

Bartosz Rakoczy

ORCID 0000-0002-8790-2407

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

rakoczy_bukowski_kanc@wp.pl

GŁOSA DO WYROKU NSA Z DNIA 4 GRUDNIA 2020 ROKU O SYGNATURZE I OSK 125/19

I. Komentowane orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, choć zostało wydane w sprawie, w której rozstrzygano kwestię dostępu do informacji publicznej, odnosi się do znacznie szerszego kontekstu. Rozstrzygnięcie kwestii udostępnienia informacji publicznej wymagało bowiem uprzedniego ustalenia, czy proboszcz jest podmiotem zobowiązanym do udzielenia takiej informacji, a wcześniej ustalenia, czy chowanie zmarłych na cmentarzu wyznaniowym (cmentarzu parafialnym), w sytuacji, kiedy w danej gminie nie założono cmentarza komunalnego, należy do sfery zadań publicznych¹.

W istocie zatem odpowiedź na pytanie dotyczące udostępniania informacji publicznej wymagało rozważenia szeregu innych okoliczności. Dopiero rozstrzygnięcie pewnych zagadnień wstępnych pozwalało na odpowiedź odnośnie dostępu do informacji publicznej.

Nie bez znaczenia w komentowanej sprawie był również zakres żądanej informacji publicznej, albowiem to on wyznaczał kierunki, w których powinny podążać rozważania Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Złożoność zagadnień, które składają się na przedmiot postępowania sprawiają, iż wyrok NSA wymaga komentarza, tym bardziej, że błędne założenia, jakie NSA przyjął, doprowadziły go do wadliwych konkluzji. Ponadto poszczególne zagadnienia, nad którymi pochylał się Sąd, mogą być przedmiotem autonomicznych dociekań naukowych niezależnie od kontekstu dostępu do informacji publicznej. Krytycznie należy ocenić stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, z którego wynika, że proboszcz parafii, która założyła cmentarz wyznaniowy (cmentarz parafialny), na którym to cmentarzu chowa się

¹ Wyrok ten był już przedmiotem interesującej glosy do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 grudnia 2020 r. (I OSK 125/19) autorstwa M. Bieleckiego w Tomie 24 „Studiów z Prawa Wyznaniowego”. Choć nie podzielam aprobującego stanowiska wyrażonego przez tego Autora, to jednak podniesione w głosie argumenty są interesujące naukowo i inspirujące

wszystkie osoby niezależnie od wyznania, albowiem w gminie nie funkcjonuje cmentarz komunalny, jest błędne.

II. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie po rozpoznaniu sprawy ze skargi Stowarzyszenia (...) z siedzibą w W. na bezczynność Proboszcza Rzymskokatolickiej Parafii (...) w (...) w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej, w punkcie pierwszym zobowiązał Proboszcza Rzymskokatolickiej Parafii (...) w (...) w terminie 14 dni do wydania aktu lub dokonania czynności w załatwieniu wniosku Stowarzyszenia, w punkcie drugim stwierdził, że Proboszcz dopuścił się bezczynności, a bezczynność ta nie miała miejsca z rażącym naruszeniem prawa, w punkcie trzecim zasądził zwrot kosztów postępowania.

Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W. w dniu 15 maja 2018 r. zwróciło się do Proboszcza Rzymskokatolickiej Parafii (...) w (...) o udostępnienie informacji publicznej:

1) w zakresie liczby osób pochowanych na cmentarzu w 2017 r.

2) jakie rodzaje opłat cmentarnych pobrano w 2017 r. (w tym m.in. opłata za oddanie miejsca pod grób, opłata za ustawienie ławki, opłata za wycięcie drzewa, opłata za czynności związane z pochowaniem zwłok, opłata za wjazd pojazdów na teren cmentarza)

3) czy istnieje dokument/cennik ustalający wysokość ww. opłat, a jeżeli tak, to wniesiono o jego udostępnienie,

4) o kwocie uzyskanych środków z opłat cmentarnych za rok 2017.

Z uwagi na brak odpowiedzi, po wezwaniu w dniu 18 czerwca 2018 r. do wykonania wniosku, Stowarzyszenie wniosło w dniu 2 lipca 2018 r. skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie. Podnosząc, że Proboszcz Parafii jest podmiotem zobowiązanym do udostępnienia objętych wnioskiem informacji publicznych, z uwagi na treść art. 8 ust. 2 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Stowarzyszenie wniosło o zobowiązanie Proboszcza do rozpoznania wniosku w terminie 14 dni oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

Proboszcz Rzymskokatolickiej Parafii (...) w (...) wniósł o oddalenie skargi oraz o zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania podnosząc, że wysłany pocztą elektroniczną wniosek, jak i wezwanie do jego wykonania zostały przekierowane przez pocztę elektroniczną do „wiadomości-śmiec”. W ocenie Proboszcza przesłanie przez skarżącego wniosku o udzielenie informacji publicznej w drodze mailowej nie można uznać za skuteczne doręczenie korespondencji. Poczta ta została znaleziona w archiwum poczty elektronicznej dopiero w dniu 3 lipca 2018 r., przy okazji zapoznania się ze skargą nadesłaną przez skarżącego pocztą poleconą i dopiero w tym dniu Proboszcz miał możliwość zapoznania się z treścią żądania wniosku. Wniosek z żądaniem udzielenia informacji nie dotarł

jednak alternatywnie w formie pisemnej do Proboszcza jako organu Parafii, stąd też brak było jakiegokolwiek odpowiedzi z jego strony. Należało zatem przyjąć, że wniosek z dnia 15 maja 2018 r. nie wpłynął do Proboszcza jako organu Parafii i tym samym nie został on skutecznie mu doręczony. Ubocznie wskazano, że proboszcz Parafii (...) w świetle obowiązujących przepisów prawa nie był zobowiązany do udostępniania żądanych dokumentów i danych. Jakkolwiek bowiem cmentarze wyznaniowe realizują obowiązek chowania na cmentarzu osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących w razie nieistnienia cmentarza komunalnego, to sytuacja taka nie przerzuca na właściwą władzę kościelną realizacji zadania publicznego, polegającego na prowadzeniu cmentarzy. Wciąż pozostaje to w gestii gminy, a Parafia niejako „udostępnia” miejsca pochówkowe na cmentarzu dla osób innego wyznania. Zadanie publiczne polegające na prowadzeniu cmentarza nie przechodzi jednak do kompetencji właściwej władzy kościelnej, gdyż nadal stanowi to zadanie własne gmin (a nie zadanie powierzone zarządcy cmentarza wyznaniowego). Parafia prowadząc cmentarz wyznaniowy nie wykonuje żadnego zadania publicznego, ani nie dysponuje w tym zakresie majątkiem publicznym. Gmina nie finansuje cmentarza wyznaniowego w (...) ze swojego budżetu.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie stwierdził, że bezsporne jest, że wniosek o udostępnienie informacji publicznej wysłany na adres e-mail Parafii nie spowodował jakiegokolwiek reakcji adresata. Proboszcz zajął stanowisko w przedmiocie wniosku dopiero w odpowiedzi na skargę. Podkreślając, że powszechnie przyjmuje się, że składanie wniosków o udostępnienie informacji publicznej za pośrednictwem poczty elektronicznej jest dopuszczalne, a wnioski takie podlegają załatwieniu, Sąd uznał, że nie budzi wątpliwości, że w świetle ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych cmentarze mogą być komunalne bądź wyznaniowe. Z przepisów ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych wynika, że rozdzielenie funkcji cmentarzy komunalnych i wyznaniowych jest zasadą. W ocenie Sądu sytuacja taka oznacza przeniesienie zadania publicznego, jakim jest prowadzenie cmentarza, na jednostkę prowadzącą cmentarz wyznaniowy. Ponieważ w (...) nie funkcjonuje cmentarz komunalny, prowadzenie cmentarza staje się w tej sytuacji zadaniem publicznym, a w konsekwencji informacje zawarte we wniosku z dnia 15 maja 2018 r., a dotyczące liczby osób pochowanych w 2017 r. na cmentarzu wyznaniowym oraz wysokości opłat związanych z pochówkiem noszą cechy informacji publicznej.

W oparciu o powyższe Sąd uznał, że Proboszcz pozostaje w beczynności, co spowodowało konieczność zobowiązania go do załatwienia wniosku. Oceniając zaistniałą beczynność Sąd doszedł do przekonania, że nie miała ona charakteru rażącego naruszenia prawa.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wywiódł Proboszcz Rzymskokatolickiej Parafii (...) w (...)

III. Z uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego wynika, iż kluczową kwestią była odpowiedź na pytanie, czy obowiązek umożliwienia realizacji prawa do godnego pochówku godzi w zakres zadań publicznych. Postawienie tej kluczowej kwestii poprzedzone jest szerokimi wywodami NSA dotyczącymi istnienia podmiotowego prawa do godnego pochówku i charakteru tego prawa. NSA nie miał wątpliwości, iż takie prawo jak najbardziej istnieje i wchodzi w zakres sfery zadań publicznych.

Wywiedziono, iż w miejscowościach, w których nie ma cmentarzy komunalnych, cmentarz wyznaniowy pełni funkcje publiczne, a w konsekwencji zarządzająca tym cmentarzem parafia włączona jest w sferę *ius publicum* także w kontekście udostępniania informacji publicznej. Wprawdzie Sąd nie przesądził o obowiązku proboszcza udzielenia takiej informacji, niemniej jednak rozstrzygnął o tym, że proboszcz jest zobowiązany do rozpatrzenia wniosku o udostępnienie takiej informacji.

Podkreślić należy, iż formułując owo kluczowe pytanie, NSA konsekwentnie dalsze wywody odnosił tylko do tego pytania,

Zaznaczyć jednak należy, iż w realiach procedowanej sprawy pytanie o to, czy obowiązek umożliwienia realizacji prawa do godnego pochówku wchodzi w zakres zadań publicznych było pytaniem z gruntu błędnie postawionym.

Oczywiście z punktu widzenia teoretycznego pytanie to jest jak najbardziej zasadne i warte odpowiedzi na nie, niemniej jednak wyrok NSA nie ma być generalną i abstrakcyjną naukową odpowiedzią na nawet interesujące zagadnienie badawcze, ale ma być odniesieniem się do realiów danej konkretnej sprawy. Jedynie przy okazji zajmowania się przedmiotem postępowania, Sąd ma możliwość wypowiedzenia się w nieco szerszym zakresie. Zastrzeżenia te są o tyle istotne, iż wnioskodawca żądający udzielenia informacji publicznej w żadnym z punktów swojego wniosku, choćby nawet pośrednio, nie odnosił się do kwestii pochówku. Wnioskodawca pytał jedynie o liczbę osób pochowaną na cmentarzu w 2017 roku. Ponadto pytał, jakie rodzaje opłat cmentarnych pobrano w 2017 roku, czy istnieje dokument/cennik ustalający wysokość takich opłat i w konsekwencji jeżeli istnieje, żądał jego udostępnienia. Wreszcie pytał o wysokość kwoty uzyskanych środków z opłat cmentarnych za 2017 roku.

Przypatrując się generalnie żądaniom wnioskodawcy, koncentrowały się one na opłatach cmentarnych, sposobie ich naliczania i ustalenia oraz ich wysokości za 2017 roku. Wnioskodawca zatem koncentrował się wyłącznie na kwestiach finansowych. Natomiast żadne z jego pytań, czy też żądań nie wiązało się w jakikolwiek sposób z prawem do godnego pochówku. Nie stawiał on pytań na przykładu ilu osobom niewierzącym odmówiono pochówku, czy ile osób niewierzących lub innego wyznania niż rzymskokatolickie zostało pochowanych na cmentarzu, czy zwłoki tych osób były potraktowane w taki sam sposób jak zwłoki osób wyznania rzymskokatolickiego, itd.

Gdyby pytania o zakres informacji publicznej były podobne, jak wskazano wcześniej, to jak najbardziej dywagacje Sądu mogłyby koncentrować się wokół problemu prawa do godnego pochówku. Tymczasem żądania wnioskodawcy koncentrowały się na kwestiach wyłącznie finansowych, które w żaden sposób nie wiążą się z problemem prawa do godnego pochówku. Kwestia podstaw prawnych do pobierania tzw. opłat cmentarnych nie ma związku z samym prawem do godnego pochówku. Co więcej, wnioskodawca nie pytał się o jakiegoś konkretnego zmarłego, czy nawet jakąś grupę zmarłych pochowaną na cmentarzu, ale pytał się jedynie o mechanizmy ustalania opłat i ich wysokość.

W tej sytuacji kluczowe pytanie postawione przez NSA zostało wadliwie sformułowane i w konsekwencji udzielane na to pytanie odpowiedzi też ujmują zagadnienie wadliwie. Prawidłowo sformułowane pytanie powinno dotyczyć tego, czy w przypadku pochówku osób niewierzących lub innego wyznania niż rzymskokatolickie na cmentarzu wyznaniowym (cmentarzu parafialnym) uprawnione jest pobieranie opłat, które ustala zarządca tego cmentarza, a którym jest parafia, która ten cmentarz założyła. Inaczej rzecz ujmując, czy cennik ustalony przez parafię dotyczy tylko osób wyznania rzymskokatolickiego, czy także osób niewierzących lub innego wyznania²? Zupełnie inne ujęcie procedowanego zagadnienia prowadzi też do zupełnie innych wniosków.

Już na wstępie należy zaznaczyć, iż NSA w żadnym miejscu swojego uzasadnienia nie podjął jakichkolwiek rozważań odnośnie charakteru prawnego opłaty, chociażby w kontekście finansów publicznych. Skupił się natomiast na nieistotnym w kontekście tego wniosku o udostępnienie informacji publicznej zagadnieniu, jakim jest prawo do godnego pochówku. Rozstrzygnięcie tej konkretnej sprawy sądowoadministracyjnej nie polegało na ustaleniu, czy prawo do godnego pochówku wchodzi w zakres zadań publicznych, czy proboszcz parafii prowadzącej cmentarz wyznaniowy (cmentarz parafialny), na którym chowane są również osoby niewierzące lub innego wyznania, z uwagi na brak cmentarza komunalnego, zobowiązany jest udzielić informacji o liczbie osób chowanych oraz o wysokości, trybie i zasadach ustalania opłaty cmentarnej.

Jak słusznie zauważył Naczelny Sąd Administracyjny, ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. cmentarzach i chowaniu zmarłych³ dopuszcza funkcjonowanie jedynie dwóch rodzajów cmentarzy – cmentarza komunalnego i cmentarza wyznaniowego. Jak trafnie wywodzi E. Darmorost „Zawarte w art. 1 [ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych – przyp. B. R.] regulacje stanowią, że na terenie Rzeczypospolitej Polskiej mogą istnieć – być zakładane i rozszerzane dwa podstawowe rodzaje cmentarzy: cmentarze komunalne oraz cmentarze

² Oczywiście dotyczy to osób zmarłych pochowanych na tym cmentarzu, a nie osób żywych zobowiązanych do uiszczania takiej opłaty.

³ Dz. U. z 2020, poz. 1947 ze zm.

wyznaniowe”⁴. Zasadą jest, iż w każdej gminie powinien funkcjonować co najmniej jeden cmentarz komunalny⁵. Jednak choć zakładanie cmentarzy komunalnych jest zadaniem własnym gminy, nie jest to zadanie obligatoryjne⁶.

W doktrynie pojęcie zadań publicznych jest różnie definiowane. Zadanie publiczne określa się jako normatywnie określony obowiązek, będący również uprawnieniem państwa do zaspokajania zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka, realizowany przez kompetentny organ administrujący za pomocą prawnych form działania⁷.

Można też napotkać stanowisko utożsamiające zadanie publiczne z pojęciem „zadania administracji publicznej”, który stanowi część zadań państwa, czyli zadań organów wszystkich władz publicznych funkcjonujących w państwie⁸.

Niektórzy autorzy przyjmują szerszy zakres pojęcia zadania publicznego, mieszczący działania, które zaspokajają nie tylko potrzeby obywateli, ale również wszystkich ludzi w zakresie, w jakim potrzeby te wynikają ze współżycia w społeczeństwie⁹.

W przedmiotowym sporze rozstrzygano kwestię dotyczącą cmentarza wyznaniowego. Ustawodawca w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych jest niezwykle powściągliwy, jeśli chodzi o zagadnienia dotyczące cmentarzy wyznaniowych. Poza samym umożliwieniem zakładania i prowadzenia takich cmentarzy, ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie zawiera żadnych regulacji. Tymczasem w przedmiotowej sprawie konieczne było rozważenie statusu prawnego takiego cmentarza z punktu widzenia norm prawa kanonicznego po to, aby w konkluzji ustalić, czy cmentarz taki objęty jest również sferą prawa publicznego w kontekście wykonywania zadań publicznych.

Należy podkreślić, iż Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983¹⁰ roku reguluje sytuacje prawne parafii w związku z zakładaniem i utrzymywaniem cmentarza.

4 E. Darmorost, *Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 14

5 B. Rakoczy, *Zakładanie, rozszerzanie, utrzymywanie cmentarzy i zarządzanie nimi jako zadanie własne gminy* [w:] Z. Bukowski (red.), S. Kamosiński (red.), *25 lat samorządu terytorialnego w Polsce. Doświadczenia przeszłości, wnioski na przyszłość*, Bydgoszcz 2016, s. 241 – 253

6 Na temat zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego zob. m.in. H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 34 i n; Z. Leoński, *Samorząd terytorialny w RP*, wyd. 5, Warszawa 2006, s. 45.

7 11 A. Szadok-Bratuń, *Instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego” przykładem nietypowej prywatyzacji zadań publicznych* [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, Wrocław 2012, s. 2007.

8 M. Brzeski, *Zadanie publiczne* [w:] E. Bojanowski, K. Żukowski (red.), *Leksykon prawa administracyjnego*, Warszawa 2009, s. 525.

9 S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego* [w:] J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009, s. 155 i 158. 14 R. Stasikowski, *Funkcja regulacyjna administracji*.

10 *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli II PP promulgatus* – Kodeks Prawa Kanonicznego, tekst polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Pallottinum 1984, dalej jako KPK.

Zgodnie z kan. 1240 „§ 1. Tam, gdzie to możliwe, Kościół powinien mieć własne cmentarze lub przynajmniej kwatery na cmentarzach świeckich, przeznaczone na grzebanie wiernych zmarłych, należycie pobłogosławione”.

§ 2. Jeżeli jednak jest to niemożliwe, należy każdorazowo błogosławić poszczególne groby”.

Natomiast w myśl kan. 1241 „§ 1. Parafie oraz instytuty zakonne mogą mieć własny cmentarz”.

W odróżnieniu od prawodawcy świeckiego, prawodawca kościelny jest tutaj dużo bardziej zdecydowany, a jego determinacja ma głębokie uzasadnienie teologiczne, a przede wszystkich eschatologiczne. Cmentarz wyznaniowy (cmentarz parafialny) z punktu widzenia prawa kanonicznego nie pełni tylko zwykłej roli porządkowej, ale kwalifikowany jest przez prawodawcę kościelnego jako miejsce święte.

Wskazać należy na kan. 1205 KPK, w myśl którego „Miejscami świętymi są te, które przez poświęcenie lub błogosławieństwo przepisane na tę okoliczność w księgach liturgicznych zostały przeznaczone do kultu Bożego albo na grzebanie wiernych”.

Natomiast kan. 1208 KPK stanowi, iż „Należy sporządzić dokument stwierdzający dokonanie poświęcenia lub błogosławieństwa kościoła, jak również błogosławieństwa cmentarza; jeden egzemplarz dokumentu ma być przechowywany w kurii diecezjalnej, drugi zaś w archiwum kościoła”.

Przywołać też należy kan. 1210 KPK, w myśl którego „W miejscu świętym dopuszcza się tylko to, co służy sprawowaniu lub szerzeniu kultu, pobożności i religii, a zabrania się tego, co jest obce świętości miejsca. Ordynariusz miejsca może jednak w poszczególnych przypadkach zezwolić na użycie go do innych celów, jednakże niesprzecznych ze świętością miejsca”.

Wreszcie zgodnie z kan. 1213 KPK „Władza kościelna w miejscach świętych swobodnie wykonuje swoje uprawnienia i zadania”¹¹.

Jak podnosi się w piśmiennictwie z zakresu prawa kanonicznego, traktowanie cmentarza jako miejsca świętego wynika z głębokiej wiary w ciała zmartwychwstanie.

Z punktu widzenia prawa polskiego, cmentarz wyznaniowy należy zatem traktować przede wszystkim w kategoriach gwarancji ochrony wolności sumienia i wyznania. Cmentarz wyznaniowy pełni bowiem przede wszystkim funkcję religijną, jako miejsce święte, służy on grzebaniu ciał osób zmarłych – członków danego związku wyznaniowego (wiernych). Cmentarz wyznaniowy

¹¹ Zob. bliżej m.in. A. B. Poveda (red.), *Código de Derecho Canónico*, Valencia 2002, s. 545 i n.; H. M. Huels [w:] J. B. Beal (red.), J. A. Coriden (red.), T. J. Green, *New Commentary on The Code of Canon Law*, New York/Mahwah 2000, s. 1475 i n.; Codice di Diritto Canonico Commentato, WYD. 3, Milano 2009, s. 968 i n.; P. Majer (red.), *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, Kraków 2011, s.

pełni zatem przede wszystkim funkcję religijną i dla takich celów jest zakładany. Ustawodawca ze względu na konieczność ochrony wolności sumienia i wyznania nie tyle zgadza się na zakładanie cmentarzy wyznaniowych, ile dopuszcza ich istnienie. Istnienie cmentarzy wyznaniowych jest zatem wyrazem troski państwa o ochronę wolności sumienia i wyznania. Ten sposób ustawodawca okazuje szacunek religijnej funkcji jaką w pierwszej kolejności pełni cmentarz wyznaniowy.

Mając na względzie okoliczność iż cmentarz wyznaniowy jest przede wszystkim miejscem świętym służącym grzebaniu ciał zmarłych wiernych, nie jest prawnie irrelewantne, kto na takim cmentarzu będzie pochowany. Skoro cmentarz jest miejscem świętym, związanym z eschatologiczną prawdą „ciała zmartwychwstanie”, to jest to miejsce w którym powinny być złożone szczątki osób wierzących w tą prawdę¹². Ich bowiem szczątki są pochowane w miejscu świętym. Dopuszczając możliwość zakładania cmentarzy wyznaniowych prawodawca jednocześnie wskazuje na to, iż w przypadku braku cmentarza komunalnego na cmentarzu wyznaniowym mogą być pochowane osoby niebędące członkiem danego związku wyznaniowego lub kościoła.

Kwestia ta wymagała nieco szerszego rozważenia, w tym jednak zastrzeżeniem, że należało oderwać się od zagadnień związanych z prawem do grobu. Z punktu widzenia ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w przypadku chowania osoby zmarłej na cmentarzu komunalnym jej przynależność religijna, wyznawany światopogląd, czy też wyznawana wiara nie mają żadnego znaczenia. Mogą one mieć znaczenie jedynie w przypadku odprawienia pogrzebu takiej osoby. Natomiast samo pochowanie ciała osoby zmarłej na cmentarzu komunalnym jest całkowicie oderwane od aspektów religijnych.

Ustawodawca jednocześnie ma świadomość, iż nie w każdej gminie funkcjonuje cmentarz komunalny albowiem chociaż każda gmina powinna taki cmentarz założyć, to jednak to zadanie nie jest wykonywane przez wszystkie jednostki samorządu terytorialnego, o czym będzie jeszcze mowa niżej¹³. Ma również świadomość iż cmentarz wyznaniowy pełni w pierwszej kolejności funkcje religijne. Daje temu też wyraz wprost w art. 19a ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, który stanowi, iż „Kościoły i inne związki wyznaniowe mają prawo posiadania, zarządzania oraz zakładania i poszerzania cmentarzy grzebalnych.

2. Przepis ust. 1 nie narusza przepisów dotyczących cmentarzy i chowania zmarłych”.

12 Por. m.in. B. Nadolski, *Liturgika, t. III- Sakramenty, sakramentalia, błogosławieństwa*, Poznań 2012, s. 385 i n.

13 B. Rakoczy, *Działalność gospodarcza w zakresie usług pogrzebowych* [w:] J. Gręźlikowski (red.), *Prawo pogrzebowe. Artykuły problemowe i przepisy prawne*, Kutno 2005, s. 9–18.

Dlatego też wyłącznie w drodze wyjątku należy traktować sytuację polegającą na tym, że na cmentarzu wyznaniowym zostanie pochowane ciało innej osoby, niż członek danego związków wyznaniowego lub kościoła. Ustawodawca nie tyle nakazuje chowanie ciał takich osób na cmentarzu wyznaniowym, o ile taka możliwość dopuszcza w drodze wyjątku. Przy czym ów wyjątek zdeterminowany jest warunkiem braku cmentarza komunalnego w danej gminie.

W tej sytuacji, problem zadania publicznego należy ująć zupełnie inaczej, niż uczynił to NSA. Problem ten bowiem polega na tym, że w sytuacji, kiedy na cmentarzu wyznaniowym chowana jest osoba niebędąca członkiem danego związku wyznaniowego lub kościoła, mamy do czynienia z sytuacją, która należy zakwalifikować jako zadanie publiczne. Uszło uwadze NSA, iż dopuszczenie przez ustawodawcę możliwości pochowania na cmentarzu wyznaniowym osoby niebędącej członkiem danego związku wyznaniowego lub kościoła, zakłada z punktu widzenia podmiotu wyznaniowego (w tym wypadku parafii) określoną postawę pasywną. Polega ona na tym iż zarządca cmentarza wyznaniowego, nie może sprzeciwić się pochowaniu na takim cmentarzu osoby niebędącej członkiem danego związku wyznaniowego lub kościoła.

Natomiast wbrew temu co legło u podstaw rozumowania NSA ustawa nie wymaga od zarządcy takiego cmentarza jakiś zachowań aktywnych. Wykonaniem normy ustawowej będzie zatem dopuszczenie do pochowania zwłok takiej osoby, ale nie można oczekiwać, że zarządca cmentarza wyznaniowego jest zobowiązany do wykonywania jakiś zadań w związku z pochówkiem takiej osoby.

Tymczasem w doktrynie prawa administracyjnego, jednoznacznie przyjmuje się, że wykonywanie zadań publicznych, polega na określonym rodzaju aktywności. Nie można wykonywać zadań pasywnie.

Podążając zatem tokiem rozumowania NSA, należałoby powiedzieć, że zarządca cmentarza wyznaniowego wykonuje zadanie publiczne polegające na niesprzeciwianiu się pochowaniu na zarządzanym przez niego cmentarzu, zwłok osoby niebędącej członkiem tego związku wyznaniowego lub kościoła. Trudno jednak w tej pewnej postawie doszukiwać się cech zadania publicznego.

Podkreślić należy, iż organ zarządcy cmentarza w tym wypadku proboszcz z parafii, nie wykonuje jakichkolwiek zadań publicznych. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż NSA nie dostrzegł również, różnicy między parafią będącą zarządcą cmentarza a proboszczem będącym jej organem. W konsekwencji, nie ustalono które zadania spoczywają na proboszczu a które na parafii, będącej zarządcą cmentarza. NSA przyjął *a priori* założenie, że proboszcz dysponuje informacją publiczną.

Powrócić należy do kwestii żądania wnioskodawcy. Wnioskodawca bowiem oczekiwał informacji dotyczących opłat funkcjonujących na dany cmentarzu, a nie jakichkolwiek informacji związanych z pochówkiem osób nie będących członkami danego związku wyznaniowego lub kościoła.

Rozważania wymagała zatem kwestia, czy cennik obowiązujący na cmentarzu wyznaniowym, na którym dopuszcza się również możliwość chowania osób nie będących członkami tego związku wyznaniowego lub kościoła, jest informacją publiczną.

Odpowiedz na to pytanie, nie dotyczy jednak kwestii statusu prawnego osoby zmarłej. Problem wiąże się bowiem z podstawą prawną ustalania takich opłat, ustalania ich wysokości i sposobu dochodzenia ewentualnych zobowiązań.

Ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych, jest w tym zakresie lakoniczna. Nie przesądza bowiem w żaden sposób o charakterze prawnym takiej opłaty, jak również o innych kwestiach jej dotyczących. W piśmiennictwie wyrażono interesujący pogląd, który należy zaaprobować. D. Dąbek wskazuje bowiem, iż „Powszechnie obowiązujący charakter mają [...] uchwały lub zarządzenia organów gmin o ustaleniu wysokości opłat za cmentarze komunalne. Jeżeli ich treścią jest ustalenie opłat za korzystanie z cmentarzy komunalnych i urządzeń cmentarnych oraz za usługi pogrzebowe i ekshumacyjne, które miałyby być ponoszone przez podmioty korzystające z cmentarzy komunalnych, to uwzględniając skutki wywoływane przez takie akty, przyznać im trzeba charakter źródeł prawa powszechnie obowiązującego - aktów prawa miejscowego. Na ich podstawie dochodzi bowiem do wiążącego obciążenia podmiotów zewnętrznych wobec administracji obowiązkiem ponoszenia opłat za korzystanie z cmentarzy komunalnych, wykonanie zadań przez organ gminy jest zatem uzależniane od poniesienia stosownej opłaty”¹⁴.

Autorka ta trafnie zwraca uwagę na charakter prawny uchwały rady gminy, ustalającej wysokość opłat, kwalifikując ją jako akt prawa miejscowego.

Natomiast a contrario waloru takiego i przymiotu nie mają ustalenia takich opłat czynione przez zarządców cmentarzy wyznaniowych. Niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zadaniem publicznym i same opłaty, ich wysokość i rodzaj nie są informacją publiczną.

IV. Reasumując teza wyroku NSA jest błędna. Jest ona jednak wynikiem błędnie postawionego problemu prawnego. W sporze nie należało pytać o charakter prawny prawa do grobu, bo nie to było przedmiotem żądania, a o charakter opłaty, a uprzednio o wykonywanie zadania publicznego.

Wychodząc z założenia, iż spór idzie o prawo do grobu wywiedziono błędnie, iż mamy do czynienia z zadaniem publicznym. Jednocześnie NSA pominął całkowicie przepisy prawa kanonicznego, regulującego kwestie prowadzenia i zakładania cmentarzy. Pominięcie to zaowocowało przyjęciem błędnego stanowiska co do tego, że w grę wchodzi wykonywanie zadania publicznego.

¹⁴ D. Dąbek, *Sądowa kontrola aktów prawa miejscowego – aspekt materialnoprawny*, Zeszyty NSA z 2003, s. 76–103.

Postawa parafii jest wobec chowania osób innego wyznania i osób niewierzących, postawą pasywną. Poza udostępnieniem terenu cmentarza prawodawca niczego więcej nie wymaga od parafii. Zadanie publiczne nie może jednak polegać na postawie pasywnej, tylko na postawie aktywnej.

W grę nie wchodzi zatem wykonywanie zadania publicznego, a opłata nie ma charakteru informacji publicznej, a jedynie cennika usług o charakterze prywatnoprawnym.