

WIESŁAW DASZKIEWICZ

## KARNOPRAWNA OCHRONA NEKROPOLII

### I

Kult zmarłych, ochrona miejsc ich spoczynku, ceremonie związane z chowaniem zwłok czy ich kremacją, z różnymi rocznicami, a także materialne symbole pamięci o zmarłych, to stare i mocno zakorzenione elementy kultury narodów i grup etnicznych. Sięgają one nieraz zamierzchłych czasów, prahistorii, są tak dawne, że materialne ich ślady zalicza się do podstawowych źródeł wiedzy o odległej przeszłości. Niekiedy są to źródła jedyne. Prawo do pogrzebu zmarłych i oddawania im czci ma zatem długie tradycje, utrwalone zwyczajem. Stworzona przez Sofoklesa postać Antygony stała się na tysiąclecia wymownym symbolem tego prawa i zarazem moralnego nakazu pochowania zmarłych członków rodziny. Pozbawienie pogrzebu lub grobu, wyrzucenie z niego zwłok czy prochów, to akty, które były — i są nadal — traktowane jako kara, zemsta czy pokuta za czyny dokonane za życia. Tak więc takie wartości, jak wolność wykonywania obrzędów żałobnych, możliwość oddawania czci należnej zwłokom i prochom ludzkim, miejscom spoczynku zmarłych, traktowane są obecnie jako odziedziczone po przeszłych pokoleniach dobra związane ze sferą duchową człowieka.

Twórcy współczesnego ustawodawstwa nie mogą obojętnie przechodzić obok tego faktu społecznego, toteż nekropolie muszą podlegać także ochronie prawnej. Rola ta przypada nie jednej, lecz kilku dziedzinom prawa. Swoją rolę ma tu też do spełnienia prawo karne, instrument raczej ostateczny, po który należy sięgać, gdy zawodzą inne środki, niemniej jednak konieczny. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że rola tego prawa musi — niestety — wzrosnąć ze względu na niepokojące zjawiska.

Są to zjawiska różne. Wśród nich i to, że wybryki chuligańskie nie ominęły cmentarzy, a kroniki kryminalne zanotowały również występstwa popełniane z motywów przedtem nie występujących w naszej obyczajowości (np. „czarna msza” satanistów odprawiona na cmentarzu w Jarocinie w 1986 r. w czasie, gdy w tym mieście odbywał się festi-

wał muzyki rockowej<sup>1</sup>). Wkrótce po tym zdarzeniu nastąpiły w Wielkopolsce dwa inne oburzające wyczyny tego typu. Zdemolowano wiele nagrobków na cmentarzach w Puszczykówku i Wrześni<sup>2</sup>. Niszczenie nagrobków zanotowano też w innych miejscowościach. Zwrócił na to uwagę komunikat 224 Konferencji Plenarnej Episkopatu Polski obradującej w Kielcach w dniach 6 i 7 XI 1987 r., w którym zawarto informację o grasujących w kilku rejonach kraju zorganizowanych grupach wandalii niszczących historyczne kalwarie wraz z kaplicami, krzyże i kapliczki przydrożne oraz pomniki cmentarne<sup>3</sup>.

Nie mniej niebezpieczne są inne przestępstwa, zwłaszcza kradzieże na cmentarzach. Obok plądrowania grobów i ograbiania zwłok przez zwykłe „hieny cmentarne”, co zdarzało się i dawniej, występują od wielu lat kradzieże różnych przedmiotów z cmentarzy, np. elementów dekoracyjnych na nagrobkach i w ich sąsiedztwie, roślin sadzonych dla wystroju grobów, wieńców i zniczy, czy też całych nagrobków bądź ich części (np. płyt kamiennych). Na kradzieże nagrobków należy zwrócić uwagę szczególną, gdyż cmentarze stały się źródłem uzyskiwania — także na drodze przestępnej — marmurów, granitów i innych trudno dostępnych materiałów używanych w kamieniarstwie. Dotyczy to zwłaszcza cmentarzy starych, posiadających nieraz wartość zabytkową. Od czasu do czasu sprawy takie trafiają do sądów, były nawet rozpatrywane przez Sąd Najwyższy<sup>4</sup>.

Nie można wreszcie nie zwrócić uwagi na zjawisko chyba najgroźniejsze: stopniową, stale postępującą zagładę obiektów cmentarnych na skutek zaniedbań, braku konserwacji, czy po prostu niedostatecznego zabezpieczenia (np. przed pożarem). Zaniedbane cmentarze stają się niekiedy miejscem schadzek marginesu społecznego i zwykłych pijaków, wypasania zwierząt domowych, a nawet — o czym trudno mówić bez zażenowania — wysypiskiem śmieci<sup>5</sup>. Jeżeli cmentarze te są zabytkami, zasygnalizowane działania, a także zaniechania, obok wyrządzania

<sup>1</sup> Zob. Z; Menés, *W Jarocinie szatan i czarna msza*, Gazeta Poznańska 1986, nr 188, s. 3; *Sądoyy finał „mszy satanistycznej”*, Gazeta Poznańska 1987, nr 47, s. 2, M. Zieleniewski, *Koniec świata w Jarocinie*, Wprost 1986, nr 36, s. 14 i n.; T. Kwin-ta *Piekielny raban*, Polityka 1986, nr 33, s. 12.

<sup>2</sup> J. Nowakowski, *Barbarzyńcy na cmentarzu*, Gazeta Poznańska 1986, nr 260, s. 1; *Wandalizm we Wrześni*, Głos Wielkopolski 1987, nr 246, s. 2.

<sup>3</sup> Tygodnik Powszechny 1987, nr 46, s. 1.

<sup>4</sup> Zob. W. Daszkiewicz, *Kradzież i przywłaszczenie zabytku*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1987, z. 3, s. 86 i n. Jako przykład tego rodzaju spraw może również posłużyć działalność szajki przestępców kradnących nagrobki, maceby itd. na łódzkich cmentarzach, zwłaszcza na Cmentarzu Żydowskim, wpisanym w całości do rejestru zabytków (Sąd Rejonowy w Łodzi, sygn. VII K 956/87).

<sup>5</sup> M. Krajewska, *Cmentarze żydowskie — mowa kamieni*, Znak 1983, nr 2-3, s. 397 i n.; L. Misiak, *Ojczyzna to ziemia i groby*, Kultura 1986, nr 44; P. Dąbrowski, *Płock w ruinie. Nie trzeba było wojny*, Prawo i Życie 1988, nr 39, s. 8 i n.

innych szkód godzą w społeczne dobra kultury. Bywa przecież i tak, że kradzieże i inne przestępstwa łączą się ze zniszczeniem albo uszkodzeniem zabytkowych przedmiotów, a to nie jest już tylko naruszeniem dóbr osobistych członków rodziny zmarłego czy dóbr majątkowych właścicieli nagrobków, grobowców itp.

Szczególnie zagrożone są nie tylko stare nagrobki na cmentarzach rzymsko-katolickich czy wielowyznaniowych, które likwiduje się, by uzyskać miejsce na nowe pochówki, lecz także, a nawet przede wszystkim, cmentarze innych wyznań: prawosławne, ewangelickie, tatarskie, resztki żydowskich kirkutów<sup>6</sup>. Do stopniowo zanikających nekropolii należy wiele cmentarzy wojennych i mogił znajdujących się poza cmentarzami, pochodzących z czasów powstań narodowych i pierwszej wojny światowej, kryjących prochy żołnierzy armii austriacko-węgierskiej, niemieckiej, rosyjskiej, legionów polskich<sup>7</sup>.

## II

Przepisy karne chroniące nekropolie można podzielić na cztery grupy. Jeżeli za początek prezentacji ustawodawstwa przyjmiemy lata trzydzieste — pomijając wcześniejsze przepisy państw zaborczych obowiązujące w poszczególnych dzielnicach — to zaznacza się wyraźnie ich niestabilność. Podlegały one licznym zmianom, na pewno zbyt częstym.

Grupę pierwszą stanowią przepisy, które określając przestępstwa i wykroczenia chronią cześć należną zwłokom i prochom ludzkim, miejsce spoczynku zmarłych oraz wolność wykonywania uroczystości i obrzędów żałobnych. Niektóre z tych przepisów wychodzą poza ochronę nekropolii i wykonywanych na nich uroczystości i obrzędów. Chronią nie tylko grób na cmentarzu jako miejsce wiecznego spoczynku, lecz każde miejsce złożenia ciała zmarłego (choćby czasowo) w celu zapewnienia mu należytej powagi i spokoju (pokój w mieszkaniu, w którym wystawiono zwłoki dla odwiedzenia ich przez znajomych, kryptę w kościele, dom przedporzebowy itp.<sup>8</sup>).

<sup>6</sup> Przypomnieć można np. poruszoną w prasie prawniczej dewastację cmentarza ewangelickiego w Szczytnie, raczej niezrozumiałą, bo cmentarz ten był pod opieką tamtejszej, funkcjonującej parafii augsbursko-ewangelickiej; zob. J. E. Wilczur, *Zagłada cmentarza*, *Prawo i Życie* 1987, nr 15, s. 10 i n.; głosy w tej sprawie opublikowane w *Prawie i Życiu* 1987, nr 23, s. 4 i n.

<sup>7</sup> E. Wieczorek, *Lasem zarastające*, *Spotkania z Zabytkami* 1987, nr 5, s. 38 in.; U. Oettingen, *Spoczynek w krajobrazie*, *Spotkania z Zabytkami* 1987, nr 5, s. 40 in.; H. Domańska, *Cmentarze na cmentarzu*, *Spotkania z Zabytkami* 1987, nr 5, s. 43 i n.

<sup>8</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 436 i n.; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1958, s. 332.

Drugą grupę tworzą przepisy dotyczące sankcji za nieprzestrzeżenie ustanowionych reguł: użytkowania cmentarzy, przedstawiania dokumentów wymaganych do pochowania zwłok lub ich szczątków, zezwoleń na ekshumację zwłok i sposobu jej przeprowadzenia, warunków sanitarnych wymaganych np. przy zakładaniu cmentarzy i chowaniu zwłok, praw osób, które zawarły z zarządem cmentarza umowę o pochowanie zwłok, do zachowania grobu przez określony czas itd.

Trzecią grupą to przepisy o odpowiedzialności karnej za przestępstwa i wykroczenia przeciwko własności i innym prawom rzeczowym. Przede wszystkim chodzi tu o przestępstwa przeciwko mieniu, ale mogą też wchodzić w grę rzeczy nie posiadające wartości majątkowej. Przepisy te nie są w zasadzie nastawione na ochronę obiektów cmentarnych, ogólnie chronią rzeczy i związane z nimi prawa, niemniej jednak — jeżeli ustawodawstwo danego kraju (a tak jest w Polsce) nie przewiduje specjalnych przepisów karnych chroniących przedmioty sepulkralne — służą one również ochronie nekropolii i znajdujących się tam przedmiotów.

Ostatnią wreszcie, czwartą grupę tworzą przepisy ochraniające zabytki jako dobra kultury. Są one ważne z punktu widzenia ochrony nekropolii, bo przecież niemało zabytków znajduje się właśnie na cmentarzach oraz w innych miejscach spoczynku zmarłych, a niekiedy całe cmentarze są zabytkami.

### III

Kodeks karny z 1932 r.<sup>9</sup> w niewielkim zakresie wyodrębnił odpowiedzialność za naruszenie pietyzmu wobec zmarłych. Tylko dwa przestępstwa odnosiły się bezpośrednio do tego zakresu ochrony: przestępstwo znieważenia zwłok ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego albo złośliwe przeszkadzanie pogrzebowi lub obrzędowi żałobnemu (art. 168), oraz przestępstwo zaboru z posiadania osoby uprawnionej zwłok ludzkich lub ich części (art. 169). Pierwsze z nich zagrożone było karą aresztu do lat 2, drugie — aresztem do 6 miesięcy lub grzywną. Żaden z tych przepisów nie przewidywał jednocześnie — choćby pośrednio — ochrony mienia. Kradzież, zniszczenie czy uszkodzenie rzeczy karalne były na zasadach ogólnych, tzn. tak jak każdej innej rzeczy nie związanej z nekropoliami czy w ogóle z kultem zmarłych.

Niezależnie od przepisów kodeksowych istniały inne, uzupełniające je przepisy karne, znajdujące się w aktach normatywnych dotyczących cmentarzy. Jednym z tych aktów była ustawa z 1? III 1932 r. o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyn zgonu<sup>10</sup>. Przewidywała ona dwa wy-

<sup>9</sup> Dz. U. nr 60, poz. 571, z późn. zm.

<sup>10</sup> Dz. U. nr 35, poz. 359.

kroczenia, z których jedno było czynem karalnym o bardzo nieostrej typizacji. Wykroczenie to polegało na naruszeniu przepisów tej ustawy, jak również rozporządzeń wydanych na jej podstawie. Kary nie były surowe, nawet jak na przedwojenną wartość pieniądza. Powodowało ono ukaranie — w drodze administracyjnej — aresztem do 6 tygodni i grzywną do 500 zł lub jedną z tych kar (art. 14 ust. 1). Było to typowe wykroczenie przeciwko warunkom chowania zmarłych i użytkowania cmentarzy, wyrażane w normie częściowo blankietowej.

Takiej samej karze podlegały „osoby zachowujące się na cmentarzu w sposób nie licujący z powagą miejsca albo też osoby wykonywające lub usiłujące wykonać na cmentarzu wbrew wyraźnemu zakazowi jego zarządu czynności sprzeciwiające się w sposób widoczny charakterowi cmentarza lub jego wyłącznemu przeznaczeniu dla danego wyznania, o ile czyny te nie noszą cechy przestępstwa karalnego wedle innych obowiązujących przepisów karnych” i (art. 14 ust. 2). W tym wypadku był to już przepis wyraźnie nastawiony na ochronę spokoju na cmentarzach i wykonywania na nich kultu zmarłych. Przepis ten, co wyraźnie wynikało z jego treści, ańiał charakter normy subsydiarnej. Należało go stosować, jeżeli czyn nie stanowił przestępstwa karalnego na podstawie innych przepisów karnych, niekoniecznie surowszych. Z takiego sformułowania wynikało też, że nie miała tu zastosowania obowiązująca wówczas zasada idealnego zbiegu przestępstw (co do których właściwe były sądy) i wykroczeń (za które wymierzały kary organa administracyjne)<sup>11</sup>. Należy podkreślić, że rozporządzenie Prezydenta RP. z 1928 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym traktowało wykroczenia jako kategorię przestępstw, a więc inaczej niż obecne ustawodawstwo, według którego wykroczenie nie jest przestępstwem.

Obok ustawy z 1932 r. o chowaniu zmarłych i stwierdzaniu przyczyn zgonu obowiązywała odrębna ustawa z 28 III 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych<sup>12</sup>. Przewidywała ona wykroczenia (zagrożone takimi samymi karami) polegające na zachowaniu się na cmentarzu lub grobie wojennym w sposób nie licujący z powagą miejsca. Wykroczeniem było też dokonanie bez zezwolenia takiej czynności, jak: ekshumacja, przewiezienie zwłok przez granicę, przeprowadzenie robót ziemnych, wzniesienie pomników i innych urządzeń na cmentarzach i grobach wojennych, fotografowanie i sporządzanie planów sytuacyjnych cmentarzy wojennych i grobów znajdujących się poza cmentarzami komunalnymi i wyznaniowymi (art. 9). Wykroczenia te były też uwarunkowane klauzulą subsydiarności, ale inaczej ujętą. Przepisy karne tej ustawy obowiązywały pod warunkiem, że czyn nie stanowił przestępstwa podlegającego karze surowszej.

<sup>11</sup> Zob. M. Siewierski, *Kodeks karny*, s. 480 i n.

<sup>12</sup> Dz. U. nr 39, poz. 311.

## IV

W Polsce Ludowej jeszcze przed ustanowieniem nowych kodeksów nastąpiły zmiany, które rzutowały na karnoprawną ochronę miejsc spoczynku zmarłych. Pierwsze zmiany miały wyraźne podłoże polityczne. Tzw. mały kodeks karny<sup>13</sup> za przestępstwo zagrożone karą aresztu lub więzienia do lat 5 uznał znieważenie lub uszkodzenie zwłok lub miejsca spoczynku żołnierza Wojska Polskiego lub sprzymierzonego albo osoby, która padła ofiarą zbrodniczych działań faszystowskich (art. 26). Jeżeli sprawca takiego czynu działał w okolicznościach szczególnie obciążających, podlegał karze więzienia do lat 10. Związek z nekropoliami mógł też mieć przepis o znieważeniu, uszkodzeniu lub usunięciu wystawionego publicznie pomnika lub innego dzieła wzniesionego w celu uczczenia lub upamiętnienia zdarzeń lub osób. To przestępstwo określone w art. 25 m.k.k., za które przewidywano karę pozbawienia wolności do lat 5, mogło przecież godzić w pomnik lub dzieło wystawione na cmentarzu.

Inne zmiany ustawodawstwa pozbawione były takiego demonstracyjnego charakteru. Nowa ustawa z 31 I 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>14</sup> uchyliła art. 14 poprzedniej ustawy z 1932 r., w tym jego § 2 penalizujący zachowania, które nie licowały z powagą cmentarza, jak również zachowania, które polegały na wykonywaniu (lub usiłowaniu wykonania) czynności sprzecznych z charakterem danego cmentarza lub jego wyłącznym przeznaczeniem wyznaniowym. Zachowane zostało jedynie wykroczenie identyczne, jak w art. 14 § 1 poprzedniej ustawy — z tym, że sankcje za to wykroczenie uległy zaostrzeniu (kara aresztu do 3 miesięcy, grzywna do 4500 zł). Zrezygnowanie z wykroczenia polegającego min. na zachowaniu nie licującym z powagą cmentarza nie miało jednak aż takiego znaczenia, jakby to mogło się wydawać na pierwszy rzut oka. Uchylony przepis stanowił normę subsydiarną, a czyny, które mogły być kwalifikowane z tego przepisu, wyczerpywały także — przynajmniej częściowo — znamiona niektórych innych wykroczeń przewidzianych przez prawo o wykroczeniach z 1932 r.<sup>15</sup>, np. wybryku zakłócającego spokój publiczny (art. 28 p. o w.) czy wybryku nieobyczajnego (art. 31 p. o w.).

O wiele większe znaczenie dla ochrony nekropolii miała zmiana zaгроzeń za przestępstwa przeciwko mieniu. Z aktów normatywnych zaostrzających na ogół odpowiedzialność karną za czyny skierowane przeciwko mieniu należy wymienić przede wszystkim akty wznagające ochro-

<sup>13</sup> Dekret z 13 VI 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa; Dz. U. nr 30, poz. 192, z późn. zm.

<sup>14</sup> Dz. U. nr 11, poz. 62, z późn. zm.; tekst jednolity: Dz. U. 1972, nr 47, poz 298.

<sup>15</sup> Dz. U. nr 60, poz. 572, z późn. zm.

nę mienia społecznego<sup>16</sup>. Oczywiście wzmacniały one ochronę tylko części mienia na cmentarzach, ale mogły odegrać poważną rolę w zabezpieczeniu cmentarzy, które wraz ze znajdującym się na nich mieniem przeszły na własność Skarbu Państwa (np. jako mienie ponemieckie lub opuszczone na skutek wydarzeń wojennych, mienie pozostałe po osobach przesiedlonych do ZSRR) i nie zostały później przekazane kościołom bądź innym związkom wyznaniowym<sup>17</sup>. Niestety to normatywne zwiększenie ochrony nie zapobiegło dewastacji tych cmentarzy, a przynajmniej ich znacznej części. Jest to przykład na to, że nawet surowe sankcje nie są w stanie zapobiec przestępstwom, jeżeli jednocześnie nie zapewni się należytej egzekucji prawa.

Z czasem pojawiła się koncepcja rozwarstwienia przestępczości i polaryzacji odpowiedzialności karnej, a do najdalej idących skutków praktycznych tej koncepcji należy ustawa z 17 VI 1966 r. o przekazaniu niektórych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego<sup>18</sup>, która zapoczątkowała przesuwanie części dotychczasowych przestępstw — już jako wykroczeń — do orzecznictwa kolegiów karno-administracyjnych, a później kolegiów do spraw wykroczeń. Pociągnęło to za sobą złagodzenie zagrożeń karnych, ale i uproszczenie procedury wraz ze zmniejszeniem jej funkcji gwarancyjnych, nie mówiąc już o takim efekcie, jak wyraźne zmniejszenie statystycznej ilości przestępstw. Do wykroczeń przesunięto m.in. drobne kradzieże i przywłaszczenia mienia, zarówno społecznego, jak i cudzego (czyli tzw. prywatnego), gdy jego wartość nie przekraczała kwoty 300 zł. To samo dotyczyło umyślnego uszkodzenia mienia lub uczynienia go niezdatnym do użytku, jeżeli szkoda nie przekroczyła tej kwoty. Kary za te czyny zostały obniżone do 3 miesięcy aresztu lub grzywny do 4500 zł, ale ustawa wprowadziła też obowiązek orzekania zwrotu równowartości skradzionego lub przywłaszczonego mienia, a w wypadku zniszczenia go lub uczynienia niezdatnym do użytku — obowiązku zwrotu równowartości wyrządzonej szkody.

Jeżeli na ten zabieg legislacyjny spojrzymy w aspekcie ochrony nekropolii, to nasuwa się wniosek, że oznaczał on jednak osłabienie represyjności prawa wobec czynów na pewno częściej popełnianych na cmentarzach niż poważne przestępstwa, a więc od strony normatywnej

<sup>16</sup> Dekret z 4 III 1953 r. o wzmoczeniu ochrony własności społecznej; Dz. U. nr 17, poz. 68. Dekret o ochronie własności społecznej przed drobnymi kradzieżami; Dz. U. nr 17, poz. 69. Ustawa z 18 VI 1959 r. o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciw własności społecznej; Dz. U. nr 36, poz. 228, z późn. zm. Ustawa z 21 I 1958 r. o wzmoczeniu ochrony mienia społecznego przed szkodami wynikającymi z przestępstwa; Dz. U. nr 4, poz. 11, z późn. zm.

<sup>17</sup> Zob. W. Daszkiewicz, *Kradzież*, s. 86.

<sup>18</sup> Dz. U. nr 23, poz. 149.

osłabienie karnoprawnej ochrony przedmiotów znajdujących się na cmentarzach. Zabieg ten przede wszystkim złagodził odpowiedzialność złodziei roślin, drobnych elementów dekoracyjnych i różnego rodzaju sprzętu. Z drugiej strony jednak wyłączenie znacznej części drobnych kradzieży z kategorii przestępstw, a tym samym i z właściwości sądów, powinno było eliminować pokusę umarzania postępowań karnych (na podstawie art. 49 obowiązującego wówczas k.p.k.) z powodu znikomosci społecznego niebezpieczeństwa czynu. Były zresztą pewne odstępstwa od zasady przekazania. Nie mogło ono nastąpić, jeżeli dany czyn popełniony został w recydywie określonej w tej ustawie, a także w razie użycia przemocy lub groźby natychmiastowego gwałtu na osobie, popełnienia czynu przez sprawcę, który wykonywał zarząd nad mieniem albo był odpowiedzialny za ochronę, przechowywanie lub zabezpieczenie mienia w związku z zajmowanym stanowiskiem albo sprawowaną funkcją, a także gdy sprawca działał w zorganizowanej grupie przestępczej lub gdy umyślne uszkodzenie mienia bądź uczynienie go niezdatnym do użytku miało charakter chuligański. W tych wypadkach popełnione czyny nie przestawały być przestępstwami i odpowiedzialność za nie kształtowała się nadal według przepisów kodeksu karnego i innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną za przestępstwa.

Nie sposób wreszcie pominąć ustawy mogącej z kolei przyczynić się do wzmocnienia ochrony cmentarzy, a zwłaszcza znajdującego się na nich mienia. Chodzi o ustawę z 22 V 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo<sup>19</sup>. W interesującym nas zakresie ustawa ta mogła mieć zastosowanie — i w praktyce miała — do przestępstw polegających na uszkodzeniu albo uczynieniu niezdatnym do użytku cudzego mienia (art. 263 § 1 k.k.).

## V

Nowe kodeksy — kodeks karny z 1969 r. i kodeks wykroczeń z 1971 r. — utrzymały w zasadzie ukształtowane wcześniej konstrukcje przestępstw przeciwko mieniu. Zachowano zróżnicowanie odpowiedzialności karnej za zabór mienia, zależnie od jego charakteru (społeczne czy niespołeczne), a w zakresie mienia społecznego zagrożenia karami zróżnicowano zależnie od wartości mienia (patrz rozdz. XXIX k.k.). Utrzymana też została przyjęta już w 1966 r. konstrukcja przestępstw „przepełowionych”, tzn. że jeżeli czyn dotyczy przedmiotu o wartości nie przekraczającej ustalonej w ustawie kwoty, przestaje on być — przynajmniej w zasadzie — przestępstwem, a odpowiedzialność za jego popełnienie ustala się według prawa wykroczeń. Tę granicę wartości usta-

<sup>19</sup> Dz. U. 1958, nr 34, poz. 152.

lono teraz na 500 zł (według ustawy z 1966 r. wynosiła ona 300 zł), należy jednak zaznaczyć, że później w związku z inflacją złotego rewaloryzowano kwoty określone w ustawach karnych, i to zarówno kwoty grzywien, jak i kwoty zakreślające granice między wykroczeniami a występami. Kwota graniczna w interesującym nas art. 119 § 1 i 2 k.w. wynosi obecnie 5000 zł<sup>20</sup>.

Z uregulowań kodeksowych dotyczących przestępstw przeciwko mieniu dwa zasługują na szczególne podkreślenie.

Jedno, to przewidziana w art. 208 k.k. kradzież zuchwała lub kradzież z włamaniem. Za to przestępstwo grozi kara od roku do 10 lat, co dla ochrony mienia niespołecznego, a także społecznego o wartości nie przekraczającej obecnie 2 000 000 zł oznacza znaczne (o 5 lat) zaostrzenie sankcji. Przepis ten może mieć zastosowanie np. w razie włamania do kaplicy cmentarnej lub domu przedpogrzebowego.

Drugie uregulowanie, na które warto zwrócić tu uwagę, to znaczny wzrost zagrożenia za zniszczenie, uszkodzenie lub uczynienie niezdatnym do użytku mienia, co oczywiście pozwala na surowsze traktowanie również wandalii popełniających przestępstwa na cmentarzach czy grobach znajdujących się poza cmentarzami. Przestępstwo to, popełnione wobec mienia społecznego lub cudzego (prywatnego) zagrożone zostało karą pozbawienia wolności do lat 5, a jeżeli czyn został popełniony przez podpalenie — karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, podczas gdy poprzednio — w k.k. z 1932 r. — analogiczne przestępstwo uszkodzenia albo uczynienia niezdatnym do użytku cudzego mienia podlegało karze więzienia lub aresztu do 2 lat; w wypadku mniejszej wagi sąd mógł zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Tylko kwalifikowana postać tego przestępstwa, polegająca na użyciu ognia, materiałów wybuchowych lub łatwopalnych, zagrożona była karą więzienia do 5 lat. Zmienił się także tryb ścigania tych przestępstw. Podstawowa i uprzywilejowana postać tego przestępstwa podlegała ściganiu z 'Oskarżenia prywatnego, natomiast w nowym kodeksie przestępstwo przewidziane w art. 212 § 1 ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego, a zatem pokrzywdzony uwolniony został od ciężaru prowadzenia postępowania i ponoszenia kosztów. Ten tryb obowiązuje zresztą pod warunkiem, że czyn nie dotyczy mienia społecznego (art. 212 § 3). Kwalifikowana postać przestępstwa przez podpalenie podlega ściganiu wyłącznie z urzędu, tzn. niezależnie od wniosku pokrzywdzonego. Nowela do k.k. z 10 V 1985 r.<sup>21</sup> jeszcze bardziej zaostrzyła odpowiedzialność karną za umyślne przestępstwo zniszczenia lub uszkodzenia mienia lub uczynienia go niezdatnym do użytku, przewidując orzekanie w tych sprawach nawiązki w wysoko-

<sup>20</sup> Patrz art. 6 ustawy z 10 V 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach; Dz. U. 1985, nr 23, poz. 100.

<sup>21</sup> Ibidem.

ści od 5000 do 50 000 zł na rzecz pokrzywdzonego albo na rzecz Polskiego Czerwonego Krzyża lub na inny cel społeczny wskazany przez sąd (art. 59a k.k.).

Jeżeli przestępstwo ma charakter występku chuligańskiego, sąd według ogólnej reguły wyrażonej w kodeksie karnym wymierza karę pozbawienia wolności nie niższą od dolnego zagrożenia zwiększonego o połowę; nie stosuje się przepisów o nadzwyczajnym złagodzeniu kary ani warunkowego zawieszenia wykonania kary, chyba że za tym przemawiają szczególne okoliczności (art. 59 § 1 i 2 k.k.). Jeżeli wartość przedmiotu przestępstwa albo szkoda wyrządzona lub zamierzona nie przekracza 100 000 zł, to odpowiedzialność za przestępstwo z art. 212 § 1 k.k. może być rozpatrzona w postępowaniu przyspieszonym, ale tylko wtedy, kiedy sprawca został ujęty na gorącym uczynku lub bezpośrednio potem i doprowadzony przez Milicję Obywatelską lub inny uprawniony organ do sądu w ciągu 48 godzin od chwili ujęcia (art. 447 § 1 k.p.k.)<sup>22</sup>

Nie jest natomiast istotna pewna zmiana spowodowana art. X § 1 przepisów wprowadzających kodeks wykroczeń<sup>23</sup>, choć ma ona niestety wydźwięk nieprzyjemny. Dotyczy ona art. 9 ustawy z 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych. Ponieważ przepis art. X § 1 p.w.k.w. generalnie (z wyjątkiem aktów normatywnych wyjętych spod jego działania) uchylił karę aresztu przewidzianą za wykroczenia określone w ustawach wydanych przed dniem wejścia w życie kodeksu wykroczeń, tj. przed 1 I 1972 r., wykroczenia przewidziane w ustawie o grobach i cmentarzach wojennych stały się wykroczeniami zagrożonymi wyłącznie grzywną wynoszącą do 750 zł<sup>24</sup>, a obecnie — po noweli z 1985 r. — grzywna ta wynosi 7500 zł. Powstała sytuacja, w której wykroczenia wymagające jakby nie było ostrzejszej reakcji, niż w wypadku wielu innych wykroczeń, zagrożone są karą zupełnie nieadekwatną do ogólnych granic zagrożenia karami za tego rodzaju czyny. Przypomnijmy, że górna granica grzywny za wykroczenia wynosi teraz 50 000 zł, a aresztu — 3 miesiące. Nowe ustawodawstwo przewiduje ponadto w wielu przepisach karę ograniczenia wolności. Zaznaczyła się też niekonsekwencja ustawodawcy, gdyż ustawa z 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych zachowała dotychczasowe sankcje (art. X § 2 p.w.k.w.). Wykroczenia przewidziane w tej ustawie są zatem zagrożone karami surowszymi.

Ta zmiana, wyrażająca niekonsekwencję i trudną do zrozumienia łagodność wobec wykroczeń popełnionych w stosunku do grobów i cmentarzy wojennych (stało się to chyba wskutek przeoczenia), z kilku powodów nie jest istotna. Po pierwsze dlatego, że spraw karnych o wykro-

<sup>22</sup> Nowela z 17 VI 1983 r.; Dz. U. nr 20, poz. 135.

<sup>23</sup> Dz. U. 1971, nr 12, poz. 115.

<sup>24</sup> Z uwzględnieniem zmian wynikających z art. 5 dekretu z 26 IV 1948 r. o podwyższeniu grzywnien, kar pieniężnych, kar porządkowych i nawiązek; Dz. U. nr 24, poz. 161, z późn. zm.

czenia przewidziane w art. 9 ustawy o grobach i cmentarzach wojennych raczej nie ma w praktyce. W pewnym zresztą zakresie norma określająca przewidziane w tej ustawie wykroczenia — art. 9 w zw, z art. 4 ust. 2 i art. 5 — przestała chyba obowiązywać. Po prostu zakres znamion wykroczenia skurczył się; mam tu na myśli zagrożony karą zakaz fotografowania i sporządzania szkiców sytuacyjnych cmentarzy wojennych i grobów znajdujących się poza cmentarzami komunalnymi i wyznaniowymi, bez uprzedniego uzyskania zezwolenia władzy. Od wielu lat przecież nie pociąga się nikogo do odpowiedzialności za takie czyny. Nastąpiło zatem częściowe — co do niektórych znamion — wygaśnięcie normy przez *desuetudo*. Po drugie — zagrożenie tą niską karą (do 7500 zł) odnosi się także do zachowań na cmentarzach lub grobach wojennych w sposób nielicujący z powagą miejsca, jednak zakres obowiązywania art. 9 ustawy z 1933 r. jest w tym punkcie zwięzły, ponieważ przepis ten ma charakter subsydiarny: stosuje się go, jeżeli czyn nie podlega karze surowszej na podstawie innych ustaw. Obowiązuje on więc o tyle, o ile nie mają zastosowania przepisy kodeksu wykroczeń o odpowiedzialności za zakłócenie wybrykiem spokoju, porządku publicznego lub wywołanie zgorszenia w miejscu publicznym (art. 51 k.w.), za wybryk nieobyczajny (art. 140 k.w.), za umieszczenie w miejscu publicznym nieprzyzwoitego napisu czy rysunku albo użycie nieprzyzwoitych słów (art. 141 k.w.). Po trzecie — znowelizowany art. 10 ustawy z 1933 r. nakazuje stosować odpowiednio do grobów i cmentarzy wojennych ustawę z 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Tak więc naruszenie w stosunku do grobu lub cmentarza wojennego przepisów tej ustawy powoduje także — w tym zakresie — odpowiedzialność na podstawie jej przepisów i wówczas stosuje się kary w niej przewidziane.

Nowością w prawie wykroczeń jest odpowiedzialność za kradzież, przywłaszczenie albo umyślne niszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy przedstawiającej wartość niemajątkową. Za taki czyn ustawa przewiduje grzywnę do 50 000 zł albo karę nagany. Ściganie sprawcy następuje tylko na żądanie pokrzywdzonego (art. 126 k.w.). Nie oznacza to bynajmniej wzmocnienia ochrony prawnej tego rodzaju rzeczy. Przeciwnie, w porównaniu z poprzednim ustawodawstwem karnym nastąpiło osłabienie tej ochrony. Wykroczenie to jest po prostu rezultatem wcześniejszego pominięcia takiego czynu w k.k. z 1969 r. Kodeks z 1932 r. uznawał czyn taki za występki zagrożony karą aresztu do 2 lat lub grzywny (art. 272). W ochronie nekropolii art. 126 kodeksu wykroczeń może służyć jako przepis wymierzony przeciwko złodziejom lub niszczyтелям różnych przedmiotów, np. fotografii umieszczonych na nagrobkach, jeżeli dany przedmiot rzeczywiście nie posiada wartości majątkowej (np. jako zabytek).

Zmiany naprawdę istotne, o rzeczywistych skutkach dla praktyki, wprowadzono natomiast w zakresie przestępstw przeciwko wolności su-

mienia i wyznania. Zamiast dwóch przestępstw przewidzianych w k.k. z 1932 r., z których jedno polegało na znieważeniu zwłok albo na złośliwym przeszkadzaniu pogrzebowi lub obrzędowi żałobnemu, a drugie na zabranii z posiadania osoby uprawnionej zwłok ludzkich lub ich części, kodeks z 1969 r. wprowadził jedno przestępstwo dwupostaciowe. Przepisy art. 197 tego kodeksu — bo o nich tu mowa — ustanowiły karę pozbawienia wolności do 3 lat za złośliwe przeszkadzanie pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędom żałobnym albo za znieważenie zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego (§ 1), natomiast postać kwalifikowaną tego przestępstwa ujęto następująco: jeżeli czyn polega na ograbieniu zwłok albo grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 (§ 2). Tym unormowaniom należy przyrzeć się dokładniej.

## VI

Umieszczenie art. 197 w rozdziale XXVIII k.k. o przestępstwach przeciwko wolności sumienia i wyznania nie jest w pełni adekwatne do materii, którą reguluje. Przepisy tego artykułu dotyczą przecież nie tyle swobody sumienia i wyznania, a więc postawy religijnej czy ateistycznej, ile raczej ochrony kultu zmarłych i związanych z nim praktyk. Umieszczenie tego przepisu w tak zatytułowanym rozdziale nie oznacza też, że ochrona obrzędu pogrzebowego lub innego obrzędu żałobnego musi mieć cokolwiek wspólnego z religią. Przepisy art. 197 k.k. chronią instytucję obrzędu żałobnego i miejsca spoczynku zmarłych bez względu na to, czy mają one charakter świecki czy sakralny<sup>25</sup>. Jeżeli natomiast czyn określony w art. 197 § 1 k.k. popełniony jest z motywów religijnych albo ateistycznych, może wypełniać — w zależności od stanu faktycznego — także znamiona innego przestępstwa określonego w tym rozdziale (np. jeżeli obrzęd połączony jest z czynnością religijną — znamiona przestępstwa z art. 196 k.k.). W grę może też wchodzić np. art. 198 k.k. dotyczący przestępstwa polegającego na obrazie uczuć religijnych innych osób uprzedź znieważenie publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, np. kaplicy cmentarnej). W takich sytuacjach należy rozważyć kumulacyjny zbieg przepisów ustawy<sup>26</sup>.

Przestępstwo z art. 197 § 1 k.k. można popełnić tylko z zamiarem bezpośrednim, i to z określonym motywem działania. Wymagany jest za-

<sup>25</sup> *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1968, s. 146. Por. też J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Warszawa 1987, s. 207.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 207.

tem zamiar kierunkowy (*dolus coloratus*), a wyrażają to użyte w ustawie słowa „złośliwie” i „znieważa”. Jest to więc przestępstwo intencjonalne. Na przykład „przeszkadzanie (pogrzebowi itd.) tylko wtedy wyczerpuje znamiona przestępstwa, gdy odbywa się 'złośliwie', czyli towarzyszy mu chęć okazania pogardy lub lekceważenia pod adresem zmarłego lub uczestników uroczystości żałobnej albo samej uroczystości”<sup>27</sup>. W pełni aktualny pozostaje w tej kwestii komentarz J. Makarewicza do analogicznego przepisu k.k. z 1932 r. „Kodeks — pisze Makarewicz — zwraca uwagę na działanie o charakterze znieważenia, należy tu wszelki akt brutalnego nieposzanowania, okazania lekceważenia czy pogardy (skutkiem tego nie podpadnie pod to pojęcie akt wandalizmu, akt uszkodzenia choćby jaskrawego, np. drzew lub grobowca, o ile nie tkwi w działaniu czynnik lekceważenia czy pogardy samego zmarłego). Uszkodzenie samo podpadnie pod art. 263. Sprawcą znieważenia może być nawet osobnik będący właścicielem grobu, o ile chciał znieważyc pamięć zmarłego, którego zwłoki znajdują się w grobie”<sup>28</sup>. Przypomnijmy, że odpowiednikiem wskazanego przez Makarewicza art. 263 k.k. jest obecnie art. 212 k.k. z 1969 r. Na tę relację (między przestępstwem z art. 197 § 1 k.k., a przestępstwami przeciwko mieniu — jeżeli w konkretnej sprawie wchodzi one w grę — należy zwrócić szczególną uwagę, bo ma ona znaczenie także w wykładni art. 197 § 2 k.k. (o czym będzie jeszcze mowa).

## VII

Obowiązujący kodeks karny nie zawiera odpowiednika art. 169 k.k. z 1932 r. — przestępstwo zabrania z posiadania osoby uprawnionej zwłok ludzkich lub ich części. Czyn taki może się wiązać z przeszkadzaniem pogrzebowi, uroczystościom lub innym obrzędom żałobnym lub ze zniewagą zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego i wówczas powoduje on odpowiedzialność z art. 197 § 1 k.k., ale nie za sam zabór zwłok, lecz za przeszkadzanie pogrzebowi, znieważenie zwłok itd. Jednak należy podkreślić, że nie ma automatycznego związku między bezprawnym zabránieniem zwłok a ich znieważeniem, bo sprawca może np. zabrać zwłoki spod dyspozycji osoby uprawnionej, by je godniej lub gdzie indziej pochować.

Sprawca zaboru zwłok nie może w zasadzie odpowiadać — gdy chodzi o zabór samych zwłok — za kradzież z art. 203 k.k., czy za zagarnięcie mienia społecznego, np. z art. 199 k.k., gdyż zwłoki nie mogą odgrywać

<sup>27</sup> I. Andrejew, W. Swida, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 576.

<sup>28</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny*, s. 437.

roli mienia ruchomego<sup>29</sup>. Wyjątki, jakimi mogą być np. mumie jako eksponaty muzealne czy znajdujące się w gabinetach kości lub inne części zwłok, nie wiążą się z pojęciem nekropolii i nie mieszczą się w temacie niniejszych rozważań.

To, że obowiązujący k.k. nie ma przepisu analogicznego do art. 169 dawnego k.k., nie oznacza bezkarności takiego czynu, choćby nawet nie łączył się on ze złośliwym przeszkadzaniem pogrzebowi ani ze znieważeniem zwłok. Sprawca może bowiem odpowiadać za wykroczenia przewidziane w cytowanych już przepisach o cmentarzach, gdyż czyn taki z reguły narusza któryś z tych przepisów, np. dotyczący kręgu osób uprawnionych do pochowania zwłok, odnoszący się do ekshumacji, przenoszenia i przewożenia zwłok. Przepisy, o których tu mowa, dotyczą nie tylko zwłok, ale i prochów ludzkich. Ustawa z 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych ma już raczej zastosowanie tylko do tych ostatnich.

## VIII

Na wokandy sądowe najczęściej trafiają przestępstwa z art. 197 k.k. w ich postaci kwalifikowanej, tj. przewidziane w § 2 tego artykułu, polegające na ograbieniu zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego. Ze statystyki podanej przez W. Świdę wynika, iż w latach 1970-1981 skazań za przestępstwo z art. 197 § 2 było 255, podczas gdy za przestępstwo z § 1 tylko 110. Oba są zresztą najczęstszymi przestępstwami przeciwko wolności sumienia i wyznania. Łącznie skazań za te przestępstwa było w tym okresie 365 na ogólną liczbę 446 skazań za przestępstwa z rozdz. XXVIII k.k., tj. 82%, w tym na ograbienie zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego przypadało 57,2%, a na przestępstwo z art. 197 § 1 k.k. — 24,7%<sup>30</sup>.

Przedmiotem ochrony, gdy chodzi o przestępstwo z art. 197 § 2 k.k., jest wolność sumienia i wyznania w zakresie kultu zmarłego<sup>31</sup>. Ochrona z tego przepisu, choć przestępstwo przeważnie wiąże się też z pojęciem mienia, jest niezależna od wartości mienia; w grę mogą wchodzić również rzeczy nie posiadające wartości majątkowej<sup>32</sup>. Jest ona też niezależ-

<sup>29</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny*, s. 438. Podobnie S. Grzybowski, aczkolwiek uważa on, że zwłoki ludzkie są rzeczą, co jednak nie oznacza dopuszczalności obrotu prawnego zwłokami; S. Grzybowski, *System prawa cywilnego. Część ogólna*, Wrocław 1985, s. 411.

<sup>30</sup> W. Swida, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 534 i n.

<sup>31</sup> O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław—Warszawa 1971, s. 247.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 247.

na od tego, kto jest właścicielem rzeczy: osoba prywatna, związek wyznaniowy, organizacja społeczna czy instytucja państwowa. Grób wraz z jego wystrojem zewnętrznym może wszakże być przedmiotem własności np. Skarbu Państwa i stanowić mienie społeczne w rozumieniu art. 120 § 6 k.k.<sup>33</sup> Mogą to być rzeczy niczyje i tym m.in. „ograbienie”, o którym mowa w art. 197 § 2 k.k., różni się od kradzieży określonej przez art. 203 k.k. Rzeczy niczyje mogą być przedmiotami cennymi, np. biżuteria, z którą pochowano zwłoki i której spadkobiercy w sposób dorozumiany czy wyraźny zrzekli się (swoisty przypadek porzucenia rzeczy). Pomijam tu problem art. 189 k.c. i jego związku z ewentualną odpowiedzialnością karną za przywłaszczenie rzeczy znalezionej.

W piśmiennictwie wyrażono pogląd, że pod rządem k.k. z 1932 r. wielką trudność sprawiała kwalifikacja zaboru przedmiotów znajdujących się przy zwłokach, ponieważ nie było to „cudze mienie ruchome”, gdyż zmarły nie mógł być podmiotem prawa własności. Dopiero dość wątpliwa interpretacja, że chodzi o przedmioty stanowiące własność następców prawnych zmarłego i z ich woli pozostawione przy zwłokach, umożliwiała pociągnięcie takiego postępowania pod przepis o kradzieży. Zdaniem J. Śliwowskiego, autora tej wypowiedzi, Komisja Kodyfikacyjna wyciągnęła chyba wniosek z tych wątpliwości i stworzyła nowy, dokładny przepis ścigający okradanie grobów. Dla podkreślenia, że nie chodzi tu o zwykły zabór, użyto odmiennej nomenklatury nazywając postępowanie sprawcy „grabieżą”<sup>34</sup>. Z uzasadnienia projektu k.k. przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną nie wynika, czy taki był rzeczywście powód wprowadzenia specjalnego przepisu, jakim jest art. 197 § 2 k.k., ale jeśli tak było, to ustawodawca zapełniając tę lukę nie przewidział wszystkich następstw takiej regulacji prawnej.

## IX

Przed wszystkim trudności sprawia kwestia stosunku art. 197 § 2 k.k. do przepisów określających przestępstwa przeciwko mieniu. W komentarzu do kodeksu z 1969 r. wyrażono pogląd, że działanie polegające na „ograbieniu” nie podlega kumulatywnej kwalifikacji na podstawie przepisów o przestępstwach przeciwko mieniu<sup>35</sup>. Twierdzenie to skłania do refleksji. Zacytowany komentarz odrzuca jedynie kumulatywną kwalifikację łączącą art. 197 § 2 z przepisami o przestępstwach przeciwko mieniu, nie wyjaśnia jednak, z jakiego wobec tego przepisu należy zakwalifikować czyn i skazać sprawcę, jeżeli dokonał on zaboru rzeczy sta-

<sup>33</sup> W. Daszkiewicz, *Kradzież*, s. 86 i n.

<sup>34</sup> J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 427.

<sup>35</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny*, s. 576.

nowiącej mienie społeczne (np. nagrobka) o wartości przewyższającej 2 000 000 zł? Czy wówczas należy zastosować kwalifikację z art. 197 § 2 k.k. zawierającego sankcję pozbawienia wolności od roku do 10 lat, czy z art. 201 k.k., który przewiduje za zagarnięcie mienia społecznego znacznej wartości karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 5 lat albo karę 25 lat pozbawienia wolności? Czy przepis o ograbieniu zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego stanowi *lex specialis* w stosunku do wszystkich przepisów o przestępstwach przeciwko mieniu, a w każdym razie o kradzieży i zagarnięciu mienia społecznego?

Tak właśnie sprawę postawił Sąd Najwyższy w uchwale z 29 IX 1987 r., VI KZP 24/87<sup>36</sup>. Sąd Najwyższy uważa, że przestępstwo określone w art. 197 § 2 k.k. jako przestępstwo szczególne nie podlega kumulatywnej kwalifikacji prawnej — w myśl art. 10 § 2 k.k. — w zbiegu z art. 203 k.k. Zachodzi tu jedynie sytuacja tzw. zbiegu pozornego.

Niestety relacja między art. 197 § 2 k.k. a przepisami z rozdz. XXIX k.k. (przestępstwa przeciwko mieniu) nie jest tak prosta, jakby to wynikało z uchwały. Sąd Najwyższy ograniczył się do rozważań w aspekcie stosunku tego przepisu do art. 203 k.k., tj. do przestępstwa kradzieży, nie uwzględniając okoliczności, że w grę może wchodzić również mienie społeczne. Problem mienia społecznego nie jest tu jakimś ewenementem, gdyż w swoim czasie znaczna liczba cmentarzy wraz ze znajdującym się na nim dobytkiem przeszła na własność państwa jako mienie opuszczone (np. niektóre cmentarze żydowskie), lub wskutek zamarcia jednostek wyznaniowych czy innych osób prawnych, do których poprzednio cmentarz należał, bądź wreszcie jako mienie polonijne albo pozostawione przez ludność przesiedloną do ZSRR. Przedmioty należące do instytucji państwowych, a znajdujące się np. w miejscach spoczynku zmarłych, są także na cmentarzach wojennych oraz w różnych pomieszczeniach, gdzie pochowano zwłoki ludzi zasłużonych. Tymczasem jeśli chodzi o rozważaną tu kwestię, rozstrzygnięcie musi być jednakowe dla mienia społecznego i tzw. cudzego, tj. nie społecznego i nie własnego. Potraktowanie zaś art. 197 § 2 k.k. jako przepisu szczególnego, wyłączającego stosowanie „ogólnego” wobec niego przepisu określającego przestępstwo przeciwko mieniu, musiałyby w zakresie ochrony mienia społecznego doprowadzić do uprzywilejowania sprawców zagarnień tego mienia. Pominięcie kumulatywnej kwalifikacji przestępstwa oznaczałoby przecież, że w wypadku mienia znacznej wartości sprawca podlegałby karze łagodniejszej — i to tylko dlatego, że czyn jego wypełnił dodatkowe znamię przestępstwa, a konkretnie, że sprawca dopuścił się go w okolicznościach szczególnie pejoratywnie ocenianych. Są i inne różnice w sferze prawa materialnego i procesowego, np. dotyczące konfiskaty

<sup>36</sup> OSNKW 1987, nr 11-12, poz. 99.

mienia, warunkowego zawieszenia wykonania kary, podstaw tymczasowego aresztowania, zasądzenia odszkodowania z urzędu.

Ten swoisty paradoks nie mógłby wprowadzić przemawiać wystarczająco przeciwko pogładowi Sądu Najwyższego, ale sam przez się świadczyłby o złej technice legislacyjnej, jednak nie o to chodzi. Wykładnia art. 197 § 2 k.k. i wyjaśnienie stosunku tego przepisu do przestępstw<sup>7</sup> przeciwko mieniu wymaga uwzględnienia drugiego, ważniejszego argumentu: art. 197 § 2 nie sposób odczytywać inaczej niż w kontekście z § 1 tego artykułu, przestępstwo określone w § 2 jest bowiem szczególną, kwalifikowaną postacią przestępstwa, którego znamiona zostały określone w § 1. Ta szczególna postać polega na tym, że do znamion wskazanych w § 1 dochodzi dodatkowe znamię „ograbienia”. Tak więc „ograbienie” musi się tu wiązać ze złośliwym przeszkadzaniem pogrzebowi, uroczystościom lub obrzędowi żałobnemu, albo ze znieważeniem zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego. Sprawca musi zatem działać w celu przeszkodzenia tym czynem wymienionym czynnościom lub demonstrować brak szacunku dla zwłok lub prochów ludzkich lub miejsca, w którym zwłoki lub prochy spoczęły. Musi mieć taki zamiar, a więc „przeszkadzanie” lub „zniewaga” muszą być objęte winą umyślną, dodajmy — zamiarem bezpośrednim. Inny jest też przedmiot ochrony w art. 197 (w tym w § 2) niż w wypadku przestępstw przeciwko mieniu.

Czyn przewidziany w art. 197 § 2 k.k. nie musi zresztą wypełniać zarazem znamion kradzieży z art. 203 k.k. czy któregośkolwiek z przestępstw przeciwko mieniu. Ograbienie może przecież, o czym już była mowa, dotyczyć rzeczy niczyich. W takiej sytuacji zabór rzeczy nie mógłby być kradzieżą, bo kradzież to zabór w celu przywłaszczenia rzeczy „cudzej” (art. 203) albo forma zagarnięcia mienia społecznego (art. 199 i 201).

Zabór mienia z cmentarzy (w tym z grobów) dokonywany jest zazwyczaj bez związku ze złośliwym przeszkadzaniem pogrzebowi itd., jak również z zamiarem znieważenia miejsca spoczynku zmarłego, lecz wpływa po prostu z chęci uzyskania korzyści. W tego rodzaju sytuacjach sprawca jest tylko złodziejem i także właściwa ocena społecznego niebezpieczeństwa czynu wymaga, aby tak właśnie został potraktowany. Czy adekwatna byłaby inna ocena np. zagarnięć mienia z pojedynczych grobów podlegających likwidacji lub ze zlikwidowanych w całości cmentarzy, np. kradzież wartościowych marmurów w celu ich sprzedaży? Trudno więc zgodzić się z poglądem O. Chybińskiego, że cel szczególny sprawcy ograbienia miejsca spoczynku zmarłego jest całkowicie obojętny<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Swida, *Prawo karne*, s. 248.

Oderwanie przestępstwa z art. 197 § 2 k.k. od znamion określonych w § 1 prowadziłyby wreszcie do bardzo surowego, nieproporcjonalnego do czynu karania sprawców drobnych kradzieży (np. kwiatów z płyty grobowej). Minimalna kara musiałaby w takim wypadku wynosić 1 rok pozbawienia wolności, ewentualnie z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Ten problem był już w piśmiennictwie poruszony w związku z wyrokiem Sądu Wojewódzkiego w Poznaniu. Z tym orzeczeniem, jak również z aprobowaną je glosą E. Szwedka nie można wprowadzić się zgodzić, ale z innego powodu, zarówno Sąd Wojewódzki, jak i glosator ograniczyli przestępstwo z art. 197 § 2 k.k. do naruszenia sfery uczuć i wierzeń religijnych. Nietrafnie też twierdzą, że ograbienie grobu polega na zabraniu w celu przywłaszczenia przedmiotów znajdujących się na zwłokach lub w grobie<sup>38</sup>. Treść ustawy nie daje podstawy do takiego zwężenia zakresu tego przestępstwa.

## X

W pewnym stopniu ochronie nekropolii służą normy karne, które nie chronią wprawdzie cmentarzy i grobów dlatego, że pochowano w nich zwłoki lub prochy ludzkie i że są to miejsca kultu zmarłych, ani z powodu, że znajdujące się na cmentarzach rzeczy są przedmiotem czyjejś własności, ale czynią to ze względu na potrzebę ochrony dziedzictwa kulturowego. W tym przypadku ustawodawstwo chroni cmentarze, ich części, poszczególne groby i znajdujące się na cmentarzach przedmioty dlatego, że są zabytkami.

Ustawa z 15 II 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach<sup>39</sup> wyraźnie wymienia cmentarze, a w zakresie obiektów archeologicznych — cmentarzyska i kurhany, jako dobra kultury podlegające specjalnej ochronie. Przedmioty znajdujące się na cmentarzach i w innych miejscach spoczynku zmarłych mogą podlegać ochronie jako obiekty etnograficzne, dzieła sztuk plastycznych (rzeźby, malarstwa, rzemiosł artystycznych) lub pamiątki historyczne; miejsca upamiętnione walkami o niepodległość i sprawiedliwość społeczną (dotyczy to często całych cmentarzy) chronione są jako przedmioty związane z ważnymi wydarzeniami historycznymi lub z działalnością instytucji i wybitnych osobistości historycznych; ustawa ta chroni też „inne przedmioty nieruchome lub ruchome, zasługujące na trwałe zachowanie ze względu na ich wartość naukową, artystyczną lub kulturalną” (art. 5). Prawodawstwa niektórych państw wiążą pojęcie zabytku z określonym wiekiem przedmio-

<sup>38</sup> Wyrok Sądu Wojewódzkiego w Poznaniu z 17 VIII 1979, II Kr 515/79; E. Szwedek, glosa do tego wyroku, OSPiKA 1980, nr 11, poz. 211.

<sup>39</sup> Dz. U. 1962, nr 10, poz. 48, z późn. zm.

tów<sup>40</sup>. Ustawodawstwo polskie tego nie czyni. Dobrem kultury chronionym przez ustawę jest każdy przedmiot ruchomy lub nieruchomy, dawny lub współczesny, mający znaczenie dla dziedzictwa i rozwoju kulturalnego ze względu na jego wartość historyczną, naukową lub artystyczną (art. 2).

Nie miejsce tutaj na szersze omówienie ewolucji polskich przepisów o ochronie zabytków, w tym także zabytków na cmentarzach. Ograniczymy się jedynie do zanotowania faktu, że w Polsce Ludowej nastąpił znaczny wzrost represyjności funkcjonującego w tym zakresie prawa. Wystarczy porównać obowiązującą ustawę z 1962 r. z poprzedzającą ją rozporządzeniem Prezydenta RP z 6 III 1923 r. o opiece nad zabytkami<sup>41</sup>. Za burzenie, rozkopywanie, niszczenie, przerabianie, rekonstruowanie, zabudowywanie, zdobienie, uzupełnianie, przewożenie zabytków bez uprzedniego zezwolenia władzy konserwatorskiej, rozporządzenie to przewidywało karę aresztu do 4 tygodni albo grzywny do 500 zł. Gdyby obowiązywało ono nadal, grzywnę tę należałoby przeliczyć na kwotę do 7500 zł. W razie zniszczenia zabytku lub zmniejszenia jego wartości można było ponadto orzec karę pieniężną do wysokości wartości zniszczonego zabytku lub zmniejszenia jego wartości wskutek uszkodzenia. Inne kary, to konfiskata zabytku i pozbawienie prawa wykonywania robót na czas od 1 miesiąca do roku. Ta ostatnia kara mogła być wymierzona przedsiębiorcy lub kierownikowi robót, jeżeli dany sprawca był skazany ponownie za taki czyn. Tak więc kary były wówczas stosunkowo łagodne, zwłaszcza pozbawienie wolności i grzywna. Trzeba jednak zaznaczyć, że rozporządzenie przewidywało klauzulę subsydiarności. Stanowiła ona, że jeżeli czyn pociągający za sobą ukaranie w myśl przepisu tego rozporządzenia był zagrożony w innych przepisach karą surowszą, należało stosować te przepisy (art. 36 - 43).

Zaostrzenie odpowiedzialności karnej w ustawie z 1962 r. jest tak znaczne, że najcięższe przestępstwa przeciwko zabytkom, w tym umyślne zniszczenie lub uszkodzenie zabytku, zagrożone są karą pozbawienia wolności (przed wejściem w życie k.k. z 1969 r. — karą więzienia) do 5 lat i grzywną (od 20 000 do 5 000 000 zł). Nieumyślne zniszczenie lub

<sup>40</sup> Zob. *The protection of movable cultural property. Compendium of legislative texts*, Unesco, Paris 1983-1984, t. I - II; L. N. Galenska, *Muzy i prawo. Przewidywane woprosy międzynarodowego sotrudnicestwa w oblasti kultury*, Leningrad 1987, s. 161 i n. Do wieku przedmiotu jako jednego z kryteriów zabytku nawiązał pierwszy polski akt normatywny dotyczący ochrony zabytków, a mianowicie dekret Rady Regencyjnej z 31 X 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury; *Dziennik Praw Państwa Polskiego* z 1918, nr 16 poz. 36. Zabytkami według tego dekretu były „wszelkie nieruchome i ruchome dzieła świadczące o sztuce i kulturze epok ubiegłych, istniejące nie mniej, niż 50 lat”. „Dzieła ruchome, istniejące mniej niż 50 lat, mogły być — w wyjątkowych razach — uznane za zabytki na mocy specjalnej decyzji Ministra WRiOP” (art. 11).

<sup>41</sup> Dz. U. 1928, nr 29, poz. 265, z późn. zm.

uszkodzenie zabytku pociąga za sobą karę pozbawienia wolności (poprzednio aresztu) do 6 miesięcy lub grzywny do 200 000. Za utrudnianie lub uniemożliwianie dostępu do przedmiotów zabytkowych, udzielanie świadomie fałszywych informacji lub działanie w inny złośliwy sposób w celu przeszkodzenia w wykonywaniu przez organ służby konserwatorskiej obowiązków wynikających z ustawy, grozi kara pozbawienia wolności (poprzednio aresztu) do 1 roku i grzywny do 300 000 zł albo jedna z tych kar (art. 73 - 75).

## XI

Mówiąc o ochronie zabytkowych cmentarzy i grobów, należy powrócić do ustawy z 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Przepisy jej regulują min. użycie na inny cel terenu cmentarnego po zamknięciu cmentarza.

W zasadzie nie może to nastąpić przed upływem 40 lat od dnia ostatniego pochowania zwłok. Użycie terenu cmentarnego na inny cel dopuszczalne jest jednak pod warunkiem zachowania pamiątek o wartości historycznej, archeologicznej lub artystycznej. Pamiątki te mogą być przeniesione w odpowiednie miejsce za zezwoleniem wojewódzkiego konserwatora zabytków. Jeżeli cmentarz lub jego część są wpisane do rejestru zabytków, użycie terenu na inny cel wymaga zgody Ministra Kultury i Sztuki. Przy zmianie przeznaczenia terenu cmentarnego szczątki zwłok znajdujące się na tym terenie powinny być przeniesione na inny cmentarz na koszt nabywcy terenu lub nowego jego użytkownika (art. 6). Niezależnie od innych ograniczeń przewidzianych w ustawie, wzbronione jest też użycie do ponownego pochowania grobów mających wartość pamiątek historycznych (ze względu na swą dawność lub osoby, które są w nich pochowane, lub zdarzenia, z którymi mają związek) albo wartość artystyczną (art. 7).

Naruszenie powyższych norm stanowi wykroczenie przewidziane w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Odpowiedzialność karna za to wykroczenie wchodzi w grę, jeżeli sprawcy można przypisać winę umyślną. Powyższe przepisy ochronne mają też zastosowanie (jeżeli normy szczególne nie stanowią inaczej) także do cmentarzy i grobów wojennych, a to na podstawie art. 10 ustawy z 1933 r. o grobach i cmentarzach wojennych..

## XII

Przepisy ustawy z 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach są jednak dla ochrony zabytków istotniejsze. Powinny też — gdy chodzi o ochronę zabytkowych cmentarzy, grobów czy innych obiektów związa-

nych ze spoczynkiem zmarłych — spełniać rolę podstawową, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności karnej.

Normy karne tej ustawy można podzielić na dwie grupy: normy określające wykroczenia i normy określające przestępstwa.

Odpowiedzialności za wykroczenia dotyczą dwa artykuły. Pierwszy z nich przewiduje odpowiedzialność osoby prowadzącej prace konserwatorskie albo wykopaliskowe, roboty budowlane lub ziemne oraz znalazcy przedmiotu archeologicznego lub wykopaliska. Jest to odpowiedzialność za prowadzenie bez zezwolenia prac wymagających kwalifikacji konserwatorskich bądź wykopaliskowych, za zaniechanie przez prowadzącego roboty budowlane lub ziemne niezwłocznego zawiadomienia wojewódzkiego konserwatora zabytków o ujawnieniu przedmiotu posiadającego cechy zabytku, a także za niezabezpieczenie — do czasu doręczenia odpowiednich zarządzeń odkrytego przedmiotu i niewstrzymanie robót mogących go zniszczyć lub uszkodzić, za niezawiadomienie wojewódzkiego konserwatora zabytków albo właściwego urzędu administracji terenowej — w terminie 1 miesiąca — o znalezieniu przedmiotu archeologicznego albo odkryciu wykopaliska. Tych ostatnich czynów może dopuścić się każdy, nie tylko prowadzący wskazane wyżej prace (art. 77).

Drugi z tych artykułów przewiduje odpowiedzialność właściciela lub użytkownika zabytku za — po pierwsze — niezabezpieczenie zabytku przed zniszczeniem, dewastacją lub uszkodzeniem, po drugie — niezawiadomienie wojewódzkiego konserwatora zabytków o wydarzeniach mających ujemny wpływ na stan i zachowanie zabytku, a także o przejściu własności lub użytkowania zabytku na inną osobę, o nabyciu zarejestrowanego zabytku w drodze spadku lub zapisu, o zmianie miejsca, w którym się znajduje zarejestrowany zabytek ruchomy (art. 87).

Oba wykroczenia, o — jak widzimy — wielopostaciowo ujętych znamionach — zagrożone są, według stanu aktualnego, karą grzywny do 50 000 zł. Przewidziana w pierwotnym tekście kara aresztu do 3 miesięcy została uchylona przez art. X § 1 ustawy z 20 V 1971 r. — Przepisy wprowadzające kodeks wykroczeń.

Spośród przepisów określających przestępstwa szczególną uwagę należy — rzecz jasna — zwrócić na art. 73 ustawy z 1962 r., który przewiduje umyślne i nieumyślne zniszczenie lub uszkodzenie zabytku. Przepis ten mógłby stanowić skuteczny instrument w działaniach zmierzających do zachowania narodowego zasobu zabytków, niestety nie jest on stosowany w stopniu, jakiego wymaga zakres dewastacji i niszczenia zabytków.

Przestępstwa te są niezależne od wartości mienia. Przestępstwem z art. 73 ustawy o ochronie dóbr kultury i o muzeach jest także zniszczenie lub uszkodzenie zabytku o wartości nie wyższej niż 5000 zł; normalnie, w stosunku do mienia niezabytkowego, byłoby to tylko wykroczenie. Sprawcą tych przestępstw może być również właściciel rzeczy.

Nie posiada on takiego władztwa nad rzeczą zabytkową, by mógł ją samowolnie zniszczyć lub uszkodzić. Jeżeli sprawca, dopuszczając się np. kradzieży albo zagarnięcia mienia społecznego, zniszczy bądź uszkodzi zabytkową substancję przedmiotu, należy zastosować kwalifikację kumulatywną, np. art. 203, 208, 199 czy 201 k.k. z art. 73 § 1 ustawy z 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach<sup>42</sup>. Gdy sprawca po dokonaniu kradzieży albo zagarnięcia mienia społecznego zniszczy następnie zabytek, powinien odpowiadać za dwa odrębne przestępstwa — kradzież bądź zagarnięcie mienia społecznego i zniszczenie zabytku, chyba, że te dwa czyny objęte były jedną akcją przestępną. Tu nie zachodzi taka sytuacja, że „skonsumowanie” przedmiotu stanowi tzw. współukarany czyn następczy. Skoro za zniszczenie albo uszkodzenie zabytku odpowiada nawet właściciel, nie może nie dotyczyć to sprawcy kradzieży. Kumulatywna kwalifikacja wchodzi w grę nie tylko przy przestępstwach przeciwko mieniu i wyczerpaniu znamion przestępstwa z art. 73 ustawy o ochronie dóbr kultury i o muzeach. Należy ją zastosować również w zestawieniu art. 197 k.k. z przepisem określającym przestępstwo zniszczenia lub uszkodzenia zabytku, jeżeli np. sprawca mający zamiar znieważenia miejsca spoczynku zmarłego niszczy zarazem zabytkową substancję danego przedmiotu czy miejsca.

Przewidujący przestępstwo szczególne art. 73 § 1 ustawy z 1962 r. eliminuje kwalifikację z art. 212 § 1 k.k., ale nie czyni tego wobec art. 212 § 2 k.k., bo jeżeli zniszczenie czy uszkodzenie zabytku następuje przez podpalenie, czyn wypełnia dodatkowe znamię przestępstwa nie uwzględnione w art. 73 tej ustawy. W takiej sytuacji należy zastosować kumulację art. 212 § 2 k.k. z art. 73 ust. 1 powyższej ustawy. Kwalifikacja na podstawie art. 212 § 2 k.k. wchodzi jednak w grę, jeżeli spalenie cudzej rzeczy — ruchomej lub nieruchomej — nastąpiło w warunkach wyłączających rozszerzenie się siły żywiołowej ognia i zagrożenie życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, co uzasadniałoby już inną kwalifikację, z art. 138 k.k. Jeżeli więc uszkodzenie albo zniszczenie zabytkowego mienia nastąpiłoby w okolicznościach uzasadniających kwalifikację z art. 138 § 1 k.k., należałoby ten przepis zastosować w kumulacji z art. 73 § 1 ustawy o ochronie dóbr kultury i o muzeach. Tak właśnie Sąd Wojewódzki w Łodzi zakwalifikował szeroko znany fakt spowodowania pożaru, który zniszczył znajdujący się na cmentarzu w Zgierzu zabytkowy kościół rzymsko-katolicki, należący do tamtejszej Parafii św. Katarzyny, zbudowany w latach 1781 - 1784, przeniesiony na cmentarz ok. 160 lat temu, wyposażony w zabytkowe obrazy i rzeźby, nawet z pierwszej połowy XVII stulecia. Podczas pożaru spaliły się także trumny ze zwłokami czekającymi na pogrzeb. Po-

<sup>42</sup> Zob. W. Daszkiewicz, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z 18 XII 1986 IV KR 473/86, Państwo i Prawo 1987, nr 6, s. 139 i n.

zar został spowodowany przez sprawcę kradzieży wielu przedmiotów z tego kościoła, którą Sąd zakwalifikował jako odrębne przestępstwo z art. 203 § 1 k.k.<sup>43</sup>

Przestępstwa przewidziane w art. 138 k.k. nie są przestępstwami przeciwko mieniu, lecz przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, i po---gają za sobą wyższe sankcje. Przestępstwo określone w § 1 tego artykułu, a więc popełniane z winy umyślnej — choćby z zamiarem ewentualnym — jest zbrodnią zagrożoną karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 do lat 15, a nieumyślny występki z art. 138 § 2 k.k. samą karą od roku do lat 8.

Niniejsze uwagi nie byłyby kompletne, gdyby pominięto przepis również mogący służyć ochronie zabytków, w tym zabytkowych nekropolii, choć jego przeznaczenie jest szersze, stworzono go w zasadzie w innym celu. Jest to art. 217 k.k., przewidujący przestępstwo niegospodarności. Poruszono już potrzebę korzystania z tego przepisu jako jednego z instrumentów prawnej ochrony zabytków, ale dotychczas, jak się wydaje bezskutecznie<sup>44</sup>. W tym zakresie jest to raczej przepis martwy. Oczywiście, przepis ten nie może mieć zastosowania tam, gdzie nie chodzi o mienie społeczne, praktycznie rzecz biorąc, może więc dotyczyć cmentarzy komunalnych, wojennych, wojskowych, a także — i tu jego zastosowanie mogłoby być najszersze — cmentarzy, które przeszły na własność Skarbu Państwa jako mienie opuszczone, poniemieckie itd. Nie tylko zresztą cmentarze zabytkowe mogą tu wchodzić w grę. Z tego przepisu powinien odpowiadać niejeden zarządca cmentarzy, które na skutek niegospodarności, w szczególności braku nadzoru, uległy dewastacji i rozkradzeniu znajdującego się na nich mienia. Sankcje za przestępstwa określone w art. 217 k.k. — dodajmy — nie należą do łagodnych.

### XIII

Kilka uwag wymaga ochrona grobów symbolicznych, które też mogą znajdować się na cmentarzach. Nie korzystają one z ochrony przewidzianej w art. 197 k.k. Przepis § 2 tego artykułu nie czyni wprawdzie rozróżnienia pod względem charakteru grobów, ale w zestawieniu z następną kategorią chronionych miejsc, a mianowicie z „innym miejscem spoczynku zmarłego”, jasne staje się, iż grób, o którym mowa w tym przepisie, ma być grobem rzeczywistym, miejscem spoczynku zwłok zmarłego, jego szczątków lub prochów. Także w § 1 art. 197 k.k. mowa jest o znie-

43 Wyrok Sądu Wojewódzkiego w Łodzi z 22 VIII 1988 r., sygn. III K 61/88.

44 Patrz np. J. P. Pruszyński, *Przestępstwa przeciwko ochronie zabytków i ich ściganie*, Problemy Praworządności 1978, nr 11, s. 9 i n.; J. Małecki, *Przestrzeń historyczna jako element środowiska w świetle nauk prawnych*, w: *Ochrona zabytków a gospodarka przestrzenna Polski* Biuletyn Informacyjny Instytutu Geografii i Przestrzennego Zagospodarowania Kraju PAN, Warszawa 1986, z. 52, s. 89.

ważeniu — prócz zwłok lub prochów ludzkich — miejsca spoczynku zmarłego, a więc gdy chodzi o grób, grobu rzeczywistego. Zastosowanie analogii, polegającej na rozciągnięciu zakresów tych przepisów na groby symboliczne, nie byłoby tu możliwe, gdyż analogia taka byłaby niekorzystna dla oskarżonego. Owszem, jeśliby zniewaga grobu symbolicznego była połączona ze złośliwym przeszkadzaniem odbywającej się przy nim uroczystości lub obrzędowi żałobnemu tam odprawianemu, to czyn taki należałoby — rzecz jasna — zakwalifikować jako przestępstwo przewidziane w art. 197 § 1 k.k., jednak kwalifikacja ta byłaby uzasadniona złośliwym „przeszkadzaniem”, nie zaś samą zniewagą symbolicznego grobu.

Ograbienie takiego grobu, np. kradzież wartościowego nagrobka, też oczywiście powinna być rozpatrywana wyłącznie w aspekcie przestępstw przeciwko mieniu, tj. — w zależności od charakteru własności — jako kradzież albo zagarnięcie mienia społecznego, a nie w aspekcie art. 197 § 2 k.k., natomiast uszkodzenie albo zniszczenie grobu symbolicznego jako przestępstwo z art. 212 k.k. bądź, jeżeli grób stanowiłby zabytek, jako przestępstwo określone w art. 73 ustawy z 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach.

Niemożliwość zastosowania art. 197 § 1 k.k. do samego znieważenia grobu symbolicznego nie oznacza z kolei bezkarności czynu. Może on przecież wypełniać znamiona przestępstwa z art. 284 § 2 k.k. (kto znieważa pomnik lub inne dzieło wystawione publicznie w celu upamiętnienia zdarzenia historycznego lub uczczenia osoby), z tym, że zagrożenie karne jest w tym wypadku łagodniejsze (karą pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny). Jest to przestępstwo zaliczone, również w obowiązującym kodeksie, do przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Znieważenie grobu symbolicznego wyjątkowo może być potraktowane jako obraza uczuć religijnych innych osób, możliwe jest to jednak tylko wtedy, kiedy grób ten stał się przedmiotem czci religijnej (art. 198 k.k.).

To, co powiedziano wyżej o grobach symbolicznych, odnosi się także do grobowców, w których nie ma już zwłok, szczątków ani prochów ludzkich, np. z których zwłoki zostały przeniesione w inne miejsce. Jeżeli sprawca popełniając czyn nie uświadamiał sobie, że zwłok w grobowcu już nie ma, jego odpowiedzialność kształtuje się na podstawie przepisów o usiłowaniu nieudolnym (art. 11 § 2 i 12 § 2 k.k.).

#### XIV

Jakie jest polskie ustawodawstwo karne służące ochronie nekropolii, co należałoby w nim zmienić, by lepiej spełniało wyznaczoną mu rolę?

Na pewno jest to ustawodawstwo w wysokim stopniu punitywne. Tę punitywność uzyskało ono w okresie powojennym. Z wyjątkiem jedne-

go, bardzo rygorystycznego przepisu m.k.k. (art. 26) o wyraźnym podłożu politycznym, ewolucja prawa w kierunku zaostrzania kar rozpoczęła się w pierwszej połowie lat pięćdziesiątych, a jej ukoronowaniem był kodeks karny z 1969 r. Późniejszy kodeks wykroczeń z 1971 r. i złączone z nim przepisy wprowadzające nie wyrażały już tej tendencji. Przeciwnie, zmniejszyły one sankcje za niektóre wykroczenia, jak się okazało, nie wszystkie te zmiany były zrozumiałe i zasługiwały na akceptację. Na temat wysokości kar w (przyszłości trudno byłoby wypowiadać się w tym miejscu. Sankcje służące ochronie cmentarzy i kultu zmarłych powinny przecież być zharmonizowane z całością prawa karnego. Jest to tym bardziej konieczne, że większość norm interesujących z punktu widzenia niniejszych rozważań służy nie tylko ochronie nekropolii, lecz ich cele są ogólniejsze, służą one np. ogólnie ochronie mienia, ochronie zabytków itd., nie zaś tylko zabytkowych grobów i cmentarzy itp. Można natomiast stwierdzić, że z surowym prawem karnym nie szła w parze rygorystyczna, konsekwentna praktyka. Najwymowniejszym tego dowodem jest żałosny los wielu cmentarzy, także zabytkowych, ich dewastacja, rozkradzenie nagrobków, stan tak żenujący, że niektóre z nich nadają się już tylko do całkowitej kasacji. Stało się to za sprawą wandalii i złodziei, ale i z powodu braku elementarnej troski o te miejsca spoczynku zmarłych. Niszczenie grobów wynikało także z pseudopolityki, której decydenci i wykonawcy powinni się wstydzić do końca życia.

Potrzeba zmian, nie tylko co do rodzaju i wysokości kar, narzuca się po prostu sama. Przede wszystkim powinno nastąpić zrównanie ochrony karnoprawnej mienia znajdującego się na cmentarzach i w innych miejscach spoczynku zmarłych, uniezależnienie jej od charakteru mienia. Gdzie jak gdzie, ale na cmentarzach stopień ochrony prawnej, również karnej, nie powinien zależeć od rodzaju własności — czy jest ona prywatna, kościelna, czy państwowa. Wyższe zagrożenia karne mogą być uzasadnione jedynie wyższą wartością tego mienia, a przede wszystkim właściwościami przedmiotu. Uzasadniona byłaby większa ochrona zabytków o szczególnym znaczeniu, np. historycznym. W zasadzie jednak kary orzekane za przestępstwa przeciwko nekropoliom i kultowi zmarłych powinny zależeć przede wszystkim od takich czynników, jak podmiotowa strona przestępstwa, sposób jego popełnienia, rozmiar szkody, krzywda doznana przez pokrzywdzonego.

Postulat równej karnoprawnej ochrony dla mienia społecznego i niepołecznego coraz bardziej zyskuje sobie prawo obywatelstwa w naszym kraju. Propozycja taka znalazła się też w „Założeniach reformy prawa karnego”<sup>45</sup>, toteż można przypuszczać, że ten problem rozwiązany zostanie jak gdyby automatycznie, bez potrzeby konstruowania specy-

<sup>45</sup> Komisja do Spraw Reformy Prawa Karnego, *Założenia reformy ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1988.07.28, maszynopis powielony, s. 19.

ficznych rozwiązań dla ochrony mienia na cmentarzach, grobach, w kościołach itd. Natomiast pożądana byłaby nowelizacja art. 197 § 2 k.k. Przesłupstwo ograbienia zwłok, grobu lub innego miejsca spoczynku zmarłego powinno być oderwane od konstrukcji § 1 tego artykułu. Powinno to być przestępstwo *sui generis*, nie zaś kwalifikowana postać złośliwego zakłócenia obrzędu żałobnego czy zniewagi zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego. Samo „ograbienie” powinno wyczerpywać szczególne znamię przestępstwa bez owego zabarwienia psychicznego, jakie obecnie wynika z łączności art. 197 § 2 z § 1. Takie ujęcie bardziej odpowiadałoby temu, jak dziś interpretuje się nieraz art. 197 § 2 k.k. w praktyce. Przepis określający np. przestępstwo ograbienia zwłok powinien jednak być zaopatrzony w klauzulę subsydiarności. Kara w nim podana powinna mieć zastosowanie, jeżeli z innego przepisu nie wynikałaby kara surowsza. Mogą powstać wątpliwości co do umiejscowienia tak zmodyfikowanego przepisu w odpowiednim rozdziale k.k. — o przestępstwach przeciwko wolności sumienia i wyznania, przeciwko mieniu albo przeciwko porządkowi publicznemu — jest to jednak kwestia odrębna, jej rozstrzygnięcie zależy w pewnym stopniu od ewentualnych korekt w systemie kodeksu.

Należy zastanowić się nad przywróceniem przestępstwa, które k.k. z 1932 r. przewidywał w art. 169 — zabór z posiadania osoby uprawnionej zwłok ludzkich lub ich części. Bardziej jednak pożądana byłaby konstrukcja podobna do tego przestępstwa, nie zaś identyczna. Wraz z rozwojem medycyny oraz pewnych dziedzin przemysłu, np. farmaceutycznego, poszczególne elementy zwłok mogą stawać się „częściami zamiennymi” czy poszukiwanym „surowcem” i w związku z tym, legalnie bądź nielegalnie, nabierać cech towaru. Jest to u nas bardziej problem jutra niż teraźniejszości, ale ustawodawca powinien brać pod uwagę, również przewidywaną przyszłość. Konstrukcja tego przestępstwa powinna zatem uwzględniać nie tylko zabór zwłok lub ich części z posiadania osoby uprawnionej; tak samo zadysponowanie zwłokami bez zgody osoby uprawnionej. Postulowany przepis powinien też być instrumentem przydatnym dla zwalczania zaboru części zwłok (np. pochowanych) w celu preparowania kości wypożyczanych następnie za opłatą.

Mniejsze znaczenie miałyby zmiany w prawie wykroczeń, ale i o nich należałoby pomyśleć. Jest nienaturalne, że najsłabszej ochrony prawo to udziela grobom i cmentarzom wojennym. Przywrócić należałoby karę aresztu za wykroczenia określone w ustawie z 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach. Sankcje ograniczone do grzywny, zwłaszcza przy szybko zmniejszającej się wartości pieniądza, tracą funkcję odstrasżającą. Jest to postulat warunkowy, gdyż należałoby z niego zrezygnować, gdyby w ogóle zniesiono karę aresztu za wykroczenia. Jasna jest intencja wykroczeń zamieszczonych w rozdz. XIX k.w. (ograniczenie ich do sfery gospodarczej), ale jest też jakąś niekonsekwencją prawa, jeżeli za-

brania ono — jest to karalne — paść zwierzęta na cudzych gruntach leśnych lub rolnych, a jednocześnie zachowywać bezkarność pasienia zwierząt na cmentarzu.

Zmiany w ustawodawstwie, gdyby nawet były znacznie szersze, same jednak nie wzmocnią ochrony nekropolii. Do tego potrzebna jest większa uwaga i większa efektywność działania różnych organów, nie wyłączając organów ścigania i nadzoru prokuratorskiego. Potrzebne są też działania społeczne, nie ograniczone do kręgu związanego z ochroną zabytków. Zresztą nie każda nekropolia jest zabytkiem, nawet nie każda ma jakieś zabytki. Szczególna rola mogłaby tu przypaść kościołowi i szkole. I niech ostrzeżeniem będą dla nas słowa W. Zina: „Jeśli przyszłe pokolenia osądzając nas znajdą — być może — okoliczności usprawiedliwiające obojętność współczesnych ludzi w stosunku do dawnych polskich wsi, miasteczek, rzek i lasów, do polskiego krajobrazu kulturowego jako całości, to nigdy nie wybaczą nam bezduszności w stosunku do cmentarzy, które giną i zatracają się na naszych oczach”<sup>46</sup>.

## PENAL-LAW PROTECTION OF NECROPOLISES

### Summary

Cult of the dead, their various last resting-places and ceremonies connected with burials or cremations should be protected by law. There is a clear link between those elements and a spiritual sphere of a human being and his/her personal (immaterial) interests. Such interests, as well as various related material interests are protected i.e. by penal law.

Several legal acts should be mentioned here, in particular the Penal Code of 1969, the Petty Offences Code of 1971, the Act on Cemeteries and Burials of 1959 and the Act on Military Cemeteries of 1933. The objects located on cemeteries or even the whole cemeteries are monuments and thus they are also subject to protection provided for in the Act on Protection of Cultural Values and on Museums of 1962.

Generally speaking, penal law norms on protection of cemeteries could be divided into 4 groups. The first contains norms determining offences and petty offences against the cult of the dead, against their last resting-places, and against the freedom to engage in funeral ceremonies. The second group contains provisions penalizing the violation of norms regulating the exploitation of cemeteries (including sanitary regulations, exhumation permits, transportation of corpses, etc.). To the third group belong the provisions on responsibility for offences and petty offences against property, (including the provision on protection of objects having no material value). Finally, the fourth group is composed of norms protecting monuments as values of culture.

The article presents penal law instruments contained in the above 4 groups, sketches the evolution those measures have undergone in Polish law, and puts forth *de lege ferenda* postulates.

<sup>46</sup> W. Zin, *Rozważania o cmentarzach*, Spotkania z Zabytkami 1987, nr 5, s. 13.

The Penal Code of 1969 instead of two offences provided in a former code of 1932, one of which consisted in profaning the corpse or maliciously disturbing a funeral ceremony, the other in taking a corpse or its part away from the entitled person's possession — introduced one offence in two forms (Art. 197). A basic form, with a penalty of imprisonment of up to 3 years, consists in maliciously disturbing a funeral ceremony or in profaning the corpse, ashes, or the last resting-place of the dead, whereas a qualified form of that offence, with a penalty of 1-10 years of imprisonment has an additional feature: plundering the corpse, the grave or any other last resting-place of the dead. Both forms of the analysed offence require intention (*dolus directus*) and a definite motive of action. The subject-matter of protection provided for in Art. 197 is the freedom of conscience and religion in the sphere of the cult of the dead. Let me add that Art. 197 grants protection to funeral ceremonies and last resting-places irrespective of their secular or sacral character.

Paragraph 2 of Art. 197 may be a source of difficulties. Namely, it is sometimes understood as prohibiting willful taking of property from the corpse, the grave or from another resting-place. Thus "plundering" is considered to be tantamount to an ordinary theft committed at the last resting-place of the dead, eg. stealing a tombstone without the intention of profaning the place.