

CMENTARZE W POLSCE

**Zagadnienia
administracyjnoprawne**

Paweł Sularz



Wolters Kluwer

CMENTARZE W POLSCE

Zagadnienia administracyjnoprawne

Paweł Sularz



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2022

Stan prawny na 1 sierpnia 2022 r.

Recenzent

Dr hab. Monika Augustyniak, prof. KAAFM

Wydawca

Izabella Matecka

Redaktor prowadzący

Paulina Ambroży

Opracowanie redakcyjne

Anna Kunz

Projekt okładek serii

Wojtek Janikowski, Przemek Dębowski



Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

Szanujmy prawo i własność

Więcej na www.legalnakultura.pl

Polska Izba Książki

© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2022

ISBN 978-83-8286-763-3

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 728 313 462

e-mail: PL-ksiazki@wolterskluwer.com

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Wstęp	13
Rozdział 1	
Zakładanie, rozszerzanie i zamykanie cmentarzy	
komunalnych	23
1. Pojęcie cmentarza, terenu cmentarnego i cmentarzyska	23
2. Zakładanie cmentarzy komunalnych jako zadanie własne gminy	27
3. Reglamentacja działalności w zakresie zakładania i prowadzenia cmentarzy	34
4. Uzgodnienia związane z założeniem i poszerzeniem cmentarza komunalnego	47
5. Zamknięcie cmentarza komunalnego oraz użycie terenu cmentarnego na inny cel	54
6. Władztwo planistyczne gminy w kontekście lokowania cmentarzy komunalnych	63
7. Wymogi sanitarno-budowlane względem cmentarzy komunalnych	70
8. Pozyskiwanie terenów pod założenie lub poszerzenie cmentarza oraz obrót nieruchomością zajętą pod cmentarz	88
9. Zakładanie cmentarzy ponadgminnych	99
Rozdział 2	
Zarządzanie cmentarzami komunalnymi	102
1. Zarządca cmentarza komunalnego	102

2. Wybór formy organizacyjno-prawnej prowadzenia działalności w zakresie cmentarnictwa	105
2.1. Zakład budżetowy	107
2.2. Jednostka budżetowa	113
2.3. Spółki komunalne	116
2.4. Powierzenie wykonywania gospodarki komunalnej w trybie zamówień publicznych	122
3. Regulaminy cmentarzy	124
4. Cenniki	140
5. Działalność cmentarzy komunalnych w ujęciu praktyk monopolistycznych	154
6. Statuty gminnych jednostek organizacyjnych wykonujących zarząd cmentarzami komunalnymi	172
7. Budowa miejsc pochówku i zarządzanie powierzchnią grzebalną	176
8. Budowa grobów, nagrobków, pomników na cmentarzach komunalnych a prawo budowlane	187
9. Zarządzanie cmentarzami i grobami zabytkowymi	191
10. Zarządzanie zielenią cmentarną	214

Rozdział 3

Chowanie zmarłych	219
1. Sposób pochowania zwłok	219
2. Stwierdzenie zgonu i przyjęcie zwłok do pochowania	222
3. Prawo do grobu a umowa z zarządcą cmentarza na pochowanie zwłok	231
4. Stwierdzenie zgonu i przyjęcie zwłok do pochowania dzieci martwo urodzonych	239
5. Prawo pochowania zwłok	245
6. Postępowanie ze zwłokami	264
7. Transport zwłok	270
8. Przechowywanie zwłok w domu przedpogrzebowym	275
9. Pochówek na morzu	278
10. Ponowne użycie grobu	280
11. Ekshumacja	292
12. Poszukiwanie miejsc spoczynku osób, które straciły życie wskutek walki z narzuconym systemem totalitarnym lub wskutek represji totalitarnych, lub czystek etnicznych w okresie od 8.11.1917 r. do 31.07.1990 r.	305

Rozdział 4**Inne zagadnienia związane z funkcjonowaniem**

cmentarzy komunalnych	307
1. Księgi cmentarne	307
2. Ochrona danych osobowych osób zmarłych	313
3. Stosowanie Kodeksu postępowania administracyjnego w sprawach na podstawie prawa pochówkowego	314
4. Cmentarze i groby wojenne w kontekście cmentarzy komunalnych	316
5. Groby weteranów walk o wolność i niepodległość Polski	327
6. Grzebowisko dla zwierząt a cmentarz komunalny	329
7. Nadzór nad przestrzeganiem przepisów prawa pochówkowego	333

Zakończenie – uwagi <i>de lege ferenda</i>	337
---	-----

Wzory pism	351
Wzór uchwały rady gminy w sprawie założenia cmentarza komunalnego	353
Wzór uchwały rady gminy w sprawie zamknięcia cmentarza komunalnego	354
Wzór uchwały rady gminy w sprawie poszerzenia cmentarza komunalnego	355
Wzór uchwały rady gminy w sprawie ustalenia zasad korzystania z cmentarzy komunalnych	356
Załącznik do uchwały nr... ..	357

Bibliografia	359
---------------------------	-----

Wykaz orzecznictwa	367
---------------------------------	-----

Wykaz aktów prawnych	381
-----------------------------------	-----

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- k.c.** – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.)
- k.p.a.** – ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 735 ze zm.)
- k.p.c.** – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.)
- Konstytucja RP** – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.)
- p.a.s.c.** – ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 709 ze zm.)
- pr. bud.** – ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.)
- RODO** – rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1)
- u.c.c.z.** – ustawa z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1947)
- u.f.p.** – ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 305 ze zm.)
- u.g.c.w.** – ustawa z 28.03.1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2337)
- u.g.k.** – ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2021 r. poz. 679)
- u.g.n.** – ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2021 r. poz. 1899 ze zm.)

- u.g.w.w.w.** – ustawa z 22.11.2018 r. o grobach weteranów walk o wolność i niepodległość Polski (Dz.U. poz. 2529)
- u.o.k.k.** – ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275)
- u.o.p.** – ustawa z 16.04.2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2022 r. poz. 916)
- u.o.z.o.z.** – ustawa z 23.07.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2022 r. poz. 840)
- u.p.s.** – ustawa z 12.03.2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2021 r. poz. 2268 ze zm.)
- u.s.g.** – ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 559 ze zm.)
- u.u.c.p.g.** – ustawa z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 ze zm.)

Publikatory

- Dz.U.** – Dziennik Ustaw
- Dz.Urz. UE L** – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, Legislacja
- Dz.Urz. Woj.** – Dziennik Urzędowy Województwa
- M.P.** – Monitor Polski
- ONSAiWSA** – Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich i Sądów Administracyjnych
- OSNC** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
- OSNP** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
- OSPİKA** – Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych

Inne

- ETS** – Europejski Trybunał Sprawiedliwości
- GKO** – Główna Komisja Orzekająca
- KIO** – Krajowa Izba Odwoławcza
- m.p.z.p.** – miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego
- NIK** – Najwyższa Izba Kontroli
- NSA** – Naczelny Sąd Administracyjny
- RKO** – Regionalna Komisja Orzekająca
- S. A.** – Sąd Antymonopolowy
- SA** – sąd apelacyjny
- SN** – Sąd Najwyższy
- SO** – sąd okręgowy
- SOKiK** – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- SR** – sąd rejonowy

TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
WSA	– wojewódzki sąd administracyjny

WSTĘP

Porządek prawny, który kształtuje sferę pochówkową, przypisuje administracji publicznej zadania o niebagatelnej doniosłości. Nierzadko literatura krytycznie ocenia współczesną rolę administracji w życiu społecznym, dostrzegając w tym zakresie zjawiska kryzysowe, wskazując na osłabienie obszaru organizacji państwa w wyniku pogarszającej się jakości prawa administracyjnego¹. Niewątpliwe na ten stan rzeczy wpływa aktualność prawa, tj. taki porządek normatywny, który będzie odpowiadał właściwym dla określonego czasu stosunkom społecznym i modelowi funkcjonowania administracji. Polskie prawo pochówkowe powstało w latach 50. ubiegłego wieku, co samo w sobie nie przesądza jeszcze o jego generalnej nieadekwatności do celów, jakie założył prawodawca. Problem należy raczej widzieć w tym, że mimo ewolucji legislacji reguły prawa pochówkowego wydają się odporne na zmieniające się otoczenie ustawodawcze. Analiza poszczególnych przepisów ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych rodzi bowiem obecnie coraz więcej pytań i niejasności i zdaje się tracić swój podstawowy walor jako źródło praktycznych wskazań dla zarządców cmentarzy. Świadczyć o tym będzie niejednoznaczne orzecznictwo administracyjne i sądownoadministracyjne, które przy niezmiennym stanie prawnym jest labilne, na co składają się sprzeczne rozstrzygnięcia nadzorcze wojewodów względem aktów prawa miejscowego czy też wyroki sądów administracyjnych. Niejednokrotnie organy orzecznicze,

¹ J. Jagielski, P. Gołaszewski, *Zagadnienia ogólne* [w:] *Kryzys prawa administracyjnego?*, t. I, *Jakość prawa administracyjnego*, red. D.R. Kijowski, A. Miruć, P.J. Suwaj, Warszawa 2012, s. 19.

chcąc dostosować wykładnię przepisów prawa pochówkowego do stosunków gospodarczych, prawnych i społecznych, sięgają po interpretację celowościową, która rozmija się z literalnym brzmieniem konkretnych przepisów. Archaiczność ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie ułatwia stosowania jej postanowień, wprowadzając swoisty stan, w którym sfera prawna zarządzania cmentarzami często bardziej osadzona jest w konstrukcji zwyczajowej, co wypiera legalizm w działaniach administracji cmentarnej w kierunku dowolności. Zarówno rozproszenie przepisów, które składają się na polskie prawo funeralne, jak i niejednoznaczność interpretacyjna obowiązujących norm to przesłanki dostatecznie doniosłe, aby podjąć się próby uporządkowania zagadnień związanych z tą sferą prawa administracyjnego.

Prawo pochówkowe z uwagi na złożoność kwestii administracyjnych oraz cywilistycznych wymaga od interpretatorów norm prawnych niebagatelnej wiedzy prawniczej. Jest bowiem skomplikowany konglomerat wielu zjawisk na styku prawa publicznego i prywatnego. Ponadto literatura przedmiotu, która podejmuje się całościowego ujęcia kwestii pochówkowych w wymiarze prawnoadministracyjnym, jest bardzo skromna i właściwie sprowadza się do szerokiego dorobku Stanisława Rudnickiego. Należy jednak pamiętać, że autor ten skupiał się głównie na kwestiach cywilistycznych, wchodzących także w obręb tematyki pochówkowej.

Niniejsza rozprawa obejmuje całość zagadnień związanych z zarządzaniem cmentarzami komunalnymi, wskazując na interdyscyplinarny charakter tego zjawiska, stąd jej celem jest wszechstronna analiza statusu prawnego cmentarzy komunalnych. Główna teza badawcza sprowadza się do dwóch zagadnień. Po pierwsze, cmentarnictwo stanowi jedno z istotniejszych zadań własnych gminy służących zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności. Po drugie, realizacja tego zadania oparta jest na przenikających się wzajemnie normach z zakresu prawa prywatnego i administracyjnego, stanowiących swoisty konglomerat. W związku z tym konieczne staje się sformułowanie hipotez, które sprowadzają się do następujących kluczowych pytań:

1. Jaki jest status zadania gminy w zakresie cmentarnictwa? Czy jest to zadanie własne o charakterze fakultatywnym, czy też obligatoryjnym?
2. W jakie instrumenty prawne ustawodawca wyposażył gminy celem skutecznej realizacji tego zadania? Czy te instrumenty prawne stwarzają gwarancje wykonania zamierzeń ustawodawcy?
3. Czy ustawodawca przewidział możliwość alternatywnego do aktywności samorządu lokalnego zaspokajania potrzeb pochówkowych ludności?
4. Jakie formy są właściwe w zakresie budowania relacji pomiędzy ludnością a administracją cmentarza?
5. Jakie są obowiązki administracji cmentarza względem podmiotów indywidualnych?
6. Jakie są granice ingerencji sfery prawnoadministracyjnej w kształtowanie stosunków cywilnoprawnych łączących administrację cmentarza z podmiotami indywidualnymi?

Prawo pochówkowe, jak już wspomniano, było przedmiotem dociekań naukowych, lecz głównie w aspekcie cywilistycznym, natomiast kontekst administracyjnoprawny dotychczas nie doczekał się badań przekrojowych. To ograniczone zainteresowanie doktryny aspektem prawnoadministracyjnym nie ułatwia administracji samorządowej jednolitego stosowania przepisów. Niniejsza praca ma za zadanie uzupełnić tę lukę. Tak nakreślony cel powoduje, że należy sformułować kilka zasadniczych pytań: Czy pozycja prawnoadministracyjna cmentarzy komunalnych dotknięta jest odrębnością prawną w stosunku do innych zadań gminy w zakresie użyteczności publicznej? Jakich ograniczeń doznaje na gruncie prawa administracyjnego sfera publiczna w stosunku do podmiotów korzystających z usług cmentarnych? Jakie będą właściwe formy czynności dla administracji publicznej w omawianej sferze? Jakie zależności ustrojowe czy też procesowe powstają pomiędzy poszczególnymi organami administracji publicznej, które w obszarze funeralnym wyznaczył ustawodawca?

Powyższe pytania nakreślają treść problemów badawczych, tj. ramy prawne wyznaczające skuteczne i legalne działania gminy w zakresie

cmentarnictwa. W konsekwencji rozprawie towarzyszą następujące założenia badawcze. Po pierwsze, cmentarnictwo oparte jest na szczególnym reżimie prawnym realizacji inwestycji oraz eksploatacji własnościowej nekropolii. Po drugie, cmentarnictwo pełni bardzo istotną rolę w systemie ochrony zdrowia i stwarzania warunków bezpieczeństwa sanitarnego. Po trzecie, cmentarnictwo należy uznać za sferę, która porusza się w materii interdyscyplinarnej, a jednocześnie próba wkomponowania cmentarnictwa w ogólne i generalne ramy prawne rodzi określone problemy prawne np. w zakresie ochrony zabytków. Po czwarte, należy wskazać, że podział odpowiedzialności państwa za prawidłowe realizowanie obowiązków wynikających z przepisów wymaga instytucjonalnej spójności zarówno na poziomie stanowienia prawa, jak i stopnia organizacji struktury państwa, w tym jednostek samorządu terytorialnego. Po piąte, cmentarnictwo stanowi swoistą działalność gospodarczą podlegającą istotnym ograniczeniom i reglamentacjom. Po szóste, stosunek łączący podmioty zainteresowane pochowaniem zmarłego a administracją publiczną jest zbudowany na instytucjach prawnych wymykających się generalnym rozwiązaniom prawnym.

Poszukując całościowego ujęcia tej problematyki, zwrócono uwagę na takie kwestie, jak wymogi prawne związane z zakładaniem lub poszerzaniem cmentarzy, procedura zamknięcia cmentarzy, wymogi planistyczne odnoszące się do procesu inwestycyjnego w zakresie realizacji cmentarza, wymogi sanitarne i budowlane związane z przedmiotowym procesem inwestycyjnym. Kompleksowość ujęcia prawa pochówkowego wskazuje na konieczność odniesienia się jednocześnie do form prawno-organizacyjnych podmiotów, które uprawnione są do administrowania cmentarzem komunalnym, z wyodrębnieniem cech tych podmiotów.

Kultura zarządzania cmentarzem komunalnym wymaga sformułowania stosownych aktów, w oparciu o które są kształtowane relacje pomiędzy administracją publiczną a użytkownikami nekropolii. Dlatego też niniejsza praca kładzie szczególny nacisk na problematykę związaną z regulaminami cmentarzy czy cennikami za usługi cmentarne, które to akty są jednocześnie omówione w ujęciu prawa

antymonopolowego. Ponadto na zarządzanie cmentarzami składa się wiele aspektów, takich jak ochrona zabytków, gospodarka zielenią, gospodarowanie odpadami. Kwestie te zatem uzupełniają treść niniejszego studium.

Wiele trudności w stosowaniu prawa pochówkowego sprawia zderzenie zagadnień prawnoadministracyjnych z normami cywilistycznymi. Te dwie sfery bowiem przeplatają się oraz przenikają, co często prowadzi do kolizji uprawnień, jakie zostają przypisane zarządom cmentarzy, z prawami podmiotów, które legitymują się prawami osobistymi. Choć celem tej pracy jest przede wszystkim zdefiniowanie zagadnień o charakterze publicznoprawnym, to jednak trudno nie ustosunkować się do tych zagadnień, które nierozzerwalnie łączą się z tematyką pracy, choć dotyczą zakresu prawa prywatnego. Stąd też skupiono się na próbie odpowiedzi na pytanie, czy jest możliwe wytyczenie pewnej granicy rozdzielającej pozycję prawnoadministracyjną zarządcy cmentarza od uprawnień cywilistycznych przysługujących osobom fizycznym. Pytanie to jest istotne ze względu na fakt, że z jednej strony dość często administracja publiczna ulega pokusie ingerowania właściwymi dla niej formami działania w swobodę sprawowania kultu zmarłych, natomiast z drugiej strony nierzadko rolę administracji cmentarza zbyt głęboko sprowadza się do podmiotu funkcjonującego jedynie w obrocie prawa cywilnego. Rozgraniczenie tych dwóch sfer nie jest zadaniem łatwym, czego świadectwem jest niejednoznaczne orzecznictwo sądowe. Niemniej jednak warto dążyć do modelu administracji, który kształtuje kulturę prawną państw Europy Zachodniej. W tym kontekście należy przywołać Kazimierza Strzyczkowskiego, który wskazuje, że „problem charakteru prawnego podstaw prawnych działania administracji w formach prawa prywatnego w państwach zachodnioeuropejskich (Austria, Niemcy, Szwajcaria) został rozwiązany zgodnie z zasadą, iż administracja, wykorzystując formy prawa prywatnego, w dalszym ciągu jest związana i ograniczona przepisami prawa publicznego, gdyż stosowanie form prawa prywatnego nie zmienia administracji w podmiot autonomiczny i tym samym nie uwalnia jej od przepisów i realizacji obowiązków o charakterze publicznoprawnym,

jako że prawo prywatne, w omawianej sytuacji, nie jest podstawą, a środkiem działania administracji”².

W niniejszym studium prawnym wiele miejsca poświęcono zasadom postępowania ze zwłokami i szczątkami, wyznaczającym równolegle reguły należytego zachowania, które przede wszystkim za cel mają ochronę bezpieczeństwa sanitarnego i zdrowotnego. W ramach tego segmentu tematycznego wyróżniono takie zagadnienia, jak ponowne użycie grobu czy ekshumacja, które to instytucje również będą wkraczać w obszar uprawnień cywilistycznych.

Zakładanie i prowadzenie cmentarzy należy do zadań własnych gminy. Jednakże nie oznacza to, że ustawodawstwo zawęży ten obszar aktywności administracji publicznej do podstawowego szczebla jednostek samorządu terytorialnego. Warto bowiem wskazać na zakres zadaniowy przypisany Instytutowi Pamięci Narodowej, wojewodom czy też ministrowi właściwemu do spraw kultury i dziedzictwa narodowego. Chodzi tutaj m.in. o cmentarnictwo wojenne, groby osób zasłużonych w walce o niepodległość i wolność Polski.

Jak już wspomniano, literatura przedmiotu jest bardzo skromna. Wprawdzie praca nie pomija skromnego dorobku doktryny, jednak w znacznej części opiera się na poglądach zawartych w orzecznictwie sądowoadministracyjnym. Dlatego niezbędne jest sformułowanie pytania: czy wspomniane orzecznictwo reprezentuje jednolitą linię, czy też skutek niejednoznaczności przepisów funeralnych dochodzi do różnic interpretacyjnych wyrażonych w licznych wyrokach sądów administracyjnych i powszechnych. Stąd też zawarto próbę uporządkowania szeroko ujmowanego orzecznictwa, tak aby wskazać te rozstrzygnięcia, które wydają się nadawać całościowe i konsekwentne rozumienie przepisów prawa pochówkowego. Siłą rzeczy wymaga to krytycznego podejścia do wielu wniosków prezentowanych przez judykaturę.

² K. Strzyczkowski, *Rola współczesnej administracji (zagadnienia prawne)*, Warszawa 1992, s. 148.

Podstawowym przedmiotem prezentowanych analiz jest naturalnie ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych z 1959 roku. Akt ten nie odbiega radykalnie od rozwiązań przyjętych w ustawie o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyny zgonu z 1932 r. Z jednej strony spostrzeżenie to nie może dziwić, gdyż zasady prawa pochówkowego wymagają ciągłości, tak aby nie utracić pewności dysponowania grobem, która to pewność wszelako odnosi się do wielu pokoleń. Z drugiej strony utrzymywanie w obecnym obrocie prawnym instytucji normatywnych sprzed blisko 90 lat wymaga przynajmniej ich ponownej analizy pod kątem ewoluujących stosunków społecznych. Jak już zaznaczono, zasadnicza treść normatywna ustawy z 1959 roku nie odbiega od postanowień swojej poprzedniczki z roku 1932 i kształtuje w analogiczny sposób obowiązki gmin w zakresie zakładania i prowadzenia cmentarzy oraz zasady sanitarne związane z postępowaniem ze zwłokami. Jednocześnie z niewielkimi korektami formułuje prawa osób uprawnionych do dokonania pochówku.

Zatem analiza zawarta w niniejszym studium wynika z potrzeby odpowiedzi na pytanie, czy obowiązujące przepisy wymagają aktualizacji i ewentualnego dostosowania do współczesnych stosunków społecznych i gospodarczych. W tym kontekście istotne jest poszukiwanie krytycznej koncepcji prawa pochówkowego, co nie jest łatwe ze względu na specyfikę regulacji składających się na to prawo. Głębość i zakres tych zmian są więc dyskusyjne.

Cmentarnictwo jest szczególnym zadaniem publicznym. Niniejsze opracowanie wskazuje na wielowątkowość tego zadania, w którym zderzają się wątki prawno-sanitarne, kulturowe i cywilistyczne. Wskazane przykładowe wątki nie były przedmiotem dotychczasowych dociekań w ujęciu zbiorczym i interdyscyplinarnym, zwłaszcza w aspekcie zależności prawnych, jakie zachodzą pomiędzy nimi. Uwzględnianie kwestii kulturowych, sanitarnych czy też cywilistycznych sytuuje cmentarnictwo w bardzo trudnym obszarze prawa administracyjnego, które spotyka się z istotnymi ograniczeniami, niejednokrotnie trudnymi do uchwycenia, a wywodzącymi się ze zwyczaju. Stąd wypracowanie wszechstronnego wzorca postępowania dla administracji cmentarnej nie jest łatwe, o ile w ogóle

możliwe. Praca ta ma jednak na celu wskazanie na podstawie orzecznictwa i doktryny tych ram postępowania, które będą miały charakter uniwersalny.

Cele pracy realizowane są przy zastosowaniu metody badawczej opartej na analizie prawno-dogmatycznej. Ta metoda koncentruje się na syntetycznym przedstawianiu obowiązującego prawodawstwa w konfrontacji z dorobkiem judykatury oraz doktryny. Jednocześnie odniesienie się do judykatury wymusza zastosowanie empirycznych elementów badawczych, które wynikają z praktycznego stosowania przepisów prawa przez organy jednostek samorządu terytorialnego. Stąd praca posiada walory nie tylko o charakterze teoretycznym, ale stanowi pewne źródło wiedzy, które ma walory użyteczne z punktu widzenia kształtowania kultury administracyjnej cmentarzy komunalnych. Osiągnięcie celów pracy wyklucza stosowanie metody komparatystycznej, a to za sprawą tego, że metoda prawno-dogmatyczna z powodzeniem pozwala na wyczerpujące objaśnienie problemów interpretacyjnych związanych z prawem pochówkowym. Ponadto próba porównania rozwiązań normatywnych funkcjonujących w innych państwach niewątpliwie spowodowałaby ograniczenie kompleksowości rozprawy, a w konsekwencji udaremniłaby osiągnięcie celu studium. Należy pamiętać, że prawo pochówkowe jest silnie uzależnione od takich zjawisk, jak kultura osadnicza, zwyczaj, doświadczenia historyczne, religijność itd. Dlatego też komparatystyka prawnicza w odniesieniu do polskiej normatyki funeralnej może być wprawdzie interesująca, ale nie zawsze będzie źródłem inspiracji lub kierunków rozwiązań legislacyjnych.

Na potrzeby pracy przyjęto układ tekstu, który składa się ze wstępu, czterech rozdziałów oraz zakończenia obejmującego uwagi *de lege ferenda*. Struktura została dopasowana do ogólnego celu pracy.

Rozdział 1 został poświęcony zagadnieniom związanym z prowadzeniem inwestycji w zakresie zakładania lub poszerzania cmentarza komunalnego. W tej części opracowania zwrócono uwagę na odrębności prawne związane z tą kwestią, ze wskazaniem podstawowej matrycy pojęciowej oraz statusu prawnego działalności cmentarnej

gminy. Na szczególną uwagę zasługuje reglamentacja prowadzenia działalności w zakresie zakładania i prowadzenia cmentarza, co zostało osadzone w ujęciu szeroko rozumianego prawa gospodarczego. Ponadto wskazano wymogi prawne związane z ładem przestrzennym i bezpieczeństwem sanitarnym, które to zagadnienia współkształtują proces zakładania cmentarza. W tej części wyodrębniono również analizę dotyczącą zarówno procesu nabywania nieruchomości przeznaczanej pod cmentarz, jak i procedurę zamknięcia cmentarza.

Rozdział 2 odnosi się do szeroko ujmowanej problematyki zarządzania cmentarzem komunalnym zarówno w ujęciu podmiotowym, jak i przedmiotowym. W tym zakresie wskazano zasady budujące funkcjonowanie cmentarzy, tj. tryby i zasady ustalania cenników za usługi cmentarne, zasady ładu konkurencyjnego i antymonopolowego, regulaminy cmentarzy. Dla dopełniania problematyki przedstawiono w tej części pracy warunki prawne i techniczne zarządzania cmentarzami, miejscami grzebalnymi oraz zasady lokowania grobów. W tym kontekście zaakcentowano specyfikę cmentarzy zabytkowych.

Rozdział 3 pracy odnosi się do zasad chowania zmarłych, postępowania ze zwłokami, ekshumacji, ponownego użycia grobu, rodzajów pochówku. Ten segment rozważań kładzie szczególny nacisk na treść relacji, jaka łączy osoby uprawnione do pochowania zmarłego z administracją cmentarną.

Rozdział 4 określa inne zagadnienia dotyczące prawa pochówkowego, które mają charakter pewnych odrębności prawnych. Chodzi tutaj o cmentarnictwo wojenne oraz groby weteranów walk o wolność i niepodległość Polski. Poruszono również problematykę grzebowisk dla zwierząt oraz inne kwestie wytyczające prawoadministracyjne obowiązki związane z prowadzeniem cmentarzy, takie jak księgi cmentarne, nadzór nad przestrzeganiem przepisów prawa pochówkowego, zasady ochrony danych osobowych.

Ostatnia część została poświęcona podsumowaniu oraz rozważaniom w zakresie proponowanych zmian legislacyjnych dotyczących prawa pochówkowego.

Rozdział 1

ZAKŁADANIE, ROZSZERZANIE I ZAMYKANIE CMENTARZY KOMUNALNYCH

1. Pojęcie cmentarza, terenu cmentarnego i cmentarzyska

Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie wprowadza do obrotu prawnego definicji legalnej pojęcia „cmentarz”. Przywołany akt w tej mierze jest dość oszczędny, co nie jest wyjątkiem względem całości siatki pojęciowej, którą posłużył się ustawodawca w prawie pochówkowym. Terminy, które pojawiają się w zawartości normatywnej ustawy, takie jak „teren cmentarny” (art. 6), „cmentarzysko” (art. 19) czy też „cmentarz” (art. 1), odwołują się bardziej do sfery intuicji niż prawniczej systematyki, co musi rodzić określone problemy interpretacyjne.

W sytuacji braku definicji legalnych warto posiłkować się dorobkiem leksykalnym. W związku z tym można poszczególnym terminom używanym w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych nadać następujące znaczenie:

- 1) cmentarz „to teren, gdzie grzebani są zmarli lub przechowywane są prochy po ich kremacji”¹ (podobne znaczenie temu

¹ Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 3.01.2020 r.).

pojęciu nadaje judykatura, uznając, że „cmentarzem jest teren przeznaczony do pochówku zwłok i szczątków, znajdujący się w granicach wyznaczonych ogrodzeniem”²).

- 2) cmentarzysko to „prehistoryczny duży cmentarz”³.

Trudno natomiast uchwycić treść terminu „teren cmentarny”. Skoro „cmentarz” to określony teren, to w konsekwencji pojęcie „teren cmentarny” musiałoby oznaczać w istocie to samo, co klóci się jednak z zasadami poprawnej legislacji. Nie można jednak pominąć wskazania wynikającego z § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁴. Zgodnie z tą wytyczną „do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami”. Jednakże w praktyce orzecniczej sądów w odniesieniu do omawianego przypadku niejednokrotnie pomija się tę okoliczność i oba pojęcia używane są zamiennie⁵, co należy ocenić krytycznie z punktu widzenia poprawnej legislacji. Tę krytyczną perspektywę nakreśla także samo prawo pochówkowe. Sformułowanie „teren cmentarny” pojawia się w specyficznym kontekście określonym w art. 6 ust. 1 u.c.c.z., który normuje, że „użycie terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza na inny cel nie może zostać dokonane przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu”, natomiast ustęp 3 tego przepisu wskazuje, że „decyzję o użyciu terenu cmentarnego, będącego uprzednio cmentarzem wyznaniowym, na inny cel wydaje się po zaopiniowaniu przez właściwą władzę tego kościoła lub związku wyznaniowego co do sposobu oznaczenia i upamiętnienia terenu pocmentarnego”.

Zatem można powiedzieć, że o tym, czy mamy do czynienia z „cmentarzem”, czy też z „terenem cmentarnym”, decyduje status prawny samego terenu. „Cmentarzem” będzie teren, gdzie grzebani są zmarli lub przechowywane są prochy po spopieleniu. „Terenem cmentarnym” będzie natomiast teren, który obejmuje cmentarz

² Wyrok WSA w Gliwicach z 05.12.2014 r., II SA/Gl 1003/14. LEX nr 1648755.

³ Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 3.01.2020 r.).

⁴ Dz.U. z 2016 r. poz. 283.

⁵ Np. wyrok SO we Wrocławiu z 12.10.2011 r., II Ca 818/11, niepubl.

zamknięty w wyniku określonej procedury określonej w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Decyzja o zamknięciu cmentarza powoduje, że zostaje on w stanie kwalifikacyjnym przekształcony w teren cmentarny. Stąd słownikowe utożsamianie tych pojęć jest wadliwe, a ich wymienne stosowanie nieuzasadnione.

Artykuł 6 ust. 3 u.c.c.z. do obrotu prawnego wprowadza pojęcie „teren pocmentarny”. Termin ten – podobnie jak „teren cmentarny” – uzyskuje swoje znaczenie treściowe ze względu na usytuowanie w systematyce procesowej określającej przebieg procedury zamknięcia cmentarza i przeznaczenia powstałego terenu cmentarnego na inny cel. Samo zamknięcie nekropolii i nadanie jej statusu terenu cmentarnego nie powoduje, że obszar ten można przeznaczyć na inny cel. Użycie terenu cmentarnego na inny cel po zamknięciu cmentarza nie może bowiem nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok na cmentarzu. Po upływie tego czasu organ wykonawczy gminy może wydać decyzję o użyciu terenu cmentarnego na inny cel tożsamy z planem zagospodarowania przestrzennego, przy czym jeżeli teren cmentarny stanowi lub stanowił uprzednio przedmiot własności związku wyznaniowego, wydanie decyzji o użyciu terenu cmentarnego na inny cel wymaga akceptacji stosownej władzy związku wyznaniowego co do sposobu oznaczenia i upamiętnienia terenu pocmentarnego.

Omawiane normy nie pozwalają na użycie oznaczenia „cmentarz” do terenów, które mają być przeznaczone na inne cele⁶. Należy jednak rozwinąć to ustalenie i uznać, że w świetle art. 6 ust. 3 „terenem pocmentarnym” jest „teren cmentarny”, który został przeznaczony na inny cel po przeprowadzeniu właściwej procedury prawnoadministracyjnej zakończonej likwidacją dawnej nekropolii.

Artykuł 19 u.c.c.z. stwierdza, że „przepisy o ekshumacji i przewożeniu zwłok nie dotyczą archeologicznych prac wykopaliskowych, odnoszących się do grobów i cmentarzysk położonych poza terenem cmentarzy objętych prawem pochówkowym”. Jak już stwierdzono w oparciu o de-

⁶ Wyrok NSA z 13.10.2011 r., II OSK 1422/11, LEX nr 1070330.

finicję Słownika Języka Polskiego „cmentarzysko” to prehistoryczny duży cmentarz. Również i ta wykładnia leksykalna nie jest w pełni przydatna w zdefiniowaniu pojęć dla potrzeb prawa pochówkowego. Ani „prahistoryczność” („stary” cmentarz, który nie został zamknięty zgodnie z procedurą określoną w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, nie staje się bowiem cmentarzyskiem), ani też tym bardziej wielkość cmentarza nie stanowią kryterium odróżniającego „cmentarz” od „cmentarzyska”. Istotne są tutaj natomiast inne przesłanki, które pozwalają odróżnić „cmentarzysko” od pozostałych określeń zawartych w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych:

- 1) niewątpliwie termin „cmentarzysko” zawiera w sobie konotacje wskazujące, że jest to obiekt, w ramach którego znajduje się kompleks miejsc pochówkowych i nie jest objęty postanowieniami ustawy. Oznacza, że jest to obiekt niemogący służyć do pochówków, ale w stosunku do którego nie można wydać decyzji o zamknięciu cmentarza (ze względu na brak cech cmentarza w rozumieniu ustawy), co wyklucza następnie nazwaniem go „terenem cmentarnym”;
- 2) cmentarzysko ma charakter jedynie pamiątki historycznej, kulturowej, artystycznej (termin ten pojawia się w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, art. 6 ust. 1 pkt 3 lit. b u.o.z.o.z. zalicza cmentarzyska do zabytków archeologicznych). Cmentarzyskiem może być również cmentarzysko prochów ofiar niemieckich i sowieckich obozów, będący grobem wojennym w rozumieniu art. 1 ust. 1 pkt 7 u.g.c.w., a zatem jest miejscem pamięci;
- 3) właścicielem bądź posiadaczem cmentarzyska może być osoba fizyczna bądź osoba prawna, a nie tylko gmina lub związek wyznaniowy (fakt ten odróżnia cmentarzyska od cmentarzy, które mogą być zakładane i prowadzone wyłącznie przez gminy lub związki wyznaniowe – art. 1 u.c.c.z.).

Ten sam art. 19 u.c.c.z. posługuje się również terminem „teren cmentarza”. Stanisław Rudnicki stwierdza, że „teren cmentarza jest przedmiotem użyteczności publicznej o szczególnym charakterze. Jego funkcją jest z jednej strony zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w zakresie stworzenia godnego miejsca dla pochówku osób zmarłych, umożliwiającego wykonywanie w ciszy, spokoju

i odpowiednim otoczeniu zewnętrznym kultu ich pamięci, zgodnie z obyczajem, tradycją i wyznawaną religią oraz spełnianie obrzędów religijnych, z drugiej strony”⁷. W ślad za S. Rudnickim należy niejako dokonać utożsamienia kategorii „terenu cmentarza” z pojęciem „cmentarza”. Wskazać jednak należy, że taka wspólna identyfikacja nie będzie miała znaczenia i uzasadnienia normatywnego.

Na marginesie powyższych ustaleń warto wskazać, iż sądy dla rozwikłania problemów pojęciowych, jakie stwarza prawo pochówkowe, sięgają po dość specyficzne egzegezy. Na przykład Sąd Rejonowy we Wrocławiu ustalił, że „teren cmentarny jest to teren cmentarza, a następnie przyjął, że dla pozbawienia statusu zarówno cmentarza, jak i terenu cmentarnego wystarczające jest usunięcie zewnętrznych śladów wskazujących, że jest to cmentarz”⁸. Takie ujęcie musi spotkać się z krytyczną oceną, gdyż jego akceptacja skutkowałaby koniecznością przyjęcia, że do wyłączenia stosowania art. 6 u.c.c.z. dostateczne byłoby usunięcie z terenu cmentarza wspomnianych zewnętrznych elementów⁹.

2. Zakładanie cmentarzy komunalnych jako zadanie własne gminy

Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.c.c.z. zakładanie i rozszerzanie cmentarzy komunalnych stanowi zadanie własne gminy¹⁰. Ta dyspozycja jest uzupełnieniem art. 7 ust. 1 u.s.g., w którym określono w katalogu

⁷ S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kraków 1999, s. 61.

⁸ Wyrok SR dla Wrocławia-Śródmieście we Wrocławiu z 27.04.2011 r., IX C 365/10, niepubl.

⁹ A.M. Tenenbaum-Kulig, *Użycie terenu cmentarnego na inny cel według ustawy z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych* [w:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, red. D. Karkut, J. Mazurkiewicz, J. Gołaczyński, J. Turłukowski, Wrocław 2015, s. 778.

¹⁰ Należy podkreślić, że: „Trybunał Konstytucyjny wprowadził ogólną dyrektywę dla ustawodawcy, aby przypisywał samorządowi terytorialnemu jako własne takie zadania, które mają charakter publiczny oraz wiążą się z zaspokajaniem potrzeb mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego, a ponadto mogą być realizowane w obrębie właściwości miejscowej jednostki samorządu terytorialnego”, M. Augustyniak, T. Moll [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021, art. 7.

otwartym zakresie zadaniowym tej jednostki samorządu terytorialnego. A zatem zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, do których zalicza się sprawy cmentarzy gminnych (art. 7 ust. 1 pkt 13 u.s.g.). Każdy z zakresów spraw wymienionych w art. 7 ust. 1 u.s.g. powinien być usankcjonowany i doprecyzowany w ustawie wyodrębnionej, przypisanej tematycznie sprawom stanowiącym zadania gminy¹¹. Taką też rolę uszczegóławiającą pełnią regulacje ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych.

Sprawy związane z cmentarzami komunalnymi jako zadania gminy obejmują zatem, obok wspomnianej dyspozycji polegającej na zakładaniu i rozszerzaniu cmentarzy komunalnych, również obowiązki w zakresie m.in. świadczenia usług cmentarnych, prowadzenia ksiąg cmentarnych, utrzymania porządku na cmentarzu, dbałości o bezpieczeństwo osób i mienia, ustanowienia regulaminu cmentarza, ustalania wysokości i pobierania opłat za miejsca grzebalne oraz za usługi związane z użytkowaniem nekropolii. Zaspokajanie przez gminę zbiorowych potrzeb z zakresu uprawnienia do godnego pochówku niewątpliwie będzie dotyczyć realizacji wartości prawnych związanych z godnością ludzką, gdyż działalność administracji należy zawsze łączyć z dobrem człowieka¹².

Zasadnicze pytanie, jakie wiąże się z tym zjawiskiem ustrojowym, sprowadza się do zagadnienia, czy zadanie w zakresie cmentarnictwa, w tym zakładanie i poszerzenie cmentarzy, ma charakter obowiązkowy, czy też fakultatywny. Należy zauważyć, że w art. 7 ust. 2 u.s.g. dokonano podziału zadań własnych gminy na obowiązkowe i fakultatywne. Zasadność tej regulacji polega na zagwarantowaniu społecznościom lokalnym świadczeń publicznych na poziomie minimalnym¹³. Obligatoryjne zadania własne to takie, przy realizacji których wspólnota samorządowa posiada swobodę decydowania

¹¹ R. Hauser, Z. Niewiadomski (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 95.

¹² D. Wacinkiewicz, *Zaspokajanie potrzeb wspólnoty. Studium prawnoadministracyjne*, Warszawa 2016, s. 4.

¹³ A. Szewc [w:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławewski, *Samorząd gminny. Komentarz*, Warszawa 2005, art. 7, s. 43.

o formie załatwienia sprawy, ale jednocześnie jest zobowiązana tę sprawę załatwić, natomiast w wypadku zadań fakultatywnych decyzyja o ich podjęciu należy do organów samorządowych¹⁴.

Brzmienie art. 1 ust. 1 u.c.c.z. stanowiącego, że zakładanie i rozszerzanie cmentarzy komunalnych należy do zadań własnych gmin, budzi pewne wątpliwości¹⁵ co do statusu tego zadania. Wprawdzie norma ta nie zawiera w sobie sformułowań, które miałyby naturę wyboru co do podjęcia lub niepodjęcia zadania przez właściwe organy gminy, ale jest to zdecydowanie za mało, aby przesądzić, że mamy do czynienia z jego obligatoryjnymi cechami. Należy podkreślić, że charakter fakultatywny oznacza przede wszystkim, że wspólnota samorządowa za pomocą swoich organów autonomicznie przesądza o kolejności i terminie zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty mieszkańców¹⁶. Rozstrzygnięcie o kolejności i terminie zaspokajania określonych potrzeb musi być naturalnie poprzedzone ustaleniem, czy te potrzeby w ogóle istnieją lub też czy są zaspokajane w inny sposób niż tylko poprzez aktywność organizatorską gminy. W omawianej materii zagadnienie to sprowadza się do pytania: czy potrzeby pochówkowe w danej gminie są zaspokajane w inny sposób niż poprzez założenie cmentarza komunalnego. Pośrednio odpowiedzi dostarcza sama ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Artykuł 4 u.c.c.z. stwierdza, że cmentarze buduje się w zasadzie na obszarze każdej gminy lub miasta, niemniej jednak w uzasadnionych przypadkach można założyć cmentarz dla kilku gmin. W konsekwencji należałoby przyjąć, że istnieje obowiązek, aby każda gmina była wy-

¹⁴ A. Barczak, *Zadania samorządu terytorialnego w zakresie ochrony środowiska*, Warszawa 2006, s. 39.

¹⁵ Niezależnie od tych rozważań warto podkreślić, że usługi komunalne świadczone w zakresie cmentarnictwa na gruncie prawa Unii Europejskiej można zakwalifikować do usług świadczonych w interesie ogólnym. Usługi te „stanowią kategorię zbiorczą, do której zaliczyć należy zarówno usługi posiadające charakter ekonomiczny (gospodarczy), jak i nieposiadające takiego charakteru usługi o charakterze nieekonomicznym” – D. Wacinkiewicz, *Usługi świadczone w interesie ogólnym jako element europejskiego modelu społecznego*, „Studia Prawnicze KUL” 2019/2, s. 255–276.

¹⁶ Postanowienie WSA w Gdańsku z 8.03.2013 r., II SAB/Gd 75/12, LEX nr 1304703.

posażona w nekropolię, co przesądzałoby o obowiązkowym charakterze tego zadania. Jednakże ustawodawca czyni pewne zastrzeżenie w art. 8 ust. 2 u.c.c.z., burzące to przypuszczenie: „w miejscowościach, w których nie ma cmentarzy komunalnych, zarząd cmentarza wyznaniowego jest obowiązany umożliwić pochowanie na tym cmentarzu, bez jakiejkolwiek dyskryminacji, osoby zmarłe innego wyznania lub niewierzące”. A zatem ustawa akceptuje stan, w którym w określonej gminie nie zbudowano cmentarza komunalnego, choć niewątpliwie jest to wyjątek od reguły, która została ustanowiona w art. 4 u.c.c.z. W wyroku WSA w Gdańsku z 23.10.2018 r. skład orzekający dowodzi, że prawo nie sprzeciwia się sytuacji, w której potrzeby pochówkowe danej społeczności lokalnej są realizowane poprzez istnienie cmentarza wyznaniowego, a nie poprzez wypełnianie dyspozycji nałożonej na gminę w art. 1 u.c.c.z. Jest to możliwe, zwłaszcza że prawodawca sformułował dodatkowe gwarancje antydyskryminacyjne chroniące multireligijność lub osoby niewierzące, które musi honorować administracja cmentarza wyznaniowego¹⁷. Warto też wskazać współzależność publicznoprawną występującą w relacji pomiędzy cmentarzem komunalnym a cmentarzem gminnym. Regułą jest rozgraniczenie funkcji cmentarzy komunalnych i wyznaniowych. Jednakże, jak stwierdzono wyżej, na podstawie art. 8 ust. 2 u.c.c.z. w gminach, w których nie ma cmentarzy komunalnych, zarząd cmentarza wyznaniowego jest zobligowany dopuścić pochówków na tym cmentarzu, bez jakiejkolwiek szykany, osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących. Sytuacja taka oznacza przesunięcie zadania publicznego w postaci prowadzenia cmentarza na podmiot zarządzający cmentarzem wyznaniowym¹⁸.

Jeżeli cmentarz wyznaniowy w sposób niezakłócony przyjmuje wszystkie pochówki w danej gminie i nie można antycypować zagrożenia dla zaspokajania potrzeb danej wspólnoty samorządowej w tym obszarze, to budowa niejako konkurencyjnego cmentarza komunalnego oznaczałaby działanie nieracjonalne z punktu widzenia reguł wydatkowych określonych w ustawie o finansach publicznych. Na takie ujęcie wskazuje art. 44 ust. 3 u.f.p. Wydatki publiczne „powinny

¹⁷ Wyrok WSA w Gdańsku z 23.10.2018 r., II SAB/Gd 70/18, LEX nr 2574129.

¹⁸ Wyrok WSA w Gdańsku z 23.10.2018 r., II SAB/Gd 70/18, LEX nr 2574129.

być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”¹⁹. Stąd też gmina przed przystąpieniem do budowy cmentarza powinna przeprowadzić stosowną analizę kosztów i efektów społecznych, jakie przyniesie inwestycja. Powyższa sugestia znajduje swoje uzasadnienie również w systemie kontroli zarządczej²⁰, o której mowa w art. 68 ust. 1 u.f.p. Kontrolę zarządczą w jednostkach sektora finansów publicznych „stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy, natomiast celem kontroli zarządczej jest zapewnienie m.in. skuteczności i efektywności działania” (art. 68 ust. 2 pkt 2 u.f.p.).

Należy się zatem zastanowić, jaki charakter ma zadanie własne gminy polegające na zakładaniu i poszerzaniu cmentarzy. W przypadku gdy potrzeby pochówkowe społeczności lokalnej nie mogą zostać zaspokojone poprzez istnienie cmentarza wyznaniowego, gmina będzie zobligowana do realizacji postanowienia wynikającego z art. 1 ust. 1 u.c.c.z. jako obowiązkowego zadania własnego, od którego nie może się uchylić. O fakultatywności możemy mówić jedynie w sytuacji, w której spełnione są okoliczności, o których mowa w art. 8 ust. 2 u.c.c.z., natomiast podjęcie nieobligatoryjnych kosztów budżetowych będzie musiało mieć swoje uzasadnienie w re-

¹⁹ „Celowość oznacza, że poniesienie wydatku jest niezbędne do realizacji zadania publicznego. Oszczędność wiąże się z ograniczeniem wysokości wydatku do minimum niezbędnego, aby zrealizować zadanie na odpowiednim poziomie jakościowym. Uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów jest określane jako efektywność wydatków. Optymalny dobór metod i środków służących osiągnięciu założonych celów określa się skutecznością wydatków. Ponoszenie wydatków w określonych terminach określa się zasadą terminowości” – K. Kleszczewski [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, G. Gołębiowski, Warszawa 2014, art. 44, s. 108.

²⁰ Kontrola zarządcza pełni szereg funkcji, w tym funkcję ochronną, tj. ma „zapobiegać pomniejszeniu sprawności jednostki w zakresie osiągania celów i wykonywania zadań, a tym samym zabezpieczać przed powstawaniem strat materialnych i niematerialnych, nieefektywnym zwiększaniem nakładów, nieadekwatną eskalacją kosztów działania” – M. Mączyński, *Kontrola zarządcza – od New Public Management do Governance* [w:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019.

gułach wydatkowych sformułowanych w prawie finansowym. Stąd też omawiane zadania przypisane gminie w art. 1 u.c.c.z. będą miały charakter względnie obligatoryjny.

Warto w tej mierze dla zobrazowania skali wypełniania dyspozycji w zakresie zakładania i poszerzania cmentarzy przez gminy dopuścić posłkowo dane wynikające z ustaleń Najwyższej Izby Kontroli²¹. W Polsce działa około 1880 cmentarzy komunalnych. Znaczącą grupę w tej kategorii stanowią nekropolie, które uprzednio były cmentarzami wyznaniowymi, a w latach 1970–1990 zostały przekazane samorządom w oparciu o decyzje komunalizacyjne. Najwyższa Izba Kontroli wskazuje, że według GUS na dzień 31 grudnia 2014 r. na obszarze Polski łącznie było 15 552 obiektów cmentarnych. Wynika z tego, że cmentarze komunalne stanowią mniejszość.

W poszczególnych województwach, z uwagi na uwarunkowania kulturowo-historyczne, rozłożenie cmentarzy komunalnych nie jest równomierne. Liczbę cmentarzy w danym województwie obrazuje tabela 1.

Tabela 1. Rozmieszczenie cmentarzy komunalnych w województwach na podstawie danych NIK²² oraz GUS²³

Województwo	Liczba cmentarzy komunalnych w województwie	Liczba gmin w województwie
Dolnośląskie	277	169
Kujawsko-pomorskie	41	144
Lubelskie	29	213
Lubuskie	328	82
Łódzkie	12	177
Małopolskie	128	182
Mazowieckie	26	314

²¹ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli. Zarządzanie cmentarzami komunalnymi*, Delegatura w Poznaniu, 20186, www.nik.gov.pl (dostęp: 6.01.2020 r.).

²² Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli...*, s. 14.

²³ www.stat.gov.pl (dostęp: 6.01.2020 r.).

Opolskie	41	71
Podkarpackie	92	160
Podlaskie	17	116
Pomorskie	96	123
Śląskie	132	167
Świętokrzyskie	18	102
Warmińsko-mazurskie	148	116
Wielkopolskie	59	226
Zachodniopomorskie	476	113

Źródło: opracowanie własne.

Z powyższego zestawienia wynika, iż na 2477 gmin przypada 1880 cmentarzy komunalnych, co oznacza, że nie każda gmina założyła cmentarz. Przykładowo w województwach łódzkim, świętokrzyskim czy też mazowieckim ciężar zaspokajania potrzeb w zakresie pochówków został przesunięty na cmentarze wyznaniowe. W konsekwencji należy zaakcentować, że wykonywanie zadania własnego w zakresie spraw cmentarnych jest w Polsce głęboko zróżnicowane. Jak podkreśla NIK, w ostatnim okresie niewiele gmin podjęło się budowy nowych lub rozszerzenia istniejących cmentarzy komunalnych. Nekropolie stale się zapełniają, a na niektórych brakuje już miejsc. Zdaniem NIK bariery w planowaniu inwestycji w tym zakresie należy dopatrywać się w braku właściwych terenów spełniających warunki określone w przepisach prawnych²⁴.

W okresie międzywojennym omawiane zadanie było również przypisane gminom. Artykuł 6 ust. 1 ustawy z 17.03.1932 r. o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyny zgonu²⁵ stwierdzał, że zarówno „zakładanie, rozszerzanie i zamykanie cmentarzy, jak również utrzymanie i zarządzanie nimi jest prawem i obowiązkiem gmin, lub utworzonego w tym celu związku gmin, co następuje, gdy obowiązek ten jest dla jednej gminy zbyt uciążliwy lub utrudniony”. Realny socjalizm zlikwidował samorząd, stąd też zadanie to scedowano na prezydium rad narodowych.

²⁴ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli...*, s. 5.

²⁵ Dz.U. Nr 35, poz. 359.

Ustawa o samorządzie terytorialnym dokonała restauracji gmin, którym przypisano m.in. zadania z zakresu cmentarzy komunalnych. Warto zauważyć, że akt ten zachowuje jednolitość terminologiczną w stosunku do prawa pochówkowego poprzez zakwalifikowanie cmentarzy jako komunalnych, nie zaś gminnych, jak czyni to ustawa o samorządzie gminnym, co nastąpiło w ustawie z 24.07.1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa²⁶.

3. Reglamentacja działalności w zakresie zakładania i prowadzenia cmentarzy

Cmentarze mogą być zakładane i zarządzane wyłącznie przez gminę lub związek wyznaniowy (art. 1 oraz art. 2 u.c.c.z.). W konsekwencji ustawa wprowadza istotne ograniczenie, które wyklucza możliwość prowadzenia tego rodzaju działalności przez osoby fizyczne lub podmioty prawa prywatnego funkcjonujące w oparciu o Kodeks cywilny lub Kodeks spółek handlowych²⁷. Takie ujęcie spotyka się zarówno z aprobatą, jak i krytyką w literaturze przedmiotu. Stanisław Rudnicki podkreśla, że „zmiany prawa w tym zakresie nie są ani niezbędne, ani pożądane, gdyż tego rodzaju sfera zadaniowa powinna być przedmiotem działalności administracji publicznej na tyle istotnej, że eliminuje to wypieranie jej przez działalność osób prawa prywatnego”²⁸. Inny pogląd wyraża Wojciech M. Hrynicky, stwierdzając, że „prywatyzacja obejmująca zakładanie i prowadzenie cmentarzy mogłaby być próbą zadośćuczynienia coraz szerszym i bardziej wymagającym zapotrzebowaniem społeczeństwa na te swoiste usługi, a także możliwością respektowania różnych wartości i światopoglądów w tym zakresie”²⁹.

²⁶ Dz.U. Nr 106, poz. 668.

²⁷ Dz.U. z 2022 r. poz. 1467.

²⁸ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 65.

²⁹ W.M. Hrynicky, *Zakładanie, rozszerzanie i utrzymywanie cmentarzy – przyczynek do dyskusji*, „Administracja: teoria – dydaktyka – praktyka” 2013/4(33), s. 43–66.

Zarówno S. Rudnicki, jak i W.M. Hrynicky wyrażają poglądy, które należy osadzić w nieco innym kontekście, nakreślone w sferze konstytucyjnej i w dorobku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie swobody działalności gospodarczej.

W pierwszej kolejności należy ustalić, jaki jest status komunalnego oraz wyznaniowego zarządu cmentarzy, jak też samej działalności polegającej na zakładaniu i prowadzeniu cmentarzy. Problem ten zatem sprowadza się do pytania: czy zarząd cmentarza bez względu na to, czy jest on gminny, czy np. parafialny, można uznać za przedsiębiorcę oraz czy sama działalność w zakresie cmentarnictwa będzie zdefiniowana jako działalność gospodarcza. W pewnym zakresie odpowiedzi na to pytanie dostarcza ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. W art. 4 ust. 1 u.o.k.k. zdefiniowano przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców³⁰, tj. przedsiębiorcą jest „osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą”. Ponadto art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k. za przedsiębiorcę uznaje również „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców”.

Urząd Ochronny Konkurencji i Konsumentów w oparciu o przywołane definicje niejednokrotnie wypowiadał się w sprawie statusu zarządu cmentarza jako przedsiębiorcy. Parafia jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k., gdyż będąc właścicielem cmentarza świadczy lub organizuje dla niesprecyzowanego bliżej kręgu osób usługi o charakterze użyteczności publicznej³¹. Podobny status w kontekście przywołanej regulacji art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k. mają komunalni zarządcy cmentarzy. Gmina posiada bowiem cechy przedsiębiorcy

³⁰ Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm.

³¹ Wyrok SOKiK z 12.01.2006 r., XVII Ama 105/04, Dz.Urz. UOKiK Nr 2, poz. 28.

w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod warunkiem że organizuje lub świadczy usługi o charakterze użyteczności publicznej. Zaspokajanie potrzeb mieszkańców w zakresie usług cmentarnych mieści się w kategorii zadań o charakterze użyteczności publicznej, przy czym kwalifikowane może być również jako działalność gospodarcza³². Tę tezę potwierdza Sąd Najwyższy, stwierdzając, że jednostka samorządu terytorialnego może być przedsiębiorcą, a w następstwie tego statusu ma obowiązek wziąć pod uwagę w swojej działalności zakazy wynikające z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak również w sytuacji gdy uprawniony organ tej jednostki stanowi akty prawa miejscowego lub wydaje decyzje administracyjne, związane z organizowaniem usług użyteczności publicznej³³. Zatem na bazie przepisów antymonopolowych należy wywnioskować, że zarządca cmentarza jest z pewnością przedsiębiorcą.

Regulacje unijne każą także zakwalifikować zarządy cmentarzy gminnych i wyznaniowych do przedsiębiorstw. W art. 107 TFUE unormowana została kwestia pomocy publicznej, odnosząca się do przedsiębiorcy, którego definicja utożsamiona została z terminem „przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 1 załącznika I do rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z 17.06.2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108³⁴. Zgodnie z prawem Unii Europejskiej pojęcie przedsiębiorstwa rozumiane jest bardzo szeroko. Każdy podmiot bez względu na swoją formę prawną oraz źródła finansowania i prowadzący działalność gospodarczą jest przedsiębiorstwem³⁵. W konsekwencji prawo unijne nie odróżnia przedsiębiorcy od przedsiębiorstwa³⁶. Przedsiębiorstwo cechuje prowadzenie działalności gospodarczej jako oferowanie towarów lub świadczenie usług na

³² Decyzja Prezesa UOKiK z 9.08.2016 r, nr RBG-6/2016, www.uoik.gov.pl (dostęp: 6.01.2020 r.).

³³ Wyrok SN z 20.11.2008 r., III SK 12/08, LEX nr 510142.

³⁴ Dz.Urz. UE L 187, s. 1.

³⁵ Wyrok ETS z 23.04.1991 r., C-41/90, Höfner i Elser przeciwko Macrotron GmbH, EU:C:1991:161.

³⁶ B. Kurcz [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. II, red. K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kurcz, A. Wróbel, Warszawa 2012, art. 107, s. 326.

rynku³⁷. Sam fakt prowadzenia przez dany podmiot działalności *non profit* w ujęciu prawa UE nie pozbawia podmiotu pozycji przedsiębiorstwa, stąd działalność cmentarna prowadzona przez podmiot komunalny może być uznana za aktywność gospodarczą, z zastrzeżeniem że nie jest nią realizowanie prerogatyw władzy publicznej ze sfery *imperium*, np. udzielanie przez władze lokalne prywatnemu przedsiębiorstwu wyłączności na usługi pogrzebowe³⁸.

Prawo podatkowe może wskazywać na gospodarczy charakter realizacji zadań z obszaru cmentarnictwa przez gminę. Zgodnie z przepisem art. 15 ust. 1 ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług³⁹ podatnikami są „osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą bez względu na cel lub rezultat takiej działalności”. Działalność gospodarcza – według art. 15 ust. 2 tej ustawy – obejmuje każdą działalność producentów, handlowców lub usługodawców. Działalność gospodarcza obejmuje m.in. „czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych”. Stosownie do art. 15 ust. 6 ustawy – „nie uznaje się za podatnika organów władzy publicznej oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych”. Oznacza to, że organ ten będzie uznany za podatnika podatku od towarów i usług w dwóch przypadkach: gdy wykonuje czynności inne niż te, które wynikają z katalogu jego zadań, oraz gdy podejmuje czynności mieszczące się w ramach jego zadań, ale realizuje je na podstawie umów cywilnoprawnych⁴⁰. Świadczenia

³⁷ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 171.

³⁸ Wyrok ETS z 4.05.1988 r., 30/87, Corinne Bodson przeciwko SA Pompes funebres des regions liberees, EU:C:1988:225.

³⁹ Dz.U. z 2022 r. poz. 931.

⁴⁰ Interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, 7.02.2018 r., 0112-KDIL2-3.4012.23.2018.1.IP, www.interpretacje-podatkowe.org (dostęp: 6.01.2020 r.).

usług cmentarnych przez gminę, takich jak: udostępnienie miejsc grzebalnych, pobieranie opłat za przedłużenie prawa do grobu, spoielenie zwłok, korzystanie z obiektów i urządzeń cmentarzy, czynności kancelaryjno-terenowe związane z pochówkami, sprzedaż grobów stanowiących zasoby cmentarza, o ile przynoszą przychód, będą stanowić działalność gospodarczą⁴¹. Zarządzanie i administrowanie cmentarzami komunalnymi bezsprzecznie uznane musi zostać za działalność gospodarczą.

Ten opis wskazywałby, że na gruncie prawa podatkowego należy uznać zarząd cmentarza komunalnego za podmiot parający się działalnością o charakterze gospodarczym, co byłoby zbieżne z definicją działalności gospodarczej, którą jest – wedle art. 3 prawa przedsiębiorców – „zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły”. Niemniej jednak w przypadku prawa przedsiębiorców sporna jest zasadność uznawania jednostek samorządu terytorialnego za przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą, co rzutuje następnie na status zarządu cmentarza komunalnego. Wprawdzie w rozstrzygnięciu nadzorczym z 21.05.2009 r., wydanym na gruncie poprzednio obowiązującego w tym obszarze przepisu art. 4 ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁴², Wojewoda Mazowiecki ustalił, że gmina nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu tego przepisu, lecz jako osoba prawna może być podmiotem praw i obowiązków⁴³, to jednak można spotkać się z zupełnie odmiennym poglądem. Sąd Najwyższy uznał, że jednostka samorządu terytorialnego może być skategoryzowana jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą tylko w zakresie realizacji zadań własnych i tylko wówczas, gdy są one powiązane z udziałem tej jednostki w obrocie cywilnoprawnym⁴⁴. A zatem aktywność gminy w ramach wykonywania jej zadań własnych może stanowić działalność gospodarczą. „Musi ona jednak odpowiadać

⁴¹ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 15.02.2017 r., 1462-IPPP1.4512.953.2016.2.KC, www.sip.lex.pl (dostęp: 6.01.2020 r.).

⁴² Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm.

⁴³ G. Kozieł, *Prawo przedsiębiorców* [w:] *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, red. G. Kozieł, Warszawa 2019, s. 79.

⁴⁴ Wyrok SN z 9.08.2012 r., V CSK 366/11, LEX nr 1231630.

kryterium takiego rodzaju aktywności, która polega na zorganizowanym i ciągłym charakterze, podlega regułom racjonalnego gospodarowania oraz stanowi formę udziału w obrocie gospodarczym⁴⁵. W konsekwencji zadania własne gminy mogą być realizowane zarówno przez podejmowanie działalności „niegospodarczej”, jak i działalności gospodarczej⁴⁶.

Zdefiniowanie gminy jako przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą w ramach wykonywania zadań własnych będzie wobec powyższego odpowiadać charakterowi zadaniowemu, który został określony w prawie pochówkowym. To ustalenie pozwala rozpatrywać gminę w kategoriach monopolisty w zakresie działalności gospodarczej polegającej na zakładaniu i zarządzaniu cmentarzami. Ten monopol jest naturalnie zgodnie z ustawą o cmentarzach i chowaniu zmarłych dzielony wraz ze związkami wyznaniowymi.

Fakt, że podmioty prawa prywatnego nie są dopuszczone do omawianej działalności, nakazuje ten stan rzeczy odnieść do uwarunkowań konstytucyjnych. Konstytucja RP w art. 22 stanowi, że „ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest możliwe tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Wykładni znaczeniowej (choć niepełnej) pojęcia ważnego interesu publicznego⁴⁷ można dopatrywać się w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który wywodzi dopuszczalność „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw jedynie na podstawie ustaw i tylko wtedy, gdy to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Jednocześnie ograniczenia te nie mogą powodować naruszenia istoty wolności i praw. Zatem wolność ta nie ma charakteru absolutnego i podlega określonym działaniom reglamentacyjnym dla ochrony innych wartości konstytucyjnych,

⁴⁵ Wyrok SA w Warszawie z 4.02.2011 r., VI ACa 941/10, LEX nr 1120304.

⁴⁶ Postanowienie SN z 26.05.006 r., V CZ 37/06, LEX nr 1104891.

⁴⁷ Zakres znaczeniowy pojęcia „ważny interes publiczny” jest szerszy niż zakres normowania art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.