, którzy naruszyli prawo powodów zastrzeżone im w art. 7 wymienionej ustawy, mogliby odpowiadać za naruszenie tego prawa na podstawie art. 344 (por. wyrok Sądu Najwyższego z 7.XII.1970 r. – OSNCP 1971 r., z. 7-8, poz. 127) [...]”. Otóż, powołany tu wyrok SN z 7 XII 1970 r. dotyczył naruszenia prawa do posiadania grobu przy wznoszeniu pomnika na grobie sąsiednim. Było to więc naruszenie nie tyle samego grobu, co ziemnego zresztą „nagrobka”. I w tym przypadku miało jeszcze jakiś sens twierdzenie o naruszeniu „żywych posiadania grobu”. Jeżeli bowiem można traktować o „żywych faktycznym władztwie” nad wykorzystanym (zajętym) już grobem, to dotyczy to w zasadzie przede wszystkim, jeśli nie wyłącznie tej jego części, która jest ziemnym kopczykiem lub nagrobkiem. Zaś w przedstawianym tu przeze mnie orzeczeniu naruszono przede wszystkim posiadanie samego grobu (niszy grobowej, grobu właściwego?). A przecież jedynym w zasadzie przejawem wykonywania faktycznego władztwa nad niszą grobową może być wybudowanie i odnawianie grobowca. W najbardziej zaś powszechnych ziemnych pochówkach z całej *possessio* pozostanie tu tylko owa zewnętrzna, „powierzchniowa” możliwość wykonywania tego władztwa. Oczywiście można i należy „to” właśnie nazwać posiadaniem ziemnego grobu. Czy jednak ktoś inny grobu tego nie posiada „bardziej”? I gdyby mógł przemówić, czyżby nas tak bardzo zdziwiło, że powiedziałyby: „to jest mój grób”? Wszak i my sami, odwiedzając w nekropolii osobę nam bliską, przychodzimy na „j e j” czy „j e g o” grób... Oczywiście wiem, że taki sposób argumentacji nie należy do przyjętej prawniczej konwencji. Czynię to jednak z premedytacją. Chcę bowiem, by można było spojrzeć na uznany pogląd o żywych władztwie nad grobem niejako w karykaturze, co jest przecież uznaną, choć niezbyt często dziś wykorzystywaną argumentacją *ad absurdum*²⁵⁶².

* * *

W wyroku z 25 IX 1972 r.²⁵⁶³ Sąd Najwyższy stwierdził, że w myśl art. 10 ust. 1 UoCiChZ „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”.

Z początkowo niezbyt jasnego uzasadnienia tego orzeczenia rysuje się taki, zasługujący na przytoczenie, obraz kolejnego „sporu o zwłoki”. Zmarłego brata powódki a męża pozwanej, pochowano w grobowcu jego brata. Jak twierdziła wnosząca pozew siostra zmarłego, on sam na tydzień przed śmiercią wyraził „chęć i wolę, aby został pochowany w grobowcu swego brata [...] zobowiązując pozwaną do pokrycia połowy kosztów budowy i wykończenia tego grobowca”. Dlatego powódka zarzuciła pozwanej wdowie, że ta, w przeszło cztery lata później, „wbrew temu zobowiązaniu i woli zmarłego [...]”, nadto bez uzyskania zgody właściwych organów, przewiozła zwłoki swojego męża do własnego grobowca znajdującego się w innej miejscowości. Wskazując na

²⁵⁶² Wspomnieć warto jeszcze, że pewne wątpliwości budzi również to sformułowanie uzasadnienia, w którym stwierdzono, że „samowolność lub bezprawność działania naruszającego prawo innej osoby nie zachodzi wtedy, gdy naruszający działa na mocy upoważnienia właściwego organu administracyjnego”. Czy bowiem opinia ta będzie uzasadnioną także wówczas, gdy naruszający wie, że działa na podstawie naruszającego czyjeś prawa lub dobra osobiste upoważnienia takiego organu, zwłaszcza zaś wtedy, gdy osoba zainteresowana informowała o tym dokonującego naruszenia, a nawet podejmowała znane naruszającemu pozasądowe próby ochrony swoich praw i dóbr osobistych zmarłego?

²⁵⁶³ II CR 353/72, OSNC 1973, poz. 109.

te fakty żądała ona nakazania pozwanej ekshumacji zwłok brata oraz przeniesienia ich na cmentarz, na którym pierwotnie były pochowane. Wdowa domagająca się oddalenia powództwa, zarzuciła siostrze męża, że wbrew jej twierdzeniom przeniesienie zwłok dokonała „zgodnie z wolą zmarłego i na podstawie obowiązujących przepisów”. Sąd Wojewódzki ustalił, że „wprawdzie pozwana zgodziła się początkowo na pochowanie męża w grobowcu jego rodziny, ale gdy doszło do nieporozumień rodzinnych, wybudowała własny grobowiec na innym cmentarzu i uzyskała zezwolenie właściwych organów na ekshumację zwłok i pochowanie ich we własnym grobowcu. Jednocześnie Sąd ten uznał, że pozwanej, jako żonie zmarłego, przysługiwało prawo pochowania męża we własnym grobowcu,” więc w konsekwencji powództwo oddalił.

Sąd Najwyższy rozpatrując rewizję powódki stwierdził m.in., iż „w judykaturze Sądu Najwyższego utrwalony jest pogląd, że możliwość domagania się ochrony dobra, które przedstawia wartość psychiczną (dobra osobistego), zależy od tego, czy określone dobro osobiste jest przewidziane w ustawie, a zatem czy przysługuje konkretnej osobie jako jej podmiotowe prawo osobiste[...]”. Jest to oczywiście poglądy błędny i trudno wytłumaczyć, dlaczego tak długo był on obecny on w judykaturze tego Sądu. Idąc jednak tym błędnym tropem SN pozornie poprawnie wskazał, że ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych „przyznaje wspomniane prawo najbliższej rodzinie osoby zmarłej według kolejności wymienionej w art. 10 ust. 1”. Wyjaśniono też, iż „kolejność ta oznacza, że prawo pochowania zwłok danej osoby przysługuje osobie wymienionej w dalszej kolejności dopiero wtedy, gdy brak jest osoby wymienionej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta prawa tego nie chce lub nie może wykonywać”. Nawiązując zaś do rozpatrywanej sprawy zauważono, że „krewnym bocznym osoby zmarłej przysługuje prawo do pochowania tej osoby wtedy, gdy nie ma krewnych bliższej kolejności albo gdy ci krewni prawa tego nie chcą lub nie mogą wykonywać”. Konsekwentnie też przypomniano, że ponieważ „stosownie do wymienionego przepisu prawo pochowania zwłok osoby zmarłej przysługuje w pierwszej kolejności jej małżonkowi, to tym samym pozwana, jako żona zmarłego, wyłącza powódką w tym sensie, że powódce nie przysługuje prawo, na które się powołuje”. W świetle takiej wykładni powództwo musiało zostać oddalone.

Niezbyt obszerne uzasadnienie przedstawianego orzeczenia prowokuje do kilku, tym razem zasadniczych refleksji. Nasuwa się przede wszystkim podstawowa wątpliwość, o czym piszę szerzej w innym miejscu, czy przewidziana w art. 10 ust. 1 UoCiChZ kolejność prawa pochowania zwłok może być odnoszona także do charakterystyki tego prawa jako dobra osobistego na gruncie prawa cywilnego. Zresztą, istnienie takiej kolejności nie jest w świetle nawet tylko tego samego przepisu dostatecznie pewne. Bardzo charakterystyczne jest też przedostatnie zdanie uzasadnienia owego orzeczenia, w którym stwierdzono: „gdy więc brak jest podstawowej przesłanki ochrony dobra osobistego powódki, to tym samym pozostałe przytoczone w rewizji wywody nie mogą doprowadzić do odmiennego rozstrzygnięcia”.

Okazało się, że tym „żywych sporze o zwłoki” bez znaczenia były zarówno twierdzenia powódki, że jej brat na tydzień przed śmiercią wyraził wolę pochowania go w grobowcu swojego brata, jak i niezbyt wiarygodne twierdzenie pozwanej, że przeniesienie zwłok jej męża, pochowanego pierwotnie właśnie w grobowcu brata, było zgodne z wolą samego zmarłego. Wiarygodność tę podważa fakt, że pozwana zgodziła się na pochowanie swojego męża w grobowcu brata, zaś dopiero w cztery lata później, jak sama twierdzi w wyniku nieporozumień rodzinnych, wybudowała własny grobowiec na innym cmentarzu i tam przeniosła zwłoki męża.

* * *

Meandry polskich doświadczeń historycznych, niekiedy odmiennych od konwencjonalnie hołubionych stereotypów, legły o źródła sporu cmentarnego rozstrzygniętego przez Sąd Najwyższy w wyroku z 10 II 1975 r.²⁵⁶⁴, w którego tezach stwierdzono, że zawarte „po śmierci zmarłego porozumienie co do pochowania jego zwłok jako odnoszące się do osobistych uprawnień dotyczących praw niemajątkowych może zostać przed pogrzebem odwołane (np. z powodu nieporozumień między osobami uprawnionymi do pochowania zwłok zmarłego). Porozumienie takie staje się nadto dla stron, które je zawarły, nieaktualne z chwilą pochowania zmarłego; późniejsze powoływanie się na takie porozumienie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a w szczególności z zasadą niezakłócania miejsc spoczyniania zmarłych z tej tylko przyczyny, że istnieją różnice w rodzinie zmarłego co do miejsca pochowania zwłok”²⁵⁶⁵.

Uzasadniając swe żądanie nakazania „pозwanej wydania trumny ze zwłokami brata powódki – inż. Stanisława M., zmarłego dnia 13.VI.1972 r. i pochowanego w grobowcu rodzinnym pozwanej, celem przeniesienia zwłok i pochowania ich w grobowcu wybudowanym przez powódkę na tym samym cmentarzu w M.”, powódka wskazywała, „że pozwana pochowała brata powódki, a swego męża, w grobowcu wspólnym z pierwszym mężem pozwanej Leonem O., który w okresie okupacji hitlerowskiej współpracował z okupantem i jako zdrajca Narodu Polskiego skazany został, przez działające w konspiracji organy wymiaru sprawiedliwości, na karę śmierci, a wyrok ten wykonano”. Pozwana początkowo kwestionowała owe uzasadnienia, ale odstąpiła od tych zarzutów po złożeniu „niebudzących wątpliwości zeznań świadków B.L. i L., którzy znali sprawę L.O. z racji ich obowiązków służbowych w sztabie właściwej dla M. jednostki Armii Krajowej. Ustalenia sądu specjalnego, działającego w ramach obowiązującej wówczas procedury, nie zostały w niczym podważone, a odmienne twierdzenia pozwanej co do przyczyn pozbawienia życia jej pierwszego męża okazały się całkowicie gołosłowne. Tym samym [...] fakt kolaboracji L.O. z okupantem, i to kolaboracji na szkodę życia i zdrowia obywateli polskich [...], nie budzi wątpliwości”²⁵⁶⁶. W konkluzjach uzasadnienia swego żądania powódka stwierdzała, „że pochowanie jej brata w grobowcu wspólnym ze zdrajcą Narodu Polskiego obraża uczucia narodowe i cześć należną zmarłemu, a tym samym narusza i jej w tym zakresie uprawnienia”.

Sąd Wojewódzki podzielił to stanowisko uznając, że ów pochówek „obraża uczucia powódki i uniemożliwia jej wykonywanie kultu zmarłego brata i tym samym zasługuje na ochronę w świetle art. 23 i 24 k.c.”, jednakże podkreślił, że żonie zmarłego przysługuje w pierwszej kolejności uprawnienie do jego pochowania, stąd uwzględnienie żądania powinno polegać na zobowiązaniu pozwanej do „takiej zmiany sposobu względnie miejsca pochowania zwłok jej męża – Stanisława M., aby Stanisław M. był pochowany oddzielnie od miejsca pochowania pierwszego męża pozwanej Leona O. Dopiero w razie niewykonania powyższego przez pozwaną Sąd Wojewódzki upoważnił powódkę do przeniesienia zwłok Stanisława M. do grobowca wybudowanego przez powódkę na cmentarzu w M.”.

Sąd Najwyższy rozpatrując rewizję powódki w pełni uznał zasadność stanowiska zajętego przez sąd pierwszej instancji podkreślając, że „nie ma żadnych podstaw do

²⁵⁶⁴ II CR 851/74, OSPiKA poz. 4/1977.

²⁵⁶⁵ Zob. także wyr. SO w Lublinie oraz SA w Lublinie, ten ostatni sygnowany I ACa 16/09, omówione, bez podania ich dat, przez R. Horbaczewskiego, *Wylącznie...*, s. C16.

²⁵⁶⁶ „Leon O. był granatowy policjant mieszkał w czasie okupacji w M., prowadził tu restaurację przy ulicy Królewskiej i współpracował z Gestapo. Z wyroku ruchu podziemnego został zastrzelony na ulicy w G.” (S. Podemski, *Ochrona...*, s. 9).

ograniczania pozwanej w jej prawach do pochowania swego męża, oczywiście w sposób niekolidujący z obowiązującą tradycją szanowania kultu zmarłych, której naruszeniem właśnie było pochowanie w jednym grobowcu ze zdrajcą Narodu.” Odnosząc się zaś do zawartego w rewizji powołania na umowę zawartą między stronami po śmierci Stanisława M., a dotyczącą jego pochowania przez powódkę, SN sformułował stanowisko zawarte w obu tezach jego orzeczenia.

Werdykt ten zasługuje na uznanie, choć zastanawiające jest, że w procesach tych w ogóle nie pojawiło się pytanie, czy Stanisław M. nie znał okoliczności śmierci pierwszego męża swojej żony; gdyby się bowiem okazało, że znał je i mimo to nie wykluczył możliwości swego pochówku w grobowcu należącym do niej, argumenty podniesione przez jego siostrę w zasadzie straciłyby swą doniosłość, a przynajmniej stanowiłoby to istotną przeciwwagę dla jej żądania ochrony kultu pamięci zmarłego brata.

* * *

Nie mało wartościowego materiału mogącego posłużyć dla dalszego uzasadnienia aprobowanej przeze mnie koncepcji znajdujemy w wyroku Sądu Najwyższego z 23 V 1975 r.²⁵⁶⁷, w którego tezie stwierdzono, że „jeżeli już po pochowaniu zwłok, które nastąpiło w trybie art. 10 [...]” UoCiChZ powstaje „między najbliższymi członkami rodziny spór co do miejsca pochowania i sposobu roztożenia pieczy nad grobem osoby zmarłej, sąd rozstrzygając ten spór powinien mieć na względzie nie tylko przepisy powołanej ustawy, lecz przede wszystkim przepisy prawa cywilnego. W szczególności sąd może uznać, że chociaż art. 10 tej ustawy 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 24 k.c. innym członkom rodziny zmarłego”.

Aby unaocznic i ocenić pojawiające się w tym sporze argumenty warto poznać okoliczności, które go poprzedzały. Zmarły, będący ofiarą wypadku drogowego, który wydarzył się późną jesienią 1973 r., został pochowany przez żonę. Około pięć miesięcy później, na wniosek złożony przez jego rodziców, organ Państwowego Inspektoratu Sanitarnego decyzją swą zezwolił im na ekshumację i przewiezienie zwłok syna do ich rodzinnego grobu w ich rodzinnej miejscowości, co też nastąpiło. Od decyzji tej odwołała się wdowa po zmarłym i w ponad cztery miesiące później decyzja ta została w trybie administracyjnym uchylona. I choć do chwili wytoczenia powództwa nie została ona przez wdowę wykorzystana, lecz mimo to rodzice zmarłego obawiali się, iż w oparciu o tę decyzję ich synowa dokona ponownej ekshumacji oraz przewiezienia zwłok swojego męża na cmentarz, na którym pierwotnie były one już pochowane. Dlatego domagali się „ustalenia, że im właśnie przysługuje prawo posiadania w grobie rodzinnym zwłok syna”. Powodowie powoływali się przede wszystkim „na to, że między małżonkami istniał daleko posunięty rozkład pożycia, który doprowadził do wszczęcia procesu o rozwód, że wolą syna było pochowanie go w grobie rodzinnym rodziców i że pozwana obstająca przy przewiezieniu zwłok na cmentarz przez siebie wybrany, działa w celach szyskany, gdyż sama mieszkając w odległości 200 km nie może opiekować się grobem”. Sąd Wojewódzki zajął stanowisko równie zdecydowane, co krótkowzroczne. Uznał bowiem, że „wszystkie powyższe okoliczności nie mają istotnego znaczenia w świetle [...]” art. 10 ustawy UoCiChZ, ten bowiem przewiduje kolejność, która sytuuje na pierwszym miejscu współmałżonka, zaś samo prawo do

²⁵⁶⁷ II CR 193/75, OSPiKA poz. 5/1977.

pochowania jest zdaniem tego Sądu nie tylko osobiste, ale i niezbywalne, co ostatecznie usprawiedliwiać miało pogląd, że rodzice zmarłego „nie mogą w tych okolicznościach korzystać z ochrony prawnej przewidzianej w art. 23 i 24 k.c.”.

Gdy powodowie wnieśli rewizję od tego orzeczenia, Sąd Najwyższy po raz kolejny przypomniał, że „jednym z dóbr osobistych człowieka jest prawo pochowania osoby bliskiej, opiekania się jej grobem i okazywania jej pośmiertnego poszanowania i przywiązania”, przysługujące najbliższej rodzinie zmarłego, do której należą oczywiście rodzice zmarłego, którzy też, gdy ich dobro zostało naruszone przez osobę trzecią, „byliby niewątpliwie legitymowani do szukania ochrony przewidzianej w art. 23 i 24 k.c.”. Zważywszy zaś, że w rozpatrywanej sprawie spór istnieje „pomiędzy najbliższymi członkami rodziny, z których każdemu przysługuje prawo pochowania osoby zmarłej,” SN stwierdził, iż „rozstrzygnięcie tego sporu zależy [...] od oceny, czyje prawo jest lepszej [...] „oraz czy wdowa odmawiając rodzicom męża prawa do pochowania go w ich rodzinnym grobie działa w granicach swoich uprawnień, czy więc jej działanie nie jest bezprawne. Na marginesie zauważmy, iż w sytuacji, gdy spór toczył się, co oczywiste, wyłącznie między żywymi, choć jego przedmiotem było to, gdzie ma być pochowany zmarły, dywagacje o tym, „czyje prawo jest lepsze” przypominają porzekadło, że „lepsze jest wrogiem dobrego”. Najlepszym, czyli dobrym, było bowiem prawo (dobro) samego zmarłego.

W tej części uzasadnienia SN podkreślił też, że choć zdaniem SW prawo małżonka wynikające z art. 10 ustawy UoCiChZ jest jego prawem bezwzględnym, którego „nie mogą osłabić żadne okoliczności sprawy ani względ na zasady współżycia społecznego”, to jednak rację mają skarżący, którzy „zasadnie kwestionują powyższy pogląd”. Sąd Najwyższy podjął w tym miejscu kolejną już, choć szerszą niż poprzednie, próbę scharakteryzowania ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w szczególności ewentualnego związania nią na gruncie prawa cywilnego. Jest to taka część uzasadnienia przedstawianego orzeczenia, która warta jest tego by przytoczyć ją *in extenso*: „przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że już sama nazwa i charakter ustawy «o cmentarzach i chowaniu zmarłych» wskazuje, iż jej celem jest unormowanie spraw organizacyjnych związanych z zakładaniem i utrzymywaniem cmentarzy oraz chowaniem zwłok. Jeżeli chodzi w szczególności o art. 10 ustawy, wskazuje on, kto może pochować zwłoki ludzkie (członkowie rodziny, organy wojskowe, państwowe, instytucje i organizacje społeczne, osoby, które dobrowolnie zobowiążą się do tego) oraz określa, jak należy postępować ze zwłokami niepochowanymi. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że jak to wynika z innych przepisów ustawy, zwłoki powinny być pochowane szybko, w zasadzie w ciągu 72 godzin od chwili zgonu (art. 9 ust. 2), a niekiedy nawet w ciągu 24 godzin (art. 9 ust. 3). Jest więc zrozumiałe, że ustawa adresowana do organów zarządzających cmentarzami, wskazuje w sposób szczegółowy osoby i organy uprawnione do pochowania zwłok, tak by akt pochowania mógł odbyć się szybko i bezkonfliktowo. Z powyższego nie wynika jednak, aby ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych naruszała przepisy prawa cywilnego odnoszące się do ochrony dóbr osobistych, bądź też inne przepisy tego prawa, a w szczególności art. 5 k.c.” Dalej Sąd ten zauważył, że „jeżeli już po pochowaniu zwłok, które nastąpiło w trybie art. 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, pomiędzy najbliższymi członkami rodziny powstaje spór co do miejsca pochowania i sposobu roztoczenia pieczy nad grobem osoby zmarłej, sąd rozstrzygając ten spór, powinien mieć na względzie nie tylko przepisy powołanej ustawy, lecz przede wszystkim przepisy prawa cywilnego”. Prawie wszystkie przytoczone wyżej opinie i rozważania zasługują generalnie na uznanie.

Pewne wątpliwości budzi jednak kilka szczegółów i jedna kwestia natury ogólniejszej. Nie zgadzam się bowiem z opinią, którą w pewnym stopniu może suponować przedstawione orzeczenie SN, że cywilnoprawna ochrona prawa do pochowania może być realizowana dopiero po pochowaniu zwłok zgodnie z art. 10 UoCiChZ. Przy przyjęciu takiej konstrukcji, ochronie cywilnoprawnej podlegałoby będzie wyłącznie prawo do wtórnego (i każdego następnego) pochówku. Takie rozwiązanie nie tylko znacznie zawęży tę ochronę, lecz klóci się nadto z zasadami współżycia społecznego i ustalonymi zwyczajami. Osoby, których prawo do pochowania jest niewątpliwe (choć nie należą one do osób w pierwszej kolejności wymienionych w art. 10 UoCiChZ) winny mieć prawo już do pierwotnego pochówku, nie zaś być skazywane na bezsilność wówczas, a ekshumację i ponowny pochówek później. Przyjęcie rozwiązania być może akceptowanego przez SN umożliwi również naruszanie dobra osobistego samego zmarłego polegającego na wyborze miejsca oraz sposobu pogrzebania jego zwłok, czyli w zamierzeniu zainteresowanego z reguły jedyne jego pochówku, tzn. jednocześnie pierwotnego i ostatniego, nie wtórnego. Nie odpowiadałoby takie rozwiązanie także ustalonym zwyczajom pogrzebowym, albowiem najczęściej powtórny pochówek nie ma takiego samego charakteru, przebiegu, rytuału itd., jak pochówek pierwotny, niezrządkiem bowiem jest ten drugi pochówek czynnością natury prawie że technicznej.

Warto jeszcze nawiązać do tej części uzasadnienia przedstawianego werdyktu SN, w której stwierdzono, że „jeżeli w szczególności między małżonkami istniały za życia wrogie stosunki i pozostawali oni w faktycznym rozłączeniu, a wolą zmarłego było pochowanie go w grobie rodzinnym rodziców, sąd może uznać za zgodne z zasadami współżycia społecznego przyznanie ochrony prawnej dobru osobistemu rodziców i ustalenie, że im przysługuje prawo posiadania, mimo sprzeciwu pozostałego przy życiu małżonka, w grobie rodzinnym zwłok syna. W sprawie niniejszej powodowie przytoczyli szereg twierdzeń, mogących świadczyć o tym, że pozwana sprzeciwiając się pozostawieniu zwłok męża w grobie rodzinnym jego rodziców, przekracza granice swoich uprawnień i narusza dobro osobiste powodów”. Podkreślić należy, że wbrew temu stwierdzeniu wszystkie te okoliczności dotyczyły nie przede wszystkim rodziców zmarłego, lecz jego samego, bowiem to on pozostawał we wrogich stosunkach i faktycznym rozłączeniu ze swoją małżonką i on pozostawił swoją wolę pochowania go w grobie rodziców. Stąd też pierwszoplanową i zupełnie wystarczającą winna być tu ochrona dobra osobistego zmarłego, gdyż właśnie jego dobro i jego wola zostały przez wdowę chyba z premedytacją naruszone, wtórną zaś jest ochrona wynikającego z wyraźnej woli zmarłego prawa rodziców do pochowania swojego syna w ich rodzinnym grobie²⁵⁶⁸.

Zauważmy także, że wbrew twierdzeniom SN pozwana nie przekroczyła granic swoich uprawnień, nie sposób bowiem przekroczyć uprawnień, których się nie ma, przy czym oczywiste jest, że ów *passus* uzasadnienia nie był przypadkowym, wynikał bowiem z unormowania zawartego w art. 10 UoCiChZ. Istotne jest bowiem, że z mocy samej woli zmarłego takie prawo dla pozwanej nigdy nie powstało. Warto przy tym dodać, że w sytuacji, gdy taka wola była wyraźnie wyrażoną, jej ochrona przy pomocy klauzuli nadużycia prawa jest metodą niewłaściwą, przypominającą przysłowiowe „kuchenne schody”. Nie byłaby zresztą owa klauzula potrzebna nawet wówczas, gdyby zmarły woli swej *expressis verbis* nie wyraził, lecz można by ją było zrekonstruować *per facta concludentia* lub w ostateczności przyjąć hipotetyczną, ale prawdopodobną

²⁵⁶⁸ Co oczywiście wcale nie znaczy, że w sytuacji tej nie powinni być właśnie oni legitymowani do podnoszenia stosownych roszczeń przede wszystkim w imieniu samego zmarłego.

wolę zmarłego pochowania go wedle ustalonych zwyczajów. I dopiero, gdyby w takich właśnie sytuacjach przyznanie owego prawa małżonkowi mogło naruszyć zasady współżycia społecznego, to wówczas sięgnięcie po art. 5 k.c. byłoby uzasadnione. Jak widać funkcja, którą tu wyznaczam art 5 k.c. jest minimalna, a więc taka, która przy należytych ukształtowaniu prawa jest funkcją najwłaściwszą²⁵⁶⁹.

* * *

Nie sposób przecenić znaczenia, które dla moich rozważań ma wyrok Sądu Najwyższego z 14 V 1982 r.²⁵⁷⁰. Wystarczy po temu przeczytać jego tezę, w której stwierdzono, że „o miejscu i sposobie pochowania zwłok, a także o wyborze 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 [...]” UoCiChZ.

Warto ukazać okoliczności, które doprowadziły do tego werdyktu, mają one bowiem dla tych rozważań niebagatelne znaczenie. Otóż w toku postępowania dowodowego przed Sądem Wojewódzkim ustalono, że „powódka jest córką Zofii R. zmarłej w 1981 r., zaś pozwana to córka B., z którym Zofia R. zawarła w roku 1968 religijny związek małżeński i z którym pozostawała we wspólności do roku 1968, tj. do daty jego śmierci. Wraz z nimi zamieszkiwała pozwana, początkowo sama, a następnie od 1958 r. z mężem; małżonkowie wyprowadzili się jednak po śmierci ojca pozwanej do własnego mieszkania. Pozwana była jednak w stałym kontakcie z Zofią R., którą się opiekowała, a gdy ta na pewien czas przed śmiercią przebywała dwukrotnie w szpitalu, pozwana ją tam zawoziła i zabierała z powrotem: pierwszy raz przywiozła ją do swego mieszkania, drugi zaś raz na żądanie Zofii R. do jej mieszkania. Natomiast stosunki zmarłej z powódką, a jej córką, były zawsze złe. Powódka nie wychowywała się w domu matki. Kilkanaście lat przed śmiercią Zofii R., gdy ta z trudem odnalazła nowe mieszkanie powódki, nie została do tego mieszkania wpuszczona. Powódka od tego czasu nie odwiedzała zmarłej, a zjawiła się w jej mieszkaniu dopiero na dwie godziny przed jej śmiercią, gdy ta była już nieprzytomna”²⁵⁷¹. W postępowaniu dowodowym ustalono również, że „Zofia R. miała miejsce dla siebie na cmentarzu na Mani, obok zmarłego w roku 1968

²⁵⁶⁹ Dodajmy jeszcze, że w rozpatrywanej przez SN sprawie sięgnięcie po art. 5 k.c. usprawiedliwiono m. in. wrogimi stosunkami między małżonkami i tym, że pozostawali oni w faktycznym rozłączeniu. Oczywiście na tle owej sprawy było to w pełni usprawiedliwione, lecz sięgnięcie po konstrukcję nadużycia prawa byłoby możliwe, a nawet konieczne także wówczas, gdyby zaistniała samodzielnie którakolwiek z obydwu wymienionych wyżej sytuacji. Warto też wspomnieć o tym passusie uzasadnienia, w którym stwierdzono, że „żądanie powodów w niniejszej sprawie przyjęło kształt powództwa o ustalenie prawa (art. 189 k.p.c.). Zwłoki syna znajdują się bowiem w grobie powodów i domagają się oni jedynie ustalenia, że stan ten jest zgodny z prawem, tj. że im przysługuje prawo posiadania w grobie rodzinnym zwłok syna. Jakkolwiek art. 24 k.c. nie przewiduje wyraźnie takiej formy ochrony dobra osobistego, polegającej na ustaleniu prawa do ochrony, należy przyjąć, iż jest ona dopuszczalna na ogólnych zasadach. Art. 189 k.p.c. odnosi się bowiem nie tylko do praw majątkowych lecz także do praw niemajątkowych i osobistych, a jedyną przesłanką dopuszczalności powództwa o ustalenie jest wykazanie interesu prawnego w żądaniu ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Powodowie mają niewątpliwy interes prawny w ustaleniu, że im przysługuje prawo posiadania zwłok syna w grobie rodzinnym, gdyż zapobiegają w ten sposób akcji pozwanej zmierzającej do zabrania zwłok, a dotychczasowe zachowanie pozwanej niedwuznacznie wskazuje na taki jej zamiar”.

²⁵⁷⁰ IV CR 171/82, OSN poz. 12/1983.

²⁵⁷¹ Przytoczony cytat nie jest, wbrew pozorom dwóch pierwszych zdań, błędny. Można się domyślać, że Zofia R. zawarła religijny związek małżeński z B. w roku 1968, tym, w którym B. zmarł. Ale przedtem żyli oni w konkubinacie i już wtedy zamieszkała z nimi pozwana, najpierw sama, potem z mężem.

jej męża ze związku religijnego. Jednakże, gdy w roku 1975 zmarł mąż pozwanej, Zofia R. wyraziła zgodę na pochowanie go w tym miejscu. Obecnie cmentarz na Mani jest całkowicie zamknięty. W związku z rezygnacją z miejsca na cmentarzu na Mani Zofia R. upoważniła przed śmiercią pozwaną do zajęcia się jej pogrzebem i do pochowania jej na jakimkolwiek cmentarzu, byle był to cmentarz katolicki, i z zastrzeżeniem katolickiego ceremoniału. Tak też pozwana uczyniła, chowając Zofię R. na cmentarzu przy ulicy Szczecińskiej, który jest cmentarzem katolickim”. W swym pozwie córka zmarłej domagała się od pozwanej przeniesienia zwłok matki na również łódzki cmentarz na Zarzewiu bądź zobowiązania jej do wydania „kwitu opiewającego na zakup miejsca na innym jeszcze cmentarzu – na Mani oraz do uiszczenia kwoty [...]”, która umożliwi jej załatwienia przeniesienia zwłok we własnym zakresie.

Sąd Wojewódzki powództwo to oddalił. Oparł się on na dokonanych w postępowaniu i przedstawionych wyżej ustaleniach, uznając „natomiast za nieudowodnione twierdzenie powódki, że pozwana po śmierci Zofii R. zgodziła się na to, aby powódka pochowała zmarłą na cmentarzu na Zarzewiu”. Rozstrzygnięcie to uzasadniono nadto treścią art. 10 UoCiChZ, który przyznaje prawo pochowania najbliższym członkom rodziny zmarłego, „a także osobom, które do tego dobrowolnie się zobowiążą”. Skoro więc ustalono, że pozwana obowiązek taki przyjęła i wbrew temu, co twierdziła córka zmarłej, nie zrezygnowała z niego w umowie, „to była uprawniona do pochowania zmarłej zgodnie z jej wolą”. Sąd ten zauważył nadto, że gdyby nawet „formalne prawo” do pochowania matki przysługiwało jej córce, to jednak prawu temu *in casu* brak jest „podbudowy moralnej” i dlatego żądanie jego ochrony „należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”. Dodano tam jeszcze, iż „w szczególności za przeniesieniem zwłok Zofii R. na inny cmentarz nie przemawia okoliczność, że dwu wnukom zmarłej bliżej jest na cmentarz na Zarzewiu, a także to, że niektórzy członkowie jej rodziny są tam – w różnych zresztą grobach pochowani”.

Sądzę iż warto się na chwilę zatrzymać przy niektórych argumentach uzasadniających werdykt SW, chociażby dlatego, że nie zostały one należycie poruszone w uzasadnieniu orzeczenia SN. Przede wszystkim wygląda na to, że SW zakwestionował istnienie jakiegokolwiek kolejności w art. 10 UoCiChZ. Wydaje się bowiem, że Sąd ten uznał, iż osoba niebędąca najbliższym członkiem rodziny zmarłego, która dobrowolnie zobowiąże się do jej pochowania ma takie uprawnienie i tym samym wyłącza analogiczne prawa osób innych. Jak piszę o tym w innym miejscu, jest to jeden z teoretycznie dopuszczalnych poglądów, ale merytorycznie nieuzasadniony, nadto kłócący się z powszechnie aprobowanym stanowiskiem przyjętym w jurejurisprudencji SN. Lecz ten ostatni Sąd w uzasadnieniu wyroku oddalającego rewizję od powyższego orzeczenia nie wytknął *expressis verbis* błędności tej możliwej wszak interpretacji stanowiska zajętego przez SW, choć zauważył, że prawo do pochowania „należy do osób wymienionych w art. 10 wspomnianej ustawy, z zachowaniem wskazanej tam kolejności”. Jednocześnie z tego samego uzasadnienia wynika jednoznacznie, że zarówno SW, jak i SN miały na uwadze to, że zmarła przed śmiercią wyraziła życzenie pochowania jej przez pozwaną. W tej sytuacji pozwana słusznie mogłaby być uznana za osobę bliską zmarłej, właśnie takim sformułowaniem posłużył się potem SN stwierdzając w uzasadnieniu: „pozwana była osobą bardzo bliską zmarłej, przez długie lata z nią mieszkała, a ostatnio była z nią w bardzo bliskich kontaktach [...]”.

Dodajmy jeszcze, że zarówno SW jak i SN wyraziły opinię nawet dalej idącą. Stwierdziły one, że okoliczności sprawy, i to nie tylko skłócenie zmarłej z powódką, ale także, a może nawet przede wszystkim bliska więź zmarłej z pozwaną, pozwala uznać za

trafny pogląd, że „powódka nie mogłaby kwestionować pochówku dokonanego przez pozwaną nawet wtedy, gdy zmarła nie wyraziła w tym przedmiocie swej woli”.

Warto zatrzymać się jeszcze przy zreferowanym przez SN uzasadnieniu wyroku SW, w którym ten ostatni zauważył, że gdyby nawet córka zmarłej miała formalne prawo do jej pochówku, to jednak *in casu* brakowałoby owemu prawu „podbudowy moralnej”, zaś podnoszone wówczas żądania należałoby uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Widać bowiem, że ochrona woli zmarłej była w orzeczeniu SW (inaczej niż w werdykcie SN) dokonana poniekąd „od tyłu”, bo dopiero dzięki klauzuli nadużycia prawa. Łatwo zrozumieć przyczyny dla których przyjęto takie właśnie rozwiązanie, lecz przynosząca tutaj taki sam efekt teza SN jest na tle tej sprawy najwłaściwszą, a w niektórych innych sytuacjach jedyną poprawną, wtedy np. gdy nie spełnienie życzeń zmarłego nie będzie można uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Warto też zwrócić uwagę na reakcję tego Sądu na próby uzyskania przez córkę zmarłej korzystnego dla siebie wyroku przez odwoływanie się do potrzeby ochrony interesów pozostałych osób żywych, z powołaniem się na to, iż „dwu wnukom zmarłej bliżej jest na cmentarz na Zarzewiu, a także to, że niektórzy członkowie jej rodziny są tam – w różnych zresztą grobach – pochowani”. Jak widać, w tej konfrontacji interesów żywych i praw zmarłych jednoznacznie opowiedziano się za potrzebą ochrony tych drugich, tzn. woli osoby zmarłej, która wskazała osobę uprawnioną do wyboru miejsca swojego pochówku, a może nawet za ochroną jej prawa do „spoczywania w pokoju”. Co wcale nie znaczy, że w innej sytuacji wybór miejsca pochówku przez osobę wskazaną nie może być uznany za nadużycie prawa, np. wówczas, gdy osoba ta w celu szykanowania innych osób bliskich zmarłemu dokonała pochówku w odległym krańcu Polski, zaś wybór tego miejsca niczym istotnym nie jest umotywowany. Zauważmy jeszcze, że drugi z przytoczonych wyżej argumentów powódki w którym wskazano, iż za przeniesieniem zwłok zmarłej na cmentarz na Zarzewiu przemawiać ma to, że są tam już pochowani niektórzy członkowie jej rodziny może mógłby mieć jakieś znaczenie, gdyby zmarła woli swojej *expressis verbis* nie wyraziła. Rzeczy miały się jednak inaczej i Sąd Wojewódzki słusznie także ten argument odrzucił, choć zastanawiać się można, dlaczego za stosowne uważał podkreślić, że członkowie rodziny zmarłej są na cmentarzu tym pochowani „w różnych zresztą grobach [...]”. Sądzę bowiem, że nie miałyby znaczenia dla oceny siły tego argumentu to, gdyby na cmentarzu tym znajdował się nawet grób rodzinny. Ochrona dóbr osobistych zmarłego jest bowiem uniwersalną, nie tylko przed najczęstszym zagrożeniem przez obcych, ale także przed rodzinnym zniewalaniem pośmiertnym, choćby przez „skazywanie na grobowiec rodzinny”.

Przechodząc do właściwego uzasadnienia tezy orzeczenia Sądu Najwyższego wydanego w związku z zaskarżeniem przez powódkę werdyktu SW, zwłaszcza do tego jego passusu, w którym stwierdzono, że „dla sprawy istotne znaczenie ma [...] wyjaśnienie, jakie znaczenie ma wola osoby zmarłej co do miejsca i sposobu jej pochowania. Artykuł 10 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych tej kwestii nie reguluje, ale zasada, że decyzje te dotyczą dóbr osobistych osoby, która liczy się ze swą śmiercią, nakazuje przyjęcie stanowiska, że o miejscu swego pochowania, sposobie tego pochowania, a także o wyborze osób, które mają się zająć pogrzebem i podjąć w związku z tym decyzje, jakich zmarły nie pozostawił, decyduje przede wszystkim wola zmarłego, dopiero w razie braku takiej woli zajęcie się pogrzebem, a więc także podjęcie koniecznych w związku z tym decyzji, należy do osób wymienionych w art. 10 wspomnianej ustawy, z zachowaniem wskazanej tam kolejności. Wykładnię tę potwierdza zresztą powszechna praktyka społeczna”. Wychodząc z takich właśnie założeń Sąd

Najwyższy w końcowej części uzasadnienia stwierdził nadto: „skoro pozwana została wybrana przez zmarłą (co zresztą było uzasadnione bliskimi stosunkami łączącymi te dwie kobiety) jako ta, która ma się zająć jej pogrzebem, i skoro pozwana dostosowała się ściśle do woli zmarłej, to jej pochówek, jako zgodny z jej wolą, odpowiada przepisom ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych”. To oczywiście, że w sytuacji tej rewizja powódki musiała zostać oddalona.

Prawie wszystkie przytoczone stwierdzenia zasługują na uznanie i jeżeli pozwalam sobie w tym miejscu na jakikolwiek komentarz, to będzie on miał na celu głównie ich interpretację. Dotyczy to przede wszystkim tego passusu, w którym stwierdzono, że o miejscu i sposobie pogrzebania oraz wyborze osoby, która ma się tym zająć decyduje w pierwszej kolejności wola osoby zmarłej. Wydaje się, że warto zwrócić tu uwagę na dwie sprawy. Prawo wyboru miejsca, sposobu pogrzebania oraz osoby, która ma się tym zająć, to niewątpliwie dobro osobiste żywych. Może nawet nie odrębne dobro, lecz element dobra osobistego wolności. Natomiast prawo do spoczywania w wybranym miejscu, do pogrzebania w wybrany sposób i dokonania tych czynności przez wybraną osobę, to już z natury rzeczy element specyficznego dobra osobistego tylko zmarłych.

Trudno przy tym uznać za poprawną opinię, że pochówek zmarłej Zofii R., dokonany zgodnie z jej wolą przez pozwaną, odpowiada przepisom ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Oczywiście, nie tylko nie odpowiada, ale się nawet z ustawą tą kłóci, bo ta przecież nie zawiera ani jednego postanowienia, które przewidywałoby ochronę woli osoby zmarłej. To samo należałoby powiedzieć o opinii SN, że przyznanie prawa pozwanej do pochowania zmarłej „nie narusza prawa powódki do pochowania matki, gdyż ze względu na inną wolę zmarłej dla powódki prawo takie nie powstało”. Gdyby bowiem ograniczyć się do wspomnianej ustawy, to niewątpliwie prawo powódki zostało jednak naruszone, gdyż powstaje ono *ex lege* bez względu na pozbawioną znaczenia na tle tej ustawy wolę osoby zmarłej. Z kolei z tego, co Sąd ten zauważył podkreślając, iż wybór pozwanej przez zmarłą był uzasadniony bliskimi stosunkami łączącymi te dwie kobiety, w żadnym wypadku nie można wyciągnąć wniosku, że swoboda wyboru takiej osoby przez później zmarłą jest czymkolwiek ograniczona lub może być poddawana jakiegokolwiek ocenie (poza raczej wymyśloną sytuacją, gdy wybór takiej osoby byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego).

W uzasadnieniu stwierdzono również, że o zgodności pochówku zmarłej z UoCiChZ świadczy i to, że „pозwana dostosowała się ściśle do woli zmarłej [...]”. Można więc zapytać, co – gdyby się tak nie stało – stanowiłoby przedmiot naruszenia? I kto byłby legitymowany do wniesienia żądania ochrony woli zmarłej? A gdyby takiej legitymacji, za czym wiele przemawia, odmówić nawet córce zmarłej i gdyby nie było nikogo innego (poza prokuratorem), kogo legitymację można by *in casu* zasadnie uznać (choćby z grona osób wymienionych w art. 10 UoCiChZ), w konsekwencji: czy wówczas należałoby naruszenie woli zmarłej potraktować na gruncie prawa cywilnego i ostatecznie w ogóle za „bezkarne”? Zwróćmy również raz jeszcze uwagę na powtórzony za Sądem Wojewódzkim pogląd, że w szczególnych okolicznościach rozpatrywanej sprawy „powódka nie mogłaby kwestionować pochówku dokonanego przez pozwaną nawet wtedy, gdyby zmarła nie wyraziła w tym przedmiocie swej woli”. Nie jest do końca jasne, czy zdaniem SN powódka nie mogłaby kwestionować tylko już dokonanego pochówku, czy również nie mogłaby kwestionować niewykonanego jeszcze prawa do niego. Wydaje się, że stanowisko zajęte przez SN powinno być odniesione do obydwu tych sytuacji. Wynika z niego chyba i to, że same te okoliczności stanowią wystarczającą przesłankę powstania prawa pozwanej do pochowania zmarłej, mimo

tę, że nie należy ona do kręgu osób wymienionych w art. 10 UoCiChZ. To znowu potwierdza wyrażoną już wyżej opinię, że znaczenia tej ustawy dla cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych zmarłego nie tylko nie można przeceniać, ale nawet traktować jej za wiążącą na tym obszarze.

Zauważamy jeszcze, że jedną z okoliczności przemawiających przeciwko uznaniu prawa powódki do pochowania swojej matki było to, że była ona z nią od lat skłócona, przy czym Sąd Najwyższy podkreślił, że nie ma znaczenia to jaka była przyczyna tego stanu rzeczy. Wynika stąd pogląd, że skłócenie osoby zmarłej z osobą uprawnioną *ex lege* do jej pochowania może być jednym z powodów dla odmówienia tej osobie owego prawa i to nawet w sytuacji, gdy przyczyny tego stanu rzeczy leżały po stronie i były zawinione przez zmarłego. Widać z tego, jak daleko idącą jest ochrona nie tylko wyraźnie wyrażonej woli zmarłego, lecz nawet tej, której domniemywać można *per facta concludentia*.

XVI. Ochrona dóbr osobistych żołnierzy i jeńców pochowanych na cmentarzach wojennych oraz ofiar wojen, represji politycznych i przemocy totalitarnej. Artykuł 2 ustawy z 28 III 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych²⁵⁷² nakazuje: groby wojenne²⁵⁷³ „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”²⁵⁷⁴. Dla interesującej mnie problematyki ochrony dóbr osobistych zmarłego pewne znaczenia mają unormowania zawarte w art. 4 UoGiCW, zgodnie z którymi wojewodzie „przysługuje 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 niemała 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 dnia 28 marca 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych²⁵⁷⁵, zgodnie z którym „o zamierzonej z urzędu ekshumacji zwłok z grobu wojennego władza zawiadamia

²⁵⁷² Dalej oznaczanej skrótem: UoGiCW.

²⁵⁷³ Zgodnie z art. 1 tej ustawy grobami takimi są, w rozumieniu UoGiCW: „1) groby poległych w walkach o niepodległość i zjednoczenie Państwa Polskiego, 2) groby osób wojskowych, poległych lub zmarłych z powodu działań wojennych, bez względu na narodowość, 3) groby sióstr miłosierdzia i wszystkich osób, które, wykonując zleczone im czynności przy jakiegokolwiek formacji wojskowej, poległy lub zmarły z powodu działań wojennych, 4) groby jeńców wojennych i osób internowanych, 5) groby uchodźców z 1915 r., 6) 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., 7) groby i cmentarzyska prochów ofiar niemieckich i sowieckich obozów, 8) groby 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...*, s. 95.

²⁵⁷⁴ Ta regulacja, która nie mogła budzić wątpliwości w chwili jej uchwalenia, może i m. zd. 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 miejscom takich pochówków szacunku, inaczej niż powagi, o której przepis ten również wspomina.

²⁵⁷⁵ Dz. U. Nr 85, poz. 595.

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 UoGiCW przewidziano natomiast, również szersze aniżeli zawarte w art. 15 ust. 1 UoCiChZ, przesłanki ekshumacji dokonywanej „wskutek umotywowanej prośby rodziny lub otoczenia osoby, pochowanej w grobie wojennym, bądź prośby instytucji społecznej [...]”, uwzględniając, które władza „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 instytucji społecznej nie przewidziano, nawet we wskazanym rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z 23 października 1933 r. w sprawie wykonania ustawy o grobach 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; inna sprawa, że ekshumacja na prośbę „otoczenia” albo instytucji społecznej, o ile nie byłaby ona zgodna z wolą wyrażoną przez zmarłego, w ogóle nie powinna być dopuszczalną, nawet mimo zgody wyrażonej przez wskazane osoby z rodziny zmarłego.

Można łatwo odtworzyć motywy regulacji zawartej w art. 5 UoGiCW, zgodnie z którym przeprowadzanie „robót ziemnych, wznoszenie pomników i innych urządzeń na cmentarzach i grobach wojennych wymaga zezwolenia wojewody”, choć domyślać się można i tutaj potrzeby respektu dla dóbr osobistych tych, o których groby chodzi²⁵⁷⁶. W art. 6 ust. 1 UoGiCW 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 dnia 21 stycznia 1988 r. o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa [...]”²⁵⁷⁷. Przyjęto też jako regułę, że koszty „utrzymania grobów i cmentarzy wojennych są ponoszone ze środków budżetu państwa” (ust. 2)²⁵⁷⁸,

²⁵⁷⁶ Nadto zob. W. Graboń, *Zasadnicze...*, s. 139. Nie sposób natomiast doszukać się ani u zarania, ani przez dziesiątki lat potem, jakiegokolwiek uzasadnienia dla, przez nikogo chyba nieprzestrzeżanej, regulacji zawartej w uchylonym dopiero niedawno ust. 2 tego artykułu, zgodnie z którym „zezwoleń władzy wymaga również dokonywanie zdjęć fotograficznych i planów sytuacyjnych cmentarzy wojennych, oraz tych grobów wojennych, które są położone poza obszarem cmentarzy wyznaniowych i gminnych.” Zob. zachowane wskazanie, że do kompetencji wojewody należy „udzielanie zezwoleń na dokonywanie zdjęć fotograficznych poszczególnych mogił wojennych [...]” (§ 2 ust. 1 lit. c wskazanego rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 23 października 1933 r. w sprawie wykonania ustawy o grobach i cmentarzach wojennych).

²⁵⁷⁷ Dz. U. Nr 2, poz. 2 ze zm.

²⁵⁷⁸ Zważywszy ten obowiązek, budzi zasadnicze zastrzeżenia wyrok SN z 1 II 2001 r., I CKN 1099/98, OSNC 2001, poz. 135, bagatelizujący ekonomiczne konsekwencje usytuowania grobów wojennych na prywatnej posesji oraz pomijający okoliczności, w których jej właścicielka rzekomo mogła domagać się od Skarbu Państwa, nawet przed 1989 r., nabycia nieruchomości, na której

przy czym wojewoda „może, w drodze porozumienia, powierzyć jednostce samorządu terytorialnego obowiązek utrzymania grobów i cmentarzy wojennych, z jednoczesnym 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”²⁵⁷⁹. Unormowania dotyczące grobów i cmentarzy wojennych uzupełniają odpowiednio stosowane przepisy ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych²⁵⁸⁰, z wyjątkiem jej art. 6 (art. 10 UoGiCW)²⁵⁸¹.

Z problematyką ochrony dóbr osobistych dotyczących pochówków, ekshumacji oraz grobów wiążą się również niektóre postanowienia umowy zawartej 22 lutego 1994 r. między rządem Rzeczypospolitej Polskiej a rządem Federacji Rosyjskiej o grobach i miejscach pamięci ofiar wojen i represji oraz podobnej umowy zawartej 21 marca 1994 r. z rządem Ukrainy o ochronie miejsc pamięci i spoczynku ofiar wojny i represji politycznych, a także bliźniaczej umowy zawartej 21 stycznia 1995 r. z rządem Republiki Białoruś o ochronie grobów i miejsc pamięci ofiar wojen i represji.

Umowa z rządem Federacji Rosyjskiej reguluje współpracę „w zakresie rozwiązywania wszelkich spraw związanych z ustalaniem, rejestracją, urządzaniem, zachowywaniem i należywym 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 [...]” (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”²⁵⁸²; w zd. 2 art. 1 ust. 1 tego przepisu wyjaśniono też, że postanowienia

usytuowano te groby; ten werdykt budzi też zasadnicze zastrzeżenia w świetle art. 3 ust. 1 UoGiCW przewidującego obowiązek – ciążyący 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 powódce, która powstrzymała się od ekonomicznej eksploatacji posesji, na której usytuowana były groby żołnierzy niemieckich, choć te poddane są przecież reżimowi ochronnemu przewidzianemu w UoGiCW. Zob. nadto i.k., pek, *Nikt nie kupi...*, s. A9.

²⁵⁷⁹ 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).

²⁵⁸⁰ Nadto por. art. 1 ust. 2 pkt 1-3, art. 3, 4 i 7-10 ustawy z 7 V 1999 r. o ochronie terenów byłych hitlerowskich obozów zagłady (Dz. U. Nr 41, poz. 412 ze zm.).

²⁵⁸¹ Kuriozalne konsekwencje zdają się natomiast na pozór wynikać z niezmienionego art. 12 UoGiCW, zgodnie z którym na dawnym obszarze województwa śląskiego zamiast przepisów UoCiChZ należałoby stosować odpowiednio, w odniesieniu do grobów i cmentarzy wojennych, przepisy obowiązujące na tym obszarze przed wejściem w życie w 1933 r. UoGiCW. Nie sposób zrozumieć powodów, dla których tej części owego przepisu dotąd nie uchylono.

²⁵⁸² We „Wspólnym Oświadczeniu Ministrów Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej i Federacji Rosyjskiej”, załączonym do UMmRRPaRFR, „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

tej umowy „obejmują także sprawy związane z ekshumacją szczątków zwłok i godnym ich pamięci pochowaniem”²⁵⁸³.

Bardzo podobną regulację zawarto w preambule oraz art. 1 UMmRRPaRU z tym, że mowa w nim m.in. o ochronie miejsc pamięci i spoczynku osób poległych i pomordowanych na skutek wojen i represji politycznych²⁵⁸⁴, brak jest 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 UMmRRPaRRB, która zawiera postanowienia analogiczne do przywołanych unormowań UMmRRPaRFR, 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).

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 UMmRRPaRFR 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 UMmRRPaRU mowa w art. 4 ust. 1 o uwzględnianiu „w razie potrzeby”, podczas realizacji przedsięwzięć przewidzianym w tym artykule, zwyczajów narodowych i tradycji religijnych innych narodów, co jest formułą szerszą aniżeli przyjęta w UMmRRPaRFR, choć poprawną jest dopiero formuła, która posłużono się w art. 4 ust. 5 UMmRRPaRRB, gdzie mowa o uwzględnianiu, bez jakichkolwiek uwarunkowań i ograniczeń, tradycji narodowych i religijnych. Wszystkie trzy umowy przewidują wymianę posiadanych informacji (w UMmRRPaRFR mowa o „wszelkich posiadanych informacjach”) m.in. o miejscach spoczynku oraz danych osobowych poległych i pomordowanych (art. 3 ust. 1 UMmRRPaRU), w art. 2 ust. 1 UMmRRPaRFR także danych osobowych zamęczonych, tylko w art. 2 ust. 2 UMmRRPaRRB znowu przyjęta została formuła najszersza i przez to właściwa, bo wymienia się tu miejsca spoczynku oraz dane osobowe zmarłych, poległych i pomordowanych²⁵⁸⁵, natomiast wymianę również wszelkich innych informacji dotyczących pochowanych osób, a związanych z realizacją zawartych umów, przewidują art. 3 ust. 1 UMmRRPaRU i art. 2 ust. 2 UMmRRPaRRB; każda z trzech umów przewiduje nadto sporządzenie wykazów wszystkich znanych miejsc spoczynku, lecz tylko art. 2 ust. 2 UMmRRPaRFR przewiduje uwzględnianie w takich wykazach także danych osobowych pochowanych.

współpracę w celu zachowania na swoich terytoriach państwowych miejsc pamięci związanych z historią Polski i Rosji”.

²⁵⁸³ Zob. np. H. Pasek, *Kraków. Ekshumacja...*, s. 3.

²⁵⁸⁴ 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 protokołów dodatkowych 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 pomordowanych lub poległych podczas wszystkich wojen.

²⁵⁸⁵ O ustalaniu danych osobowych mowa też w art. 6 ust. 1 UMmRRPaRFR, dotyczącym przyjmowania specjalnych grup roboczych mających za zadanie także przeprowadzanie przedsięwzięć związanych z upamiętnianiem pochowanych, podobny zapis zawarty jest w art. 7 ust. 1 UMmRRPaRU, brak takiego postanowienia w art. 6 ust. 1 UMmRRPaRRB jest zrozumiałe zważywszy najszerszą formułę, która została w nim przyjęta.

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 UMmRRPaRFR, art. 3 ust. 2 i art. 4 UMmRRPaRU, art. 2 ust. 3 i art. 3 UMmRRPaRRB), 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 UMmRRPaRFR), co nie jest wystarczające dla praktykowanego na polskich cmentarzach żołnierzy Armii Radzieckiej umieszczania przez bliskich poległych żołnierzy płyt prywatnych, często zawierających określenia lub symbole religijne²⁵⁸⁶, choć i to może stanowić przedmiot dodatkowych ustaleń Stron tej umowy²⁵⁸⁷. Wolna od podobnych wad jest natomiast formuła przyjęta w art. 3 ust. 4 UMmRRPaRRB, 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, zawarto w art. 4 ust. 2 UMmRRPaRU; tu też, zapewne pomni doświadczeń historycznych Polaków i Ukraińców, a może nawet bardziej związanych z tymi doświadczeniami emocji, dodano, że przy urządzeniu miejsc pamięci i spoczynku oraz realizacji przedsięwzięć mających na celu uczczenie pamięci poległych i pomordowanych, mogą być „wykorzystane symbole narodowe i religijne”²⁵⁸⁸.

²⁵⁸⁶ Na wrocławskich cmentarzach, oficerskim, przy ul. Karkonoskiej, i żołnierskim, na Skowroniej Górze, znajdują się takie płyty i tabliczki, rzadko ze zdjęciami, które najszybciej są niszczone, przywiezione przez bliskich z Rosji, Ukrainy, Białorusi, Gruzji i Armenii.

²⁵⁸⁷ W umowach znalazły się również postanowienia zobowiązujące Strony do dążenia „do usunięcia z terenu otaczającego miejsca pamięci i spoczynku wszelkich obiektów nieliczących z powagą tych miejsc” (art. 3 ust. 2 UMmRRPaRFR i art. 3 ust. 3 UMmRRPaRRB) lub do dążenia „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 UMmRRPaRU), które to 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 UMmRRPaRFR także „natychmiastowego”) informowania się o przypadkach (w UMmRRPaRFR o „wszystkich” przypadkach) wandalizmu wobec miejsc pamięci i spoczynku, ich zbezczeszczenia, zniszczenia lub uszkodzenia oraz podejmowaniu działań (w UMmRRPaRU „niezwłocznych”) w celu przywrócenia tym miejscom należytego porządku (w UMmRRPaRU „w celu odnowienia tych miejsc”), ukarania sprawców (brak takiego postanowienia w UMmRRPaRU) i zapobiegania podobnym aktom w przyszłości. Można przypuszczać, że dostrzegalny rygoryzm postanowień zawartych w UMmRRPaRFR był konsekwencją nierzadkich dewastacji i zdarzającego się bezczeszczenia cmentarzy żołnierzy Armii Radzieckiej w Polsce po 1989 r. 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 i nierzadki 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 jakichkolwiek przejawów dewastacji nawet grobów żołnierzy SS, w tym również tych, którzy po wojnie zmarli w polskich więzieniach, odbywając karę za zbrodnie wojenne.

²⁵⁸⁸ Takie przypuszczenie jest uzasadnione również w odniesieniu do sformułowania zawartego w preambule UMmRRPaRU, którego nie umieszczono ani w UMmRRPaRFR ani w UMmRRPaRRB, 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 [...]”, nadto w odniesieniu do sformułowania mówiącego o działaniu „na rzecz zbliżenia obu narodów i ich wzajemnego zrozumienia w przyszłości [...]” (w preambule UMmRRPaRRB mowa o interesie obu narodów i ich wzajemnym zrozumieniu, bez zbytecznego eksponowania tego, co zresztą oczywiste, że chodzi o zrozumienie w przyszłości, przypominające przy tym, że ze zrozumieniem w przeszłości nie było zawsze najlepiej).

W każdej z przedstawianych umów znalazły się postanowienia dotyczące ekshumacji szczątków zwłok żołnierzy i osób cywilnych, tyle że w UMmRRPaRFR 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 UMmRRPaRU i art. 4 ust. 1 UMmRRPaRRB)²⁵⁸⁹. 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 UMmRRPaRFR i art. 4 ust. 1 UMmRRPaRRB, wyłącznie na prośbę zainteresowanej Strony, co należy rozumieć jako prośbę tej Strony, na której terytorium szczątki nie są pochowane²⁵⁹⁰. Takie postanowienia znalazły się w art. 4 ust. 1 UMmRRPaRFR i w art. 4 UMmRRPaRRB, a choć o prośbie Strony, na której terytorium ekshumowane szczątki mają być pochowane, nie wspomina art. 5 UMmRRPaRU, nie inaczej należy interpretować i tu konieczne przesłanki takiej ekshumacji. W art. 4 ust. 2 i 3 UMmRRPaRFR mowa jest też o uzgodnieniu procedury „przeprowadzenia ekshumacji i przekazania szczątków zwłok, wraz ze znalezionymi przy nich przedmiotami osobistymi, dokumentami, odznaczeniami oraz dystynkcjami”, nadto o protokolarnym przekazaniu znalezionych przy zwłokach innych przedmiotów. O przekazywaniu tych innych przedmiotów nie wspomina UMmRRPaRRB (zob. art. 4 ust. 2), przekazywania jakichkolwiek znalezionych przy ekshumowanych szczątkach przedmiotów nie przewiduje UMmRRPaRU (zob. art. 5).

Wszystkie trzy umowy przewidują też możliwość zmiany, na terytorium tego samego państwa, miejsca spoczynku szczątków zwłok osób, których dotyczą postanowienia tych umów. Zgodnie z dwiema z nich jest to możliwe tylko w sytuacjach wyjątkowych (art. 5 ust. 1 UMmRRPaRFR i art. 5 ust. 1 UMmRRPaRRB), w świetle UMmRRPaRU 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 UMmRRPaRFR i art. 5 ust. 1 UMmRRPaRRB)²⁵⁹¹. W pierwszych postanowieniach

²⁵⁸⁹ 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.

²⁵⁹⁰ Takiego postanowienia nie zawiera UMmRRPaRU, ale jej art. 4 ust. 1 skłania do takich samych konkluzji, jaki formułują przytoczone postanowienia UMmRRPaRFR i UMmRRPaRRB. Zauważmy też, że tylko w UMmRRPaRFR stwierdzono, że i taka ekshumacja musi być przeprowadzona pod bezpośrednim nadzorem upoważnionych przedstawicieli Stron (art. 4 ust. 3).

²⁵⁹¹ Natomiast tylko w UMmRRPaRFR 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”. Dodacь warto, że ekshumacji dotyczyła 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”.

wszystkich trzech umów podkreślono potrzebę „godnego ich pamięci” ponownego pochowania ekshumowanych szczątków zwłok żołnierzy i osób cywilnych²⁵⁹².

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 odstępowstwa od tej reguły (art. 8 UMmRRPaRFR, art. 9 UMmRRPaRU i art. 8 UMmRRPaRRB)²⁵⁹³. W każdej z umów mowa też o zapewnieniu swobodnego dostępu „obywateli obu Państw do miejsc pamięci i spoczynku” (art. 10 ust. 1 UMmRRPaRFR) lub „do miejsc pamięci i spoczynku poległych i pomordowanych rodaków” (art. 10 ust. 1 UMmRRPaRU), w UMmRRPaRRB postanowienie bliźniacze do zawartego w UMmRRPaRFR 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.

Znacznie później, bo 8 grudnia 2003 r., zawarta została umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Republiki Federalnej Niemiec o grobach ofiar wojen i przemocy totalitarnej²⁵⁹⁴, w znacznej części różniąca się od umów zawartych wcześniej z Federacją Rosyjską, Ukrainą i Republiką Białoruś. W preambule UMmRRPaRRFN 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, należytym utrzymaniem 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”²⁵⁹⁵.

²⁵⁹² Zob. art. 1 ust. 1 UMmRRPaRFR, art. 1 UMmRRPaRU, nadto jej preambuła, w której znalazło 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 UMmRRPaRRB, 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 [...]”.

²⁵⁹³ Formuła przyjęta w UMmRRPaRFR, zwłaszcza w jej art. 8 ust. 2, jest pokretna i może być przeciwstawnie interpretowana, wad tych pozbawione są odpowiednie zapisy w UMmRRPaRU i UMmRRPaRRB.

²⁵⁹⁴ M. P. z 2005 r., Nr 55, poz. 749; umowę tę oznaczam dalej skrótem: UMmRRPaRRFN.

²⁵⁹⁵ Na dostrzeżenie zasługują postanowienia zawarte w art. 2 UMmRRPaRRFN, gdzie za poległych lub zmarłych „po Stronie niemieckiej wskutek wojen” uznano osoby zrównane w świetle prawa niemieckiego z członkami niemieckich sił zbrojnych, co spowodowało objęcie reżimem tej umowy m.in. także 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 jej art. 8, 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 sojusznicych Niemiec, w tym np. oddziałów ukraińskich

W art. 4 ust. 1 UMmRRPaRRFN przewidziano m.in. swobodny dostęp do grobów „oraz prawo wiecznego spoczynku poległym i zmarłym wskutek wojen i przemocy totalitarnej”²⁵⁹⁶. Pewne znaczenie w zakresie ochrony przede wszystkim prawa do kultu pamięci o zmarłym, szcążkowo zaś odnoszących się także do ochrony dóbr osobistych samych zmarłych, mają unormowania zawarte w art. 7 ust. 3-5 UMmRRPaRRFN²⁵⁹⁷.

i estońskich SS, nie dotyczy zaś np. żołnierzy włoskich, których chowano w Polsce na włoskich cmentarzach wojennych, np. w Warszawie i nielicznie we Wrocławiu. Wspominam o tym, gdyż wskazana w UMmRRPaRRFN potrzeba godnego upamiętnienia ofiar wojny wymaga odniesienie się do w zasadzie tolerowanej, rzadko kiedy powściągananej przez polską Radę Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, praktyki realizującego w Polsce zadania wynikające z omawianej umowy, za pośrednictwem Fundacji „Pamięć”, Narodowego Związku Niemieckiej Opieki nad Grobami Wojennymi – stowarzyszenia zarejestrowanego („Volksbund Deutsche Kriegsgräberfürsorge e.V.”) z siedzibą w Kassel (art. 9 ust. 2 tej umowy). Na przykład na niemieckim cmentarzu wojennym w podwrocławskich Nadolicach Wielkich, chowane są pospołu szczątki esesmanów, znanych ze zbrodniczej działalności, w tym wobec działaczy Polonii wrocławskiej, także wartowników obozu koncentracyjnego Auschwitz-Birkenau oraz rozstrzelanych przez Niemców, podczas oblężenia Festung Breslau, żołnierzy i oficerów niemieckich oskarżanych o defetyzm czy szerzenie antypaństwowych informacji. Najbardziej spektakularną była próba upamiętnienia na pomniku wystawionym w kwaterze żołnierzy niemieckich na warszawskim Cmentarzu Północnym, na Wólce Węglowej, powieszono na podstawie wyroku sądu polskiego gen. SS J. Stroppa, dowodzącego akcją tłumienia powstania w Getcie Warszawskim. Zob. np. M. Zaporowska, *To się panu Moczarskiemu nie śniło...*, s. 24; M. Zaporowska, *Skandal cmentarny...*, s. 69 i n.; M. Zaporowska, *Kto nam ukradł esesmanów...*, s. 12-13 i 15; M., Z. i P. Zaporowscy, M. Matusiewicz, *Esesmańskie cmentarze...*, s. 102 i n.; M. Zaporowska, *Ausgemeißelt. Deutsche Kriegsgräberfürsorge...*, s. 15. Por. D. Frey, *Forma...*, s. 13.

²⁵⁹⁶ 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 UMmRRPaRRFN, 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 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).

²⁵⁹⁷ 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

W art. 10 UMmRRPaRRFN 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 trzeciego²⁵⁹⁸, pewne znaczenie dla interesującej 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”.

Uzupełniając omówione unormowania warto jeszcze przedstawić wybrane przepisy konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny podpisanych 12 VIII 1949 r. I tak w art. 15 ust. 1 konwencji genewskiej o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych z 12 VIII 1949 r.²⁵⁹⁹ postanowiono, że w „każdym czasie, a zwłaszcza po bitwie, Strony w konflikcie przedsięwzją niezwłocznie wszelkie możliwości środki [...] również w celu wyszukania poległych i niedopuszczenia do ich ograbienia”, zaś jej art. 16 ma na celu zapewnienie danych pozwalających na ustalenie także tożsamości zmarłych²⁶⁰⁰.

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 „Umawiające się Strony dołożą wszelkich starań w celu zapobiegania powstawaniu w otoczeniu cmentarzy wojennych obiektów lub urzędzeń nieliczących z powagą tych miejsc”.

²⁵⁹⁸ 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 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 tej umowy, 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”.

²⁵⁹⁹ Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171 ze zm.

²⁶⁰⁰ Zgodnie z tym artykułem strony „w konflikcie powinny możliwie najprędzej zarejestrować wszystkie dane mogące pomóc do ustalenia tożsamości rannych, chorych i zmarłych strony przeciwnej, którzy znaleźli się w ich władzy. Te informacje powinny w miarę możliwości zawierać: a) oznaczenie Mocarstwa, któremu oni podlegają, b) przydział lub numer książeczki wojskowej, c) nazwisko, d) imię lub imiona, e) datę urodzenia, f) wszelkie inne dane znajdujące się na karcie lub tabliczce tożsamości, g) datę i miejsce wzięcia do niewoli lub zgonu, h) wiadomości dotyczące ran, choroby lub przyczyny śmierci. W możliwie najkrótszym czasie wyżej wymienione informacje powinny być przesłane do Biura Informacji, przewidzianego w artykule 122 Konwencji Genewskiej z dnia 12 sierpnia 1949 r. o traktowaniu jeńców wojennych, które je przekaże Mocarstwu, któremu te osoby podlegają, za

Zważywszy przedmiot moich rozważań najdonioślejsze są jednak postanowienia zawarte w art. 17 tej konwencji. Zgodnie z jego ust. 1 strony „w konflikcie czuwać będą nad tym, aby pogrzebanie lub spalenie zwłok dokonywane indywidualnie, jeżeli okoliczności na to pozwolą, było poprzedzone przez dokładne i w miarę możliwości lekarskie zbadanie zwłok w celu stwierdzenia śmierci, ustalenia tożsamości i umożliwienia zdania z tego sprawy. Połowa podwójnej tabliczki tożsamości albo cała tabliczka, o ile jest pojedyncza, pozostanie na zwłokach”. W ust. 2, mając na względzie także ochronę wyznania zmarłego żołnierza postanowiono, że zwłoki „będą mogły być spalone tylko z powodu naglących wymagań higieny albo ze względów wynikających z religii zmarłych. W razie spalenia zwłok należy szczegółowo wymienić okoliczności i przyczyny tego spalenia w akcie zgonu albo w uwierzytelnionej liście zmarłych.” Podobne *ratio legis*, tyle że w szerszym kontekście, przyświecało unormowaniu zawartemu w ust. 3 tego artykułu, zgodnie z którym strony „w konflikcie będą ponadto czuwać nad tym, aby zmarli byli grzebani z czcią i w miarę możliwości zgodnie z obrządkami religii, którą wyznawali, aby ich groby były szanowane, zgrupowane, o ile możliwości, podług narodowości zmarłych, należycie utrzymane i tak oznaczone, aby mogły być zawsze odszukane. W tym celu zorganizują one urzędowo na początku działań wojennych zarząd grobów dla umożliwienia ewentualnych ekshumacji, zapewnienia tożsamości zwłok bez względu na rozmieszczenie grobów i ewentualnego ich odesłania do kraju pochodzenia. Te postanowienia stosują się również do popiołów, które będą przechowywane przez zarząd grobów aż do czasu, gdy kraj pochodzenia zawiadomi ostatecznie o swych życzeniach w tej sprawie”; regulacje te uzupełniono w ust. 4, na podstawie którego, jak „tylko pozwolą na to okoliczności, a najpóźniej po ustaniu działań wojennych, zarządy te wymienią między sobą, za pośrednictwem Biura Informacji wspomnianego w ustępie drugim artykułu 16, wykazy, podające dokładne położenie i oznaczenie grobów, jak również informacje dotyczące pochowanych tam zmarłych”.

W części podobne postanowienia zawarte zostały w konwencji genewskiej o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu z 12 VIII 1949 r.²⁶⁰¹; jej art. 19 zawiera unormowania, z których niektóre są tożsame, inne w całości pokrewne przepisowi art. 16 wcześniej przywołanej konwencji genewskiej o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych; szczególną regulację zamieszczono zaś w art. 20, zgodnie z którym strony „w konflikcie będą czuwać nad tym, aby zatopienie zwłok, dokonywane indywidualnie, jeżeli okoliczności na to pozwolą, było poprzedzone przez dokładne i w miarę możliwości lekarskie zbadanie zwłok, w celu stwierdzenia śmierci, ustalenia tożsamości zmarłego i umożliwienia zdania z tego sprawy. Jeśli zmarły posiadał podwójną tabliczkę tożsamości, połowa tej tabliczki pozostanie na zwłokach” (ust. 1)²⁶⁰².

pośrednictwem Mocarstwa opiekuńczego i Centralnego Biura Informacji o jeńcach wojennych. Strony w konflikcie sporządzą i przekażą sobie w trybie wskazanym w poprzednim ustępie akty zgonów lub wykazy zgonów należycie uwierzytelnione. Zbiorą one również i prześlą sobie za pośrednictwem tego samego Biura połowy podwójnych tabliczek tożsamości, testamenty lub inne dokumenty, mające znaczenie dla rodziny zmarłych, pieniądze i wszystkie w ogóle przedmioty znalezione przy zwłokach, a mające wartość rzeczyswą lub pamiątkową. Przedmioty te, jak również przedmioty, których właściciele nie zdołano ustalić, będą odesłane w paczkach opieczętowanych wraz z deklaracjami, zawierającymi wszelkie szczegóły niezbędne do ustalenia tożsamości zmarłego posiadacza, jak również dokładny spis zawartości paczki”.

²⁶⁰¹ Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171 ze zm.

²⁶⁰² W ust. 2 dodano, że w „razie wylądowania zwłok na ląd stosuje się postanowienia Konwencji Genewskiej z 12 sierpnia 1949 r. o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych.” W kolejnym art. 21 ust. 1 przewidziano zaś, że strony „w konflikcie będą mogły odwołać się do

Z kolei na podstawie art. 120 konwencji genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych z 12 VIII 1949 r.²⁶⁰³ pogrzebanie „lub spalenie zwłok powinno być poprzedzone badaniem lekarskim zwłok w celu stwierdzenia zgonu, umożliwienia sporządzenia sprawozdania oraz jeżeli zajdzie tego potrzeba ustalenia tożsamości zmarłego. Władze zatrzymujące czuwać będą nad tym, aby jeńcy wojenni, zmarli w czasie niewoli, byli grzebani z czcią i w miarę możliwości zgodnie z obrządkami religii, którą wyznawali, oraz aby ich groby były szanowane, odpowiednio utrzymywane i oznaczone w taki sposób, aby można je zawsze było odnaleźć. Ilekroć to będzie możliwe, zmarli jeńcy wojenni należący do tego samego Mocarstwa pochowani będą w tym samym miejscu” (ust. 3 i 4)²⁶⁰⁴. W kolejnym ust. 5 przewidziano, że zmarli „jeńcy wojenni pochowani będą indywidualnie z wyjątkiem przypadków, gdy pochowanie we wspólnym grobie będzie konieczne ze względu na siłę wyższą. Zwłoki mogą być spalone tylko wówczas, kiedy wymagają tego naglące względy higieny lub religia zmarłego albo jeżeli wyraził on takie życzenie. W przypadku spalenia zwłok zostanie to zaznaczone wraz ze wskazaniem motywów w świadectwie zgonu”.

Zagadnień związanych z identyfikacją grobów dotyczy też unormowanie zawarte w ust. 6 tego artykułu, zgodnie z którym, aby „można było zawsze odnaleźć groby, wszelkie informacje ich dotyczące powinny być rejestrowane przez zarząd grobów, utworzony przez Mocarstwo zatrzymujące. Spisy grobów oraz informacje dotyczące jeńców wojennych, pochowanych na cmentarzach lub gdzie indziej, przekazane zostaną Mocarstwu, do którego należeli jeńcy wojenni. Troska o te groby i rejestrowanie każdego późniejszego przeniesienia zwłok jest obowiązkiem Mocarstwa kontrolującego dane terytorium, jeżeli jest ono stroną Konwencji. Postanowienia te stosują się również do popiołów, które będą przechowywane przez zarząd grobów do chwili, gdy kraj pochodzenia zawiadomi ostatecznie o swych życzeniach w tej sprawie”²⁶⁰⁵.

Podobne, choć nie tak obszerne postanowienia zawarte zostały w konwencji genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 VIII 1949 r.²⁶⁰⁶.

miłosierdzia kapitanów neutralnych statków handlowych, jachtów lub łodzi, aby przyjęli na pokład i otoczyli opieką rannych, chorych lub rozbitków oraz zebrali zwłoki”.

²⁶⁰³ Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171 ze zm.

²⁶⁰⁴ W poprzedzającym ust. 2 tego artykułu postanowiono, że świadectwa „zgonu wszystkich jeńców wojennych zmarłych w niewoli, sporządzone według wzoru załączonego do niniejszej Konwencji, albo wykazy poświadczające zgodność przez odpowiedzialnego oficera przesłane będą w najkrótszym terminie do Biura Informacji o jeńcach wojennych, utworzonego zgodnie z art. 122. W tych świadectwach lub wykazach powinny być zamieszczone dane co do tożsamości, wymienione w ustępie 3 art. 17, miejsce i data zgonu, przyczyna zgonu, miejsce i data pochowania, jak również wszelkie informacje konieczne dla rozpoznania grobów”.

²⁶⁰⁵ Warto również wspomnieć o art. 121 ust. 1 tej konwencji, zgodnie z którym po „każdym zgonie lub poważnym zranieniu jeńca wojennego spowodowanych lub przypuszczalnie spowodowanych przez wartę, przez innego jeńca wojennego lub przez jakąkolwiek inną osobę, jak również po każdym zgonie, którego przyczyny są niustalone, Mocarstwo zatrzymujące przeprowadzi natychmiast oficjalne śledztwo”. Por. art. 131 ust. 1 wskazanej niżej konwencji genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 VIII 1949 r.

²⁶⁰⁶ Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171 ze zm. W jej art. 129 ust. 2 i 3 ustalono, że zgon „każdego internowanego zostanie stwierdzony przez lekarza. Sporządzone zostanie świadectwo stwierdzające przyczyny śmierci i okoliczności, w jakich nastąpiła. Zostanie sporządzony i należyście zarejestrowany urzędowy akt zejścia stosownie do przepisów obowiązujących na terytorium, na którym znajduje się miejsce internowania. Poświadczony za zgodność odpis aktu zejścia przesyłany będzie niezwłocznie Mocarstwu opiekuńczemu i Centralnemu Biuru przewidzianemu w artykule 140”. Najistotniejsze dla moich rozważań regulacje zawiera kolejny art. 130, zgodnie z którym władze „zatrzymujące czuwać będą nad tym, aby internowanych, zmarłych w niewoli, chowano z należną czcią, jeżeli to możliwe - z dopełnieniem obrzędów ich wyznania, oraz aby ich groby były szanowane, należyście utrzymane i oznaczone w sposób umożliwiający zawsze ich odnalezienie. Zmarli internowani będą grzebani pojedynczo, chyba że na skutek siły wyższej zajdzie konieczność pochowania ich we wspólnym grobie. Palenie zwłok jest dozwolone wyłącznie wówczas, gdy wymagają tego naglące względy higieny lub jeżeli zmarły wyraził taką wolę. O spaleniu zwłok należy uczynić wzmiankę w akcie zejścia internowanego z podaniem motywów. Władze zatrzymujące starannie przechowują proch i przesyłają je rodzinie

Warto jeszcze wspomnieć, że w art. 34 ust. 1 protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 VIII 1949 r., dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I)²⁶⁰⁷, postanowiono, że szczątki „osób zmarłych z przyczyn związanych z okupacją lub w czasie pozbawienia wolności spowodowanego okupacją lub działaniami wojennymi oraz osób, które nie były obywatelami państwa, w którym zmarły w związku z działaniami wojennymi, powinny być szanowane; groby tych osób powinny być szanowane, utrzymywane i oznaczone, tak jak to przewiduje artykułu 130 Czwartej Konwencji, jeśli tych szczątków lub grobów nie dotyczy bardziej korzystne traktowanie w myśl Konwencji lub niniejszego protokołu”. Głównie w trosce o możliwość realizacji kultu pamięci o zmarłych w ust. 2 tego artykułu przewidziano, że gdy „pozwolą na to okoliczności i stosunki między przeciwnymi stronami, Wysokie Umawiające się Strony, na których terytorium położone są groby oraz ewentualnie inne miejsca, w których znajdują się szczątki osób zmarłych z powodu działań wojennych, podczas okupacji lub w okresie pozbawienia wolności, powinny zawrzeć porozumienia w celu: (a) ułatwienia dostępu do grobów członkom rodzin zmarłych i przedstawicielom oficjalnych służb rejestracji grobów oraz wydania praktycznych zarządzeń dotyczących tego dostępu; (b) zapewnienia stałej opieki i utrzymania tych grobów; (c) ułatwienia powrotu szczątków osób zmarłych i ich osobistych rzeczy do kraju pochodzenia na wniosek tego kraju lub jeśli ten kraj się nie sprzeciwia – na wniosek rodziny”. Z regulacją tą wiąże się przepis zawarty w ust. 3, w którym przyjęto, że w „braku porozumień przewidzianych w ustępie 2 pkt (b) lub (c) i gdy kraj pochodzenia takich zmarłych nie wyraża woli zapewnienia utrzymania takich grobów na swój koszt, Wysoka Umawiająca się Strona, na której terytorium te groby się znajdują, może zaproponować ułatwienie powrotu szczątków do kraju pochodzenia. Jeżeli ta propozycja nie zostanie przyjęta w ciągu 5 lat od jej złożenia, Wysoka Umawiająca się Strona może, po odpowiednim powiadomieniu kraju pochodzenia, stosować swoje prawo dotyczące cmentarzy i grobów”. Przesłanki ekshumacji w innych sytuacjach określono w ust. 4, zgodnie z którym „Wysoka Umawiająca się Strona, na której terytorium znajdują się groby, o jakich mowa w niniejszym artykule, jest uprawniona do ekshumacji szczątków jedynie: (a) w warunkach określonych w ustępach 2 (c) i 3 albo (b) gdy ekshumację nakazuje wzgląd na interes publiczny, w tym na potrzeby sanitarne i procesowe; w takim wypadku Wysoka Umawiająca się Strona powinna zawsze traktować szczątki osób zmarłych z szacunkiem i powiadomić kraj pochodzenia o zamiarze ekshumacji, podając przewidywane miejsce ponownego pogrzebania”²⁶⁰⁸. Osobną, szczegółową regulację przewidziano w dotyczącym ewakuacji dzieci art. 78 tego protokołu, zgodnie z którego ust. 3 dla „ułatwienia dzieciom ewakuowanym powrotu do swej rodziny i do swego kraju, zgodnie z niniejszym artykułem, władze strony dokonującej ewakuacji i w miarę potrzeby władze kraju przyjmującego sporządzą dla każdego dziecka kartę zaopatrzoną w fotografię, którą przekażą do Centralnego Biura Informacji Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża”, przy czym każda „karta powinna zawierać, w miarę możliwości, [...] jeżeli dziecko umrze przed powrotem, datę, miejsce i okoliczności zgonu oraz miejsce pochowania” (lit. s).

zmarłych na jej żądanie. Gdy tylko okoliczności na to pozwolą, a najpóźniej po zakończeniu działań wojennych, Mocarstwo zatrzymujące przekaże za pośrednictwem Biura Informacji przewidzianego w artykule 136 Mocarstwom, do których należeli zmarli internowani, wykazy ich grobów. Wykazy te będą zawierać wszystkie szczegóły potrzebne do zidentyfikowania zmarłych internowanych i do dokładnej lokalizacji ich grobów.”

²⁶⁰⁷ Stanowiącego załącznik do protokołów dodatkowych do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II), Dz. U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175.

²⁶⁰⁸ Zob. także: art. 61 pkt xiii tego protokołu.

W protokole dodatkowym do konwencji genewskich z 12 VIII 1949 r. dotyczącym ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II), interesującą mnie regulację zawiera art. 8, zgodnie z którym gdy „tylko okoliczności na to pozwolą, a zwłaszcza po walce, należy poczynić bezzwłocznie wszelkie możliwe kroki [...] także w celu poszukiwania zmarłych, zapobieżenia ich grabieniu oraz w celu pochowania ich w sposób godziwy”.

Oczywista specyfika przytoczonych unormowań unaocznia, że nawet w szczególnych, wojennych okolicznościach uznawana jest potrzeba elementarnego respektu dla podstawowych dóbr osobistych zmarłego, przede wszystkim związanych z jego wyznaniem, ale także – niezależnego od wyznania – przejawu woli dotyczącego spopielenia zwłok; czytelna jest przy tym osobna i zapewne z powodu okoliczności wojennych wtórna wobec pierwszej, potrzeba troski o respekt dla związanych ze śmiercią i pochówkiem żołnierza albo cywilnej ofiary wojny, dóbr osobistych bliskich zmarłego czy zabitego.

XVII. Cechy specyficzne natury dobra osobistego grobu i jego ochrony. W orzecznictwie SN rozważany był charakter oraz treść prawa do grobu²⁶⁰⁹. Najistotniejszą, chociaż niezbyt wyraźnie artykułowaną, była w nim wzajemna relacja między uprawnieniem zmarłego do spoczywania w określonym miejscu, a prawem majątkowym do grobu, które, jeśli zostało nabyte *post mortem*, należy do nabywcy tego prawa lub jego następców, jeśli zaś zostało nabyte *ante mortem*, przez osobę dla której grób ten był przeznaczony, od chwili jej śmierci jest uprawnieniem majątkowym jej spadkobierców, potem zaś ich następców prawnych. Nie kwestionując majątkowych uprawnień do grobu, które mogą przysługiwać tylko żywym, w orzecznictwie sądowym wyraźnie dojrzewała, potem zaś utrzymała się myśl, aby uznając osobisto-majątkowy charakter prawa do grobu przyjąć, że element osobisty jest w nim dominującym²⁶¹⁰.

Tyle że koncepcja prawa do grobu jako jednego, bo przecież *ex natura rerum*: nie jednolitego, prawa osobisto-majątkowego, z dominacją elementu osobistego²⁶¹¹, zdaje się trudną do zaakceptowania z powodu oczywistego zróżnicowania w sferze podmiotowej: w odniesieniu do dóbr osobistych chodzi tu bowiem o dobra zmarłego (na czym się skupiam pamiętając o prawie żywych do okazywania kultu pamięci o zmarłym, które w znaczący sposób z grobem się wiąże)²⁶¹², w odniesieniu do praw majątkowych może chodzić wyłącznie o prawa osoby żyjącej. W zasadzie tożsame problemy pojawiają się wówczas, gdybyśmy przyjęli, tak samo jak to ma miejsce w odniesieniu do praw autorskich, że nabyte *ante mortem* prawo majątkowe do grobu podlega z chwilą

²⁶⁰⁹ Zob. np. uchw. SN z 2 XII 1994 r. (III CZP 155/94, Mon. Praw. nr 8/1995, s. 241-242), w którego uzasadnieniu nie do końca przekonywujący argument, że prawnoosobiste treści prawa do grobu powstają dopiero w chwili pochowania „choćby tylko jednej osoby zmarłej [...]”, wydaje się bowiem, że z wykupionym miejscem na grób przeznaczony dla określonej osoby wiąże się treści osobiste także zanim zostanie ona w nim pochowana, choć bez wątplenia nie są one wówczas elementem dominującym nad prawnomajątkowym charakterem prawa do grobu. Zob. nadto orz. SN z 25 IX 1972 r. (II CR 353/72, OSN poz. 109/1973); orz. SN z 16 V 1978 r. (I CR 57/78, OSPIKA poz. 9/1979); Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 75.

²⁶¹⁰ To zróżnicowanie widać najwyraźniej po ekshumacji zwłok z grobu, do którego prawo nabyły *post mortem* osoby uprawnione do ich pochowania, albowiem grób, z którego usunięto zwłoki zmarłego, choć niekiedy dalej otaczany kultem lub traktowany jako miejsce szczególne, nie ma już charakteru dobra osobisto-majątkowego, lecz jest wyłącznie dobrem majątkowym i to mimo tego, że zdarzają się przypadki okazywania kultu zmarłym w miejscach, z których ich szczątki zostały ekshumowane. Zob. nadto wyr. SN z 5 III 1971 r. (II CR 686/70, OSN poz. 213/1971); J. Kremis [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 1477, zob. także s. 1468; uzasad. uchw. SN z 28 X 2004 r. (III CZP 59/04, OSN poz. 172/2005, s. 51); J. St. Piątowski, H. Witczak, A. Kawałko [w:] *System...*, s. 56; P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 272.

²⁶¹¹ Por. np. I. Lewandowska, *Grobowiec...*, s. C2.

²⁶¹² Por. J. St. Piątowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych [w:] Tendencje rozwoju...*, s. 30 i n.; Z. Radwański, *Prawo...*, 2004, s. 162.

śmierci sukcesji, gdy prawo osobiste do grobu, które sukcesji podlegać nie może, podane jest dalej reżimowi ochronnemu przewidzianemu dla tych niemajątkowych dóbr. Żadna jednak z możliwych tu koncepcji nie wyklucza ograniczenia ochrony także dobra osobistego grobu na podstawie przepisu ustawy. Jedną z takich regulacji jest przecież postanowienie zawarte w art. 7 ust. 1, zgodnie z którym „grób nie może być użyty do ponownego chowania przed upływem lat 20”²⁶¹³. Zupełnie niezależnie od *ratio legis*, które legło u podstaw tego przepisu, gwarantuje on tylko czasową (terminową) wyłączność grobu²⁶¹⁴.

Niezależnie od przyjętej koncepcji natury prawnej grobu wydaje się, że przy podejmowaniu *post mortem* jakichkolwiek decyzji będących przejawem wykonywania nabytego *ante mortem* prawa majątkowego do tego grobu, rozstrzygająca winna być wola wyrażona przez zmarłego lub inne okoliczności związane z potrzebą respektu dla jego dóbr osobistych. Dlatego jeżeli zmarły zakazał dokonywania kolejnych lub określonych pochówków w wybudowanym przez siebie grobie murowanym²⁶¹⁵ albo nabytym grobie rodzinnym albo wyraził życzenie pochowania swoich zwłok w grobie ziemnym, dokonywanie kolejnych pochówków wbrew jego woli lub dokonanie pochówku nie w grobie ziemnym, ale w grobie murowanym, stanowiłoby naruszenie jego dobra osobistego. Rzecz oczywista zakaz kolejnego pochówku odnosiłby się wyłącznie do okresu, na który zmarły lub ktokolwiek inny prawo do grobu wykupił, w tym i gdy je przedłużył, albowiem po jego upływie, ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych przewiduje prawo użycia prawie każdego grobu do ponownego pochówku.

Sposób, w jaki zmarły określi zasady chowania innych osób w wybudowanym za życia grobowcu lub w grobie rodzinnym, mogą być wyrażone w każdy sposób, który pozwala na ustalenie treści tego oświadczenia, a ich treść może być dowolna, byle w granicach ustaw i zasad słuszności²⁶¹⁶. Mogą być to oczywiście także umowy zawierane z osobami, które będą uprawnione do podejmowania wskazanych lub samodzielnych decyzji dotyczących dokonywania kolejnych pochówków w tym grobie.

Grób jest nie tylko miejscem pochowania zwłok lub szczątków, ale również miejscem, w którym żywi wyrażają kult pamięci o zmarłym²⁶¹⁷ lub tylko przejawiają czy żywią pamięć o nim²⁶¹⁸. Wynika stąd, że zmarły nie może zabronić wykonywania kultu pamięci jego postaci, gdyż stanowiłoby to bezprawną ingerencję w sferę dóbr osobistych innych osób, choć uważam, o czym już wspominałem, że może zachować anonimowość miejsca swego pochówku. Jeżeli jednak sformułuje też jakieś życzenia związane ze sposobem okazywania tego kultu, to oczywiście nie sposób uznać, że brak pozytywnych działań ze strony osób wskazanych lub kogokolwiek okazującego taki kult, można byłoby uznać za zagrożenie albo naruszenie jakiegokolwiek dobra osobistego zmarłego. Inaczej będzie w sytuacji, gdy sposób lub forma okazywania tego kultu stanowić będzie naruszenie czci lub swobody sumienia zmarłego albo gdy będzie sprzeczna z wyraźnie sformułowanym przez zmarłego zakazem określonych zachowań (np. odbywania przy grobie nabożeństw żałobnych, umieszczania przedmiotów religijnych lub symboli innych wyznań). Przy tym okoliczności świadczące o ewentualnym naruszeniu czci lub

²⁶¹³ Przepis ten dotyczy grobów ziemnych i – mimo sformułowania zawartego w art. 7 ust. 3 – nie dotyczy nie tylko grobów murowanych, „przeznaczonych do pomieszczenia zwłok więcej niż jednej osoby, a także do chowania urn zawierających szczątki ludzkie powstałe w wyniku spopielenia zwłok”, lecz również katakumb.

²⁶¹⁴ Tylko wyłączność, nie nienaruszalność, bo przecież istnieje możliwość ekshumacji.

²⁶¹⁵ Por. wyr. SN z 8 XI 2007 r. (III CSK 151/07, LEX nr 361287).

²⁶¹⁶ Zob. także S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 49 i n. oraz 99 i n.

²⁶¹⁷ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 18 i n.

²⁶¹⁸ Por. Z. Radwański, *Prawo...*, 2004, s. 162.

swobody sumienia w miejscu, w którym znajduje się grób, zawsze będą musiały być oceniane *in casu*, o czym nie warto byłoby wspominać zważywszy oczywistość takiej konstatacji, gdyby nie to, że określone zachowania, które w ogólności mogą być oceniane jako niestosowne, w pewnych sytuacjach mogą być uznane za przyjęty zwyczaj (np. Serbowie w południowo-serbskim Wranje zostawiają niekiedy na odwiedzanych grobach kieliszek wódki²⁶¹⁹, chyba nie tylko mieszkający we Wrocławiu Grecy uczestniczący w pochówkach swych krajan niekiedy muzykują, grobowiec Oscar'a Wilde'a na paryskim cmentarzu *Père Lachaise* geje pokrywają pocałunkami znaczącymi jego jasne ściany śladami czerwonej szminki²⁶²⁰, zaś na tamtejszym grobie Jima Morrisona jest w zwyczaju części wielbicieli zostawiać „skrety” z marihuaną²⁶²¹).

To że grób jest także miejscem doniosłym dla tych osób żywych, które pragną żywić kult pamięci o zmarłym, wyraża się również w trosce o zachowanie miejsca jego pochówku²⁶²². Z tych racji wyrasta postanowienie zawarte w art. 7 ust. 2, zgodnie z którym „po upływie lat 20 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”²⁶²³. Przepis ten może budzić kilka wątpliwości²⁶²⁴. Zacznę od tej, która wiąże się z tym, że zastrzeżenie takie „może być odnowione”. Otóż literalna wykładnia tego przepisu dopuszczałaby możliwość zapewnienia wyłączności grobu tylko na lat 60. Wskazuje na to zwrot, że zastrzeżenie „może być odnowione”, nie zaś „może być odnawiane (ponawiane)”. Ale nie można jednak zasadnie przypuszczać, że intencją ustawodawcy było takie właśnie ograniczenie okresu możliwości zastrzeżenia wyłączności grobu, jeśli w art. 7 ust. 4 przewidziano możliwość umów przedłużających termin, przed upływem którego nie wolno użyć grobu do ponownego pochowania, nie ograniczając tego terminu. Inna sprawa, że zarząd cmentarza ma wtedy wpływ na określenie tego terminu, bowiem warunkiem jego przedłużenia jest umowa, zarząd ten nie ma zaś wpływu na możliwość dokonania zastrzeżenia przewidzianego w art. 7 ust. 2²⁶²⁵, z natury rzeczy ma ono bowiem charakter jednostronnej czynności prawnej, choć

²⁶¹⁹ „Niewielu poetom stawiano pomniki za życia. Jednym z nich był Władysław Broniewski. Gdy zmarł, ludzie pod jego pomnik zamiast zniczy przynosili butelki po wódce. Inny poeta, Kazimierz Wierzyński, żegnał go słowami: «Umarł mi ex-przyjacieli, / Zdziorny, niemądry, wrogi. / A jednak? / Przeszedł tu wszystko, / ex-szaławila i zawadiaka. / Dotarł do sedna. / Polska bez niego potoczy się dalej, / On wciąż będzie krzychał: / Ale jaka?»” (M. A. Velez, *Operacja...*, s. 62; wiersz K. Wierzyńskiego przytoczony tu po poprawieniu błędów w publikacji M. A. Velez'a, por. np. *Historycy org...*).

²⁶²⁰ Zob. *Oscar Wilde...*

²⁶²¹ Zob. *Jim Morrison...*

²⁶²² Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 18 i n. oraz 109. Zob. także wyr. SN z 30 VIII 1975 r., II CR 405/75, LEX nr 7746).

²⁶²³ Zob. także wyr. SN z 30 VIII 1975 r. (II CR 405/75, LEX nr 7746); wyr. SN z 7 XI 2002 r. (II CKN 980/00, OSN poz. 42/2004). Por. uchw. SN z 29 III 1977 r. (III CZP 17/77, LEX nr 7924); wyr. SN z 17 IX 1986 r. (IV CR 236/86, OSN poz. 206/1987).

²⁶²⁴ Zob. nato wyr. SA w Poznaniu z 8 V 2008 r. (I ACa 214/08, LEX nr 466445), w którego tezie stwierdzono, że wniesienie „opłaty w celu zastrzeżenia nieużycia grobu i zawarcie umowy o ponowne użycie grobu i poniesienie opłaty, to dwie różne sytuacje, przy czym prawo do grobu wygaśnie z mocy prawa tylko w tej drugiej sytuacji”.

²⁶²⁵ Tak też z przekonywującym uzasadnieniem oraz podkreślając, że osoba, „która zgłasza zastrzeżenie i uiszcza opłatę, nie nabywa dla siebie żadnego prawa [...]” S. Rudnicki, *Glosa do orz. SN z 17 IX 1986...*, s. 116-117. W orz. SN z 17 IX 1986 r. (IV CR 236/86, OSN poz. 206/1986) stwierdzono, że osoba wymieniona w art. 10 ust. 1 ma pierwszeństwo przed osobami w przepisie tym niewymienionymi do przedłużenia zakazu ponownego użycia grobu; w świetle art. 7 ust. 2 zd. 2 takie stanowisko nie ma żadnego uzasadnienia. Warto dodać, że w rozpatrywanej sprawie chodziło o życzenie powódki dotyczące zorganizowania jej pogrzebu oraz roztoczenia opieki nad jej grobem oraz grobem jej zmarłego wcześniej męża.

warunkiem jego skuteczności jest nadto uiszczenie opłaty za pochowanie zwłok. Racje ma przy tym S. Rudnicki, że mimo skutku upływu lat 20 nie można nie dostrzegać tego, że miejsce pochowania zmarłego dalej wiąże się z dobrem osobistym kultu pamięci jego bliskich, stąd roztropnym jest postulat *de lege ferenda* „wprowadzenia obowiązku zawiadomienia osoby uprawnionej (jeżeli zarząd cmentarza dysponuje jej adresem) o zamierzonym przeniesieniu szczątków”²⁶²⁶.

Warto zwrócić uwagę na to, że zastrzeżenia przeciw użyciu grobu do ponownego pochówku oraz uiszczenia opłaty za pochowanie, może dokonać każdy (art. 7 ust. 2), tak samo jak każdy może być uprawnionym do pochowania zwłok, o ile się dobrowolnie do tego zobowiąże. W obu sytuacjach nie przewidziano w ogóle uwzględnienia woli zmarłego, która może być sprzeczna z zamiarem uniemożliwienia wykorzystania grobu do ponownego pochówku; ten o kogo grób chodzi, może też chcieć określić *ante mortem* krąg osób uprawnionych do dokonania stosownego zastrzeżenia *post mortem* lub wskazać okres, po upływie którego dokonanie takiego zastrzeżenia nie powinno mieć miejsca. To oczywiście, że wola zmarłego winna też w ogóle rozstrzygać o dopuszczalności lub niedopuszczalności zgłoszenia takiego zastrzeżenia. Należy to odnieść również do umów, o których mowa w art. 7 ust. 4, z którego to przepisu co prawda nie wynika, że również one mogą być zawierane z zarządami cmentarzy przez kogokolwiek, ale po pierwsze, nie wynika z tego przepisu wyłączenie możliwości zawierania takich umów przez każdego, zaś po drugie, wcześniejsza regulacja dotycząca możliwości zgłoszenia zastrzeżenia zdecydowanie przemawia za analogiczną interpretacją dotyczącą zawarcia umowy. Z drugiej strony obserwacja, że w art. 7 ust. 2 mowa wyraźnie o możliwości zgłoszenia takiego zastrzeżenia przez każdego, gdy sformułowania takiego brak w ust. 4 tego artykułu, mógłby wskazywać na niedopuszczalność przytoczonej wykładni; zwracam na to uwagę, choć sam tej opinii nie podzielam, nie przywiązując aż takiej wagi do wspomnianego zróżnicowania obu przepisów.

Z regulacji zawartej w art. 7 ust. 4 wynika, że umowa przedłużająca termin, przed upływem którego nie wolno użyć grobu do ponownego pochowania, może być zawarta również przez osobę, której zwłoki zostaną w tym grobie pochowane. Oczywiście jest pośmiertna skuteczność takiej umowy, będącej więc swoistą kreacją dłuższej ochrony wyłączności grobu. Motywy, które leżą u podstaw możliwości wydłużenia tej ochrony przez osobę, dla której grób jest przeznaczony, są pod pewnym względem odmienne, pod innym podobne tym, dla których należy uznać uprawnienie innej osoby, która już po pochowaniu zwłok zgłasza zastrzeżenie, o którym mowa w art. 7 ust. 2 lub pragnie zawrzeć umowę przewidziana w art. 7 ust. 4.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że ograniczenie, o którym mowa w art. 7 ust. 1, dotyczy wyłącznie możliwości użycia grobu do ponownego pochowania, nie jest zaś ograniczeniem innych dóbr osobistych związanych z grobem. Jeżeli bowiem, mimo upływu okresu przewidzianego w art. 7 ust. 1, przy braku zastrzeżenia oraz umowy, o których mowa w art. 7 ust. 2 i 4, nie zostanie dokonany w tym samym grobie nowy pochówek, ale nastąpi naruszenie dóbr osobistych związanych także z miejscem pochówku (np. umieszczenie symboli religijnych niezgodnych z wolą zmarłego albo z jego wyznaniem lub światopoglądem), to oczywiście, że nie sposób takiego naruszenia tych dóbr osobistych zmarłego nie uznać za bezprawne.

Zgodnie z § 9 ust. 1 przywoływanego już rozporządzenia Ministra Zdrowia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi, przy „ponownym użyciu grobu szczątki poprzednio pochowanych zwłok lub resztki trumny należy wydobyć i pochować na tym samym cmentarzu na miejscu wskazanym przez zarząd

²⁶²⁶ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 97.

cmentarza”, przy czym ust. 2 tego paragrafu przewiduje, że „na wniosek osoby uprawnionej do pochowania zwłok, o której mowa w art. 10 ust. 1 ustawy, można szczątków nie wydobywać”. W tej ostatniej sytuacji kolejnego pochówku nie poprzedza ekshumacja szczątków ani ich przeniesienie na inne miejsce, o czym świadczy także to, że kolejny pochówek w tym samym grobie nie jest przesłanką ekshumacji, przewidzianą w zamkniętym katalogu wymienionym w art. 15 ust. 1. Wynika stąd, że mimo dokonania kolejnego pochówku, grób ten nie przestaje być wówczas grobem także poprzednio pochowanego w nim zmarłego. Uwidacznia się to w szczególności wówczas, gdy nastąpi ekshumacja i przeniesienie w inne miejsce wyłącznie zwłok lub szczątków kolejnej osoby pochowanej w grobie użytym do ponownego pochówku. Nie sposób przecież uznać, mimo kolejnej możliwości ponownego pochówku w tym grobie, że miejsce to grobem już nie jest. Zresztą, potwierdza taką interpretację także sam ustawodawca, który przecież nie mówi o likwidacji grobu poprzedniego, lecz tylko o użyciu grobu do ponownego pochówku, z czego wynika chyba, że grób poprzedni, w przypadku pozostawienia szczątków osoby poprzednio w nim pochowanej, nie traci charakteru grobu poprzednio pochowanych w nim zwłok osoby, mimo pochowania w nim zwłok innej osoby, choć interpretacja taka może budzić kontrowersje, w szczególności wyrażającą się w stanowisku, że grób użyty do ponownego pochówku staje się wyłącznie miejscem pochowania zwłok kolejnej osoby. Warto też zauważyć, że mimo tego, iż najczęściej ponowny pochówek zwłok obcej osoby eliminuje zewnętrzne oznaczenia wskazujące na pochówek poprzedni, ale przecież zdarza się, że pozostawiane są lub umieszczane na nagrobku następnego pochowanego w tym samym grobie zmarłego, oznaczenia wskazujące, iż w grobie tym pochowano wcześniej inną osobę²⁶²⁷. Ten, coraz rzadszy zwyczaj, będący wyrazem szacunku lub pamięci o osobie, której zwłoki poprzednio w grobie tym pochowano, jest rozsądnym kompromisem między uzasadnioną interesem społecznym oraz interesami zarządców cmentarzy, możliwością dokonywania powtórnych pochówków, a respektem dla dobra osobistego osoby wcześniej w grobie tym pochowanej. Nie jest ten zwyczaj rzadkością, przeciwnie: jest regułą w zdarzających się przypadkach pochówku powtórnego w tym samym grobie, po upływie 20 lat od pierwszego pochówku, zwłok członka tej samej rodziny. Tylko w jakimś stopniu pokrewnym tejże argumentacji jest postanowienie zawarte w art. 6 ust. 3, zgodnie z którym decyzje o użyciu terenu cmentarnego, będącego uprzednio cmentarzem wyznaniowym, na inny cel, wydaje się po zasięgnięciu opinii właściwej władzy kościelnej lub wyznaniowej „co do sposobu oznaczenia i upamiętnienia terenu pocmentarnego”. Takie oznaczenie i upamiętnienie jest wtedy jedyną formą zachowania respektu oraz pamięci o miejscu, które nie tylko w kategoriach kulturowych zwykło być określane miejscem wiecznego spoczynku²⁶²⁸. Wydaje się, że analogiczna zasada winna być stosowana w odniesieniu do użycia terenu cmentarnego, będącego uprzednio cmentarzem komunalnym, na inny cel.

²⁶²⁷ Dzięki informacji Marii i Zofii Zaporowskich wiem, że tak oznakowano wcześniejszy pochówek ks. Piotra Ściegiennego na lubelskim cmentarzu przy ul. Lipowej, na grobie, w którym spoczywa pochowany później inny duchowny. Na gruncie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych taki późniejszy pochówek w tym grobie nie byłby możliwy zważywszy niżej przytoczony jej art. 7 ust. 5. Warto wspomnieć, że przy grobie ks. Ściegiennego „w okresie międzywojennym kończyły się manifestacje robotnicze i pochody z okazji 1 maja. Po długiej przerwie tradycja ta została wznowiona w latach 80. [XX w. – uw. J.M.] przez działaczy opozycyjnych o poglądach socjalistycznych (między innymi tworzących podziemną PPS), a pod koniec lat 90. (w 1998 r.) przez regionalne struktury Unii Pracy i Polskiej Partii Socjalistycznej” (*Piotr Ściegienny...*).

²⁶²⁸ Zasada szczególnej ochrony cmentarzy została sformułowana także w art. 8 ust. 3 zd. 1 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z 28 lipca 1993 r. (Dz. U. z 1998 r., Nr 51, poz. 318), gdzie stwierdzono, że „miejscom przeznaczonym przez właściwą władzę kościelną do sprawowania kultu i grzebania zmarłych Państwo gwarantuje w tym celu nienaruszalność”, z odstępstwami, których okoliczności i reżim wskazano w zd. 2 i 3 oraz ust. 5 tego artykułu.

Ochrona dobra osobistego grobu może być motywowana także racjami innymi niż te, które uzasadniają powszechną ochronę dóbr osobistych. Nie jest to zresztą sytuacja wyjątkowa, albowiem i w ustawie o zmianie imion i nazwisk ochrona nazwisk historycznych motywowana właśnie innymi względami, jest w istocie także ochroną dóbr osobistych zmarłego. Otóż, w art. 7 ust. 5 UoCiChZ postanowiono, że wzbronione jest „użycie do ponownego pochowania grobów, mających wartość pamiątek historycznych (ze względu na swą dawność lub osoby, które są w nich pochowane, lub zdarzenia, z którymi mają związek) albo wartość artystyczną”²⁶²⁹. Jak widać, wszystkie te groby, nie tylko chronione ze względu na osoby, których zwłoki w nich pochowano, uzyskują status ochronny, wyłączający możliwość ponownego pochówku i chroniący tym samym, niezależnie od szerszego *ratio legis* przytoczonego postanowienia, wyłączność pierwotnego pochówku. Nie będzie to przy tym nadinterpretacja bliska podzielanym przeze mnie poglądom, jeśli podkreślę, że o tym szczególnym statusie ochronnym grobu decyduje z woli ustawodawcy jego wartość jako „pamiątki historycznej” także ze względu na osoby, której zwłoki są w nim pochowane (ustawodawca mówi nawet o „pochowanych w grobach osobach”), w czym można przecież, a może nawet należy dopatrywać się także prawnych aspektów doniosłego i *post mortem* „historycznego statusu” takich osób.

Nie ulega wątpliwości szczególna natura prawa do grobu.²⁶³⁰ Wyraża się ona przede wszystkim tym, że w sferze uprawnień majątkowych, które *ex natura rerum* mogą przysługiwać tylko żywym, jest ono tak zdominowane wymogiem respektu dla dóbr osobistych zmarłego, że przesądza to o dopuszczalnym wykonywaniu tego prawa²⁶³¹. Zawsze bowiem, gdyby wykonywanie prawa majątkowego do grobu mogło stanowić bezprawne zagrożenie albo naruszenie dobra osobistego zmarłego, wykonywanie praw majątkowych do grobu nie jest dopuszczalne (np. w przypadku zamiaru zbycia przez spadkobierców prawa do grobu rodzinnego, którego status określił pochowany w nim spadkodawca w sposób, który wyklucza możliwość zbycia tego prawa). Na takim stanowisku stanął SN m.in. w wyr. z 13 II 1979 r.²⁶³² wskazując, iż do dóbr osobistych człowieka „należy zaliczyć jego prawo, aby jego zwłoki znalazły się w wybranym przez niego miejscu, w szczególności w grobie rodzinnym obok osób mu bliskich”, zaś dwojaki charakter tego prawa, niewątpliwie także majątkowego, zdominowany jest treściami prawnoosobistymi i nie pozwala na poddanie go regułom dziedziczenia, które mogą „co najwyżej służyć za posiłkową wskazówkę w wypadkach, gdy miejsca w grobie rodzinnym nie zostały z góry przeznaczone przez osobę, które go urządziła, dla określonych osób bliskich”²⁶³³.

²⁶²⁹ Zob. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 98; nadto np. W. Maisel, *Archeologia...*, s. 22.

²⁶³⁰ Zob. np. wyr. SA w Łodzi z 5 V 1992 r., OSA poz. orz. cyw. 30/1993; niepublikowany wyr. SN z 19 IV 1996 r., I CRN 53/96; M. Rydel, *Prawo...*, s. C4.

²⁶³¹ I dlatego np. prawo do grobu „nie może być przedmiotem działu spadku ani podziału majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami” (wyr. SA w Łodzi z 5 V 1992 r., OSA poz. orz. cyw. 30/1993; uchw. SN z 2 XII 1994 r., III CZP 155/94, OSN poz. 52/1995).

²⁶³² I CR 25/79, OSN poz. 195/1979.

²⁶³³ Por. np. wyr. SA w Łodzi z 5 V 1992 r. (I ACr 140/92, poz. orz. cyw. 30 OSA nr 4/1993); wyr. WSA w Białymstoku z 2 II 2006 r. (II SA/Bk 728/05, LEX nr 194652). Zob. także Z. Bidziński, J. Serda, *Cywilnoprawna...*, s. 73-74 i 76-77; A. Zielonacki, *Wartości...*, s. 230. Por. o ochronie „prawa do grobu, jako prawa majątkowego *sui generis* [...]” w wyr. SN z 4 VI 1982 r. (I CR 141/82, OSN poz. 41/1983); zob. nadto w szczególności S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 115 i n. oraz tenże, *Prawo...*, s. 102 i n.; P. Księżak [w:] *Kodeks...*, s. 272. Por. A. Stelmachowski, *Przestanki...*, s. 299 i n., w szczególności s. 303.

* * *

To oczywiste, że polskie prawo cmentarne wymaga od dawna istotnej reformy, od pewnego czasu próby takie są podejmowane, choć niefinalizowane²⁶³⁴. Szczegółowe postulaty *de lege ferenda* wyrastają również z przedstawionej tu przeze mnie krytyki postanowień ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, choć z oczywistych powodów koncentrują się one wokół zagadnień ochrony dóbr osobistych zmarłego. Co do generalnych tendencji, wydaje mi się istotną potrzebą zawarcia *de lege ferenda* także w ustawie dotyczącej cmentarzy i chowania zmarłych postanowień chroniących, w granicach określonych przez prawo, znane przejawy woli zmarłego, przy czym zdaję sobie sprawę, że nie zastąpi i nie powinno zastąpić to instrumentów, które już *de lege lata* umożliwiają pośmiertną ochronę dóbr osobistych, nadto takich, które również *de lege ferenda* korespondowałyby z innymi ogólnymi postulatami regulacji gwarantujących skuteczną ochronę dóbr osobistych zmarłego. Ale owe ogólne regulacje w żadnym razie nie powinny dawać powodu dla deprecjonowania możliwych zmian w samym prawie cmentarnym, jego rola mogłaby się tu bowiem okazać w przyszłości niebagatelną, przede wszystkim dlatego, że konieczność szybkiego z reguły pochówku uniemożliwia skuteczne sięganie po instrumenty znajdujące się, czy nawet takie, które mogłyby w przyszłości znaleźć się, gdzie indziej. Wyzwania, które się tu²⁶³⁵ rodzą są niemałe²⁶³⁶, w znacznym stopniu mające przede wszystkim praktyczny walor, które powinno się podjąć przede wszystkim dlatego, albowiem mogą one oddalać obawy dalszych sporów i nierzadko być jedynie realnym sposobem na ochronę dóbr osobistych zmarłego. Przy tym nie ulega wątpliwości, że jest to tylko jeden z licznych, choć bez wątpienia ważnych, elementów koniecznej reformy polskiego prawa cmentarnego.

²⁶³⁴ Zob. ważniejsze „postanowienia projektów zmian przepisów o cmentarzach i chowaniu zmarłych opracowane 1994 r. przez Ogólnokrajowe i Stołeczne Stowarzyszenia Przedsiębiorców Pogrzebowych” zawarte w monografii S. Rudnickiego, *Prawo...*, s. 273 i n.

²⁶³⁵ Choć problematyka okołofuneralna pojawia się także na innych obszarach prawa, np. styku prawa ochrony dóbr osobistych i prawnorzeczowej ochrony korzystania z nieruchomości sąsiednich, czego przykładem jest wyr. SN z 11 X 2007 r. (IV CSK 264/07), w którym uznano, że prowadzenie zakładu pogrzebowego może naruszać dobra osobiste osób korzystających z nieruchomości sąsiednich (I. Lewandowska, *Smutne...*, s. C2).

²⁶³⁶ Niektóre z nich przekroczyły już niewyobrażalną dawniej granicę, zob. np. *Diamant...*, s. 19, gdzie mowa o nowej dziedzinie przemysłu jubilerskiego, której pionierem była szwajcarska Algordanza, oferująca syntetyczne diamenty otrzymywane z prochów bliskich.