

Zakończenie

Chyba we wszystkich epokach i kulturach żywiono przekonanie o potrzebie kultu zmarłych. Był on przejawem zrozumiałych potrzeb żywych, ale i przeświadczenia wielu, że ci, którzy w widoczny sposób odchodzą, nie odchodzą całkiem. To znamienne, że owo przeświadczenie egzystujące w świecie idei, towarzyszyło rzeczywistej, choć wielokroć nieuświadomionej więzi, jaka w zasadzie nie ustaje, mimo nieuchronnego zjawiska śmierci, między przeszłym, teraźniejszym i przyszłym światem materialnej egzystencji, także w sferze kontynuacji genetycznej, oraz tej więzi, która dla jednych znajduje oparcie nade wszystko w religijnej wierze, dla innych tylko w kulturowej nadbudowie²⁸⁷⁸.

Również we współczesnym polskim prawie oraz w judykaturze i jurysprudencji sądowej wyraźnie obecna jest idea respektu dla przejawów woli, szeroko rozumianych przekonań i – najogólniej – wartości²⁸⁷⁹ związanych z postacią tego, kto zmarł²⁸⁸⁰. Wierni temu przekonaniu są chyba wszyscy, zarówno zwolennicy poglądu o wygasaniu dóbr osobistych w chwili śmierci ich dotychczasowego podmiotu, będący w przytłaczającej większości, jak i ci nieliczni, którzy przekonani są, że dobra osobiste nie gasną w chwili śmierci, zaś prawa osobiste doń służą także wówczas ich pośmiertnej ochronie, mimo iż nie są już, moim zdaniem, prawami podmiotowymi zmarłych, lecz takimi czy podobnymi prawami „po zmarłych”.

Znaczące, że akceptacja dla prawnej ochrony wartości związanych z postacią zmarłego wyrastała przede wszystkim z tego, co rodziło życie, była więc w istocie wymuszoną reakcją prawników na to, czego oczekiwali bliscy tego, kto zmarł²⁸⁸¹. Świadczyło to i świadczy dalej, że rozważana przeze mnie problematyka ma przede wszystkim praktyczny, użyteczny wymiar, choć idee, które w niej dominują, płyną z potrzeb psychicznych, duchowych, religijnych, społecznych, kulturowych.

²⁸⁷⁸ Choć to oczywiste konstatacje, nie usprawiedliwia jednak tego, że rzadko są formułowane, ich zarówno intelektualna doniosłość, jak praktyczny walor przemawiają bowiem za tym, by je powtarzać, dokonując również szczegółowych, przede wszystkim praktycznych, czyli życiowych aplikacji. Na przykład takiej, jaką zawarł P. Machnikowski w także osobistych konkluzjach obserwacji, iż „Uniwersytet jest wspólnotą tych, którzy przekazują wiedzę i tych, którym jest ona przekazywana. Uniwersytet jednak to nie tylko wspólnota ludzi sobie współczesnych, ale także, a może nawet przede wszystkim, wspólnota ludzi dawnych, obecnych i przyszłych. Wspólnota, w której mistrz nie spotka ucznia, a swoją myśl dzieli się z nim za pośrednictwem książki. Każda przywrócona szerokiemu gronu czytelników książka powiększa taki właśnie Uniwersytet” (*O Elementach...*, s. 18, zob. nadto s. 11).

²⁸⁷⁹ Por. nadto Z. Ziemiński, „Lex” a „ius”..., s. 14.

²⁸⁸⁰ Por. H. Schempf, „*Er schläft, von den Sorgen seiner Welten entladen*”...

²⁸⁸¹ Uznanie dla potrzeby respektowania tych wartości okazało się niezbędne mimo oczywistego, jak to określiła E. Łętowska, „samoobsługowego mechanizmu” prawa cywilnego (*Funkcjonowanie...*, s. 8, 12 i n.), także w interesującym mnie kontekście *post mortem*.

Potrzeba ochrony tych wartości nie ogranicza się do obszarów związanych z tradycyjną problematyką cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych, w tym stosownych kwestii w prawie firmowym. Poza doniosłymi regulacjami w prawie autorskim, obejmuje prawo cywilne procesowe, prawo własności przemysłowej i prawo pracy. Sięga jednak dalej, w istocie jest prawie wszechogarniająca, dotyczy bowiem także prawa publicznego, w szczególności szeroko rozumianego prawa administracyjnego, karnego, także tego, które zapewnia ochronę danych osobowych oraz określającego reguły pobierania i przeszczepiania komórek, tkanek i narządów, a także tych praw, które zwykło się nader konwencjonalnie określać jako medyczne i wyznaniowe. Nawet tego wycinka prawa czasu przełomu, które zostanie być może nazwane lustracyjnym. Wynika stąd, że przedstawione w tej książce studium obejmuje zapewne znaczącą, ale tylko część szerszej problematyki, która czeka na zainteresowanie i trud przyszłych badaczy.

Powszechne wśród badaczy prawa przeświadczenie o wygasaniu dóbr osobistych z chwilą śmierci człowieka oraz oczywista, nie tylko dla tych badaczy, potrzeba prawnej ochrony wartości związanych z postacią zmarłego, wprowadziła i wprowadza prawników w zakłopotanie. Pogląd, że nie mogą istnieć prawa pozbawione podmiotu, składniał do poszukiwania jakiegoś normatywnego, podmiotowego „punktu zaczepienia”, dzięki któremu prawa służące ochronie dóbr osobistych zmarłego spełniałyby ten, wydawałoby się niemożliwy do zakwestionowania, wymóg. W piśmiennictwie polskim pojawiły się z grubsza rzecz ujmując trzy tendencje, z których dwie nierzadko się ząbały stapiając w jedną, choć o dwóch, do pewnego stopnia wyróżniających elementach. Jedni uważali, że ochronę wartości związanych z postacią zmarłego, można zapewnić w ramach ochrony dobra kultu pamięci o zmarłym. Inni, zwłaszcza na gruncie prawa autorskiego, reprezentowali pogląd, że osoby wskazane przez zmarłego albo legitymowane przez ustawodawcę, mają własne prawa służące ochronie wartości związanych z osobą zmarłego twórcy. Reprezentowany był też, choć najrzadziej, pogląd, że wszystkie zasługujące na ochronę wartości związane ze zmarłym, wchodzą do tzw. domeny publicznej i chronione są dalej już jako wartości uznane za publiczne, co przecież do końca nie kłóci się z tym, czym także prawo prywatne jest: dziś bowiem zawiera ono w sobie wiele elementów publicznych²⁸⁸², ale przecież zawsze było i ono prawem własnie dlatego, że chroniło dobra i wartości, choćby *par excellence* prywatne, których ochronę uważano za doniosłą także publicznie. Ostatnio, nader nieoczekiwanie, powrócił jeszcze stary zamysł kreowania prawnej fikcji dalszej egzystencji tego, kto zmarł²⁸⁸³.

Dwa pierwsze trendy, tak bowiem, nie zaś interpretacjami, należałoby je nazwać, miały tę istotną wadę, że wyłączały ochronę wówczas, gdy brak było osób bliskich albo instytucji, zarówno tych, które mogłyby żywić potrzebę kultu pamięci o zmarłym, jak i mieć własne prawa, które służyłyby ochronie wartości związanych z postacią zmarłego. Trend określony tu jako trzeci, niepozbawiony wspomnianej wady dwóch pierwszych, ukierunkowany był w założeniu nie na ochronę autorskich dóbr osobistych, ale w praktyce na, do pewnego stopnia jednak dowolną, choć niepozbawioną pewnych obciążeń, majątkową eksploatację utworów, do których autorskie prawa majątkowe wygasły. Istotnym zarzutem, który należało postawić wszystkim, w tym chyba nawet przede wszystkim temu ostatniemu, w założeniu przecież praktycznemu rozwiązaniu, było to, że nadzieje pokładane w jakichkolwiek, dotyczących autorskich dóbr osobistych

²⁸⁸² Por. np. J. Łętowski, *W sprawie...*, s. 356-357; I. Wiszniewska, *Zastosowanie...*, s. 103-104.

²⁸⁸³ Będący jurystyczną antytezą znanej niegdyś, choć przecież nie tak dawno, instytucji śmierci nie tylko cywilnej, lecz nawet „wyłączenia spod prawa” żyjącego człowieka, zob. np. V. Knoll, M. Šejvl, *Living Dead...* Przed kilkudziesięciu laty zachęcał mnie do przyjęcia koncepcji fikcji istnienia osoby zmarłej J. Kosik, zob. J. Mazurkiewicz, *Pośmiertne...*, s. 377.

post mortem, inicjatywach ochronnych niemających charakteru *stricto* prywatnego, okazywały się u nas dotychczas całkowicie zawodne, co najdobitniej unaocznili losy chyba nigdy niewykorzystanego przepisu zawartego w art. 78 ust. 4 p.a. Bo choć instrumenty pozaprywatnoprawne mogą lepiej lub gorzej służyć ochronie wartości *par excellence* publicznych, ochrona wartości prywatnych, indywidualnych wymaga jednak (oczywiście poza regulacjami zawartymi w prawie karnym) cywilnoprawnego instrumentarium zarówno materialnego, jak i procesowego, nade wszystko zaś musi polegać na aktywności *stricto* lub w znacznym stopniu prywatnych, nie zaś innych, publicznych czy podobnych w istocie, podmiotów. Brzmi ta konstatacja jak truizm, ale wygląda na to, że jest w tym miejscu usprawiedliwioną i być może *de lege ferenda* okaże się użyteczną.

Takie, najogólniej są powody, dla których nie stoję na żadnym ze stanowisk reprezentowanych we współczesnej polskiej nauce prawa cywilnego. Moje interpretacyjne sugestie, może poza instytucją kurateli dla strzeżenia dóbr osobistych zmarłego, i to zresztą tylko w części, nie są jednak, o czym już wspominałem, niczym oryginalnym, przeciwnie: są próbą kontynuacji czy raczej tylko aplikacji, na gruncie współczesnego polskiego prawa, koncepcji wyrażonych w nauce prawa, także polskiego, od dawna.

Przyjęty w tej pracy status praw osobistych nie jest do pogodzenia z tradycyjnym i prawie powszechnym przeświadczeniem o istnieniu wyłącznie praw upodmiotowionych. W pewnym sensie także przyjęta przeze mnie interpretacja temu zakorzenionemu pogładowi w zupełności jednak nie zaprzecza. Nie byłoby bowiem praw niezbędnych do korzystania z dóbr osobistych *post mortem* oraz ich ówczesnej ochrony, gdyby wcześniej, *ante mortem*, nie były one, owe prawa, upodmiotowione (od której to zasady istnieją chyba mniej lub bardziej wyraziste wyjątki, np. pośmiertne mianowanie na stopień wojskowy lub nadanie odznaczenia²⁸⁸⁴ albo tytułu). Przy takim postrzeganiu, wcześniejsze istnienie podmiotu jest dla istnienia praw osobistych *post mortem* również niezbędne (to odnosi się już także do wspomnianych pośmiertnych mianowań, odznaczeń i tytułów, o ile nie przyjmiemy dla tych sytuacji interpretacji usytuowanej w ogóle poza kontekstem praw osobistych). Lecz taką upatruję cechę naturalną²⁸⁸⁵ praw osobistych, będących przecież prawami nieprzenoszalnymi, że po ustaniu swego podmiotu najczęściej dalej istnieją. Skądinąd wiadomo, że dalej też mogą być naruszane. Znale są też fundamentalne w zasadzie powody, dla których przyjmujemy, że winny być wtedy, pośmiertnie, dalej chronione.

Nie było to oczywiście konieczne, lecz nazwałem te prawa odpodmiotowanymi²⁸⁸⁶. Przede wszystkim dlatego, że takie, pozornie tylko paradoksalne określenie oddaje

²⁸⁸⁴ Zob. np. J. B.-S., *Orzeł Biały...*, s. 2; por. W. Lisowski, *Grób...*, s. 9; js, *Order...*, s. A4; -kz, *Jak Polak...*, s. A11. W kontekście problematyki pośmiertnie nadawanych odznaczeń warto wspomnieć o przynajmniej niegdyś odmiennym statusie Orderu Złotego Runa, który zmusił ks. J. Załuskiego, późniejszego biskupa, by po śmierci króla Michała Korybuta Wiśniowieckiego odwiedzić hiszpańskiemu królowi ów order, którym polski król był odznaczony, zob. P. Zaporowski, *Wyprawa...*, s. 8. O pośmiertnym nobilitowaniu przez gen. F. Franco w roku 1948 oraz nadaniu prawa do używania dziedzicznych tytułów hrabiego i granda Hiszpanii poległemu w 1937 r. gen. E. Moli oraz protestach Stowarzyszenia na Rzecz Odzyskiwania Pamięci Historycznej (ARMH) wobec współczesnej decyzji hiszpańskiego ministra sprawiedliwości o odnowieniu prawa do używania tych tytułów zob. M. Tryc-Ostrowska, P. Zychowicz, *Czy grandowie...*, s. A11. Z kolei o wezwaniu zawartym w raporcie z 1968 r. czechosłowackiej komisji Pillera do pośmiertnego „odwołania decyzji usunięcia Slanskiego [Rudolfa, zgłodzonego 4 XII 1952 r. – uw. J.M.] z centralnego komitetu partii i przywrócenia mu członkostwa partii” wspomina G. Wigoder, *Słownik...*, s. 500.

²⁸⁸⁵ Osobną kwestią jest, jakim stopniu owa cecha „naturalności” znajduje odzwierciedlenie w tym, co się zwykło nazywać „prawem natury”, por. także M. Pavčnik, *Putapki prawa...*, s. 37.

²⁸⁸⁶ Por. o teorii bezpodmiotowych praw „osób prawnych” w konfrontacji z poglądem, „że każde prawo podmiotowe musi mieć swój podmiot [...]” R. Longchamps de Berier, *Studia...*, 1911, s. 11-12.

po dwakroć istotę rzeczy: zaznacza bowiem, że kiedyś prawa te były upodmiotowione, podkreślając że upodmiotowionymi już nie są. Jeżeli jednak w określeniu „prawa podmiotowe” jest element ważniejszy od cechy upodmiotowienia, to jest nim sama treść tego prawa, określanego najzwyczajniej jako zagwarantowana normą prawną sfera możliwości postępowania.²⁸⁸⁷ W takim rozumieniu prawo osobiste *post mortem* będzie prawie tym samym co *ante mortem*. Dlatego w określeniu „prawo odpodmiotowione” najważniejszym elementem zdaje mi się ten, który podkreśla treść tego prawa jako prawa, które poprzez określenie chronionej prawem sfery możliwości postępowania służy *post mortem* postaci czy obrazowi, wartościom czy nawet *sui generis* interesom²⁸⁸⁸ tego, kto podmiotem był, choć być nim przestał. Z punktu widzenia doniosłości tego, co moim zdaniem najistotniejsze, w określeniu „prawo odpodmiotowione” podkreślam więc ten element, który nawiązuje do treści tego prawa i który jest wbrew pozorom dużo ważniejszy aniżeli skądinąd sugestywna, bo narzucająca się *prima facie*, choć prozaiczna obserwacja, że niegdyś to prawo było upodmiotowione, teraz zaś upodmiotowione już nie jest.

Tylko na pozór paradoksalne podkreślenie podmiotowego charakteru praw (już bez podmiotu ważne jest także z innego, zapewne najważniejszego, bo praktycznego względu. Otóż, prawa te winny być wykonywane *post mortem* tak, co wydaje się oczywiste, aby okazać respekt dla dóbr osobistych zmarłego oraz chronić je, gdy są zagrożone lub naruszone, kierując się jego wolą, wyraźną lub dorozumianą, najwierniej służąc, w granicach ustaw i z respektem dla zasad słuszności, realizacji tego, czego zmarły pragnął albo mógłby pragnąć, jak również podejmując działania w sposób, który najlepiej ochroniłby te dobra. Tylko taka optyka budzić może nadzieję na minimalizowanie, bo chyba jednak nie na eliminację zagrożeń, które nieuchronnie muszą się pojawić w przypadku przyjęcia koncepcji będących wyrazem któregośkolwiek z trzech, wspomnianych wyżej trendów. W przypadku pierwszego z nich rodzi się bowiem całkiem naturalna pokusa, aby wtłaczając ochronę dóbr osobistych zmarłego w ramy ochrony dobra kultu pamięci o zmarłym, kierować się przede wszystkim, co najmniej zaś w stopniu doniosłym, interesami, pragnieniami, wyobrażeniami pozostałych żywych. W przypadku drugiego ze wspomnianych trendów jest to chyba jeszcze groźniejsze, albowiem prawa osobiste przysługujące bliskim, niezależnie od podkreślenia celu, któremu mają służyć, łatwo mogą być uznane za takie prawa, przy strzeżeniu i wykonywaniu których decydujące będą pragnienia, oczekiwania i potrzeby ich podmiotów, nawet gdy są oni wskazani przez zmarłego, tym bardziej, gdy są tylko ustawowo do swych zadań legitymowani. Konstrukcje wyrastające z trendu trzeciego, sytuującego także dobra osobiste zmarłego, a raczej to, co one w sobie zawierają w sferze tzw. domeny publicznej oraz traktujące ich („tego”) ochronę jako zadanie publiczne realizowane przy pomocy instrumentów prywatnoprawnych, grozi najdalej idącym wynaturzeniem woli, pragnień, oczekiwań zmarłego, także poprzez ich publicyzację. Jest to przy tym trend, który, o ile jeszcze znajduje dla siebie jakąś racjonalizację gdy chodzi o ochronę zapewnianą przez prawa autorskie i pokrewne, to przecież najczęściej w ogóle nie przystaje do ochrony innych dóbr osobistych, takich jak wolność, cześć,

²⁸⁸⁷ Nawet uzupełnienie mówiące o tym, iż jest to sfera możliwości postępowania „w określony sposób” (zob. A. Wolter, *Prawo...*, 1982, s. 119) wolno pominąć, albowiem mieści się ono w określeniu samej sfery postępowania, nadto niekiedy sfera tego postępowania może być wolna od określenia sposobu postępowania, także poprzez poprzestanie na określeniu sfery niedopuszczalnego postępowania.

²⁸⁸⁸ W tym, rzadkim dziś, pojmowaniu tego określenia, który zdaje się uzasadniać skądinąd dyskusyjną, jak mnie poinformowano, hipotezę, iż nie tylko polski „interes” pochodzi od „*inter*” i „*esse*”, co prowokujące zważywszy znaczenie drugiego z łacińskich wyrazów.

swoboda sumienia czy pseudonim. Trudno bowiem byłoby znaleźć poważne uzasadnienie, poza incydentalnymi sytuacjami, które pozwalałyby te dobra i ich ochronę usytuować w sferze określonej jako *domaine public*, pomijając już wszystkie wątpliwości jakie kreacja takiej ochrony ma prawo budzić przez swą sztuczność i przede wszystkim praktyczną bezużyteczność.

Oczywiście, nie jest wolne od tych zagrożeń także proponowane przeze mnie rozwiązanie będące w znacznym stopniu kopią tego, które przyjęto w polskim prawie autorskim. Ale przecież prawie najdobitniej, jak to przynajmniej tymczasem wydaje się możliwe, podkreślono w nim, że przyznane uprawnienia służą strzeżeniu dóbr osobistych zmarłego, że wykonywanie tych uprawnień jest wykonywaniem praw osobistych po zmarłym, wyraźnie i jednoznacznie czyniąc osoby legitymowane jedynie uprawnionymi do zabiegania o strzeżenie cudzych dóbr i wykonywania cudzych praw, eliminując też – przynajmniej w założeniu – możliwość przekształcenia roli osób uprawnionych w taką, która służyłaby realizacji ich własnych pragnień i oczekiwań, które byłyby sprzeczne lub nie znajdowały uzasadnienia w wyraźnych lub dorozumianych przejawach woli zmarłego.

Ważnym zabezpieczeniem nakazu strzeżenia dóbr osobistych zmarłego oraz wykonywania pozostałych po nim praw osobistych w sposób wierny jego pragnieniom, życzeniom oraz potrzebie respektu dla tych dóbr, byłaby możliwość powołania w pewnych sytuacjach kuratora dla strzeżenia jego dóbr i pozostałych po nim praw. Można żywić nadzieję, że już sama możliwość powoływania kuratora mogłaby oddziaływać powściągająco na tych, którzy uprawnieni do zabiegania o ochronę dóbr osobistych lub do wykonywania praw osobistych zmarłego, chcieliby przedkładać nad troskę o jego dobra osobiste oraz respekt dla jego życzeń, życzenia i interesy własne. Bez wątpienia zaś jego powołanie wówczas, gdy dobra osobiste zmarłego zostaną zagrożone lub naruszone przez osoby legitymowane do ich strzeżenia, albo gdy osoby te nie strzegą tych praw należycie, także, gdy są pasywne, jak również, gdy tak zachowują się osoby legitymowane do wykonywania *post mortem* praw osobistych, może okazać się skutecznym instrumentem przeciwdziałania zagrożeniom lub naruszeniom dóbr oraz praw osobistych pozostałych po zmarłym. Takie są powody, dla których, choć instytucja ta, a raczej tylko jej koncept niż projekt, ma prawo budzić wątpliwości, postulat ów wart jest wnikliwego rozważenia i wyważonej oceny. Moim zdaniem także w toczących się pracach nad nowym polskim kodeksem cywilnym²⁸⁸⁹. To oczywiście przy tym, że rozważenie wspomnianej propozycji *de lege ferenda* poprzedzać winna dysputa wokół kształtu przepisu zawierającego ogólną legitymację osób uprawnionych przez zmarłego lub wskazanych *ex lege*, o ile zmarły nie postanowił inaczej, do dochodzenia ochrony pozostałych po nim dóbr osobistych oraz wykonywania wówczas – dotyczących tych dóbr osobistych – praw.

²⁸⁸⁹ Może i ta propozycja wpisuje się w sugestię, iż niewątpliwie „głębokich zmian wymaga kodeksowa regulacja ochrony dóbr osobistych [...]”. Wzrastająca ranga dóbr osobistych – szczególnie akcentowana w Konstytucji RP oraz w prawie UE – wymaga nowego podejścia do tego zagadnienia w kodeksie cywilnym [...]” (Z. Radwański, *Założenia...*, PiP z. 3/2004, s. 10). Zob. także *Zielona Księga...*, s. 49 i n.; Z. Radwański, *Zielona księga...*, s. 8; Z. Radwański, *Założenia...*, Rej. nr 2/2008, s. 18 i 21. To jak długo idea pośmiertnej ochrony dóbr osobistych człowieka dorastała, także w judykaturze, do formułowania odpowiednich, w prawie firmowym już uwzględnionych, postulatów *de lege ferenda*, pozwala na spolegliwe potraktowanie tu ostrzeżenia przed „próbami burzenia mozolnie wznoszonego gmachu prawa cywilnego. Należy się przeciwstawić próbom nowelizacji «na wyrost»”. Powinniśmy przyjmować tylko takie rozwiązania, które zostały wypróbowane w dotychczasowym rozwoju danej dziedziny prawa cywilnego” (A. Szpunar, *Wprowadzenie...*, s. XXIX; zob. także s. XXX. Sylwester Wójcik z uznaniem przytacza tę refleksję, jako jedną z ostatnich wypowiedzi A. Szpunara, zob. S. Wójcik, *Kilka uwag...*, s. 336).

Ochrona dóbr osobistych zmarłego wydaje się szczególnie doniosła dzisiaj. Nie tylko dlatego, że religia w coraz mniejszym stopniu określa postępowanie społeczeństw przynależnych lub wywodzących się z kręgu kultury europejskiej. Minęły już czasy, gdy miała ona nierzadko ważne znaczenie nakazując, aby wyrażane życzenia, pragnienia czy wyznawane przez człowieka wartości respektowano także po jego śmierci. Niestety, roli tej nie może spełnić moralność, nie tylko ze względu na naturalnie słabsze oddziaływanie, ale głównie dlatego, że wyzwolona spod preponderancji instytucji religijnych, uległa trendom subiektywistycznym, relatywistycznym, przekształcając się z autonomicznego systemu kreowania i kontrolowania zachowań człowieka, w system indywidualnie kreowany przez człowieka i – poza ekstremalnymi sytuacjami – w zasadzie przez nikogo niekontrolowany. I choć w sferze tego, co z moralności pozostało, zanik potrzeby respektu dla dóbr osobistych zmarłego nie jest jeszcze widoczny, to nade wszystko przemożny wpływ majątkowych interesów reprezentowanych najczęściej przez znaczącą część ludzi wielkiego i małego kapitału i biznesu powoduje, że w konfrontacji z tymi interesami moralność z reguły przegrywa. Z istoty pazerny, u nas także dlatego, że nowoodrodzony, a w ogóle coraz bardziej zglobalizowany i – jak świadczy ostatni kryzys – także niekiedy nieobliczalny kapitalizm, który transponuje na życie społeczne, czyli zwyczajnie narzuca mu bezwzględne reguły nieuchronnego (i również przeze mnie niedeprecjonowanego co do swej istotnej wartości) wolnego rynku, powodując znaczące ograniczenie lub deformację, w tym i „samodeformację”, oddziaływania także systemów religijno-etycznych, umożliwiając próby poddawania różnych społecznych wartości dominacji reguł wolnorynkowych, choć w istocie z wolnością na rynku mają one coraz mniej, a niekiedy, zwłaszcza w wymiarze światowym, nie mają nic wspólnego, przeciwnie: są tej wolności jaskrawym, nie tylko jawnym, pogwałceniem. Widać to wyraźnie i w Polsce, gdzie kilkakrotne próby przeciwstawienia się drapieżnej tendencji do komercjalizacji, nawet postaci uznawanych za narodowych bohaterów czy wieszczów, kończyły się prawie zawsze przegraną albo pozornym tylko zwycięstwem zmarłych i ich obrońców. Niestety, wzgląd na potrzebę respektu dla dóbr osobistych zmarłego ważą sobie coraz bardziej lekce nawet ci, którzy nie tyle *ex professo*, co *ex confesso*, winni okazywać im należną estymę.

To jedyne miejsce w tej rozprawie, gdzie mogę sobie pozwolić także na refleksje będące przejawem konfrontacji z moimi wcześniejszymi zainteresowaniami ideą i statusem ochrony dziecka poczętego. Przede wszystkim pragnę zwrócić uwagę, że opowiadając się przed kilkudziesięcioma laty za uznaniem podmiotowości prawnej nasciturusa podkreślałem, iż niezależnie od tego, jak kwestia podmiotowości prawnej zostanie rozstrzygnięta,²⁸⁹⁰ należy chronić potrzeby, dobra, interesy tego dziecka. Tutaj także uważam, że niezależnie od kontrowersji związanych z pośmiertnym statusem dóbr osobistych i praw osobistych pozostałych po zmarłym, nie ma wątpliwości, że dobra osobiste związane ze zmarłym winny być chronione. Jest to więc sytuacja do pewnego

²⁸⁹⁰ Choć z uznaniem witam propozycję art. 9 § 2 zamierzonego kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dziecko „poczęte uważa się za urodzone, gdy jest to dla niego korzystne; jednakże prawa majątkowe dziecko to nabywa, jeżeli urodzi się żywe”, z czego jasno wynika, że nabycie praw niemajątkowych, *scil.* osobistych, następuje już *in utero*, bez względu na żywe czy martwe narodziny (Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga pierwsza kodeksu cywilnego...*, s. 20, zob. także s. 29, nadto s. 30 oraz T. Sokołowski, *Sytuacja...*, s. 185 i n.). Wyraźnie można tu dostrzec kontekst ochrony *post mortem* dóbr i praw osobistych poczętego człowieka. Warto też zwrócić uwagę na postanowienie zawarte w art. 11 § 1 tego projektu, zgodnie z którym z „chwila śmierci człowieka jego zdolność prawna ustaje” (Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga pierwsza kodeksu cywilnego...*, s. 20, zob. też s. 30).

stopnia analogiczna z tą, która dotyczyła potrzeby ochrony dziecka poczętego²⁸⁹¹: prawie nikt, także przytłaczająca większość przeciwników jego podmiotowości, nie miał przecież wątpliwości co do tego, że co najmniej przewidziane w szeroko rozumianym prawie cywilnym interesy nasciturusa należy chronić.

Druga refleksja ma ogólniejszy charakter. Otóż, badacze prawa dosyć często ulegają upodobaniu do sporów wokół wytyczania granic, żywią bowiem, ponoć naukową, skłonność do delimitacji, do wskazywania momentu początkowego tego, co badają i do wytyczania jego momentu końcowego, za wzór poprawnej definicji uznając definicję ostrą. Interesujące, że takie postawy nie dominują w większości innych nauk humanistycznych ani w szczególności tych, które zwykliśmy określać ścisłymi, tam bowiem idee wzajemnego przenikania, co najmniej zazębiania się zjawisk, procesów, tendencji i – w konsekwencji – opisujących je kategorii, są czymś oczywistym. Zresztą, próba „rozcłonkowania”, zatomizowania badanej rzeczywistości, groziłaby w tamtych naukach uzasadnionym zarzutem naruszenia podstawowej reguły badawczej: obiektywnego przedstawiania badanej, nigdy przecież niezatomizowanej rzeczywistości. Otóż, zarówno tendencja obejmowania prawną ochroną dziecka poczętego, jak i koncepcja uznająca jego podmiotowość prawną, były i są potwierdzeniem błędności wcześniejszego założenia, że doniosłym prawnie początkiem człowieczej egzystencji jest moment narodzin. Co najmniej gdy chodzi o wspomniany postulat ochrony, granicę tę cofnięto więc do chwili poczęcia. Ale i ta granica okazała się poniekąd niewystarczającą. Świadczy o tym zarówno sądowe werdykty, jak i coraz powszechniejsze przeświadczenie badaczy, nade wszystkim zaś praktyków, o zasadności odpowiedzialności prawnej za szkodę preconcepcyjną²⁸⁹². Dla genetyków od dawna nie ulegało wszak wątpliwości, że deformacje i uszkodzenia wywołane w materiale genetycznym na długo przed poczęciem, mają decydujący wpływ na poronienia, urodzenia martwe oraz nierzadko gołym okiem widoczne deformacje człowieka noszącego w sobie ten preconcepcyjnie zdeformowany lub uszkodzony „bagaż” genetyczny. Najbardziej znamienym jest to, że uznanie potrzeby prawdziwie fundamentalnego człowieczego dobra, jakim jest dziedzictwo genetyczne, wcale nie wymagało kreacji koncepcji „podmiotowości preconcepcyjnej”, której absurdalność byłaby oczywista. Zapewne dlatego takie pomysły nawet się nie pojawiły, po prostu uznano wymóg także preconcepcyjnej ochrony materiału genetycznego i odpowiedzialności za szkody spowodowane jego preconcepcyjnym zdeformowaniem lub uszkodzeniem, późniejszemu tylko jeszcze pre-, czy już i postnatalnemu podmiotowi.

Ważką dla mnie jest tutaj wspomniana wyżej obserwacja o autonomii idei ochrony dóbr człowieka wobec wymogu jego aktualnej podmiotowości²⁸⁹³. W miejscu tym

²⁸⁹¹ Ponad ćwierć wieku temu, osoba, której anonimowość muszę uszanować, zwróciła mi uwagę, sama będąc jeszcze dzieckiem, że „ten umarły, o którym mówisz, jest bardzo biedny, prawie tak samo, jak dziecko w brzuchu mamy: każdy może zrobić mu coś złego...” Jestem wdzięczny za tę obserwację.

²⁸⁹² Zob. np. M. Safjan, *Prawo...*, 1990, s. 449 i n.; tenże, *Prawo...*, 1998, s. 208 i n.; M. Wichrowski, *Recenzja pracy M. Safjana...*, s. 92; M. Safjan, *Odpowiedzialność...*, s. 389 i n.; K. Michałowska, *Artykuł 446¹ k.c...*, s. 1182-1183. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie...*, passim; Z. Pełtowska, *Odpowiedzialność...*, s. 101 i n.; M. Balwicka-Szczyrba, *Szkoda...*, s. 799 i n. Por. P. Jaworek, *Narodziny dziecka...*, s. 61 i n. Osobną kwestią są koncepcje *wrongful conception* i *wrongful birth* czy *wrongful life*, których przekonywującą krytykę zawarł w swych pracach K. Mularski, *Próba...*, s. 87 i n. oraz tenże, *O sposobach...*, s. 72 i n. W pokrewnym duchu zob. ostatnio M. Soniewicka, *Regulacje...*, passim.

²⁸⁹³ Poza ochroną człowieka i jego dóbr, równie oczywistą jest możliwość takiej ochrony zupełnie niezależnie od kategorii człowieczej osobowości i podmiotowości, np. zwierząt, zabytków, środowiska. Zob. także opinię A. Kleina, że „nawet w przypadku osób fizycznych jako podmiotów prawa

zmierzam jednak przede wszystkim ku temu, aby podkreślić, że proces stawania się człowiekiem, „przychodzenia na świat”²⁸⁹⁴ jest pod wieloma, istotnymi względami ciągły. Pełen pozornych lub wbrew pozorom mało znaczących granic i rzeczywistej, nie zaś pozornej, dominującej oraz decydującej dla przyszłości osobniczej i gatunkowej ciągłości. Stąd, wbrew rozpowszechnionemu jeszcze, także w prawniczej dydaktyce, upodobaniu do wyznaczania granic, badana także przez prawników rzeczywistość wykazuje zdecydowanie więcej ciągłości niż rozgraniczeń. Unaocznia się w tym i w ten sposób głęboka, nie tylko materialna, ale i społeczna, także duchowa prawda o wszechzwiązku rzeczy i zjawisk. Powstawanie nowego, *ex natura rerum* osobniczego człowieka, jest przecież kreacją jedynej, niepowtarzalnej osoby, która (w tym, co materialne, zważywszy tysiące poprzedzających nas przodków, depozytariuszy różnych konfiguracji różnych elementów dzisiaj naszego kodu genetycznego, ale przecież i w tym, co kulturowe) ukorzeniona jest mocno w tym co przeszłe, ciągle, paradoksalnie: i osobnicze i wspólne tą wspólnotą, której nawet w odniesieniu do własnej rodziny nie jesteśmy najczęściej w stanie ogarnąć poza pamięcią o dwóch, trzech poprzedzających nas pokoleniach.

Nie deprecjonując personalistycznej doniosłości momentu poczęcia (koncepcji), niemniej ważne, a moim zdaniem ważniejsze, będzie dzisiaj zwrócenie uwagi na to, co doniosłe także dla problematyki stanowiącej przedmiot tej przedłożonej pod osąd czytelników książki, a co słusznie mamy prawo określić jako ideę kontinuum. Nieco upraszczając: przychodzenie na ten świat jest wbrew pozorom procesem bez stanowczego początku²⁸⁹⁵. Zastrzec się od razu trzeba, że wypowiedź ta nie jest bynajmniej przejawem skłonności do naganego, przy okazji badania prawa, poetyzowania, przeciwnie: jest przejawem bezwzględego realizmu, sięgającego po realność świata chromosomów. Przeciwna tendencja, wyrażająca się w skłonności do nadrzędności delimitacji, rozgraniczania, atomizowania, jest zaś niczym innym niż próbą modyfikowania badanej rzeczywistości, żeby nie powiedzieć: przejawem upodobania do zdarzających się także w nauce mistyfikacji, choć częściej nie aż tak nagannych – konfabulacji. I z takiej perspektywy nietrudno zauważyć, że także powszechna skłonność do określania śmierci człowieka jako definitywnego kresu egzystencji jego dóbr osobistych, jest błędna. Pomińmy wspomnianą już oczywistość idei leżącej u podstaw prawa spadkowego, nakazującego prawie bezwzględny respekt dla majątkowych, choć nie tylko, rozrządzeń (rozporządzeń) i poleceń spadkodawcy²⁸⁹⁶. Powszechna zaś jak dotąd akceptacja także dla postulatu respektowania i ochrony niemajątkowych wyborów oraz dóbr związanych z osobą zmarłego, również jest dowodem na to, że próba rzeczywistego, nie zaś konwencjonalnego rozgraniczenia tych „dwóch” światów (*ante* i *post mortem*) jest praktycznie niemożliwa, pomijając to, że jest oczywiście sztuczna.

Gdy ktoś roztropnie zapyta, jak dalece ta pośmiertna obecność człowieka sięga, trzeba szczerze i bez obaw narażenia się na nieuchronną zresztą krytykę powiedzieć:

cywilnego nieuzasadnione jest mówienie o ich realnym istnieniu jako podmiotów prawa; można tylko mówić o realnym istnieniu ludzi” (*Osobowość...*, 1982, s. 64; tenże, *Ewolucja...*, s. 67).

²⁸⁹⁴ Por. art. 9 k.c., który wierny zafałszowanej językowej tradycji powiązał owo „przychodzenie na świat” z chwilą narodzin, podtrzymując paradoksalne dla m.in. medyków i biologów przeświadczenie o jakoby prenatalnym „nie-świecie”.

²⁸⁹⁵ Zauważmy skądinąd, co pośrednio już zaznaczałem, że poczęcie, choć jest momentem osobniczej kreacji, nie jest momentem kreacji samego życia, lecz jedynie metamorfozą genetycznej konfiguracji jego egzystencji, w każdym osobniczym przypadku „poprzedzonej” życiem (istniejącym) od kilku miliardów lat (zob. *Pochodzenie życia...*).

²⁸⁹⁶ Zob. np. Z. Radwański, *Wykładnia...*, s. 5 i n.; por. S. Wójcik, F. Zoll, *Testament...*, s. 81 i n.; nadto zob. F. Longchamps de Berier, *Ręka z za grobu?...*; A. Wacke, *Erbrechtliche...*; por. D. Liebs, *Ewiges...*

chyba wiecznie. (Owo „chyba” nie jest przejawem intelektualnej kokieterii, lecz pewności co do tego, że w odniesieniu do wieczności niczego nie można być pewnym). Właśnie dlatego perspektywa owej pośmiertnej obecności pozostaje niedostrzegalną, tak jak niedostrzegalną jest pełna retrospektywa źródeł, korzeni, można powiedzieć nawet: dziedzictwa, które poprzedza czy z którego wyrasta fenomen każdej osobniczej egzystencji. Choć to przy tym oczywiste, że gdy chodzi o niektóre dobra osobiste człowieka (życie i zdrowie), śmierć jest kresem. Ale przecież gdy chodzi o inne dobra może być tak, że w chwili śmierci nie gasną one dlatego, bo nigdy nie powstały (nie można chronić autorskich dóbr osobistych tego, kto nie był twórcą, nie można chronić dóbr osobistych wynalazcy tego, kto wynalazcą nie został). Gdy jednak dobra te powstały, chronione są wiecznie, choć w pewnych sytuacjach oraz w pewnym zakresie i ta ochrona może mieć swój kres, np. wtedy, gdy unicestwione zostaną wszystkie nośniki (*corpus mechanicum*) autorskiego dobra osobistego. Ale przecież i wtedy nie następuje kres dobra osobistego autorstwa ani – jak dotąd – nie wygasa prawo służące do jego ochrony. Kres owego dobra nie następuje nawet wówczas, gdy gaśnie pamięć o twórcy. Gdy zaś gaśnie także pamięć o utworze, autorstwo przechodzi w stan, który można określić jako *sui generis* ukrycie, może trafniej, choć sprzecznie z konwencją naukowych dysertacji, byłoby powiedzieć: zakrycie (przez niepamięć²⁸⁹⁷). Wystarczy bowiem, że istnienie utworu zostanie ujawnione (co wcale nie znaczy, że zostanie odnaleziony i utwór), a dzieje kultury zawierają przecież niemało przykładów takich zdarzeń, żeby odkryte zostało istniejące cały czas dobro osobiste autorstwa, dla którego egzystencji wcale nie jest niezbędna wiedza o osobie autora.

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

Na truizm zakrawa więc przecież poważne, bo dotyczące kwestii poważnych stwierdzenie, że odchodzenie jest procesem. Tak jak pojawienie się konkretnego człowieka ukorzenione jest w przeszłości, tak i odchodzenie, będące już *ante mortem* zapowiedzią przyszłości, będąc obecne w teraźniejszości, wyrasta przecież z przeszłości i przeszłością jest w znacznym stopniu zdeterminowane. Tak widzę i to zjawisko, w którym dobra osobiste zmarłego spełniają funkcję reziduum, są przejawem, fenomenem zjawiska kontinuum, będąc indywidualną, osobniczą egzemplifikacją prawa wszechzwiązku rzeczy, ludzi i zjawisk. Konkludując: tak jak przychodzenie na świat jest procesem bez początku, tak i odchodzenie jest procesem bez końca. Jest to dla mnie konstatacja skrajnie racjonalna, ale też zwyczajna, ludzka pociecha.

Z punktu widzenia teorii prawa cywilnego można byłoby nawiązać tu do cennej, także dlatego że dialektycznej, w pewnym stopniu zapoznanej²⁸⁹⁸ czy może raczej niedowartościowanej u nas, koncepcji ekspektatywy.²⁸⁹⁹ Wtedy rodzące się prawa człowieka,

²⁸⁹⁷ Rozumianą dosłownie, tylko jako nieobecność w pamięci, bez negatywnych konotacji, czyli inaczej niż gdy I. Newerly pisał: „zaczynało się od wyczerpania, znieczulenia, od niepamięci” (*Żywe...*, s. 387).

²⁸⁹⁸ Choć – jak mi powiedział E. Gniewek – ostatnimi czasy nawet modnej, chyba głównie werbalnie.

²⁸⁹⁹ W polskim piśmiennictwie zob. przede wszystkim, m. zd. wysmienitą, monografię K. Gandora, *Prawa...* Por. bezwzględna krytykę pióra W. Czachórskiego, *Recenzja pracy K. Gandora...*, s. 625 i n., w szczególności uwagę, iż „byłoby najciekawsze wykazanie w pracy K. Gandora, że prezentowane przez niego pojęcie ekspektatywy ułatwiło nam w czymkolwiek wyjaśnienie kwestii otwartych lub

zarówno prekonceptyjne, prenatalne, ale i postnatalne byłyby najczęściej, w swym początkowym stadium ekspektatywami. Prawa te byłyby jednocześnie często, ale nie zawsze, przede wszystkim, choć nie wyłącznie *post mortem*, ekspektatywami *à rebours*, czyli prawami znajdującymi się w stadium zanikania, niosącymi ową zanikową tendencję w swym normatywnym dziedzictwie. Oczywiście, momentem definitywnym dla podmiotu tych praw jest jego śmierć. Ale przecież, co paradoksalne, nie na tyle znaczącym, aby zmieniać treść owych praw czy eliminować potrzebę ich ochrony, koniec końców: aby podważać ich dalszą, to nic, że nieobejmującą wszelkich praw, egzystencję. Inna sprawa, że podzielam prawie odosobnione przeświadczenie, że dla nadania normatywnej postaci postulatowi ochrony dóbr osobistych *post mortem*, idea praw podmiotowych, choćby i odpodmiotowionych, nie jest niezbędną,²⁹⁰⁰ wystarczającą byłaby bowiem dostatecznie eksponująca potrzebę ochrony dóbr pozostałych po zmarłym, koncepcja ochrony zwanej u nas instytucjonalną albo nawet poprzestanie tu, z pominięciem nawiązywania aż do nobilitującego wymogu „koncepcji”, na przyjęciu po prostu pośmiertnej ochrony tych dóbr.

Wygasanie ochrony niektórych dóbr osobistych dopiero w pewnym okresie *post mortem* oraz nie wygasanie nigdy ochrony niektórych z nich, jest dla mnie jednym z kulturowych fenomenów powszechnego, przede wszystkim pozakulturowego, bo *par excellence* biologicznego, zjawiska kontinuum. Za jego szczegółową prawną egzemplifikację uznaję swoistą metamorfozę, jakiej ulegają służące ochronie większości dóbr osobistych osobiste prawa, które w chwili śmierci ich dotychczasowego podmiotu stają się odpodmiotowionymi prawami osobistymi, służącymi ochronie pozostałych po zmarłym dóbr osobistych. W tym upatruję filozoficzny kontekst przedstawionych rozważań o ochronie dóbr osobistych tego, kogo wśród nas, jako osoby, już nie ma. Będący prawniczą aplikacją, heglowskiej u korzeni, konstatacji o wszechzwiązku rzeczy i zjawisk: przeszłych, teraźniejszych, przyszłych. Oraz nadziei, które żywił Horacy pisząc w „Pieśniach”²⁹⁰¹, że „*non omnis moriar*” ...

spornych [...]. Na tym jednak odcinku [...] praca tu recenzowana zawodzi, a wywody autora i jego propozycje w tej materii są po prostu nieprzekonywające” (tamże, s. 628). Jakże zasadniczo odmienianą była bliska mi ocena J. Gwiazdomorskiego, w tym jego znacząca i dla moich rozważań refleksja: „Nie wiem, czy pod zakreślone przez K. Gandora pojęcie oczekiwania prawnego nie dałoby się podciągnąć jeszcze i innych, poza wymienionymi w recenzowanej rozprawie, zjawisk życia prawnego” (*Recenzja pracy K. Gandora...*, s. 668). Zob. nadto termin „ekspektatywa odrębnej własności lokalu” w art. 19 ustawy z 15 XII 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz. U. z 2003 r., Nr 119, poz. 1116 ze zm.), choć jak mi zwrócił uwagę E. Gniewek, wskazując także na krytykę dokonaną przez J. Pisulińskiego, to określenie w żadnym razie normatywnie nie przystaje do kategorii ekspektatywy, tak jak ją pojmował, przedstawiał i analizował K. Gandor.

²⁹⁰⁰ Por. roztropne, ale i odważne przestrogi F. Longchamps, *Z rodowodu...*, s. 108-109, w szczególności obserwacja, że „to, co my potocznie [...]” przez prawo podmiotowe „rozumiemy, zwłaszcza w znanym przeciwstawieniu do prawa przedmiotowego, nie jest ani czymś tak starożytnym, ani tak oczywistym za jakie uchodzi”; nadto zob. I. Łyskowski, *Kilka uwag...*, s. 606-607; I. Łyskowski, *Kodeks...*, s. 48; J. Kosik, *Zespół...*, s. 42; Z. Ziemiński, *Recenzja pracy Z. Radwańskiego...*, s. 550-551; por. M. Pyziak-Szafrnicka, *Prawo podmiotowe...*, z. 1/2006, s. 48 i n.; M. Pyziak-Szafrnicka, *Prawo podmiotowe* [w:] *System...*, s. 674 i n.

²⁹⁰¹ *Pieśń III*, oda 30, wers 6 [w:] Kwintus Horacjusz Flakkus..., s. 309. To oczywiste, że nawiązując do Horacego nie jestem oryginalny, dawno temu F. Zoll pisał: „Nie chcąc wracać do projektu «skarżki Ministerstwa Sztuki i Kultury w interesie publicznym», proponowanej przeze mnie w projekcie z r. 1920, a odrzuconej stanowczo w Subkomitecie, szukałem rozwiązania problemu na innej drodze, a mianowicie w sławnym H o r a c e g o : *Non omnis moriar*. Istnienie praw osobistych twórcy [...], tłumaczyłem tem, że osobistość twórcy żyje wśród nas wiecznie, żyje przez swe nieśmiertelne dzieła, które nas uczą, uszczęśliwiają, podnoszą, że więc w ten sposób one osobistość twórcy i jej wpływ przedłużają w nieskończoność” (Tzw. „*droit moral*”..., s. 291).