

## Rozdział IV

### Prawnoautorska ochrona wizerunku zmarłego

**I. Wstęp.** Pośmiertna ochrona wizerunku, wyraźnie przewidziana w art. 83 p.a.<sup>1338</sup> i tak samo tamże ograniczona, jest przejawem kompromisu<sup>1339</sup>. Wyrasta z uniwersalnej idei ochrony dóbr osobistych<sup>1340</sup>, przekraczając uznaną granicę jaką jest śmierć. Ale też, co paradoksalne, jest jednak *post mortem* ograniczona czasowo<sup>1341</sup>. Ograniczenie to płynie z zapobiegliwości o możliwość realizacji nieograniczonych w czasie autorskich

<sup>1338</sup> Artykuły wskazane w tym rozdziale bez oznaczenia są artykułami p.a.

<sup>1339</sup> Taka też myśl przewija się, ale tylko na początku, w pozornie jednoznacznych refleksjach T. Grzeszak (*Treść prawa do wizerunku i prawa adresata korespondencji [w:] System Prawa...*, s. 514). Autorka stwierdza bowiem najpierw, że „z chwilą śmierci gaśnie podmiotowość prawna człowieka, a wraz z nią gasną generalnie jego prawa osobiste”. Ale już w następnym zdaniu dodaje: „dlatego teoretyczne uzasadnienie dla prawa do wizerunku rozumianego jako prawo osobiste i prawa adresata korespondencji po śmierci pierwotnie uprawnionego (podobnie, jak dla autorskich praw osobistych *post mortem auctoris*) jest przedmiotem dyskusji w doktrynie”. I choć zauważa, odnosząc to jednak, ze względu na brak wskazania w odniesieniu do wizerunku zmarłego osób uprawnionych *post mortem*, tylko do korespondencji, że redakcja „art. 82 nie pozwala na rozstrzygnięcie wątpliwości: czy realizują oni własne prawo czy są w jakimś sensie kontynuatorami zmarłego”, od razu, bez jakiegokolwiek uzasadnienia sformułowanej opinii, przechodzi do chyba jednak stanowczej konkluzji: „Należy przyjąć, że jest to ich własne prawo”. Por. K. Świąćka i J. S. Świąćki, którzy najpierw stwierdzają, że jako „prawo osobiste, prawo do wizerunku gaśnie ze śmiercią osoby sportretowanej”, żeby w zdaniu następnym dodać, iż „dochodzenie tych praw przysługuje [...] po jej śmierci również osobom wymienionym w art. 78 ust. 2, tj. małżonkowi, w jego braku kolejno dzieciom, rodzicom, rodzeństwu, dzieciom rodzeństwa” (*Prawo autorskie...*, s. 140; por. A. Kopff, *Kierunki...*, s. 441), chociaż dla uprawnienia tych osób w odniesieniu do wizerunku zmarłego nie sposób znaleźć w prawie autorskim podstawy, o czym piszę w tym rozdziale dalej. Co zastanawiające, K. Świąćka i J. S. Świąćki, rozważając pośmiertną ochronę korespondencji stwierdzają, że „prawo do udzielenia zezwolenia na rozpowszechnianie korespondencji nie gaśnie wraz ze śmiercią osoby, do której jest skierowane, lecz jego prawa są reprezentowane przez małżonka, a w przypadku jego braku przez dzieci, a w dalszej kolejności przez rodziców i rodzeństwo” (*Prawo autorskie...*, s. 142). Nadto zob. *Ustawa z dnia...*, s. 342 oraz np. P. Ślęzak, *Prawo...*, s. 72.

<sup>1340</sup> Por. J. Kosik, *Charakter...*, s. 330-331; nadto *Memoriał Akademii...*, 1928, s. 94-95; *Akademja Umiejętności...*, 1928, s. 101; S. Gołąb, *Ustawa...*, s. 117, w szczególności 151-154, także 215, 217, 225, 237, 242, 248-249, 256, 269, 276, 296-297 i 304; S. Ritterman, *Komentarz...*, s. 119 i n. oraz 345, na s. 122 końcowa, pozbawiona jakiegokolwiek uzasadnienia konstatacja, oparta jednak o konfrontację art. 19 p.a.1926 z jego art. 20, że prawo „do wizerunku gaśnie ze śmiercią danej osoby i nie jest potem przez nikogo reprezentowane [...]”; nadto zob. J. Barta, *Prasa...*, s. 107; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, 2008, s. 312 i n., w szczególności s. 313-314 oraz przyp. 893 na s. 313, gdzie zawarto omówienie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 22 VIII 2006 r., dotyczącego dziedziczenia „odszkodowania z powodu naruszenia prawa do wizerunku spadkodawczyni po jej śmierci”. Nadto por. P. Książek [w:] *Kodeks...*, s. 262 i n.

<sup>1341</sup> Por. § 60 niemieckiej ustawy z 9 IX 1965 r. o prawie autorskim i prawach ochronnych (R. Rogala, *Ochrona...*, 1996, s. 130-131). Nadto zob. S. Gołąb, *Ustawa...*, s. 36-37, 86-87; E. Ferenc-Szydełko, *Prawo autorskie...*, s. 208-209. Nadto zob. W.-D. Dressler, *Majątkowa...*, s. 99-100; W. Orzewski, *Ochrona praw osobistych...*, s. 43; W. Orzewski, *Wykorzystanie wizerunku w publikacjach...*, s. 48-49.

praw osobistych twórcy wizerunku<sup>1342</sup> i bez wątpienia przede wszystkim z troski o możliwość korzystania z jego wygasalnych autorskich praw majątkowych<sup>1343</sup>.

Nie trudno zauważyć, że społeczny i kulturowy kontekst ochrony wizerunku osoby zmarłej<sup>1344</sup>, wizerunku, którego naruszenie nie może już zakłócić stanu psychicznego zmarłego, nie jest pod tym względem zbyt odległy od sytuacji, w której dochodzi do naruszenia wizerunku rocznego dziecka lub – jeszcze dobitniej – w przypadku naruszenia wizerunku osoby ciężko chorej psychicznie, prawie tożsamy jest zaś ów kontekst z okolicznościami, w których dochodzi do naruszenia wizerunku osoby będącej w przedśmiertnej śpiączce<sup>1345</sup>. Te obserwacje unaoczniają, że mimo oczywistej specyfiki problem ochrony wizerunku *post mortem* wykazuje szersze i wymowne asocjacje z jego ochroną *ante mortem*.

**II. Rozpowszechnianie wizerunku.** Zgodnie z art. 81 ust. 1 zd. 1 „rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej”<sup>1346</sup>. W rozdziale dotyczącym autorskoprawnej pośmiertnej ochrony adresata skierowanej doń korespondencji przedstawiłem interpretację pojęcia „rozpowszechnianie”, które w istocie

<sup>1342</sup> O tym, że „bardziej właściwym [...] miejscem dla tego rodzaju postanowień byłby kodeks cywilny [...]” (J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 384, zob. także s. 385).

<sup>1343</sup> Nie widzę żadnych normatywnych przesłanek przemawiających za reorientacją takiej optyki, za czym opowiadają się J. Barta i R. Markiewicz pisząc: „za takim, odmiennym ujmowaniem prawa do wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim przemawiać może też fakt rezygnacji z traktowania przepisów odnoszących się do wizerunku w kategoriach ograniczeń w wykonywaniu prawa autorskiego i przypisanie im – na co wskazuje systematyka ustawy – innej roli” (*Wokół prawa...*, s. 25).

<sup>1344</sup> Dla moich rozważań nie ma zasadniczego znaczenia bliższa charakterystyka praw osobistych do wizerunku i do listów przewidzianych w prawie autorskim, choć wydaje mi się, że rację ma G. Geilke zaliczając je do praw sąsiednich (zob. A. Kopff, *Quellen...*, s. 214), nie jest bowiem owo unormowaniem odnoszącym się do wszystkich wizerunków i listów, ale tylko tych, które są przedmiotem prawa autorskiego (tak A. Szpunar, *Ochrona...*, 1979, s. 145-146; odmiennie J. Błęszyński, M. Staszaków, *Prawo...*, 1983, s. 167; J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 385, do czego odnośnie się w rozdz. III). Z tym nie kłóci się konstatacja, że „termin «wizerunek» użyty w art. 23 k.c. i art. 81 pr. aut. dotyczy tego samego dobra osobistego” (A. Matlak, *Cywilnoprawna...*, s. 327). Tak samo K. Kurosz, *Glosa...*, s. 100. Nadto zob. B. Michalski, *Fotografia...*, s. 14 i n.; B. Michalski, *Reporterska...*, s. 30 i n.; J. Barta, R. Markiewicz, *Spór...*, s. 227-228; W. Orzowski, *Fotograf...*, s. 120 i n.

<sup>1345</sup> Por. J. Cybiński [w:] J. Kosik, *Technika...*, s. 57 i 60; J. Kosik, *Technika...*, s. 58, 59, 60 i 78. Zob. także nasuwającą jednak pewne zastrzeżenia wypowiedź B. Michalskiego (*Problemy...*, s. 15 i 16 przyp. 9). Nadto W. Opalski, *Recenzja pracy...*, s. 116.

<sup>1346</sup> Zdaniem J. Barty i R. Markiewicza zezwolenie dotyczące wizerunku „powinno odnosić się do skonkretyzowanych stanów faktycznych [...] nie może mieć charakteru abstrakcyjnego (nie może dotyczyć wykorzystywania wizerunku «w ogóle»)” (*Wokół prawa...*, s. 19). Nie do końca jestem przekonany o zasadności takiej opinii, osoba nabywająca prawo do korzystania z cudzego wizerunku może bowiem zawsze korzystać z tego prawa w granicach określonych umową (także gdy ta stanowi o możliwości korzystania z wizerunku „w ogóle”), nadto wynikających z ustaw, w tym przepisów przewidujących ochronę dóbr osobistych, o ile w umowie nie zawarto klauzul ograniczających sferę ochrony tych ostatnich. Możliwe są zresztą takie klauzule ochronne, które ogólności zezwolenia w zasadzie nie zniweczą, ale usuną obawę o udzieleniu zezwolenia na korzystanie z wizerunku „w ogóle” (np. zezwolenie na korzystanie z wizerunku pod warunkiem, że nie będzie to uwłaczało czci sportretowanego). O tym, że mimo przyjęcia zapłaty za pozowanie „strony mogą się umówić [...], że portret będzie rozpowszechniany dopiero po upływie pewnego okresu czasu” wspomina K. Stefaniuk, *Naruszenie...*, s. 72. Por. np. J. Sadowski, *Naruszenie...*, s. 31 i n. Zob. także tezę 2 wyr. SA we Wrocławiu z 18 VI 2009 r. (I A Ca 459/09, LEX nr 521997), zgodnie z którą zezwolenie „na rozpowszechnianie wizerunku może być udzielone w dowolnej formie, ale zgoda musi być zawsze niewątpliwa. Na umieszczenie tychże zdjęć powód nie wyraził zgody i nie był o to pytany. Nie wystarczy tu przekonanie dziennikarki, że skoro prowadziła z powodem rozmowę i przedstawiła się służbowo, to powinien domyślać się, że jego zdjęcie zostanie wykorzystane. Pozostaje to w oczywistej sprzeczności z powołanym przepisem art. 81 ustawy o prawie autorskim”.

tak samo, uwzględniając jedynie specyfikę możliwości rozpowszechnienia wizerunku, winno być rozumiane w sytuacji przewidzianej w art. 81 ust. 1 zd. 1. Jest ono zdominowane autorskim kontekstem tej regulacji, która choć dotyczy tu dóbr osobistych nietwórcy, normuje dopuszczalność rozpowszechniania wizerunku mając na względzie nade wszystko interesy twórcy wizerunku. Te same względy oraz brak jakiegokolwiek *lex specialis* nakazuje również tutaj, także po śmierci osoby na wizerunku przedstawionej, traktować rozpowszechnianie zgodnie z definicją zawartą w art. 6 pkt 3<sup>1347</sup>.

Nie trudno jednak i tu zauważyć, że naruszenie dobra osobistego<sup>1348</sup> wizerunku nie musi, także *post mortem*, polegać na jego udostępnieniu publicznym. A art. 6 pkt 3 tylko do takiej postaci udostępnienia ogranicza kategorię rozpowszechniania, o której mowa zarówno w art. 81, jak i w art. 83. Zresztą, gdyby nawet nie sięgać do ustawowej definicji rozpowszechniania, to nie sposób rozumieć tego pojęcia bez udostępnienia publicznie przedmiotu rozpowszechniania. Stąd także, gdyby przyjąć, że w art. 81 i 83 posłużono się autonomicznym, różnym od autorskoprawnej definicji, pojęciem rozpowszechniania, to i tak autorskoprawny kontekst tej regulacji zdecydowanie przemawia za tym, że i tutaj chodzi tylko o zezwolenie na publiczne udostępnienie wizerunku<sup>1349</sup> oraz o roszczenia, które mogą być podnoszone w przypadku udostępnienia publicznego bez tego zezwolenia lub spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 81 ust. 1 zd. 2.

Wynika stąd, że sprzedaż *corpus mechanicum* wizerunku, którego nabywca nie myśli wizerunku rozpowszechniać, nie wymaga zezwolenia, o którym mowa w art. 81 ust. 1, ani nie rodzi roszczeń przewidzianych w art. 78 ust. 1 w zw. z art. 83<sup>1350</sup>. Co wcale nie znaczy, że ochrona przed takimi naruszeniami wizerunku, także *post mortem*, jest zawsze wykluczona, tyle że po stosowne instrumentarium trzeba sięgać do art. 23 i 24 k.c.<sup>1351</sup>

Interpretacja, o której wspominam, jest analogiczna do tej, którą odnosiłem do rozpowszechniania korespondencji. Wszelako w tym ostatnim przypadku twórca korespondencji jest szczególnie zainteresowany publicznym udostępnieniem swego utworu (niż udostępnieniem niepublicznym, np. sprzedażą do prywatnych zbiorów), nie tylko dlatego, że wiązać się z tym będą z reguły większe korzyści majątkowe, ale także dlatego, że tego rodzaju eksploatacja majątkowa jest dużo bardziej prawdopodobna. W przypadku wizerunków może być inaczej, choć nie będzie się to odnosiło do wizerunków fotograficznych, które są eksploatowane majątkowo przede wszystkim

<sup>1347</sup> Tak też, co do wykorzystania definicji zawartej w powołanym przepisie, uważają J. Barta i R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 18.

<sup>1348</sup> Zob. także T. Grzeszak, *Gwiazda...*, s. 68.

<sup>1349</sup> Zagadnienie zgody na pośmiertne upublicznienie wizerunku Cz. Miłosza chyba nie pojawiło się w procesie związanym z programem „Telewizji T.”, której powództwo wytoczyła J. P., autorka fotografii przedstawiających poetę, które eksponowane były w sali Urzędu Miasta K., w której wyłożono księgę kondolencyjną. Pozwana telewizja wyemitowała „materiał związany ze śmiercią Czesława Miłosza i problemami z jego pochówkiem”, podczas którego pokazano część tych fotografii. W wyr. SA w Warszawie z 28 VI 2007 r. przyjęto, że pozwana telewizja miała prawo to uczynić, na podstawie art. 33 ust. 2, w ramach dozwolonego użytku (VI ACz 447/07, OSA poz. orz cyw. 21/2009).

<sup>1350</sup> W ogóle problem ten nie stał się przedmiotem rozważań ani oceny w orz. SN z 22 X 1974 r., II CR 406/74, OSN poz. 153/1975), w sprawie dotyczącej, odcisków medalionów, których autorstwo zostało przywłaszczone, a przedstawiających o. Maksymiliana Kolbe. Por. J. Błęszyński, *Glosa*, OSPiKA poz. 93/1976, s. 201 i n.; Z. Bidziński, J. Serda, *Ochrona praw autorskich...*, s. 20-21. Chyba podobnie było podczas procesu przed IX Warszawskim Departamentem Rządzącym Senatu, zakończonego 5 XI 1860 r., wytoczonego „z powództwa rzeźbiarza Wojciecha Święcickiego przeciwko sztukatorowi [...] Morganti w sprawie o bezprawną reprodukcję statuetki Adama Mickiewicza” (E. Ferenc-Szydełko, *Prawo autorskie...*, s. 124). Zob. także K. Stefaniuk, *Naruszenie...*, s. 66; M. Sokalski, *Ochrona...*, nr 2/2005, s. 95, także s. 89.

<sup>1351</sup> Zob. także J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 22 i n.

w drodze publicznej edycji. Jednak w odniesieniu do wizerunków malarskich i graficznych, głównym sposobem eksploatacji jest dziś sprzedaż prywatnym nabywcom, nie muzeom; także galerie, z natury rzeczy udostępniające wizerunek publicznie, najczęściej pośredniczą w sprzedaży go prywatnym nabywcom. I przed takim ograniczonym, niepublicznym rozpowszechnianiem wizerunku instrumentarium zawarte w art. 81 i 83, nie chroni<sup>1352</sup>. Chyba, że pojęcie rozpowszechniania będziemy rozumieli bardzo szeroko, wbrew normatywnym i merytorycznym racjom przemawiającym za tym, aby na gruncie prawa autorskiego ograniczyć je tylko do udostępnień publicznych<sup>1353</sup>. Wiadomo, że brak argumentów za przyjęciem tu tak szerokiej interpretacji<sup>1354</sup>.

**III. Wizerunek sporządzony za życia oraz po śmierci osoby sportretowanej.** Regulacje zawarte w art. 81 i 83 dotyczą wyłącznie rozpowszechniania wizerunku<sup>1355</sup>, na którym osoba została przedstawiona<sup>1356</sup>. Co prawda dotyczy to każdego wizerunku, nie tylko tego, który przedstawia osobę już zmarłą, warto jednak zauważyć, że przedmiotem ochrony nie jest to, co nazwano wizerunkiem lub portretem, lecz tylko mniej lub bardziej wierny wizerunek osoby przedstawionej. Z reguły nie będzie co do tego wątpliwości w odniesieniu do portretów fotograficznych, filmowych czy telewizyjnych, zaś co do innych, jeżeli tylko koncepcja lub twórcza stylizacja albo zastosowana technika artystyczna nie sięgnęły tak daleko, by przedstawiony obraz zatracił czytelną możliwość skojarzenia z osobą nań przedstawioną<sup>1357</sup>. To znaczy, że za wizerunek należy również uznać np. karykaturę<sup>1358</sup>, jeżeli warunek wyżej przedstawiony został zachowany<sup>1359</sup>. Takie zaś stylizacje lub inne twórcze ekspresje, które zatraciły cechy wizerunków, choćby były nazywane tak właśnie albo portretami, nie podlegają reżimowi określonemu w art. 81 i 83. Wcale to jednak nie znaczy, że jeśli owe niby

<sup>1352</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 629.

<sup>1353</sup> „Nie stanowi rozpowszechnienia sprzedaż wizerunku osobie trzeciej” (J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 386).

<sup>1354</sup> Czy inaczej wyglądało to na gruncie p.a. 1952? Na pozór między pojęciem rozpowszechniania wizerunku w art. 81 i 83, a pojęciem rozporządzania portretem lub wizerunkiem w art. 24 p.a. 1952, była *prima facie* istotna różnica (por. także T. Grzeszak, *Przedmiot...*, s. 93). Należy jednak zwrócić uwagę, że w art. 55 p.a. 1952 posłużono się pojęciem rozpowszechniania portretu. Związek między art. 24 § 1 p.a. 1952 oraz jego art. 55 był zaś tak oczywisty oraz tak znaczący, że nie sposób wyciągać jakichkolwiek doniosłych normatywnie wniosków ze sformułowania mówiącego w pierwszym z tych przepisów o „rozporządzaniu”. Utożsamianie tego pojęcia na gruncie ówczesnego prawa autorskiego z pojęciem „rozpowszechniania”, było tym bardziej uprawnione zważywszy na autorskoprawny kontekst tamtych regulacji, dla których, tak jak obecnie, znaczącą i właściwą jest kategoria „rozpowszechniania”.

<sup>1355</sup> W p.a. 1952 posługiwano się pojęciem portretu (art. 24 § 1 i art. 55) oraz wizerunku (art. 24 § 2), wszystko jednak wskazywało, w szczególności art. 24 § 2 pkt 1 *in fine*, że traktowano te terminy zamiennie.

<sup>1356</sup> Tylko na pozór specyficzny byłby status *post mortem* wizerunku zawartego w autoportrecie, bowiem także wówczas koniecznym byłoby w okresie dwudziestu lat od śmierci twórcy zezwolenie, o ile nie byłyby spełnione wymogi przewidziane w art. 81, osób wskazanych przez autoportrecistę albo w ustawie, choć to ostatnie, o czym mowa będzie dalej, wymaga wykładni sięgającej po analogię do art. 82. Trudno uznać za specyfikę to, że autorskie prawa osobiste i majątkowe do autoportretu mogłyby się zbiegać u tych samych osób, z ich uprawnieniem do udzielania stosownego zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku w ciągu dwudziestu lat od śmierci sportretowanego przez siebie twórcy.

<sup>1357</sup> Zob. A. Kopff, *Ochrona...*, ZNUJ – Prace Prawnicze z. 100, s. 48-49; J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 13, co do relacji między pojęciem wizerunku i maski artystycznej zob. s. 13-14; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Przedmiot...*, s. 24; A. Matlak, *Cywilnoprawna...*, s. 318 i n.; J. Balarczyk, *Roszczenie...*, s. 13 i n.

<sup>1358</sup> Zob. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2001, s. 537; J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 633-634.

<sup>1359</sup> Por. nadto E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 117.

portrety naruszają jakiegokolwiek dobro osobiste osoby pozornie na nim przedstawionej lub jakoś z nim związanej, nie jest możliwe podnoszenie roszczeń przewidzianych w kodeksie cywilnym. Będzie to jednak ochrona innych dóbr osobistych, np. czci<sup>1360</sup> lub prywatności<sup>1361</sup>, nie zaś wizerunku. Wbrew narzucającym się pozorom, za wizerunek należy uznać również takie przedstawienie postaci, które nie zawierając wizerunku twarzy, zawiera elementy na tyle charakterystyczne, aby czytelnym był jego związek z przedstawianą osobą<sup>1362</sup>. Choć więc wielokrotnie nie będzie to przedstawienie pozwalające na zindywidualizowanie przedstawianej postaci, to nie można przecież wykluczyć, że funkcję wizerunku spełni<sup>1363</sup> nieraz nawet sam zarys postaci<sup>1364</sup>. Bo jak słusznie zauważa B. Michalski „niekiedy jednak pokazanie pewnych cech osobniczych (nawet przy pominięciu twarzy) całkowicie wystarcza do rozpoznania osoby przedstawionej na zdjęciu”<sup>1365</sup>. Nie dotyczy to tylko tak charakterystycznych postaci jak aktorska stylizacja przyjęta we wczesnych filmach przez Ch. Chaplina<sup>1366</sup>, ale np. specyficznie, chyba niepowtarzalnie lekko pochylonej postaci, którą G. Holoubek przyjmował w licznych kreacjach filmowych i teatralnych<sup>1367</sup>.

<sup>1360</sup> Zadzziwiający jest werdykt Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25 I 2007 r. w sprawie *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* (skarga 68354/01), który odmiennie niż sądy austriackie, uznał za dopuszczalne eksponowanie obrazu o rozmiarach 4,5 na 3,6 m, autorstwa O. Mühla, zatytułowanego „*Apokalipsa*”, przedstawiającego m.in. W. Meischbergera, „który «obejmował ejakulującego penis Haidera, podczas gdy sam, trzymany przez dwóch innych polityków Austriackiej Partii Wolności, ejakulował na Matkę Teresę» (§ 9)” (z tego grona Matka Teresa nie żyła w chwili zapewne pierwotnego wystawienia owego obrazu), przy czym Trybunał powoływał się także na to, że dzieło to nosi cechy satyry, nie odzwierciedla ani nie sugeruje przedstawiania rzeczywistości, lecz stanowiąc „formę artystyczną i «społeczny komentarz» [...] dąży „do prowokowania i poruszenia” (I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, s. 204, także przyp. 34 i s. 205; nadto I. C. Kamiński, *Swoboda autora...*, s. 16 i n.). Jeśli nawet uznać te racje, to przecież nie na tyle, żeby w zupełności deprecjonować względ na potrzebę ochrony dóbr osobistych zmarłych. Chyba także dlatego spodziewano się ponownego rozpatrzenia sprawy przez Wielką Izbę, lecz nie doszło do tego z powodu braku wniosku i ów wyrok stał się ostateczny (zob. I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi...*, s. 204 przyp. 33).

<sup>1361</sup> Por. M. Safjan, *Prawo...*, 2000, s. 253. Nadto zob. uchw. składu 7 sędziów SN z 18 II 2005 r. (III CZP 53/04, Biul. SN nr 2/2005, poz. 22); B. Gawlik-Wiktor, *Recenzja pracy J. Braciak...*, s. 107; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Glosa...*, s. 116; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Ochrona...*, s. 399 i n., w szczególności s. 411; Zob. także B. Michalski, „*Prawo do wizerunku*”..., nr 16/1970, s. 37.

<sup>1362</sup> Zob. w szczególności identyfikację „po kurtce” w sprawie rozstrzygniętej wyr. SN z 27 II 2003 r. (IV CKN 1819/00, OSP poz. 75/2004) i J. Błeszyński, *Glosa*, OSP poz. 75/2004, s. 320 i n. Inna sprawa, to zapobiegliwość o zachowanie anonimowości wizerunku także zmarłego, do czego wykorzystywane są czarne paski, nie zawsze zapewniające anonimowości osoby przedstawionej na wizerunku, kwestia ta, w tym zasadność wymogu zachowania anonimowości osób przedstawionych na wizerunkach, stała się głośna w związku w wrocławską wystawą „Winni – Niewinni”, zob. R. (H.) Bubnicki, *Opaski...*, s. 2.

<sup>1363</sup> Por. tezę 2 wy. SN z 24 I 2008 r. (I CSK 319/07, LEX nr 448025), w której stwierdzono, że wskazanie „w czasopiśmie osoby pozornie zamaskowanej, a w rzeczywistości rozpoznawalnej, może stygmatyzować ją oraz najbliższe jej osoby i powodować ostracyzm w kręgu społecznym, z którym pokrzywdzony wiąże swoje życie, aktywność społeczną oraz zawodową”.

<sup>1364</sup> Zob. K. Stefaniuk, *Naruszenie...*, s. 64; J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2001, s. 533. Por. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie...*, PPH nr 9/2003, s. 39 i n.

<sup>1365</sup> „*Prawo do wizerunku*”..., nr 15/1970, s. 12-13. Zob. także T. Grzeszak, *Glosa*, Mon.Praw. nr 8/1997, s. 318; W. Orzewski, *Fotograf...*, s. 19 i n.; J. Sadowski, *Konflikt...*, s. 176 i n.; L. K. Jaskuła, *Prawo...*, s. 118 i n. Warto wspomnieć tu o tezie 2 wyr. SN z 24 I 2008 r. (I CSK 319/07, LEX nr 448025), w której przyjęto, że wskazanie „w czasopiśmie osoby pozornie zamaskowanej, a w rzeczywistości rozpoznawalnej, może stygmatyzować ją oraz najbliższe jej osoby i powodować ostracyzm w kręgu społecznym, z którym pokrzywdzony wiąże swoje życie, aktywność społeczną oraz zawodową”.

<sup>1366</sup> Por. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo...*, PiP z. 6/2007, s. 22; J. Barta, R. Markiewicz, *Dobra osobiste osób fizycznych...*, s. 100.

<sup>1367</sup> O tym, że szerokie rozumienie wizerunku obejmuje także sposób poruszania się, zachowania, gestykulacji zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 12. Nadto zob. M. Szaciński,

Wydaje się też, wbrew pozorom, które te regulacje przynajmniej *prima facie* stwarzają<sup>1368</sup>, że nie ma znaczenia, kiedy wizerunek został sporządzony<sup>1369</sup>, choć wyłączone są spod reżimu określonego w art. 81 wizerunki sporządzone po upływie dwudziestu lat od śmierci osoby na nich przedstawionej, co z przepisu tego oczywiście nie wynika, lecz o czym przesądza regulacja zawarta *in fine* art. 83. Poza tą sytuacją, temu samemu reżimowi winien być więc poddany wizerunek sporządzony za życia, jak i pośmiertny. Nie można przy tym wykluczyć, choć byłaby to sytuacja szczególna, że ktoś *ante mortem* udziela zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku, który powstanie po jego śmierci; bardziej prawdopodobne, choć też bez wątplenia wyjątkowe, będzie udzielenie zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku, którego wskutek śmierci osoby, która udzieliła zezwolenia, nie wykonano za jej życia i który zostanie sporządzony dopiero potem. Wolno przypuszczać, że najczęściej powstaną jednak takie wizerunki pośmiertne, na których rozpowszechnianie portretowany zezwolenia nie udzielił<sup>1370</sup>. One także winny być poddane reżimowi określonemu w art. 81 i 83. Ich legalne rozpowszechnianie byłoby możliwe, gdybyśmy przyjęli dopuszczalność udzielania stosownego zezwolenia przez osoby uprawnione, co *de lege lata* możliwe w zasadzie nie jest<sup>1371</sup>, ale nie jest też wykluczone jeśli zaakceptowaną zostałaby tu możliwość sięgania, na podstawie analogii *legis*, do art. 82; osobna sprawa, że widoczne tutaj zróżnicowanie, w tym przede wszystkim właśnie art. 82, zdaje się przeciw dopuszczalności takiej analogii przemawiać.

Oczywiście można rozważać, czy ustawodawca w ogóle brał tutaj pod uwagę wizerunki pośmiertne? Bez względu na to, jaka byłaby poprawna odpowiedź na to pytanie, nie ma jednak wątpliwości, że nie o takie wizerunki mu przede wszystkim chodziło. Ale też regulacja zawarta w art. 81 ust. 1 zd. 1, która na pozór również odnosi się wyłącznie do wizerunków powstałych za życia, przesądza tylko wymóg zezwolenia sportretowanego i wcale nie wyklucza, że może dotyczyć także wizerunków pośmiertnych. Podobnie, również wbrew pozorom, rzecz się ma z regulacją zawartą w art. 81 ust. 2 pkt 1: możliwe jest bowiem stosowanie jej do rozpowszechniania wizerunków osób powszechnie znanych<sup>1372</sup>, wykonanych w związku z pełnieniem przez nie funkcji publicznych, choć sporządzonych już po ich śmierci. Bez wątpliwości jednak stylizacja tego przepisu „pasuje” najlepiej do wizerunków wykonanych *ante mortem*. Także regulacja zawarta w art. 83, która dotyczy możliwości podnoszenia roszczeń w okresie dwudziestu lat od śmierci osoby na wizerunku przedstawionej<sup>1373</sup>, nie wyklucza ewentualności odniesienia tego unormowania do wizerunków pośmiertnych.

Sfera..., s. 6; J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 386; T. Grzeszak, *Glosa do wyr. SA w Łodzi z 28 VIII 1996 r.* (I ACr 341/96, Mon.Praw. nr 8/1997, s. 318); J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie...*, RP nr 2/2001, s. 92-94; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Przedmiot...*, s. 18 in.; wyr. SN z 27 II 2003 r. (IV CKN 1819/00, OSP poz. 75/2004); J. Błęszyński, *Glosa*, OSP poz. 75/2004, s. 321; E. Ferenc-Szydełko, *Body art...*, s. 123.

<sup>1368</sup> Chodzi tu przede wszystkim o art. 81 ust. 1 zd. 2, które dotyczy wizerunku sporządzonego za życia, ale przecież regulacja ta, choćby przez zasięg węższy niż unormowanie zawarte w zdaniu poprzedzającym, nie przesądza, iż cały ten artykuł i art. 83, nie mogą być odniesione do wizerunków sporządzonych po śmierci. Nadto zob. K. Gutowska, *Miejsca malownicze...*, s. 165.

<sup>1369</sup> Pomijam tu zagadnienia związane z doniosłości regulacji zawartej przede wszystkim w art. 5, do czego odnoszę się, w szerszym kontekście, w rozdz. II.

<sup>1370</sup> Zob. np. – j.r.k., pap, *Muzealia...*, s. A17. Nadto zob. A. Gulczyński, *Rechtsarchäologische...*

<sup>1371</sup> „Brak jest natomiast w ustawie wskazania podmiotów legitymowanych do wykonywania prawa do wizerunku po śmierci osoby, o której wizerunek chodzi” (T. Grzeszak, *Treść...*, s. 514).

<sup>1372</sup> Por. RFN – Trybunał Federalny (BGH): odszkodowanie..., s. 222; S. Rudnicki, *Komentarz*, Mon. Praw nr 6/1996, s. 223; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie...*, RP nr 2/2001, s. 100. Nadto zob. P. Sut, *Ochrona...*, s. 104; E. Ferenc-Szydełko, *Body art...*, s. 123-124. Por. S. Ritterman, *Komentarz...*, s. 121.

<sup>1373</sup> Zob. także W. Orzewski, *Pravo w mediach...*, s. 223.

Konkludując: nie ulega wątpliwości, że regulacje zawarte w prawie autorskim, dotyczące rozpowszechniania wizerunków, miały określać przede wszystkim status wizerunków sporządzonych za życia osób na nim przedstawionych. Dotyczy to, o czym była już mowa, przede wszystkim przepisu zawartego w art. 81 ust. 1 zd. 2, który *prima facie* tylko do takich wizerunków może się odnosić. Ale też wszystkie pozostałe przepisy prawa autorskiego, dotyczące zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku, pozwalają odnieść zawarte w nich regulacje i do wizerunków sporządzonych już po śmierci osób na nich przedstawionych. Byłoby zresztą dziwne, gdyby takie wizerunki, będące utworami stanowiącymi przedmiot prawa autorskiego, poddane zostały w tym zakresie bardziej restrykcyjnemu reżimowi przewidzianemu w kodeksie cywilnym, aniżeli preferującym interesy twórców zapisom w art. 81 i 83<sup>1374</sup>.

Zagadnienie ochrony wizerunków sporządzonych po śmierci osoby nań przedstawionej stało się doniosłe praktycznie w związku z wykorzystywaniem ich w twórczości komputerowej i filmowej, umożliwiającej pośmiertną eksploatację znanych postaci, w tym oczywiście ich wizerunków, w animowanych lub wirtualnych tzw. wizualizacjach, w istocie *sui generis* symulacjach<sup>1375</sup>.

**IV. Normatywne aspekty tytułu rozdziału 10 p.a.** Tytuł tego rozdziału, na co zwracałem już uwagę, sformułowany jest na pozór niekonsekwentnie. Gdy wymienia ochronę wizerunku i tajemnicę źródeł informacji, zorientowany jest przedmiotowo, gdy zaś mówi o ochronie adresata korespondencji – wyraźnie podmiotowo. Tyle że tego ostatniego chroni się tylko jako adresata, w istocie więc chroni się jego dobro osobiste związane ze skierowaną doń korespondencją. Zaś ochrona wizerunku i tajemnicy źródeł informacji, jest ochroną dóbr osobistych człowieka, a więc i ochroną tego, komu dobra te przysługują.

<sup>1374</sup> Odmienne J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 385.

<sup>1375</sup> Wyraźnie odnosząc się i do sytuacji *post mortem* wspominają o tym J. Barta i R. Markiewicz, *Dochodzenie...*, s. 148. Zob. także J. Barta, R. Markiewicz, *Internet...*, s. 122 i n.; J. Balcarczyk-Myczkowska, *Prawo...*, PPIA t. LXI, s. 113 i 123, nadto s. 114 i 117-118. Spory sądowe wokół pośmiertnego wykorzystania wizerunku wiążą się w USA przede wszystkim, o ile nie wyłącznie, z prawnomajątkowym *right of publicity*, co do którego prawa różnych stanów z reguły określają jego czasowość, np. od 1999 r. wydłużonego do 70 lat w Kalifornii, liczącego 100 lat w Indianie, ale też bezterminowego w Tennessee. Jednym z głośniejszych sporów pośmiertnych w stanie Georgia była sprawa dotycząca „produkcji i sprzedaży plastikowych popiersi dr Martina Luthera Kinga [...]”, w której zapadło orzeczenie, „że takie wykorzystanie wizerunku dr Kinga [...], zamordowanego 4 IV 1968 r., „miało charakter komercyjny, handlowy i dokonane było w celach reklamowych, a zatem stanowiło naruszenie jego *right of publicity*” (J. Sieńczyło-Chlabicz, *Ekonomiczna...*, s. 90-91; nadto J. D. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności...*, s. 299). Zagadnienie dziedziczności prawa do wizerunku było przedmiotem znanego procesu wytoczonego w 1975 r. spółce Hal Roach Studios, której przysługują prawa autorskie do filmów, w których główne role grali S. Laurel oraz O. Hardy, przez wdowy po niezapomnianych Flipie i Flapie; sąd stanu Nowy Jork, uznając *right of publicity* „za prawo o charakterze własnościowym” stwierdził, iż „nie ma logicznych i wystarczająco uzasadnionych powodów, dla jakich prawo to miałyby wygasnąć po śmierci osoby, której wizerunek uosabia wartość majątkową” (J. Balcarczyk-Myczkowska, *Right...*, s. 141). To paradoksalne, jak troska o wartości majątkowe może, nawet nie mimowolnie, ale wbrew swojej idei, chronić także wartości niemajątkowe, oczywiście tylko w odniesieniu do wizerunków „uosabiających” wartości majątkowe. Zob. także omówienie przez J. Sieńczyło-Chlabicz (*Prawo...*, PiP z. 6/2007, s. 31) procesów przed sądami francuskimi dotyczących pośmiertnej eksploatacji wizerunków, w których przyjęto mieszany, osobisto-majątkowy charakter prawa do wizerunku i dopuszczono jego dziedziczenie, nie wykluczając jednak, przynajmniej w jednym z orzeczeń, iż dokonane *post mortem* naruszenie dotyczy również dóbr osobistych samego zmarłego. Por. K. Czyżewski, *Right...*, s. 261 przyp. 48; nadto zob. P. Ślęzak, *Ochrona prawa do wizerunku...*, *passim*.

Mimo to warto zatrzymać się przy sformułowaniu zawartym w tym tytule, albowiem mówi ono o ochronie wizerunku, gdy część zawartych w nim regulacji wyrażnie odnosi się do wizerunku osoby zmarłej. Stąd doniosła, choć teoretyczna i dosyć oczywista konsekwencja tej regulacji: ustawodawca uznał, że dobro osobiste wizerunku istnieje również *post mortem*<sup>1376</sup>. Nie jest to oczywiście konstatacja zaskakująca: taki sam wniosek należy odnieść do interpretacji zagadnienia egzystencji dobra osobistego związanego z korespondencją (art. 82), zaś w odniesieniu do autorskich dóbr osobistych twórcy, ustawodawca takie właśnie stanowisko wyraził jednoznacznie, nawet dosadnie (art. 78 ust. 2 i 3).

**V. Zezwolenie sportretowanego.** Jediną osobą, która może udzielić zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku jest osoba na nim przedstawiona. Inaczej niż w unormowaniu dotyczącym rozpowszechniania korespondencji skierowanej do nieżyjącego już adresata, gdzie osoby mogące udzielić zezwolenia *post mortem* może wskazać adresat, zaś gdyby tego nie uczynił i innej woli nie wyraził, uprawnienie to przysługuje tym, których wskazuje art. 82, tutaj zezwolenia osoby sportretowanej niczym zezwoleniem zastąpić nie sposób. Tylko taki wniosek usprawiedliwia lektura jednoznacznego art. 81 ust. 1 zd. 1. Brak wyraźnej zgody osoby sportretowanej lub nie spełnienie przesłanek przewidzianych w art. 81 ust. 1 zd. 2, uniemożliwia więc rozpowszechnianie wizerunku przez cały okres jej życia i przez dwadzieścia lat po jej śmierci<sup>1377</sup>.

Niełatwo wytłumaczyć to zróżnicowanie regulacji<sup>1378</sup> dotyczących zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku po śmierci osoby na nim przedstawionej oraz

<sup>1376</sup> Formułowaną bez istotnej potrzeby, nadto paradoksalną, byłaby moim zdaniem opinia, że ochrona wizerunku *ante mortem* jest ochroną dobra osobistego, natomiast ochrona tego samego wizerunku *post mortem* jest ochroną tzw. przedmiotową, czyli pozbawioną związku z dotychczasowym podmiotem dobra osobistego, które wygasło.

<sup>1377</sup> Do rozważenia na gruncie polskiego prawa autorskiego jest pogląd sformułowany w orzecznictwie francuskim, że jeśli „między wyrażeniem zgody a publikacją wizerunku upłynął tak długi czas, że zmieniła się sytuacja osobista zainteresowanego, traci ona moc. Rozpowszechniający tylko wówczas mógłby korzystać z płynących dla niego uprawnień, gdyby udowodnił, iż zgoda została udzielona bezterminowo” (E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 111). Pokażna część wizerunków rozpowszechnianych *post mortem* powstała w okresie znacznie poprzedzającym chwilę śmierci sportretowanego, lecz wymóg udowodniania, iż zgoda wówczas udzielona, nierzadko *per facta concludentia* (por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 387), została nie tylko udzielona bezterminowo, ale nadto, że obejmowała ona dopuszczalność rozpowszechniania wizerunku *post mortem*, wydaje się zbyt daleko idącym. Moim zdaniem wystarczającym winien być wówczas brak sprzeciwu portretowanego, który mógł się liczyć z tym, że wizerunek jego, jak to niekiedy bywa, będzie rozpowszechniany po jego śmierci. Co do dorozumianego wyrażenia zgody zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 21; nadto *Jak interpretować prawo prasowe (2). Z wiceministrem sprawiedliwości J. Brolem rozmawiają: P. Ambroziejewicz...*, s. 4. Nadto zob. A. Szpunar, *Zgoda...*, s. 41 i n.

<sup>1378</sup> Tym bardziej, gdy się zważy, że pośród wielu uwzględnionych przez ustawodawcę propozycji *de lege ferenda* był również nieuchwalony przez Sejm projekt dodania w art. 81 paragrafu 3 o treści: „3. Jeżeli osoba portretowana nie wyraziła innej woli, rozpowszechnienie wizerunku w okresie 20 lat od jej śmierci wymaga zezwolenia małżonka, a w jego braku kolejno zstępnych, rodziców lub rodzeństwa” (*Poselski projekt...*, KPP z. 4/2000, s. 955). Kilka lat później, w istocie podobny postulat, sformułowała J. Sieńczyło-Chlabicz, *Przedmiot...*, s. 22 („Wydaje się, iż przepis art. 83 pr. aut. powinien być zmieniony przez dodanie, iż po śmierci osoby przedstawionej na wizerunku – jeżeli nie wyraziła ona odmiennej woli – może wystąpić przede wszystkim jej małżonek, zaś w przypadku jego braku kolejno: zstępni, rodzice, rodzeństwo, zstępni rodzeństwa. Zatem w treści art. 83 pr. aut. powinno być zawarte odesłanie do art. 78 ust. 1 i 2”). Warto przy tym dodać, że autorka ta uważa, iż z „art. 81 ust. 1 pr. aut. wynika, że prawo do wizerunku gaśnie wraz ze śmiercią osoby na nim przedstawionej [...]”; istnieje ono bowiem „dopóty, dopóki istnieje określony podmiot, tzn. gaśnie wraz



korespondencji po śmierci tego, do kogo była ona skierowana<sup>1379</sup>. Jeśli się jednak zastanowić nad znaczeniem chronionych tu i tu dóbr, łatwo zauważyć, o czym już wspominałem, że w przypadku wizerunku chodzi o dobro osobiste, którego naruszenie wskutek rozpowszechniania może być chyba dużo mniej dolegliwe, niż rozpowszechnianie korespondencji skierowanej do adresata. To uzasadniałoby, co warto i w tym miejscu powtórzyć, zróżnicowanie reżimów ochronnych, ale przeciwne od tego, które przyjęto – wtedy bowiem rozpowszechnianie korespondencji po śmierci adresata mogłoby być uzależnione tylko od jego zgody.

Gdy się z kolei zważy interesy twórcy wizerunku, to one przemawiają za rozwiązaniem analogicznym z tym, które przyjęto w art. 82<sup>1380</sup>, nie zaś z tym, które znajdujemy w art. 81 ust. 1 zd. 1. Możliwość pośmiertnego udzielenia zezwolenia przez osoby wskazane *ante mortem* przez adresata albo przez te, które wymienia art. 82, służy bowiem realizacji osobistych i majątkowych interesów twórcy korespondencji. Jeśli zaś trzymać się jednoznacznego tekstu art. 81 ust. 1 zd. 1, to takiej możliwości twórca wizerunku nie ma i jest to poważne ograniczenie wykonywania jego osobistych i majątkowych praw. Co do końca nie przesądza, że jest to rozwiązanie niesłuszne. Tyle że daleko odbiegające od położenia twórcy korespondencji.

Konsekwencje regulacji zawartej w art. 81 ust. 1 zd. 1 mogą być szczególnie wymowne wówczas, gdy pojawi się potrzeba rozpowszechniania wizerunku, na którym prócz osoby zmarłej sportretowano także osobę żyjącą. To oczywiste, że rozpowszechnianie takiego wizerunku byłoby możliwe, gdyby prócz zgody udzielonej przez zmarłego, zgody udzieliła też osoba żyjąca. Lecz zgoda tej ostatniej osoby nie wystarczy do legalnego rozpowszechniania jej wizerunku, gdy sportretowana nań osoba zmarła zgody takiej nie wyraziła. Przez dwadzieścia lat od jej śmierci, brak tej zgody uniemożliwia więc legalne rozpowszechnianie wizerunku osoby żyjącej, choćby na rozpowszechnianie tego wizerunku godziła się ona, a nawet o nie zabiegała. Gdyby jednak przyjąć dopuszczalność udzielania zezwolenia *post mortem* przez osoby wskazane przez zmarłego, wyeliminowaną byłaby niemożliwość do usunięcia przeszkoda, która *de lege lata*, przez dwadzieścia lat uniemożliwia rozpowszechnianie wizerunku osoby żyjącej sportretowanej wspólnie z osobą zmarłą.

Wątpliwą wskazówką, która mogłaby racjonalizować rozważane tu zróżnicowanie udzielania zezwolenia na pośmiertne rozpowszechnianie wizerunku i korespondencji jest może ta, że abstrahując od wymogu prawnego istnieje zwyczaj uzyskiwania jeszcze

---

ze śmiercią podmiotu. Jest to prawo nieprzenoszalne (niezbywalne), jak również nie można się tego prawa zrzec”. Ale we wnioskach końcowych J. Sieńczyło-Chłabcz dodaje, że w „świecie polskiego prawa autorskiego należy stwierdzić – mimo braku odesłania do ust. 2 art. 78 pr. aut. – iż roszczenia z tytułu naruszenia prawa do wizerunku, które miały miejsce za życia portretowanego, przechodzą na określony w tym przepisie krąg jego spadkobierców” (*Przedmiot...*, s. 22); nie trudno zauważyć, że w przywołanym prawnoosobistym kontekście normatywnym brak podstaw do wskazywania jako uprawnionych spadkobierców sportretowanego, nie ma też żadnego powodu dla przyjmowania tezy o przechodzeniu roszczeń, które z natury swej są przecież właśnie osobiste, inaczej niż w odniesieniu do ewentualnych, związanych z naruszeniem *ante mortem* prawa do wizerunku, uprawnień majątkowych. Por. B. Michalski, „*Prawo do wizerunku...*”, nr 15/1970, s. 11.

<sup>1379</sup> Warto dodać, bo o czymś, być może, to świadczy, że w istocie takie samo zróżnicowanie występowało na gruncie p.a. 1952 (zob. jego art. 24 § 1 i art. 25 § 2).

<sup>1380</sup> Por. opinię J. Sieńczyło-Chłabcz, „iż w odniesieniu do prawa do rozpowszechniania wizerunku po śmierci osoby uprawnionej należałoby zastosować konstrukcję przyjętą w art. 82 pr. aut., która ma zastosowanie w odniesieniu do rozpowszechniania korespondencji po śmierci adresata. Byłoby to rozwiązanie bardziej racjonalne i celowe niż obecnie obowiązujące z art. 83 pr. aut. Jest to tym bardziej uzasadnione, że prawo do tajemnicy korespondencji, podobnie jak prawo do wizerunku, zaliczane są do praw osobistych” (*Przedmiot...*, s. 23). Co do istoty tak samo J. Jezioro, *Prawo własności...*, s. 751.

za życia zgody na rozpowszechnianie wizerunku osoby na nim przedstawionej<sup>1381</sup>, gdy w przypadku korespondencji może się to zdarzyć, lecz na pewno nie jest regułą, nawet nie jest zwyczajem. I stąd potrzeba zastąpienia pośmiertnego braku zgody adresata zgodą innych osób, czyli stworzenia mechanizmu doniesłego przede wszystkim z punktu widzenia możliwości realizacji interesów twórcy. Ale trudno uznać to za ważki powód przyjęcia tak odmiennych regulacji w odniesieniu do pośmiertnego statusu korespondencji i wizerunku.

Co do dopuszczalności kolejnych rozpowszechnień wizerunku, w tym także *post mortem*, doniosła jest treść udzielonego zezwolenia<sup>1382</sup>, nie sposób więc przyjąć zasady, że kolejne publikacje wizerunku są dopuszczalne bez „zgody, ale tylko pod warunkiem wskazania pierwotnego źródła publikacji [...]”<sup>1383</sup>, choć zgadzam się z oczywistą uwagą, że kolejna, zresztą jakakolwiek publikacja wizerunku, musi być dokonana „bez wprowadzania zmian w publikowanym zdjęciu [...]”<sup>1384</sup>, w niektórych sytuacjach uzasadniona też będzie sugestia, aby dokonujący kolejnej publikacji powołał okoliczności, w jakich zdjęcie zostało „wykonane i opublikowane po raz pierwszy”<sup>1385</sup>.

**VI. Portret dziecka.** Odnieść tu można większość uwag zawartych w rozdziale dotyczącym pośmiertnej ochrony korespondencji skierowanej do dziecka<sup>1386</sup>.

**VII. Pośmiertna skuteczność zezwolenia.** O skuteczności zezwolenia udzielonego przez osobę przedstawioną na wizerunku, w odniesieniu do jego rozpowszechniania *post mortem* świadczy art. 81 i 83. Podkreślałem wyżej, że pierwszy z nich, jako jedyne zezwolenie na rozpowszechnianie przewiduje to, którego udzieliła osoba sportretowana. Inaczej niż w przypadku korespondencji, na pośmiertne rozpowszechnianie wizerunku nie mogą więc udzielić zezwolenia osoby, które wymienia art. 82. Odmiennie niż w odniesieniu do korespondencji, ustawodawca nie przewidział również udzielania zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku *post mortem* przez osoby wskazane przez sportretowanego, co najmniej zaś *expressis verbis* możliwości takiej nie sformułował. Dlatego możliwość udzielania przez kogokolwiek takiego zezwolenia po śmierci osoby przedstawionej na wizerunku, wydaje się wykluczona, za czym przemawia nie tylko brak takiego postanowienia, ale także, w sposób znaczący, o czym również wspominałem, konfrontacja z regulacją przyjętą w art. 82.

Ten ostatni argument skazywałby nas również na bardzo poważne wątpliwości, gdybyśmy chcieli wywieść możliwość udzielania takiego zezwolenia *post mortem* przez osoby wskazane przez sportretowanego, sięgając do ogólnej i – choć w takiej postaci nigdzie niesformułowanej – nie trudnej przecież do uzasadnienia, reguły decydowania przez człowieka o pośmiertnym losie jego dóbr osobistych i ich ochronie. Rozwiązanie przyjęte w art. 81 należałoby bowiem uznać, w obliczu konfrontacji z art. 82, za swoistą

<sup>1381</sup> Świadczy o tym wyraźnie art. 81 ust. 1 zd. 2 p.a., gdzie mowa o umówionej zapłacie za pozowanie.

<sup>1382</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 386.

<sup>1383</sup> Orz. SN z 2 II 1967 r. (I CR 496/66, OSN poz. 161/1967). Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 387; J. Sobczak, *Ustawa prawo...*, s. 186-187; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie...*, RP nr 2/2001, s. 96; nadto zob. K. Stefaniuk, *Naruszenie...*, s. 70.

<sup>1384</sup> Co do samych zmian, wszystko zależy od tego na czym one polegają, np. najczęściej nasycenie pierwotnych kolorów nie powinno być uznane za naruszenie integralności wizerunku, choć zmiana barwy nosa może naruszać nie tylko dobro osobiste wizerunku.

<sup>1385</sup> Orz. SN z 2 II 1967 r. (I CR 496/66, OSN poz. 161/1967).

<sup>1386</sup> Zob. rozdz. III tej pracy oraz E. Ferenc-Szydełko, *Wizerunek dziecka...*, s. 41 i n. Nadto E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 120-121.

*lex specialis*, ograniczającą swobodę wynikającą z ogólnych zasad dotyczących wykonywania praw osobistych.

W tej sytuacji poprawnym jest wniosek, że jedynym zezwoleniem, co do którego dopuszczalności *de lege lata* wątpliwości nie ma, jest to, którego *ante mortem* udzielił sam sportretowany.

Z kolei z art. 83 wynika jednoznacznie, że istnieje pośmiertna ochrona dobra osobistego wizerunku, to zaś czyni uprawnioną opinię, że zezwolenie sportretowanego, jeżeli było udzielone i nie wyłączało okresu pośmiertnego, jest doniosłe także wówczas, również w ten sposób, że przesądza kwestię zasadności żądania takiej pośmiertnej ochrony. Gdy więc do rozpowszechniania wizerunku doszło w ciągu dwudziestu lat od śmierci osoby na nim przedstawionej, bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego treści, możliwe jest odpowiednie podnoszenie roszczeń przewidzianych w art. 78 ust. 1 w zw. z art. 83.

To oczywiste, że pośmiertne rozpowszechnianie wizerunku powinno być zgodne z wolą osoby nań przedstawionej, także wówczas, gdyby przeciwstawiły się temu osoby zabiegające o ochronę kultu pamięci o zmarłym. Gdyby więc życzeniem zmarłego było, aby na jego grobie umieszczono jego wizerunek, żądanie usunięcia wizerunku, np. przez matkę, winno być oddalone<sup>1387</sup>. Decydującym argumentem winna być potrzeba respektu dla woli osoby na wizerunku przedstawionej, więc w tej sytuacji co najmniej drugorzędna, choć nie bez znaczenia, jest obserwacja, że interesy różnych osób dochodzących ochrony kultu pamięci odnoszące się do tego samego zmarłego, mogą być także przeciwstawne albo rozbieżne<sup>1388</sup>. Odmienną funkcję wyznaczają

<sup>1387</sup> Por. orz. SN z 12 VII 1968, I CR 252/68, OSNCP 1970, poz. 18, które przedstawia szerzej w rozdz. IX, zapadłe w sporze między matką nieżyjącego syna a jego teściem, który na wspólnym grobie swojej córki i jej męża, syna powódki, zmarłych razem w katastrofie lotniczej, umieścił fotografię córki i zięcia. Zob. uwagi A. Szpunara, który w związku z powołanym orzeczeniem powątpiewa czy w sprawie tej „istotnie została naruszona sfera uczuciowa powódki związana z kultem pamięci jej zmarłego syna” i dodaje, że „jest rzeczą wątpliwą, czy żądanie usunięcia fotografii powinno być uwzględnione” (*Ochrona...*, nr 8/1978, s. 28). Zob. także S. Grzybowski, *Prawo cywilne...*, s. 137. Nadto por. A. Michalska, *Spam...*, s. 62.

<sup>1388</sup> O tej ostatniej ewentualności wspomina na marginesie powołanego wyżej orzeczenia W. Serda, w ogóle jednak nie nawiązując do potrzeby pośmiertnej ochrony woli osoby przedstawionej na wizerunku (*Droit moral...*, s. 131 przypis 188, inaczej niż np. na s. 105). Zagrożeń takich w ogóle zaś nie sygnalizuje T. Grzeszak w miejscu, w którym stwierdza, że „nie gasnie jednak w tym momencie prawo do kultu pamięci osoby zmarłej, które ma nieostre kontury czasowe i nieokreślony z góry krąg uprawnionych podmiotów. Stanowić ono może podstawę dla zakazania rozpowszechniania wizerunku, lub korespondencji, o ile ze względu na ich treść, lub formę godzą one w prawo najbliższych do kultu pamięci zmarłego” (*Treść...*, s. 514-515, zob. także s. 516). Za oczywistą pomyłkę uważam tu sformułowanie, w którym zawarto zaprzeczenie, iż prawo do kultu pamięci zmarłego mogłoby gasnąć po jego śmierci, gdy ono przecież w tej chwili dopiero powstaje. Istotne jest bowiem to, że wygląda jednak, iż ewentualną antynomię między potrzebą respektu dla dóbr osobistych zmarłego oraz ochrony kultu pamięci zmarłego autorka skłonna byłaby rozstrzygać na rzecz tego drugiego. Przywołuje bowiem orz. SA w Poznaniu z 6 IX 2000 r., I ACa 125/00, uznając iż sąd ten „trafnie stwierdził, że prawo do kultu pamięci nie podlega dziedziczeniu i odmówił go dalekiej powinowatej George Sand dochodzącej ochrony w 121 lat po śmierci pisarki” (*Treść...*, s. 515 przyp. 1). Poprawna konstatacja dotycząca niedziedziczenia tych dóbr w niczym przecież nie rzutuje na zasadność ochrony także kultu pamięci zmarłego, wpływ zaś czasu nie może mieć decydującego znaczenia dla zasadności ochrony tego dobra osobistego żywych, choć może być brany pod uwagę przy wskazaniu w orzeczeniu właściwych form ochrony zagrożonego lub naruszonego dobra. Kwestionowanie statusu dalekiej powinowatej jako osoby należącej do kręgu uprawnionych do kultu pamięci zmarłego klóci się też z *ratio legis* prawnej ochrony kultu pamięci, nierzadko bowiem kult ten może być sprawowany tylko przez dalszych krewnych, znajomych czy nawet obcych. Zresztą sama autorka przywołuje tu i gdzie indziej orz. SN z 15 XI 1979 r., I Cr 232/79 (*Treść...*, s. 515 przyp. 1 oraz *Prawo autorskie*, CD-ROM),

– w podobnych okolicznościach – ochronie kultu pamięci zmarłego J. Barta i R. Markiewicz. Stwierdzają bowiem, że „przypisanie prawu do wizerunku na gruncie ustawy autorskiej cech prawa majątkowego, wygasającego z upływem 20 lat od śmierci «podmiotu wizerunku», nie wyklucza bynajmniej uznania i poszanowania tego rodzaju dobra, jaki jest kult pamięci osoby zmarłej”<sup>1389</sup>. Ma być to swoiste antidotum na przeistoczenie prawa do wizerunku z prawa osobistego w majątkowe<sup>1390</sup> i *remedium* na zagrożenia, które są wówczas nieuchronne<sup>1391</sup>, chyba nawet szczególnie wtedy, gdy wizerunek naruszany jest ze względów ekonomicznych niż – co zdarza się pewnie dużo rzadziej – ze względów pozaekonomicznych.

I choć pozostałe obserwacje obu autorów nie budzą aż takich wątpliwości, gdy piszą oni o kulcie pamięci zmarłego, że „jest to dobro osobiste, na ochronę którego powoływać się mogą bliscy osoby nieżyjącej, nawet po upływie więcej niż 20 lat od jej śmierci” oraz dodają, że oczywiście „może się zdarzyć, że dojdzie do kolizji między przysługującymi różnym osobom prawami: do wizerunku i do kultu pamięci zmarłego”, lecz warto zatrzymać się przy obserwacji, iż nie „będzie to jednak czymś wyjątkowym, gdyż podobny konflikt wystąpić może po śmierci twórcy między tymi, którym powierzona jest ochrona osobistych praw zmarłego i tymi, którzy dziedziczą jego prawa majątkowe”<sup>1392</sup>. Nie jest to bowiem porównanie, moim zdaniem, uprawnione. Osoby, które dochodzą ochrony kultu pamięci zmarłego, dochodzą ochrony własnego dobra osobistego, te zaś, które *post mortem* wykonują prawa osobistego zmarłego twórcy lub dochodzą ochrony jego autorskich dóbr osobistych, troszczą się, a przynajmniej troszczyć się mogą nie o swoje, lecz wyłącznie o prawa i dobra zmarłego, i to także wtedy, gdy będąc uprawnionymi do dochodzenia ochrony kultu pamięci zmarłego, mogą w ten sposób zabiegać również o respekt dla podobnych wartości jak te, o które troska stanowi *ratio legis* art. 78 ust. 2 i 3. Doniosłą wydaje się też obserwacja, iż swoiste

w którym za uprawnionego uznano bratanka zmarłego, czego słusznie nie kwestionuje. A przecież w odniesieniu do osób dawno zmarłych, choć nie tylko, wchodzi tu w rachubę częstokroć jedynie osoby pozostające w odległym pokrewieństwie lub powinowactwie, co nie powinno być zasadniczym argumentem dla kwestionowania ich uprawnień. Tym bardziej, że najczęściej dochodzona ochrona kultu pamięci zmarłego sprowadza się *de facto* przede wszystkim do ochrony zagrożonych lub naruszonych dóbr osobistych samego zmarłego.

<sup>1389</sup> *Wokół prawa...*, s. 26; por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 635- 636, gdzie opinia o tym, iż „w świetle art. 81 należy przyjąć, że prawo do wizerunku (inaczej niż prawo do decydowania o rozpowszechnianiu korespondencji) wygasa ze śmiercią danej osoby. Artykuł 83 określa tu tylko termin przedawnienia roszczeń”, dalej zaś przeciwstawna aplikacja stanowiska, iż wizerunek należy traktować jako dobro majątkowe i dlatego wartość „tego dobra i prawa nie ustaje bynajmniej wraz ze śmiercią danej osoby”; także J. Barta, R. Markiewicz R., *Dobra osobiste osób fizycznych...*, s. 105 i 119. Por. krytykę ujmowania prawa do wizerunku jako prawa majątkowego A. Matlak, *Cywilnoprawna...*, s. 326 i n. Nadto zob. w pozaautorskoprawnym kontekście C. Babiarz, *Majątkowe...*, s. 43-44, także s. 33 i n.

<sup>1390</sup> Nadto zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, 2008, s. 314. Interesującą jest optyka postrzegania m.in. prawa do wizerunku jako prawa podmiotowego hybrydowego, „które z natury swojej w zależności od konkretnych okoliczności będzie miało charakter prawa majątkowego lub niemajątkowego” (M. Romanowski, *Podział...*, s. 38, zob. także s. 29, 30, oraz 34 i n.). Mimo uznania dla trudu podjętego w tym artykule wydaje mi się, że z dobrem osobistym wizerunku należy wiązać po prostu prawa niemajątkowe i majątkowe, których wzajemne asocjacje wynikają *ex natura rerum*, ale przecież nie wykluczają ich dostatecznej dla owego wyróżnienia odrębności. Nadto zob. postan. SN z 3 XII 2002 r. (I CZ 163/02, OSP poz. 60/2004) oraz S. Sołtyński, *Glosa*, OSP poz. 60/2004, s. 253 i n.; także P. Słezak, *Prawo...*, s. 158.

<sup>1391</sup> Ale także miałyby to być „podejście”, które „zwalniałoby od budowania po śmierci osoby ochrony jej wizerunku na nieco sztucznych konstrukcjach odwołujących się do «własnych interesów» osób występujących z roszczeniami” (*Wokół prawa...*, s. 25-26).

<sup>1392</sup> *Wokół prawa...*, s. 26.

„oddanie w arenę” pośmiertnej ochrony praw osobistych zmarłego w ręce osób, które chronić mogą tylko własne prawo do kultu pamięci zmarłego, wystawiać może niekiedy na szwank dobra osobiste tego ostatniego, unicestwia zaś ich ochronę zupełnie nie tylko wówczas, gdy osób uprawnionych do kultu pamięci zmarłego brak, ale i wtedy, gdy nie widzą one potrzeby ochrony tego swego dobra.

Odnosząc się do wspomnianego terminu dwudziestoletniego J. Balcarczyk wskazuje, że „możliwe jest przyjęcie dwóch stanowisk: zgodnie z pierwszym można uznać, że jest to okres przedawnienia roszczenia, natomiast zgodnie z drugim rzeczony termin może być rozumiany jako wyznaczający konstrukcję pewnego prawa terminowego, które obejmowałyby czas życia danej osoby i wygasałoby po 20 latach po jej śmierci [...]”, wskazując dalej na stanowisko autorów, którzy „opowiadają się jednoznacznie za pierwszym rozwiązaniem, uzasadniając to tym, iż analogiczna wykładnia dotycząca oceny charakteru prawnego adresata korespondencji ze względu na tak samo skonstruowaną regulację prawną prowadziłyby do nieracjonalnych konsekwencji oraz że argumenty celowościowe związane z taką wykładnią w równej mierze dotyczyłyby ochrony nazwiska, a przecież nie są podejmowane próby rekonstruowania prawa majątkowego w tym zakresie”<sup>1393</sup>. Dalej autorka ta dodaje, że należy „zastanowić się nad zasadnością wskazania 20-letniego terminu ochrony. Jeśli bowiem przyjmiemy zgodnie z powyższymi rozważaniami iż jest to okres zastrzeżony dla bliskich zmarłego, w trakcie którego to oni mogą występować z roszczeniami ochronnymi, wówczas nieuchronnie pojawia się pytanie o zasadność czasowego ograniczenia tego prawa. Wprawdzie takie postanowienia są i w innych ustawodawstwach, niemniej jednak o wiele właściwszym rozwiązaniem byłoby określenie tego okresu za pomocą długości życia wspomnianych w przepisie osób. Przecież przyczyny, dla których zezwala się tym osobom na wysuwanie roszczeń ochronnych, po upływie wspomnianego okresu pozostaną nadal aktualne, a prawa te zostaną im odebrane”<sup>1394</sup>.

Warto nawiązać w tym miejscu do wyraźnej sugestii traktowania prawa do wizerunku jako prawa majątkowego<sup>1395</sup>. W interesujący sposób odnosi się i do niej w swej monografii J. Balcarczyk, gdzie zauważa, że „uznaniem nierozzerwalnego związku dóbr osobistych z osobowością ludzką łączone jest przekonanie, iż podstawowy zespół dóbr osobistych «powstaje» z momentem zaistnienia podmiotu, czyli gdy chodzi o człowieka, w zasadzie w chwili jego urodzenia. Następstwem tego ścisłego powiązania dóbr osobistych z podmiotem jest wygaśnięcie wszystkich dóbr osobistych z chwilą ustania istnienia podmiotu, któremu służyły. Stąd też moment śmierci człowieka oznacza też, w zasadzie, ustanie ochrony jego dóbr osobistych, bo z tą chwilą przestaje istnieć podmiot, który dobra osobiste konstituowały”<sup>1396</sup>. Ale też po konstatacji tej autorka dodaje, że w „odniesieniu do powyższego stwierdzenia, ogólnie aprobowanego przez doktrynę, należy jednak zadać pytanie o jego aktualność w sytuacji, gdy część dóbr

<sup>1393</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 291-292; por. s. 191 i n.

<sup>1394</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 292.

<sup>1395</sup> Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 26. Za T. Grzeszak warto przytoczyć obserwację G. Loiseau, iż „paradoksem jest to, że gdy prawa osobiste uzyskały wreszcie status praw podmiotowych, to zaczęły przekształcać się w prawa służące celom merkantylnym” (*Reklama...*, s. 10). Nie podzielam tej opinii, która bierze się z pominięcia dychotomii praw związanych z dobrami osobistymi, jedne z nich mają charakter osobisty, drugie majątkowy; inna sprawa, że majątkowa eksploatacja dóbr osobistych ma coraz większy zasięg, stąd zapewne wrażenie owej metamorfozy. Zagrożenia, które tu dostrzegam, nie są mniejsze jeśli poprzestając na osobistym charakterze tego prawa dopuścimy rozporządzanie nim, tak jak to od dawna sugerował S. Sołtysiński, *Czynności rozporządzające...*, s. 307, zob. także s. 306.

<sup>1396</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 284; por. s. 362.

osobistych uzyskuje pewien «byt zewnętrzny» w stosunku do podmiotu, jak również w obliczu komercjalizacji części z nich. Rozważanie tej kwestii jest jednak dalekie od próby udowodnienia dziedziczności prawa do wizerunku. Twierdzenie takie byłoby nie do pogodzenia z podstawowym założeniem [...], polegającym na uznaniu, iż prawo do wizerunku, w tym i prawo do komercyjnego wizerunku, nadal powinno być ujmowane jako prawo osobiste z równoczesną redefinicją przedmiotu ochrony i położeniem głównego nacisku na więź istniejącą pomiędzy podmiotem a przedmiotem prawa oraz akceptacją tezy o możliwości posiadania przez wizerunek wartości majątkowej. Należy jednak rozważyć, czy nie właściwsze byłoby oparcie twierdzenia o niezaliczaniu prawa do wizerunku do spadku na normie art. 922 § 2 k.c., wyłączającej z dziedziczenia prawa i obowiązki ściśle związane z osobą zmarłego, a nie dotychczasowym wywodzeniu tej tezy z art. 922 § 1 k.c. Do tej pory przyjmowano bowiem, iż do spadku należą tylko majątkowe prawa i obowiązki cywilnoprawne, wyłączając w konsekwencji z jego zakresu prawa osobiste, jako nieuwarunkowane bezpośrednio interesem ekonomicznym uprawnionego. Nawiązując jednak do istnienia wspomnianej więzi, przesądzającej o zaliczeniu prawa do komercyjnego wizerunku do kategorii dóbr osobistych, nadużyciem byłoby chociażby podjęcie się dowodzenia, iż w wyniku oderwania się wizerunku komercyjnego od jego podmiotu ścisły związek, o którym stanowi art. 922 § 2 k.c., został zerwany. Co więcej, o osobistym charakterze prawa do komercyjnego wizerunku przesądza właśnie specyfika relacji zachodzącej pomiędzy podmiotem a przedmiotem ochrony, co nawet przy przypisaniu prawa do wizerunku wartości majątkowej nie upoważnia do twierdzenia, iż wchodzi ono do spadku. Teza ta jest o tyle zasadna, iż wśród przyczyn powodujących tak ścisły związek praw i obowiązków z pewną osobą, że wygasają one z jej śmiercią, wskazano także rozumienie prawa podmiotowego jako pewnej mocy, pewnej władzy danej jednostce, mającej zaspokoić interes istniejący tylko u tej jednostki, której dane prawo służy, co odpowiada także istocie osobistego prawa podmiotowego<sup>1397</sup>.

Mimo przywołanej argumentacji J. Balcarczyk zauważa, że gdyby na niej poprzestać, „oznaczałoby to, iż po śmierci uprawnionego jego wizerunek może być chroniony jedynie w ramach kultu pamięci osoby zmarłej. Tym mianem określane jest «szereg rozmaitych wolności przysługujących człowiekowi, wpływających ze sfery uczuć i odczuć odnoszącej się do postaci osoby zmarłej, okazywania szacunku dla wspomnień i pamięci o niej». Słabość tej ochrony polegałaby jednak głównie na oparciu jej na uczuciach osób bliskich zmarłemu, pozostających głównie w kręgu jego rodziny, domagających się możliwości sprawowania kultu osoby zmarłej. Można by więc mówić o naruszeniu kultu pamięci osoby zmarłej jedynie wówczas, gdyby w wyniku bezprawnego rozpowszechnienia jej wizerunku komercyjnego ujmy doznało dobre imię zmarłego, godząc tym samym w uczucia, jakimi darzyła zmarłego osoba mu bliska. Mając jednak na uwadze specyfikę wizerunku komercyjnego, wyrażającą się w jego rynkowym wykorzystywaniu w celu czerpania z tego zysku, w większości przypadków to nie dobre imię jest dobrem, które ulegnie naruszeniu w przypadku bezprawnego posłużenia się wizerunkiem, lecz portfel uprawnionego. Tak więc o naruszeniu godności zmarłego, chronionej poprzez kult osoby zmarłej, trudno by tutaj mówić. Temu swoistemu impasowi, w wyniku którego wykorzystanie wizerunku w sposób niegodzący w dobre imię zmarłego znajdowałoby się poza regulacją ustawodawczą, zapobiega jednak norma art. 83 pr. aut., która odnośnie do roszczeń przysługujących w przypadku rozpowszechniania wizerunku odsyła do normy art. 78 ust. 1 pr. aut.,

<sup>1397</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 285.

statuując równocześnie, iż roszczeń tych nie można dochodzić po upływie 20 lat od śmierci osoby przedstawionej na wizerunku<sup>1398</sup>.

W dalszej analizie J. Balcarczyk formułuje dwa zastrzeżenia. „Po pierwsze – mając na uwadze teorię stadiów naruszeń, należy wskazać, iż omawiane uprawnienie osób trzecich dotyczy jedynie bezprawnego rozpowszechnienia wizerunku, pozostawiając poza swym zakresem zarówno jego ustalenie, jak i wszelkie postacie korzystania z niego. Odnośnie do braku odniesienia do ustalenia trzeba stwierdzić, iż pominięcie tego stadium należy uznać za jak najbardziej zasadne, trudno byłoby bowiem wyobrazić sobie, aby pośmiertne utrwalenie wizerunku mogło przybierać postać wizerunku komercyjnego. Każde naruszenie takiego rodzaju, czyli utrwalenie wizerunku osoby zmarłej w otwartej trumnie w trakcie pogrzebu, będzie traktowane jako naruszenie kultu pamięci osoby zmarłej, gdyż narusza jej dobre imię. W tym zakresie ochrony można dochodzić na podstawie regulacji kodeksu cywilnego. Inaczej jednak wygląda sytuacja w odniesieniu do korzystania z wizerunku. Ze względu na brak wskazania tej formy naruszenia jako przesłanki umożliwiającej dochodzenie roszczeń w okresie 20 lat od śmierci uprawnionego, bliscy zmarłego nie mogą dochodzić takiego roszczenia na podstawie art. 78 ust. 1 pr. aut. Pozostawia to poza ochroną naruszenie już rozpowszechnionego wizerunku osoby zmarłej polegające na bezprawnym korzystaniu z niego w sytuacji braku równoczesnego wkroczenia w dobre imię zmarłego. *De lege ferenda* można by więc postulować, aby art. 83 pr. aut. przybrał brzmienie: «Do roszczeń w przypadku rozpowszechniania wizerunku osoby na nim przedstawionej, a także roszczeń wynikających z bezprawnego uczynienia użytku z wizerunku oraz rozpowszechniania korespondencji bez wymaganego zezwolenia osoby, do której została skierowana, stosuje się odpowiednio przepis art. 78 ust. 1; roszczeń tych nie można dochodzić po upływie dwudziestu lat od śmierci tych osób». Druga uwaga dotyczy braku wskazania kręgu osób mogących wykonać uprawnienie, o którym stanowi art. 83 pr. aut. Ograniczenie odesłania do ust. 1 art. 78 nie pozwala posłużyć się ust. 2 tego artykułu; brakuje więc rozstrzygnięcia kwestii, kto może występować z roszczeniami z tytułu naruszenia prawa do wizerunku w ciągu 20 lat od śmierci osoby przedstawionej na tym wizerunku<sup>1399</sup>.

Warto zatrzymać się jeszcze przy konkluzjach J. Balcarczyk formułowanych po przedstawieniu sporów wokół statusu wizerunku *post mortem* i podnoszonych w nich argumentów, gdzie autorka stwierdza, że „bliscy zmarłego, wnosząc powództwo, w istocie chronią własne dobra osobiste, naruszone np. wskutek wypowiedzi zniesławiających ich przodka, przy czym wyrok uwzględniający roszczenie czyni zadość żądaniom powodów i zarazem «oczyszcza» zniesławionego, choć jego dobra osobiste wygasły. Tezy tej jednak nie sposób zastosować wówczas, gdy ochrona dotyczy wizerunku komercyjnego zmarłego. Jak już bowiem wskazano, w większości przypadków, a zawsze wtedy, gdy naruszeniu ulegnie wizerunek komercyjny w znaczeniu «pierwotnym», o naruszeniu dobrego imienia zmarłego nie będzie można mówić. Odnosząc przytoczone rozważania do wizerunku, należy przychylić się do twierdzeń wyrażanych przez większość przedstawicieli doktryny, negujących możliwość konstruowania na podstawie normy art. 83 pr. aut. prawa przysługującego uprawnionemu po śmierci. Podstawowym argumentem jest odwołanie się do więzi będącej wyznacznikiem dobra osobistego, która ulega zerwaniu w momencie śmierci podmiotu ochrony. Dodatkowego argumentu dostarcza także treść «sąsiadującego» art. 82 pr. aut., który wyraźne konstytuuje ochronę interesów adresata korespondencji w okresie 20 lat od jego śmierci<sup>1400</sup>.

<sup>1398</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 296.

<sup>1399</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 297; por. s. 230.

<sup>1400</sup> *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 291.

Nie kwestionując oczywistej doniosłości treści majątkowych w prawie do wizerunku, wydaje mi się podobnie, że uznanie tego prawa za majątkowe musiałyby konsekwentnie poważnie ograniczać, a *de facto* niweczyć potrzebę respektu dla przejawów woli zmarłego, który np. nie godził się, w tym nie godził się na eksploatację w określonym czasie, swego wizerunku. Otóż, pośmiertne wykorzystywanie wizerunku zmarłego może niekiedy, choć stosunkowo rzadko naruszać dobra osobiste zmarłego, np. jego cześć<sup>1401</sup>, lecz z reguły merkantylna eksploatacja *post mortem* takich dóbr osobistych naruszać jednak, jak to zauważa J. Balcarczyk, nie będzie. Nierzadko może się wtedy okazać, że trudno będzie ową eksploatację uznać także za naruszającą kult pamięci zmarłego<sup>1402</sup>, przynajmniej w sposób, który wymaga jego prawnej ochrony. Gdy się jeszcze zważy, że wielokrotnie osoby uprawnione do eksploatacji wizerunku zmarłego będą też tymi, które mogą się powoływać na prawo do kultu pamięci zmarłego, ochrona dóbr osobistych zmarłego, w tym potrzeba respektu dla jego woli dotyczącej losów wizerunku *post mortem*, stanie się *de facto* iluzją.

Dlatego wydaje mi się, podobnie jak J. Balcarczyk, właściwe zachowanie statusu wizerunku jako dobra osobistego, z którym także *post mortem* wiążą się zarówno prawa osobiste, jak i majątkowe, albowiem odrębność tych pierwszych, z którą wiązać się musi respekt dla przejawów woli zmarłego oraz jego dóbr osobistych, zagrożonych lub naruszonych bezprawną eksploatacją majątkową jego wizerunku, nie tylko pozostawia, ale eksponuje ważkie instrumentarium umożliwiające ochronę dóbr i praw zmarłego

**VIII. Zagadnienie dopuszczalności wskazania przez portretowanego osób uprawnionych do udzielenia zgody po jego śmierci.** Porównanie art. 81 ust. 1 zd. 1 z art. 82 przesądza jednoznacznie nie tylko o tym, że ustawodawca nie wskazał osób, które mogłyby *post mortem* udzielić zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku zmarłego<sup>1403</sup>. W art. 82 wskazanie takich osób bliskich adresatowi korespondencji, poprzedza

<sup>1401</sup> Wyrazistym przykładem naruszenia czci zmarłego poprzez wykorzystanie elementów jego wizerunku było umieszczenie na okładce, a także plakatach promowanego m.in. przez I program Polskiego Radia współczesnego wydania „Buntu” W. Reymonta znanej podobizny Che Guevary, w miejsce jego twarzy sytuując pysk psa Rekxa, głównego bohatera „Buntu” (zob. M. Zaporowska, *Fronda żyje z Che...*, s. A). Ale mogą też w rachubę wchodzić względy związane z estetyką lub wymową dzieła. Takie prawdopodobnie były dodatkowe względy, poza brakiem zgody portretowanego, na rozpowszechnianie wizerunku, dla których rodzina „W. Churchilla zniszczyła jego kontrowersyjny portret autorstwa G. Sutherlanda powołując się na motyw ochrony dóbr portretowanego [...]” (E. Wojnicka, *Ochrona autorskich dóbr...*, 1997, s. 258 przyp. 31). Trudno coś stanowczego powiedzieć o eksploatacji podobizny Jana Pawła II na rozlicznych przedmiotach sprzedawanych m.in. u podnóża klasztoru na Jasnej Górze, nawet tak ozdobione butelki mogą przecież służyć różnym celom, np. przechowywaniu święconej wody; nie bez znaczenia winny być tu i ludowe potrzeby ekspresji religijnej, która posiada własną, nierzadko sugestywną estetykę, gdzie indziej postrzeganą w kategoriach kiczu. Barbara Bernfeld opowiadała mi o nabytej przed laty w krakowskich Sukiennicach matryoszce przedstawiającej Jana Pawła II. Na uwagę, że poszczególne, coraz mniejsze, jedna włożona w drugą, figury papieża, niewiele się różnią, prawie oburzony sprzedawca powiedział: „proszę pani, każdy papież, jest przecież w innym ornamencie!” Zob. nadto K. Stefaniuk, *Naruszenie...*, s. 72 i przyp. 38.

<sup>1402</sup> Zob. nadto E. Nowińska, *Wolność...*, s. 164.

<sup>1403</sup> Zagadnienie pośmiertnego statusu wizerunku omawia szerzej w swej monografii J. Balcarczyk, istotne konkluzje poprzedzając obserwacją, że zgoda „na rozpowszechnienie wizerunku może być wyrażona jedynie przez uprawnionego. Polskie prawo nie przewiduje w tym zakresie żadnych wyjątków. Teza ta wynika z ogólnego założenia nieprzenaszalności i niedziedziczności dóbr osobistych, które gasną wraz ze śmiercią osoby uprawnionej. Zerwana wówczas bowiem zostaje więź łącząca podmiot z przedmiotem ochrony. Twierdzenie to znajduje wyraz w treści normy art. 81 ust. 1 pr. aut., która *expressis verbis* stanowi o zezwoleniu osoby przedstawionej na wizerunku. Pomijając wspomniane już zastrzeżenia związane z niewłaściwą redakcją omawianej normy, należy uznać,



bowiem zastrzeżenie, iż wskazanie ustawowe jest doniosłe tylko wtedy, gdy sam adresat nie wyraził innej woli<sup>1404</sup>. Brak obu podobnych regulacji w art. 81 zdaje się przesądzać stanowczo, że nie tylko owo ustawowe wskazanie, co do czego nie ma wątpliwości, ale też jakiegokolwiek wskazanie dokonane przez sportretowanego z myślą o jego doniosłości *post mortem*, nie wchodzi tu w rachubę.

Ale też paradoksalnie, istnienie zarówno ustawowego wskazania w art. 82, jak i możliwość odmiennego przejawu woli tego, o kogo dobro osobiste chodzi, przewidziane w przypadku korespondencji, prowokują do refleksji co najmniej nad tym, czy także osoba przedstawiona na wizerunku nie może wskazać osób, które po jej śmierci mogłyby zezwolenia takiego udzielić? Inspiruje do zadania takiego pytania również zapis zawarty w art. 78 ust. 2, dotyczący pośmiertnej ochrony autorskich praw osobistych twórcy, przewidujący także możliwość odmiennego przejawu woli, co najmniej dotyczącego wskazania osób uprawnionych do podnoszenia stosownych roszczeń<sup>1405</sup>. A przecież taką możliwość, tyle że odniesioną do wykonywania tych praw *post mortem*, sformułowano *expressis verbis* również w kolejnym art. 78 ust. 3.

Warto też zwrócić uwagę na to, że osoba sportretowana ma pełną swobodę udzielania zezwolenia, o którym mowa w art. 81 ust. 12 zd. 1. Może go nie udzielić, a jej odmowy, jak i przewidzianego tu uprawnienia, obu mających charakter dyskrecjonalny, nie sposób, co do zasady, podważać ani nawet oceniać powołując się na konstrukcję nadużycia prawa. Może też udzielić tego zezwolenia opatrując je wymogami lub terminami. W takiej sytuacji nie sposób zrozumieć, dlaczego nie mogłaby ona uprawnić innej osoby do udzielenia takiego zezwolenia *post mortem*? Zwłaszcza, że sama, *ante mortem*, może udzielić zezwolenia na rozpowszechnianie swego wizerunku po śmierci. Łatwo przy tym zauważyć, że obie te sytuacje (tzn. udzielenie zezwolenia przez osobę przedstawioną na wizerunku z myślą o rozpowszechnianiu *post mortem* oraz wskazanie osób, które by po jej śmierci stosownego zezwolenia udzieliły) nie są tożsame i dlatego osoba sportretowana może chcieć, czego zasadności nie sposób kwestionować, aby dopiero wówczas, po jej śmierci, gdy można roztropnie ocenić okoliczności zamierzonego rozpowszechniania, mogła udzielić nań zezwolenia osoba wskazana przez nią *ante mortem*.

Zresztą, jeżeli w regulacji dotyczącej korespondencji przyjęto, że adresat może określić odmiennie niż ustawodawca, krąg osób uprawnionych do udzielenia takiego zezwolenia *post mortem*, a nawet wskazano krąg osób do tego uprawnionych w przypadku,

---

iż zgoda ta może być wyrażona wyłącznie przez legitymowanego bądź ewentualnie przez osobę przez niego upoważnioną. Wraz ze śmiercią podmiotu uprawnienie to jednak wygasa" (*Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja: Studium cywilnoprawne...*, s. 330). Zachowując taką perspektywę autorka dochodzi do wniosku, że należałoby „przyznać rację tym przedstawicielom doktryny, którzy wysuwają postulat, aby do wizerunku zastosować mechanizm analogiczny do istniejącego w przypadku rozpowszechniania korespondencji po śmierci uprawnionego. Ze względu na ściśle sprecyzowany krąg uprawnionych byłoby to bardziej uzasadnione niż postulowane uznanie *de lege lata* prawa do wizerunku za prawo dziedziczne. Zapobiegłoby bowiem sytuacjom, w których prawo do wizerunku byłoby wykonywane przez osoby spoza kręgu najbliższych zmarłemu" (*Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 330).

<sup>1404</sup> Por. J. Błęszyński, *Prawo...*, 1988, s. 155.

<sup>1405</sup> Inaczej i w szerszym kontekście formułuje to T. Grzeszak pisząc, że brak wskazania podmiotów legitymowanych do wykonywania prawa do wizerunku zmarłego rodzi pytanie: „czy należy *per analogiam* stosować art. 78 ust. 2 PrAut czy raczej art. 82 PrAut, a może włączyć to prawo do spadku?" (*Treść...*, s. 514). Po przytoczeniu stanowisk J. Barty i R. Markiewicza autorka dochodzi do wniosku, że „mimo niejasności rozwiązań ustawowych zgodnie z przyjmowanymi założeniami [...] przyjąć raczej należy, że po śmierci pierwotnie uprawnionego, jego prawo podlegałoby dziedziczeniu na zasadach ogólnych i gasłoby w ustawowym terminie”.

gdyby adresat odmienniej woli nie wyraził, to nie sposób przedstawić merytorycznych, znaczących argumentów, za wykluczeniem możliwości wskazania przez sportretowaną osobę, które po jego śmierci mogłyby takiego zezwolenia udzielić. Jeśli interpretując art. 82, w szczególności art. 83, i tak jesteśmy skazani na dokonywanie wykładni nierzadko *contra legem*, to dlaczegoż by nie dokonać podobnej wykładni w przypadku co prawda jednoznacznego, lecz budzącego istotne obiekcje zapisu zawartego w art. 81 ust. 1 zd. 1? Tyle że dopuszczalność takiej interpretacji może jednak rodzić wątpliwości.

Z drugiej strony, porównanie art. 81 i art. 82 zdecydowanie skłania ku przypuszczeniu, że przyjęcie pewnych regulacji tylko w odniesieniu do pośmiertnego rozpowszechniania korespondencji, w tym możliwości określenia pośmiertnego statusu korespondencji wolą adresata, nie jest przypadkowe i raczej powinno przemawiać za wykluczeniem możliwości stosowania takich przepisów w drodze analogii do wizerunku, na którym przedstawiona jest osoba zmarła. Z tego, że nie można znaleźć żadnych merytorycznych racji przemawiających za taką zadziwiającą odmiennością, rodzi się jednak opisana już wcześniej pokusa, aby także ten przypadek potraktować jako jeden z oczywistych błędów legislacyjnych, których w rozdziale 10 prawa autorskiego jest dużo więcej, czego wyrazistym przykładem zdaje się być brak unormowania zgody adresata na rozpowszechnianie *ante mortem* skierowanej doń korespondencji. Jednakże właśnie owa odmienność wydaje się być akurat czymś zamierzonym i nie przypomina ewidentnych potknięć ustawodawcy w art. 82 i w szczególności w art. 83.

Ukazawszy argumenty przemawiające za i przeciw rozważanej interpretacji art. 81 ust. 1 zd. 1, za właściwą uważam tę, która dopuszcza możliwość wskazania przez osobę sportretowaną osób, które po jej śmierci będą mogły udzielić zezwolenia na rozpowszechnianie jej wizerunku. Prócz przedstawionych wyżej racji merytorycznych, za stanowiskiem tym przemawia oczywiste pobratymstwo materii regulowanych w art. 81 i dwóch następnych przepisach. Nie widzę też żadnych przekonujących argumentów za rozważaną tu odmiennością regulacji dotyczących wizerunku i korespondencji. Wątpliwości dotyczące poprawności stosowania tutaj określonych metod interpretacyjnych, nie powinny o niczym definitywnie przesądzać, zwłaszcza że art. 83 i tak wręcz wymusza sięganie po instrument analogii, którą wolno stosować nie tylko po to, aby określić krąg osób legitymowanych *post mortem* do dochodzenia ochrony naruszonego wizerunku zmarłego. Jeżeli więc uznają za racjonalną potrzebę interpretacyjnego upodobnienia statusu ochronnego obu dóbr, to trudno byłoby tu akurat postawić granicę dla owego upodobnienia<sup>1406</sup>.

Nie ulega też wątpliwości, że możliwość wskazania osób, które *post mortem* mogłyby udzielić zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku byłaby, podobnie jak rozwiązanie przyjęte w art. 82<sup>1407</sup>, użyteczna dla realizacji osobistych i majątkowych praw twórcy wizerunku. Brak takiego postanowienia stanowi bowiem pewne

<sup>1406</sup> Za J. Balcarczyk wspomnę, że w Hiszpanii w odniesieniu do „wygaśnięcia prawa do dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia prawa fundamentalnego norma art. 4 pr. org. stanowi, iż w przypadku braku woli osoby, której prawo do wizerunku zostało naruszone, roszczenie oparte na zarzucie naruszenia *el derecho fundamental* może być dochodzone przez żyjących członków rodziny uprawnionego po jego śmierci. Tym samym stworzono swoisty termin *post mortem*, wyznaczany przez długość życia legitymowanych członków rodziny uprawnionego. W przypadku braku najbliższych spadkobierców prawo to może być dochodzone przez Ministra Sprawiedliwości Królestwa Hiszpanii w okresie do 80 lat po śmierci osoby uprawnionej” (*Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 230).

<sup>1407</sup> Warto dodać, iż T. Grzeszak dodaje, że co do rozważanej tu kwestii w projekcie zmian prawa autorskiego z 24 II 1999 r. proponowano, o czym wspominałem już wyżej, „rozwiązanie analogiczne jak w przypadku adresata korespondencji” (*Treść...*, s. 514).

ograniczenie dla osoby sportretowanej, ale przede wszystkim jest znaczącym niedostatkiem dla twórcy wizerunku. Gdy się zważy, że poprzez odmienną regulację w art. 82 ustawodawca postanowił szerzej chronić interesy twórcy korespondencji, można zapytać, dlaczego zrezygnował z bliźniaczego zapisu w odniesieniu do pośmiertnego rozpowszechniania wizerunku? Tym bardziej, że możliwe byłoby tu przyjęcie rozwiązania ograniczonego, będącego pośrednim między regulacjami mieszczącymi się w art. 81 ust. 1 zd. 1 i art. 82. Przewidywałoby ono wyraźne uprawnienie osoby przedstawionej na wizerunku do wskazania osób, które mogłyby udzielić stosownego zezwolenia *post mortem*, rezygnując ze wskazania tych osób przez samego ustawodawcę na wypadek braku innej woli adresata. Wydaje się bowiem, że także *de lege lata* sięganie w drodze analogii *legis* do art. 82, również w tej najistotniejszej przeciw jego części, wskazującej osoby uprawnione *ex lege* do udzielenia zezwolenia, byłoby zbyt daleko idące. Źródłem prawa osoby przedstawionej na wizerunku do określenia kręgu osób uprawnionych do udzielenia stosownego zezwolenia po jego śmierci, możemy się bowiem doszukiwać w prawie tej osoby do decydowania o losie swojego wizerunku, do czego nie jest nawet konieczne odwoływanie się w drodze analogii do art. 82. Inaczej jest ze wskazaniem osób uprawnionych *ex lege* do udzielenia stosownego zezwolenia *post mortem*, do czego byłby potrzebny wyraźny, w tym przypadku szczególnie, przepis ustawy. Taki jak art. 82, tyle że dotyczący zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku.

Konkludując można dojść do dwóch paradoksalnych wniosków. Uprawniona i ścisła interpretacja art. 81 ust. zd. 1 wyklucza możliwość, aby osoba przedstawiona na wizerunku mogła wskazać tych, którzy po jej śmierci będą mogli udzielić zezwolenia na rozpowszechnianie jej wizerunku. Opinię taką wspiera porównanie tego przepisu z odmienną regulacją dotyczącą pośmiertnego rozpowszechniania korespondencji. Ale porównanie z tą właśnie regulacją stanowi też znaczący argument za taką, poniekąd *contra legem*, interpretacją art. 81 ust. 1 zd. 1, która podobnie jak w odniesieniu do korespondencji, dopuszczałaby wskazywanie przez osobę przedstawioną na wizerunku osób, które po jej śmierci będą mogły stosownego zezwolenia udzielić. Gdyby się przy tym ograniczyć tylko do możliwości wskazania takich osób przez osobę sportretowaną, wykluczając wskazanie jakichkolwiek osób uprawnionych *ex lege*, byłoby to też rozwiązanie jakoś mieszczące się w dotychczasowej formule zezwolenia osoby na wizerunku przedstawionej, podobnie jak czynność prawna dokonana przez pełnomocnika w granicach umocowania jest w istocie czynnością reprezentowanego (tyle że dokonywana przez przedstawiciela) i dla reprezentowanego (art. 95 k.c.)<sup>1408</sup>. Najistotniejszą powinna być jednak obserwacja, że dopuszczenie możliwości udzielania takiego zezwolenia *post mortem* przez osoby wskazane przez sportretowanego, stanowiłoby rozszerzenie jego uprawnień, nie stanowiłoby też dla niego żadnego istotnego zagrożenia, mogłoby zaś znacząco służyć możliwości realizacji osobistych i majątkowych praw twórcy wizerunku. Wynika stąd, że prawo do wskazywania osób uprawnionych *post mortem* do udzielenia zezwolenia można *de lege lata* wywieść z niekwestionowanego *ante mortem*

<sup>1408</sup> Por. art. 101 § 2 k.c., który przewiduje, że umocowanie nie wygasa ze śmiercią mocodawcy, jeżeli tak w pełnomocnictwie zastrzeżono z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa, co w jakimś stopniu może być odniesione i do wyznaczenia osoby uprawnionej do udzielenia takiego zezwolenia *post mortem*, a przynajmniej z wyznaczeniem takim porównywane. Obiekcje płynące z osobistego charakteru takiego zezwolenia, które mogłyby przemawiać za wykluczeniem odnoszenia się tu do instytucji pełnomocnictwa (art. 95 § 1 k.c.), trzeba odrzucić pamiętając, że w art. 82 tenże sam ustawodawca uznał, że inne osoby mogą podobnego zezwolenia udzielić nawet na podstawie samego wskazania ustawy.

uprawnienia osoby przedstawionej na wizerunku, sięgnięcie zaś po osoby wskazane *ex lege* wymagałoby stosowania analogii *legis* z art. 82, niewątpliwą jest natomiast potrzeba stosownej zmiany *de lege ferenda*, wyraźnie przewidującej możliwość wskazania *ante mortem* uprawnionych na czas *post mortem* oraz określenia ich *ex lege*, jeśli osoba przedstawiona na wizerunku odmiennej woli nie wyraziła.

**IX. Uprawnienie do pośmiertnego rozpowszechniania wizerunku, a zasady słuszności.** To oczywiście, że również *post mortem* wykonywanie uprawnień płynących z udzielonego zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku, nie zaś samo udzielenie zezwolenia, o czym mowa była wcześniej, poddane jest także kryteriom, o których mowa w art. 5 k.c. Odnosi się to również do uprawnienia tego, kto dokonał umówionej zapłaty, jak i swobody rozpowszechniania tych wizerunków, których rozpowszechnianie nie wymaga zezwolenia. Zasada słuszności nakazuje bowiem respektowanie i tu tego wszystkiego, czym w sferze przeżyć psychicznych i w kulturze jest śmierć, jej powaga, częstokroć związana z nią tragedia. I tak np. mimo udzielonego *ante mortem* zezwolenia na wykorzystywanie zdjęć do celów reklamowych<sup>1409</sup>, można *post mortem* oceniać wykonywanie płynących stąd uprawnień biorąc pod uwagę wymogi określone w art. 5 k.c.<sup>1410</sup> Inna sprawa, że uprawnieni w takich sytuacjach najczęściej wycofują np. emisje programów reklamowych i rezygnują z wykorzystywania wizerunków osób niedawno zmarłych, choć motywy tego zdają się nie mieć nic wspólnego z troską o respekt dla zasady słuszności<sup>1411</sup>. Podobną może być sytuacja, w której *post mortem* wykorzystywane jest zezwolenie na korzystanie z karykatury<sup>1412</sup> zmarłego, choć będzie to oczywiście wymagało, zresztą jak zawsze, oceny *in casu*. Nie sposób też wykluczyć zasadności żądania uznania za nadużycie prawa rozpowszechniania pewnych wizerunków zmarłego, na które wyraził on *ante mortem* zezwolenie, ze względu na nieznaczny upływ czasu od jego śmierci. Bez wątpienia powinno to dotyczyć rozpowszechnianie wizerunku przez osobę, która przyczyniła się do śmierci sportretowanego, np. wówczas, gdy został on przez nią doprowadzony do popełnienia samobójstwa<sup>1413</sup>.

<sup>1409</sup> Por. co do takiego zezwolenia w ogólności wyr. SA w Łodzi z 28 VIII 1996 r. (ACr 341/96, Wokanda nr 1/1997, s. 45 i n.); T. Grzeszak, *Glosa...*, s. 318; orz. SA w Warszawie z 15 XI 1999 r. (I Aca 697/99, M. Cyran, *Przegląd...*, s. 23); orz. SA w Warszawie z 19 IV 2000 r. (I Aca 1455/999, OSA poz. orz. cyw. 27/2001). Nadto orz. SN z 15 IV 1965 r. (I CR 58/65, OSPiKA poz. 130/1966); A. Kopff, *Glosa*, OSPiKA poz. 130/1966, s. 259 i n.; B. Michalski, *Glosa...*, s. 801 i n.; orz. SN z 19 V 1967 r. (I CR 624/66, OSN poz. 141/1968); E. Drabienko, *Wybrane...*, s. 184; B. Gadek, *Generalna...*, s. 181; E. Traple, *Dobra...*, s. 823 i n.

<sup>1410</sup> Zob. nadto S. Jankiewicz, *Prowadzenie...*, s. 47.

<sup>1411</sup> Por. także np. J. Sieńczyło-Chłabicz, *Reklama...*, s. 113. Oczywiście deliktem jest wykorzystywanie takich wizerunków bez zezwolenia także *post mortem*, jak to miało miejsce z fotografią przedstawiającym mężczyznę stojącego na drewnianym podwyższeniu pośród fal, „który dyryguje morzem. Tak wygląda zdjęcie ze słynnego happeningu Tadeusza Kantora *Koncert morski* z 1967 r. Od niedawna tym obrazem ozdobione jest także opakowanie chipsów «Tyrrells», reklamowanych hasłem: «lekko solone solą morską». Producent wykorzystał dzieło artysty wbrew woli spadkobierców [...]» (P. Sztarbowski, *Kantora...*, s. 118).

<sup>1412</sup> Zob. także J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 13.

<sup>1413</sup> Tak jak to przewiduje art. 207 § 3 k.k. w zw. z jego § 1 i 2, dotyczący karalności znęcania się fizycznego lub psychicznego „nad osobą najbliższą albo nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny [...]”, w tym także takiego czynu połączonego „ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa [...]”, jeśli następstwem owych czynów „jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie [...]” (zob. także art. 352 § 3 w zw. z jego § 1 i 2 dotyczący takiego targnięcia „się pokrzywdzonego na własne życie [...]” będącego następstwem znęcania się fizycznego lub psychicznego żołnierza nad podwładnym, w tym także połączonego ze szczególnym okrucieństwem). Nie zawsze musi być to natomiast oczywiście w sytuacji przewidzianej w art. 151 k.k., gdzie

Zapewne sytuacji, w których zasadne byłoby sięganie tu po konstrukcję nadużycia prawa, może być więcej<sup>1414</sup>.

Na marginesie warto zauważyć, że na osobne opracowanie zasługuje powszechna i najprawdopodobniej prawie zawsze bezprawna eksploatacja *post mortem*, w celach reklamowych, podobizny A. Einsteina<sup>1415</sup>, który z jednej strony pozwalał sobie na niekonwencjonalne portrety, np. wtedy, gdy pokazywał fotografującemu go reporterowi język, ale z drugiej strony zabiegał niekiedy o rygorystyczną ochronę swoich dóbr osobistych, np. zakazując ujawniania miejsca swego pochówku<sup>1416</sup>. Przypuszczam,

poza odpowiedzialnością karną za doprowadzenie człowieka namową do targnięcia się na własne życie (taką sytuację oceniam analogicznie do wcześniej wspomnianych), przewidziano również ową odpowiedzialność za doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie przez udzielenie pomocy, wydaje się bowiem, że nie zawsze udzielenia takiej pomocy, np. nieuleczalnie choremu i ciężko cierpiącemu, może być oceniane jako czyn skierowany przeciw dobrom drugiego człowieka, mimo jednoznacznej oceny przewidzianej w tym przepisie.

<sup>1414</sup> Dawno temu B. Michalski przestrzegał, iż „zgodnie z zasadami współżycia społecznego i etyki zawodowej istnieje obowiązek przy dalszym wykorzystaniu zdjęcia uwzględniania pewnych sytuacji życiowych np. tragiczna śmierć osoby, która pozowała do zdjęcia” („Prawo do wizerunku”..., nr 16/1970, s. 37).

<sup>1415</sup> Na przykład w reklamie PKO..., s. 11.

<sup>1416</sup> Leopold Infeld wspominał: „Poznałem też w Bernie profesora Nathana, którego Einstein mianował wykonawcą swego testamentu [...]. Nathan opowiadał mi, że Einstein zarządził w testamencie, ażeby jego pogrzeb odbył się w tajemnicy, ażeby nikt nie wiedział, gdzie są jego prochy, i istotnie Nathan nikomu nie zdradził, co się z nimi stało. Pogrzeb odbył się podobno wcześniej rano, koło godziny piątej – z udziałem Nathana, najbliższej rodziny i sekretarki Einsteina” (Szkice..., s. 262). Warto się przy tej informacji zatrzymać w pracy poświęconej ochronie dóbr osobistych zmarłego także z innego powodu. „W poniedziałek 18 kwietnia 1955 r. o godzinie 115 Einstein zmarł. Tego samego dnia jego zwłoki poddano kremacji w Trenton, a popioły rozsypano w nieznanym miejscu. Zanim [...]” jednak „skremowano ciało Einsteina, Thomas Stoltz Harvey, patolog szpitalu w Princeton, wyjął bez pozwolenia rodziny Einsteina jego mózg, mając nadzieję, że w przyszłości neurobiologia będzie mogła odkryć, co sprawiło, że Einstein był tak inteligentny” (Albert Einstein...). Dla moich rozważań interesujące są pośmiertne losy właśnie tego mózgu, który po „siedmiu godzinach od zgonu [...] Einsteina został wyjęty, ważony, zmierzony i zakonserwowany [...] w obecności Ottona Nathana, wykonawcy testamentu. Harvey przeprowadził sekcję zwłok Einsteina w zastępstwie neuropatologa Harry’ego Zimmermana. Harvey wstrzyknął 10% formalinę do tętnic szyjnych wewnętrznych, a następnie wyjęte z czaszki mózgowie umieścił w roztworze formaliny o tym samym stężeniu. Podczas gdy mózg był konserwowany, Harvey został wezwany na konferencję do Armed Forces Institute of Pathology w Waszyngtonie, gdzie spotkał się z Webbem Haymakerem i innymi neuropatologami, m.in. Gerhardtem Von Buninem, Hartwigiem Kuhlenbeckiem, Jerzym Rosem i Walle’em Nautą. Nie zgodził się jednak oddać preparatu i na własną rękę zajął się opracowaniem mózgu. Waga mózgowia wynosiła 1230 g. Harvey sfotografował je w kilku ujęciach, po czym pociął je na około 240 bloków (po około 10 cm<sup>3</sup>) i zatopił w celoidynie (co uniemożliwiło w przyszłości zastosowanie takich metod barwienia jak metoda Golgiego). Z otrzymanych bloków sporządzono preparaty histologiczne wybarwione fioletem krezylowym. Preparaty przekazał neuropatologom: Baileyowi i Von Boninowi z University of Illinois, Naucie z MIT i Zimmermanowi, wówczas w Montefiore Hospital. Wszyscy uznali, że histologicznie mózg Einsteina nie odbiega pod żadnym względem od normalnego mózgowia. Harvey wyjął również gałki oczne i przekazał je Henry’emu Abramsowi, okuliście Einsteina. Za samowolne pobranie narządów i odmowę ich zwrotu podobno stracił posadę [...]. Istnieją sprzeczne opinie na temat, czy Einstein i jego rodzina wyrazili zgodę na pobranie mózgu do badań. Ronald Clark w biografii Einsteina z 1971 roku podaje, że uczyony miał nalegać na zbadanie mózgu i skremowanie reszty ciała. Syn Hans Albert Einstein miał także wyrazić zgodę, ale z zastrzeżeniem, że wyniki prac zostaną opublikowane przez prestiżowe czasopisma naukowe. Według Roberto Salvatorego z Johns Hopkins School of Medicine, Harry Zimmerman otrzymał ustną zgodę Einsteina na pośmiertne zbadanie mózgu, ale nie na publikację wyników. Harvey nie miał natomiast zgody na zachowanie mózgu w swoim domu i nikogo o tym fakcie nie poinformował. W 1978 roku losy mózgu Einsteina po autopsji prześledził dziennikarz Steven Levy, który dotarł do Harveya. Preparaty były przechowywane przez ponad dwadzieścia lat w dwóch słojach z formaliną. W tym samym roku Harvey udzielił wywiadu redaktorowi Science, przyznając, że nie ukończono żadnej publikacji na temat preparatu.

że także merkantylna eksploatacja na szyldach, formularzach, drukach korespondencji i kopertach oraz w reklamie innego rodzaju, przez Spółdzielczą Kasę Oszczędnościowo-Kredytową im. Franciszka Stefczyka, zdjęcia F. Stefczyka, odbywa się bezprawnie<sup>1417</sup>, nie

Część rodziny (w tym prawnuczka Evelyn Einstein) uważała postępowanie Harveya za zwykłą kradzież. Mimo wielu ofert, Harvey odrzucał wszystkie dotyczące kupna fragmentu mózgu Einsteina. Preparaty udostępniał tylko niektórym neuropatologom; publikację pracy Diamond z 1985 roku poprzedziła jej trzyletnia korespondencja z Harveyem, który w końcu zgodził się wysłać jej cztery fragmenty mózgu. W 1998 roku «zmęczony odpowiedzialnością» Harvey przekazał zachowane części mózgu Einsteina do University Medical Center w Princeton. Historię mózgu Einsteina i okoliczności przekazania preparatów w zbeletryzowanej formie opisał dziennikarz Michael Paterniti (*Mózg Alberta Einsteina...*, tamże piśmiennictwo). Nieco szerzej znana jest w Polsce historia losów mózgu Józefa Piłsudskiego. Stanowiła ona przedmiot pracy M. Rose zatytułowanej „Mózg Józefa Piłsudskiego (Le cerveau de Joseph Pilsudski). Cz. 1.”, opublikowanej w 1938 r. w Wilnie. Było to w istocie opracowanie napisane „pod redakcją prof. Maksymiliana Rosego w Polskim Instytucie Badań Mózgu w Wilnie [...]”, podsumowujące „pierwszy etap prac neuroanatomicznych nad morfologią i cytoarchitektoniką zmarłego w 1935 roku marszałka Józefa Piłsudskiego. Praca wydana została w Wilnie nakładem drukarni Józefa Zawadzkiego w ograniczonej liczbie egzemplarzy. Do dziś zachowało się kilka kopii tego dzieła. Śmierć prof. Rosego i wybuch II wojny światowej uniemożliwiły opracowanie i publikację planowanych dalszych części”. Warto wspomnieć, że pośmiertne losy mózgu J. Piłsudskiego chyba nie budziły, jak dotąd, kontrowersji prawnych. „W nocy z 12 na 13 maja 1935 roku mjr dr Wiktor Kaliciński i dr Laskowski wyjęli i zabezpieczyli mózg. 21 maja 1935 preparat został w Pałacu Belwederskim w Warszawie przekazany Rosemu przez rotmistrza Aleksandra Hryniewiczza po czym wysłano go do Wilna i zdeponowano w Polskim Instytucie Badań Mózgu w specjalnie przeznaczonym do tego budynku [...]. Profesor Rose zmarł niespodziewanie 30 listopada 1937. Po jego śmierci nie kontynuowano tych prac, a losy mózgu Piłsudskiego są nieznane. Istnieje na ten temat kilka hipotez: preparaty zostały przekazane do dalszego opracowania prof. Oskarowi Vogtowi do Berlina; preparaty zostały wysłane do Warszawy do Instytutu im. Nenckiego, i uległy zniszczeniu podczas wojny; preparaty zostały zabrane przez rosyjskich neuropatologów do Moskwy; pojemnik z mózgiem został ukryty na terenie wokół PIBM przez kilku profesorów uniwersytetu w 1939. Zaginął nie tylko preparat mózgu Piłsudskiego, ale też wszystkie odlewy i oryginalne klisze zdjęciowe, a także wszystkie inne preparaty z PIBM” (*Mózg Józefa Piłsudskiego...*, tamże tablica „z atlasu przedstawiająca powierzchnię grzbietową mózgowia Piłsudskiego”). Jak powszechnie wiadomo, ciało „marszałka złożono w krypcie św. Leonarda na Wawelu. Przez pewien czas trwały jednak spory pomiędzy władzami duchownymi a świeckimi dotyczące miejsca spoczynku Piłsudskiego” (*Józef Piłsudski...*). Z kolei w 1936 r. jego serce złożone w grobie jego matki na cmentarzu na Rossie w Wilnie. Anonimowe zdjęcie głowy martwego Piłsudskiego, opublikowane pierwotnie w „Gdy wódz odchodził w wieczność... Album pamiątkowe uroczystości pogrzebowych Józefa Piłsudskiego w Warszawie i Krakowie”, wydanym w 1935 r. przez Spółkę Wydawniczą Kurjer, jest dostępne w Internecie (*Józef Piłsudski...*). Wartą uwagi jest zamieszczona we wskazanym miejscu internetu informacja dotycząca licencji tego zdjęcia: „To zdjęcie jest w domenie publicznej ponieważ wedle Art. 3 prawa autorskiego z 29 marca 1926 i Art. 2 prawa autorskiego z 10 lipca 1952 fotografie polskich autorów (lub które ukazały się po raz pierwszy w Polsce lub równocześnie w Polsce i za granicą) opublikowane bez wyraźnego zastrzeżenia prawa autorskiego przed zmianą prawa 23 maja 1994 nie podlegają ochronie – należy domniemywać, że są własnością publiczną. Uwaga: w opisie grafiki należy podać źródło i datę publikacji [...]. This image (or other media file) is in the public domain because its copyright has expired and its author is anonymous. This applies to the European Union and those countries with a copyright term of 70 years after the work was made available to the public and the author never disclosed their identity. Important: Always mention where the image comes from, as far as possible, and make sure the author never claimed authorship. Note: In Germany and possibly other countries, certain anonymous works published before July 1, 1995 are copyrighted until 70 years after the death of the author. See Aktuelle Rechtslage in Deutschland, last paragraph. If the author identified her/himself publicly, do not use this template. If the work is anonymous or pseudonymous (e.g., published only under a corporate or organization's name), use this template for images published more than 70 years ago. For a work made available to the public in the United Kingdom, please consider using Template: PD-UK-unknown instead”. Tamże opublikowana jest fotografia Piłsudskiego dekorującego w 1926 r., w pałacu Radziwiłłów w Nieświeżu, „orderem Virtuti Militari IV klasy sarkofag ze zwłokami swego adiutanta, Stanisława Radziwiłła, poległego [...]” 28 IV 1920 r. w bitwie pod Malinem na Ukrainie.

<sup>1417</sup> Zagadnienie stosowania tu regulacji dotyczących firmy nie jest oczywiste w świetle art. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy z 14 XII 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. z 1996 r.,

ma bowiem osób uprawnionych do pośmiertnego wykonywania jego praw osobistych<sup>1418</sup>.

**X. Pośmiertny status wizerunku w świetle pozostałych unormowań zawartych w art. 81.** Owe unormowania dotyczą statusu wizerunku zarówno *ante*, jak i *post mortem*. I tak, zgodnie z postanowieniem zawartym w ust. 1 zd. 1 „w braku wyraźnego zastrzeżenia zezwolenie [na rozpowszechnianie wizerunku – uw. J.M.] nie jest wymagane, jeżeli osoba ta [czyli sportretowana – uw. J.M.] otrzymała umówioną zapłatę za pozowanie”<sup>1419</sup>. Forma tego zastrzeżenia może być różna. Także taka jak „umowa zobowiązująca do wpłacania na rzecz portretowanego odpowiedniego procentu wynagrodzenia za każde kolejne odpłatne wykorzystanie zdjęcia”<sup>1420</sup>. Jeżeli tylko z umowy tej nie wynika, że uprawnienie do rozpowszechniania i korzystania z wizerunku nie wygasa z chwilą śmierci sportretowanego, zachowuje ono swą doniosłość także po jego śmierci<sup>1421</sup>, zarówno gdy chodzi o pośmiertną skuteczność zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku, jak i umówioną zapłatę, tyle że po śmierci sportretowanego uprawnieni majątkowo, o ile wcześniej nie nastąpiło przeniesienie tego prawa, będą do niej jego spadkobiercy. Wątpliwości może natomiast budzić istnienie uprawnienia do tej zapłaty po upływie dwudziestu lat od śmierci osoby przedstawionej na wizerunku, czyli w okresie, w którym zgoda nie jest już warunkiem dopuszczalności rozpowszechniania wizerunku (art. 83 *in fine*)<sup>1422</sup>. Nie można jednak wykluczyć, że otrzymujący zezwolenie zobowiąże się w umowie do uiszczania stosownych opłat także przez okres, w którym zezwolenia na rozpowszechnianie nie jest już konieczne.

Z art. 81 ust. 1 zd. 2 wynika oczywisty wniosek, że nie zawsze otrzymanie zapłaty za pozowanie, umożliwić będzie twórcy wizerunku lub osobom, które swe prawa od

---

Nr 1, poz. 2 ze zm.), zgodnie z którymi spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe są spółdzielcami i prowadzą działalność niezarobkową (zob. także § 1 pkt 1 i § 3 pkt 4 statutu Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej im. Franciszka Stefczyka, <http://www.skokstefczyka.pl/upload/fck/file...>). Mimo to nie brakuje argumentów za obowiązywaniem i tutaj przepisów prawa firmowego, art. 43<sup>1</sup> k.c. nie wymaga przecież prowadzenia działalności zarobkowej przez przedsiębiorcę. Pogląd R. Markiewicz, przedstawiony 6 XI 2009 r., podczas dyskusji w Instytucie Prawa Własności Intelektualnej UJ, o przypuszczalnym uzyskaniu zgody na wspomnianą eksploatację nazwiska i wizerunku F. Stefczyka od innych członów jego rodziny, którzy mogliby podnosić ewentualne roszczenia powołując się na potrzebę ochrony swego dobra osobistego kultu pamięci zmarłego, nie czyni bezzasadnym zarzutu bezprawności przynajmniej w odniesieniu do eksploatacji nazwiska F. Stefczyka w firmie Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej im. Franciszka Stefczyka, albowiem art. 43<sup>5</sup> § 3 zd. 2 k.c. dopuszcza umieszczenie w firmie nazwiska lub pseudonimu osoby fizycznej wyłącznie na podstawie „pisemnej zgody tej osoby, a w razie jej śmierci – zgody jej małżonka i dzieci”. Podczas wspomnianej dyskusji J. Szwaja zwrócił uwagę, że o podobnej argumentacji usprawiedliwiającej wykorzystanie imienia postaci historycznej nie sposób mówić w odniesieniu do Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Pożyczkowej im. Królowej Jadwigi istniejącej w Krakowie od 1995 r. (por. <http://www.krolowejjadwigi.skok.pl>). Warto wspomnieć, że następuje „skokowa” metamorfoza funkcji nazwiska F. Stefczyka, jeśli w polemikach pojawiają się już niezbyt zakamuflowane epitety w rodzaju „Superkasa Stefczyka”, o czym w związku z toczącym się postępowaniem karnym przygotowawczym wzmianka w uzasad. wyr. SN z 28 I 2009 r. (IV CSK 346, OSP poz. 122/2009, s. 851).

<sup>1418</sup> Inaczej może to wyglądać, ze względu na odmienną porządku prawnego, z wykorzystaniem podobizny francuskiego odkrywcy lecytyny N. T. Gobley’a, na ulotkach reklamowych, załączanych do produktów wzmacniających produkowanych przez NYCOMED Pharma Sp. z o.o. w Warszawie. Zob. także wizerunek W. Grabskiego, utworzony z elementów wydrukowanego tekstu, w reklamie NPB Nagroda im. Władysława Grabskiego. *Konkurs...*, s. III.

<sup>1419</sup> Zob. także E. Ferenc-Szydełko, *Kształtowanie...*, s. 120, zob. także s. 109.

<sup>1420</sup> B. Michalski, *„Prawo do wizerunku”...*, nr 16/1970, s. 39. Zob. nadto E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 113 i n.

<sup>1421</sup> Por. J. St. Piątowski, *Prawo...*, s. 43-44.

<sup>1422</sup> Nadto zob. J. Kaczor, *Pojęcie...*, s. 34 i n.

niego wywodzą, rozpowszechnianie wizerunku<sup>1423</sup> w okresie życia i w ciągu dwudziestu lat od śmierci osoby nań przedstawionej. *Prima facie* wydaje się, że zastrzeżenie, o którym tu mowa, może dotyczyć generalnego zakazu rozpowszechniania wizerunku. Przemawia za tym kontekst tej regulacji, ale jej treść nie wyklucza przecież uznania, że zastrzeżenie, tak jak chce ustawodawca: wyrażne, wyłączać będzie tylko określone formy rozpowszechniania bez uzyskania zezwolenia osoby sportretowanej, np. poprzez wskazanie wyłączonych postaci edycji czy zakaz archiwizacji<sup>1424</sup>. Nie ma żadnych powodów, dla których skuteczności tego rodzaju zastrzeżenia nie można byłoby odnieść do warunków rozpowszechniania wizerunku *post mortem*. Inna sprawa, że tego rodzaju ograniczenie może być sformułowane zarówno w postaci zastrzeżenia przewidzianego w art. 81 ust. 1 zd. 1, jak również poza sytuacją tamże przewidzianą, a więc jako element zezwolenia, o którym mowa w zd. 1 tego przepisu.

Choć może się to wydawać paradoksalne, wolno postawić pytanie, czy ograniczenie zawarte w zezwoleniu, które z myślą o osobie sportretowanej przewidziano w art. 81 ust. 1 zd. 1, może być dokonane po śmierci sportretowanego? Gdybyśmy bowiem dopuścili możliwość uprawnienia osób wskazanych przez sportretowanego do udzielenia *post mortem* zezwolenia na rozpowszechnianie jego wizerunku, należałoby konsekwentnie przyjąć, że są one uprawnione, o ile sportretowany nie wyraził odmiennej woli, także do formułowania ograniczeń dotyczących tego rozpowszechniania. Nie wchodziłoby natomiast w rachubę późniejsze zastrzeżenie w sytuacji przewidzianej w zdaniu drugim tego przepisu; jego końcowa część wyklucza możliwość uznania uprawnienia do wyrażenia przewidzianego tamże zastrzeżenia przez kogokolwiek innego niż sportretowany.

Czy wymóg otrzymania umówionej zapłaty należy uznać za spełniony jeżeli ten, komu zależało na rozpowszechnianiu wizerunku przekazał zgodnie z warunkami umowy zapłatę osobie przedstawionej na wizerunku, ale osoba ta jej nie odebrała i zmarła? Art. 81 ust. 1 zd. 2 wymaga tylko otrzymania umówionej zapłaty, nie zaś jej odebrania. Dlatego przyjąć należy, że z otrzymaniem tej zapłaty mamy do czynienia już wówczas, gdy osoba ta mogła umówioną zapłatę odebrać<sup>1425</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że jeśli osoba przedstawiona na wizerunku otrzymała umówioną zapłatę i nie sformułowała wyraźnego zastrzeżenia, możliwe jest rozpowszechnianie wizerunku także w okresie dwudziestu lat od jej śmierci.

Ustawodawca nie wyjaśnia, co może być treścią owego zastrzeżenia, choć bez wątplenia miał na względzie zakaz rozpowszechniania wizerunku. Tyle że zapis zawarty w art. 81 ust. 1 zd. 2 nie wyklucza tego, iż treścią zastrzeżenia może być nie tylko ogólny zakaz rozpowszechniania. Jest więc możliwe, a nawet prawdopodobne, że treścią tego zastrzeżenia będzie wykluczenie możliwości jedynie późniejszego rozpowszechniania. Tym bardziej, że jeśli na mocy zastrzeżenia przewidzianego w tym przepisie, osoba na wizerunku przedstawiona może zabronić rozpowszechniania swego

<sup>1423</sup> A tak było na gruncie art. 24 § 1 *in fine* p.a. 1952.

<sup>1424</sup> Por. B. Michalski, „*Pravo do wizerunku*”..., nr 16/1970, s. 35.

<sup>1425</sup> Art. 81 ust. 1 zd. 2 mówi o zapłacie otrzymanej przez osobę na wizerunku przedstawioną, stąd wchodzi tu w rachubę otrzymanie tej sumy przez jej przedstawiciela, także pełnomocnika, natomiast wydaje się kląć z taką regulacją otrzymanie tej sumy przez inną osobę wskazaną przez sportretowanego, w tym także taką, która będzie mogła otrzymać tę sumę po jego śmierci. Osobna sprawa, że nie znajduję merytorycznego uzasadnienia dla takich ograniczeń. Na marginesie warto zapytać, czy ten, o kogo wizerunek chodzi, może w ogóle wskazać osobę, która będzie otrzymywać ustaloną kwotę za wykorzystywanie jego wizerunku *post mortem*? Wydaje się, że tak, bo mieści się to w granicach wymogów, którymi można opatrzyć zezwolenie. Takie zezwolenie winno zaś być skuteczne późniertnie w całości, także więc w tej części, która odnosi się do wskazania osoby uprawnionej do otrzymania zapłaty za rozpowszechnianie wizerunku zmarłego. Osobna sprawa, jak potraktować takie wskazanie osoby uprawnionej do otrzymania zapłaty? Być może jako umowę o świadczenie na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.)?



wizerunku zarówno za życia, jak i przez dwadzieścia lat od swojej śmierci, to tym bardziej może ograniczyć rozpowszechnianie także *post mortem* określając jakieś wymogi albo czas, w którym rozpowszechnianie jej wizerunku nie powinno mieć miejsca. Wbrew więc sugestii, że zastrzeżenie, o którym mowa w art. 81 ust. 1 zd. 2, może zawierać tylko ogólny zakaz rozpowszechniania, nie wolno wykluczać interpretacji przedstawionej wyżej, opartej o *argumentum a maiori ad minus*. Nie ma też żadnych istotnych przeszkód, aby dopuścić zastrzeżenia obwarowane wymogami, o ile tylko mieszczą się w granicach ustaw oraz nie naruszają zasad słuszności; zastrzeżenie takie może przy tym przybrać postać zarówno zezwolenia na rozpowszechnianie uzależnionego od spełnienia warunków, jak i zakazu rozpowszechniania uzależnionego od wystąpienia warunków, prócz wspomnianych wyżej ograniczeń czasowych, tak *ante*, jak i *post mortem*<sup>1426</sup>. Widać więc, że zastrzeżenie przewidziane w art. 81 ust. 1 zd. 2, w typowej sytuacji przybierające postać ogólnego zakazu rozpowszechniania wizerunku, może się upodobnić do zezwolenia, o którym mowa w art. 81 ust. 1 zd. 1, którego zresztą jest specyficzną odmianą. Stąd należy do tego zastrzeżenia odnieść wszystkie uwagi, które dotyczą samego zezwolenia. I to nawet nie odpowiednio, ale wprost.

Warto wspomnieć jeszcze o stanowisku J. Barty i R. Markiewicza (choć przypuszczam, że tylko jednego z nich), którzy z czasowego ograniczenia prawa dochodzenia ochronnych roszczeń przewidzianego w art. 83 wyprowadzają wniosek, iż nie daje ono „podstaw do stwierdzenia, iż prawo to trwa po śmierci tej osoby, której dotyczy wizerunek”<sup>1427</sup>. Nie dostrzegam wskazanego uzasadnienia dla takiego poglądu, a więcej, gdyż z czasowego ograniczenia możliwości dochodzenia roszczeń spowodowanych bezprawnym rozpowszechnianiem wizerunku<sup>1428</sup> bynajmniej nie wynika niedopuszczalność podnoszenia roszczeń związanych z takim rozpowszechnianiem tego wizerunku *post mortem*, który będzie naruszał inne dobra zmarłego, np. jego cześć. Z tego, ale i nie tylko z tego powodu, nie podzielam przeprowadzonego przez jednego z tych autorów krytyki poglądu T. Grzeszak, iż „celem art. 81 pr.aut jest wyłącznie usunięcie kolizji praw podmiotowych: a) autorskiego – twórcy portretu – do utworu i b) prawa osobistego osoby portretowanej do jej wizerunku”<sup>1429</sup>, z powołaniem się na to, że „przepis ten należy stosować także wtedy, gdy portret nie jest utworem”<sup>1430</sup>, albowiem taka interpretacja czyniłaby iluzoryczną ochronę wizerunku przewidzianą w art. 23 k.c., pomijając to, że usytuowanie art. 81-83 zdaje się jednoznacznie przesądzać o tym, iż chodzi tu wyłącznie o wizerunki będące przedmiotem prawa autorskiego<sup>1431</sup>, inne wizerunki przedmiotem tego prawa w świetle art. 1 być przecież nie mogą<sup>1432</sup>.

<sup>1426</sup> Por. o „obowiązku uzyskania odrębnej zgody na rozpowszechnianie, wyszczególnienia warunków, które musi spełnić osoba rozpowszechniająca, czy też kwestii, że wizerunek będzie rozpowszechniony po upływie pewnego okresu czasu” (J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie...*, RP nr 2/2001, s. 97).

<sup>1427</sup> *Wokół prawa...*, s. 28.

<sup>1428</sup> Por. np. orz. SA w Warszawie z 19 IV 2000 r. (I ACa 1455/99, OSA nr 5/2001, s. 46).

<sup>1429</sup> *Glosa...*, s. 320.

<sup>1430</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 28 przyp. 35. W takim też duchu wydaje się być sformułowana druga teza wyr. SA w Warszawie z 13 I 1999 r. (I ACa 1089/98, OSP poz. 142/2000), w której stwierdzono, że zakres „ochrony wizerunku w sposób szczegółowy określa art. 81 prawa autorskiego [...]”, który to pogląd, zważywszy kontekst orzeczenia dotyczącego ochrony wizerunku niestanowiącego przedmiotu prawa autorskiego, uważam za błędny; zob. także M. Czajkowska-Dąbrowska, *Glosa*, OSP poz. 142/2000, s. 469 i n.

<sup>1431</sup> Inaczej, jeszcze na gruncie p.a. 1952, uważa K. Stefaniuk, *Naruszenie...*, s. 66.

<sup>1432</sup> Zob. nadto M. Szaciński, *Fotografia...*, s. 131, zob. także s. 132. Por. orz. SA w Warszawie z 13 I 1999 r. (I ACa 1089/98, OSP poz. 142/2000); M. Czajkowska-Dąbrowska, *Glosa*, OSP poz. 142/2000, s. 470 i n.

Pośmiertny walor zachowują też postanowienia zawarte w art. 81 ust. 2. Stwierdzają one, że „zezwolenia nie wymaga rozpowszechnianie wizerunku: 1) osoby powszechnie znanej, jeżeli wizerunek wykonano w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznych, w szczególności politycznych, społecznych, zawodowych, 2) osoby stanowiącej jedynie szczegół całości, takiej jak zgromadzenie, krajobraz, publiczna impreza”<sup>1433</sup>.

Można się tylko zastanawiać czy „bycie osobą powszechnie znaną”<sup>1434</sup> jest dostatecznie trwałą cechą, czy też może ulec zanikowi już w okresie dwudziestu lat od jej śmierci? Jest nader prawdopodobne, że część z tych osób, które są dziś powszechnie znane może być za dwadzieścia lat znana tylko w określonych kręgach, np. wiekowych lub zawodowych. Przepis, który rozważaną regulację zawiera, w szczególności jego *ratio legis*, przemawia za interpretacją, że aby zezwolenie na rozpowszechnianie było zbędne konieczne jest, aby osoba, której podobizna ma być rozpowszechniona, była jeszcze powszechnie znana w chwili rozpowszechniania, choćby już nie żyła. Inny, ale też szerzej zorientowany pogląd wyrażono na gruncie art. 24 § 2 pkt 1 p.a. 1952, poprzedzając go opinią, iż jest sprawą sporną, czy przewidziana w tymże unormowaniu „powszechna znajomość” ma „charakter ograniczony w czasie czy też trwa stale niezależnie od aktualnej sytuacji takiej osoby”<sup>1435</sup>. Jego autor zauważył bowiem: „wydaje się, iż wyłączając pewne szczególne wypadki związane głównie z fotografią odnoszącą się do szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości i lecznictwa, względnie zdjęciami, których publikacja może naruszać cudze prawa osobiste, osoba która raz stała się przedmiotem powszechnego zainteresowania nie traci swych właściwości ze względu na upływ czasu”<sup>1436</sup>.

Warto przy tym dodać, że na gruncie p.a. 1952 nie było wątpliwości co do tego, że swoboda rozpowszechniania wizerunków osób powszechnie znanych nie mogła odnosić się do wizerunków uczynionych pośmiertnie, albowiem art. 24 § 2 pkt 1 p.a. 1952 uzależniał swobodę ich rozpowszechniania także od tego, czy osoby te uczyniły zastrzeżenie przy portretowaniu. Dopuszczenie owego zastrzeżenia przy portretowaniu jednoznacznie wskazywało, że regulację tę ograniczono do wizerunków dokonywanych za życia portretowanego. Przy tym nie chodziło tu tylko o możliwość dokonania tego zastrzeżenia, ale również o pojęcie „portretowania”, którego nie należało odnosić do wykonywania jakiegokolwiek portretu (np. fotografii reporterskiej albo portretu „według zdjęcia”) <sup>1437</sup>, ale „do sytuacji, w której istnieje pewne uzgodnione współdziałanie między fotografującym a fotografowanym”<sup>1438</sup>. Te same argumenty wykluczały wówczas możliwość swobodnego rozpowszechniania portretów osób powszechnie znanych, gdy ów przymiot uzyskały one dopiero po śmierci. Na gruncie obecnego prawa autorskiego nie jest to już takie oczywiste, co istotne, bo może się przecież zdarzyć, że wizerunek wykonany w związku z pełnieniem funkcji publicznych będzie przedstawiał osobę, która stała

<sup>1433</sup> W poprzednim prawie autorskim uregulowano to inaczej: „Zezwolenia nie wymaga rozporządzanie wizerunkami: 1) osób powszechnie znanych, chyba że uczyniły zastrzeżenie przy portretowaniu, 2) stanowiącymi jedynie szczegół obrazu przedstawiającego obchód, zgromadzenie, krajobraz itp.” (art. 24 § 2 p.a. 1952). Zob. nadto A. Kopff, *Koncepcja...*, s. 37; A. Kopff, *Treść...*, s. 165, zob. także s. 163; J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 388; J. Barta, R. Markiewicz, *Widowisko...*, s. 29 i 31; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie...*, RP nr 2/2001, s. 98-99; . Tyrka, *Koncepcja...*, s. 100-101. Por. np. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Granice...*, s. 18 i n. Nadto zob. R. Stefanicki, *Glosa do wyroku z 26 II 2002...*, s. 123-125; nadto zob. tezę 2 wyr. SN z 20 VII 2007 r. (I CSK 134/07, LEX nr 485999); wyr. SN z 24 I 2008 r. (I CK 341/07, Mon. Praw. nr 2/2009, s. 95 i n.).

<sup>1434</sup> Por. J. Bleszyński, *Recenzja pracy J. D. Sieńczyło-Chlabicz...*, s. 118 i n.

<sup>1435</sup> B. Michalski, „Prawo do wizerunku”..., nr 15/1970, s. 17.

<sup>1436</sup> B. Michalski, „Prawo do wizerunku”..., nr 15/1970, s. 17.

<sup>1437</sup> Por. J. Jezioro, *Utwór...*, s. 106.

<sup>1438</sup> B. Michalski, „Prawo do wizerunku”..., nr 15/1970, s. 18.

się powszechnie znana dopiero po śmierci, np. w związku z okolicznościami jej śmierci. A art. 81 ust. 2 pkt 1 nie precyzuje, czy osoba musi być powszechnie znana w chwili wykonania wizerunku czy kiedykolwiek później, byle była taką osobą w chwili rozpowszechniania. W tej sytuacji należy uznać zasadność opinii, która przyjmuje swobodę rozpowszechniania wizerunków sporządzonych w związku z pełnieniem funkcji publicznych nawet wówczas, gdyby chodziło o osoby, które stały się powszechnie znane dopiero po śmierci. Zresztą, cel przyświecający owej interpretacji tożsamy jest z tym, który leży u podstaw regulacji zawartej w tym przepisie, nawet gdyby uznać, że określa on status wizerunków wyłącznie osób powszechnie znanych wyłącznie już za życia.

Warto zatrzymać się jeszcze przy rozważanych przesłankach swobody rozpowszechniania wizerunku, z których jedna wymaga, aby jego wykonanie pozostawało w związku z pełnieniem funkcji publicznej. Przepis ten nie przesądza bowiem tego, czy funkcja ta musi być pełniona w chwili wykonania wizerunku byle wykonanie go pozostawało w związku z pełnieniem tej funkcji. Możliwą jest więc do obrony wykładnia, zgodnie z którą przepis ten może również dotyczyć wizerunku pośmiertnego, w tym także fotografii np. zwłok polityka czy duchownego spoczywających w otwartej trumnie umieszczonej na katafalku, o ile jego wykonanie pozostaje w związku z pełnieniem przez osobę na nim przedstawioną funkcji publicznej. Próba podważania takiej interpretacji, która opierałaby się na wymogu pełnienia funkcji publicznej w chwili wykonania wizerunku, klóciłaby się z *ratio legis* tej regulacji. Moim zdaniem należy ją odnieść do każdej sytuacji, w której wykonanie tego wizerunku pozostaje w związku z pełnieniem tej funkcji, także wówczas, gdy chodzi o taki wizerunek osoby żyjącej, która już tej funkcji nie pełni, jak i o taki wizerunek osoby zmarłej.

Podobnie jest z art. 81 ust. 2 pkt 2: tu bowiem może również chodzić o wizerunek sporządzony pośmiertnie byle tylko stanowił on szczegół całości, takiej jak zgromadzenie, krajobraz czy publiczna impreza.

Osobnym zagadnieniem jest dopuszczalność publikacji wizerunków osób zmarłych, których wielokrotnie nie można uznać za osoby powszechnie znane, choć za publikacją ich wizerunków przemawiają istotne względy społeczne. Zagadnienie to nie jest uregulowane, praktyka zaś kształtuje pewne zwyczaje, które *de casu ad casum* poddawane są publicznej ocenie, tak było np. podczas dyskusji dotyczącej publikowania z zasłoniętymi czarnym nadrukiem oczami zdjęć wojskowych prokuratorów i sędziów oskarżających oraz skazujących działaczy i uczestników powojennych akcji zbrojnych oraz konspiracji<sup>1439</sup>. Późniejsze wystawy przygotowane przez IPN i pokazywane np. na wrocławskim Rynku, ukazywały wizerunki głównie zmarłych, także niedawno, funkcjonariuszy UB, SB i MO, już bez zakrywania ich oczu. Są powody, także związane z budzącymi niekiedy wątpliwości zasadami takich i podobnych przedsięwzięć edytorskich i wystawienniczych, aby rozważyć, w perspektywie *de lege ferenda*, określenie choćby podstawowych kryteriów prawnych dopuszczalności rozpowszechniania wizerunków zmarłych, gdy służyć to ma trosce o ochronę pamięci narodowej, wiedzy historycznej czy innym potrzebom informacyjnym i edukacyjnym.

<sup>1439</sup> Zob. np. R. (H.) Bubnicki, *Kto to jest...*, s. 3. Nadto zob. M. Zaborski, *Recenzja pracy...*, s. 181.

**XI. Ochrona wizerunku zwłok.** Uważam, że prawo do własnego wizerunku *post mortem* rozciąga się na prawo do wizerunku „swoich” zwłok. Problem to znany od lat<sup>1440</sup> i współcześnie dramatycznie, choć nie zawsze<sup>1441</sup>, aktualny<sup>1442</sup>; warto wspomnieć, że głośne w XIX w. spory sądowe wiązały się we Francji ze sfotografowaniem zwłok sławnej aktorki Rachel<sup>1443</sup>, zaś w Niemczech ze sfotografowania zwłok

<sup>1440</sup> I w jakimś, niewielkim stopniu, aktualny po czasy współczesne, zob. np. maskę pośmiertną J. Tuwima „autorstwa” A. Hyli w M. Urbanek, *Tuwim...*, s. 191. „O ile wcześniej był zwyczaj robienia zdjęć rodzinnych przy otwartej trumnie, o tyle obecnie stało się to zjawiskiem rzadkim. Zdarza się jeszcze na wsi, ale w miastach taki zwyczaj praktycznie nie istnieje” (*Zdjęcia zmarłych...*). Z moich obserwacji wynika, że i podczas pogrzebów w miastach, choć rzadko, zdjęcia takie są robione, dużo częściej zaś dokonywane są nagrania video uroczystości pogrzebowych, w tym także przedstawiające zwłoki w trumnie.

<sup>1441</sup> Podczas uroczystości pogrzebowych prawosławnego metropolity Bazylego, odbytych 13 II 1998 r. w praskim soborze św. Marii Magdaleny, twarz zmarłego była zasłonięta (zob. *Mogę spokojnie umierać...*, s. 92-93).

<sup>1442</sup> Fotografie zwłok sześciomiesięcznego chłopczyka zabitego podczas izraelskiej napaści na Liban w 2006 r. obiegły cały świat, zob. np. zdjęcie W. Grzędzińskiego [w:] *Najlepsze fotografie prasowe...*, s. 3. Zob. także zdjęcie tego samego fotografa przedstawiające brata rozpaczającego na zwłokami brata zabitego podczas wojny gruzińsko-rosyjskiej, umieszczone w reklamie Zapraszamy na wystawę..., s. A33. Niestety, w internecie nie brakuje wizerunków zwłok, co do których mamy pewność, że autorzy ich publikacji nie dostrzegają żadnego moralnego i prawnego problemu w ostatecznym naruszaniu tego dobra osobistego zmarłych, zob. np. *Polska śmierć. Felieton Jacka Dehnela: Polish way of death...* Odmiernym zagadnieniem jest fotografowanie egzekucji, zakazy w tej mierze często nie wynikały z troski o dramatyczną powagę takiego wydarzenia; Marii Zaporowskiej zawdzięczam zwrócenie uwagi na końcową część pkt 1 poufnego rozkazu z 11 VII 1941 r. niemieckiego płk Montua z Centralnego Pułku Policji: „Zakazuję fotografowania egzekucji i udzielania zgody na obecność widzów. Zarówno informacje o egzekucjach, jak i o miejscach pochówku mają zostać utrzymane w tajemnicy” (Ch. R. Browning, *Zwykli ludzie...*, s. 29). Warto na marginesie wspomnieć, że „Valentin, adoptowany syn byłego rumuńskiego dyktatora Nicolae Ceausescu i jego żony Eleny, zwrócił się do sądu o wydanie zakazu wystawiania niemiecko-szwajcarskiej sztuki poświęconej procesowi i egzekucji rodziców w grudniu 1989 roku – poinformował mecenas Haralambie Voicilas. – Zażądaliśmy wstrzymania wystawiania spektaklu «Ostatnie godziny Ceausescu» w teatrze Odeon w Bukareszcie, a także odszkodowania w wysokości jednego euro – powiedziała Voicilas, która jest adwokatem Valentina. Według niej Valentin i mąż jego zmarłej siostry Zoi zastrzegli przed dwoma laty w Biurze Patentowym «markę Ceausescu», co sprawia, że nazwisko byłego komunistycznego przywódcy nie może być wykorzystane w celach handlowych bez zgody właścicieli. – Dzieła o charakterze ściśle historycznym są wyłączone z tego zakazu. Celem wytoczenia sprawy sądowej nie jest wzbogacenie się, lecz uniemożliwienie ośmieszania nazwiska ojca – dodała adwokat. Spektakl został zrealizowany na podstawie autentycznych dokumentów audio i wideo. Po wystawieniu w grudniu ubiegłego roku w Bukareszcie, a potem w Berlinie, miał być prezentowany w Szwajcarii. Na razie nie wiadomo, czy rodzina Ceausescu domaga się zakazu jego wystawiania za granicą” ((po), *Syn dyktatora chce zakazać sztuki o ojcu...*). Wspomniane nagrania zapewne nie dotyczyły egzekucji, bowiem choć cały „proces był filmowany, jednak załoga filmowa nie nakręciła samej egzekucji, ponieważ strzelanina rozpoczęła się zbyt szybko. Małżeństwo zostało rozstrzelane przez pluton egzekucyjny, wśród nich była między innymi elita oddziału spadochroniarzy: Ionel Boeru, Dorin Cărlan i Octavian Gheorghiu, którzy strzelali z karabinów. Pluton egzekucyjny nie zaczął do momentu, aż skazani zostaną rozwiązani i zostaną im zawiązane oczy, tak jak ma to miejsce zazwyczaj przy egzekucjach. Pluton zaczął strzelać, gdy tylko skazani się pojawili. Po tym gdy przestano strzelać, ciała zostały przykryte płótnem. Pośpieszny proces i obraz ciał skazańców został sfilmowany, a film niemal natychmiast wyemitowany w wielu zachodnich krajach” (*Nicolae Ceausescu...*). Zob. nadto J. Mazurkiewicz, *Modlitwa za zmarłych...*, s. 6.

<sup>1443</sup> Jak zwraca uwagę J. Balcarczyk pierwsze „orzeczenie, które dało wyraz uznaniu bytu prawnego droit à l’image, datuje się na koniec XIX w. [werdykt ten zapadł w połowie XIX w., opublikowany został w 1858 r. – uw. J.M.]”; sprawa, „potocznie nazywana od imienia uwiecznionej osoby «Rachel», dotyczyła fotografii rysunku przedstawiającego ową artystkę na łożu śmierci. Jako że przekazanie wspomnianego rysunku odbyło się wbrew wyraźnemu sprzeciwowi rodziny zmarłej, jej spadkobiercy wnieśli pozew do Tribunal de Premiere de la Seine, domagając się konfiskaty zarówno samego

kanclerza Bismarcka<sup>1444</sup>, przez dwóch fotografów<sup>1445</sup>, którzy w dzień po jego śmierci, 30 VII 1898 r., przekupiwszy strażę, wślizgnęli „się do pokoju zmarłego [...]. Na skutek powództwa dzieci księcia Bismarcka obydwaj fotografowie zostali skazani przez Sąd Rzeszy [...] na wydanie negatywów i zakaz ich publikowania. Sąd Rzeszy w wyroku z 28 XII 1890 r. uzasadnił to w ten sposób, że fotografie mogły być zrobione tylko wskutek wejścia do pokoju zmarłego, a zatem – z punktu widzenia prawa karnego – wskutek naruszenia miru domowego [...]. Sąd Rzeszy został zmuszony do takiej argumentacji, ponieważ obowiązujące wówczas prawo cywilne nie znało pojęcia prawa do wizerunku, a przez to prawa spadkobierców do wizerunku. Ta luka [...] została następnie wypełniona przez [...]” ustawę o prawach autorskich do dzieł sztuki i fotografii z 9 I 1907 r., która w § 22 stanowi: „Podobizny mogą być rozpowszechniane lub wystawiane na pokaz tylko za zgodą osoby uwiecznionej. W razie wątpliwości zgodę poczytuje się za wyrażoną, jeśli osoba uwieczniona pobiera za to wynagrodzenie. Po śmierci uwiecznionego wymagana jest przez 10 lat zgoda osób najbliższych uwiecznionego. Osobami najbliższymi w rozumieniu ustawy są żyjący małżonek, dzieci uwiecznionego, a w razie braku współmałżonka i dzieci – rodzice uwiecznionego”<sup>1446</sup>.

Warto dodać, że sprawy dotyczące rozpowszechniania zdjęć pośmiertnych powracają „regularnie na sądowe wokandy w różnych krajach”,<sup>1447</sup> ze współczesnych

---

szkicu, jak i fotografii wraz z negatywami. Sąd, przychylając się do żądania powodów, stwierdził, iż «Nikt nie może bez wyraźnej zgody rodziny powielać ani udostępniać publicznie wizerunku osoby na jej łożu śmierci, niezależnie od tego, jak znaną osobą był umierający». Pomimo iż postawą wyroku było prawo do prywatności, uzasadnienie orzeczenia zawierało także tezę, zgodnie z którą «prawo do sprzeciwiania się reprodukcji wizerunku jest absolutne. Znajduje ono swoje korzenie w szacunku dla bólu rodziny, pominięcie którego jest równoznaczne z pogwałceniem najintymniejszego i godnego szacunku cierpienia»” (*Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 222). Nadto zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Dobra osobiste osób fizycznych...*, s. 99.

<sup>1444</sup> Zob. E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 102 przyp. 1; H.-P. Götting, *Personality Rights...*, s. 14-15; Por. J. Balcarczyk-Myczkowska, *Prawo...*, PzW z. 89, s. 278; J. Barta, R. Markiewicz, *Dobra osobiste osób fizycznych...*, s. 99; J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 205 i n.

<sup>1445</sup> Zdjęcie to, autorstwa M. Priester i W. Wickle, było opublikowane po raz pierwszy w 1952 r., „nie wywołując wielkiego wrażenia”, na łamach „Frankfurter Illustrierte”, na co zwrócił mi uwagę P. Zaporowski (N. Błaszczyk, *Między sztuką a tabloidem...*). I dzisiaj musiałoby być ono uznane za naruszające prawo do prywatności nie tylko dlatego, że kłóciło się z mitem Żelaznego Kanclerza, ukazując jego trupa pośród nieładu poduszek, z uwiązaną w supeł na szczycie głowy chustą podtrzymującą szczękę, ze stojącym przy łożu nocnikiem. Autorka publikuje tamże pośmiertne fotografie rozstrzelanego meksykańskiego cesarza Maksymiliana I i zamordowanego w niewoli Che Guevary.

<sup>1446</sup> I. von Münch, *Ogólne prawo...*, s. 62-63. Por. B. Kordasiewicz, *Jednostka...*, s. 172. W Polsce za „pierwszego zawodowego fotoreportera uznaje się Mariana Fuksa, który w 1904 roku wykonał fotografię zmarłego z głodu doróżkarza” (R. M. Sarbiński, *Fotografia...*, s. 29 przyp. 2), choć zdjęcia pośmiertne robione były i w Polsce dużo wcześniej (o takim zdjęciu, zmarłego w 1861 r. abp. A. M. Fijałkowskiego wspomina E. Ferenc-Szydelko, *Prawo autorskie...*, s. 131, zaś na pomnikach nagrobnych z XIX w. do dziś znajdują się fotografie pośmiertne, w szczególności dzieci, np. na lubelskim cmentarzu przy ul. Lipowej). Z reguły, choć nie zawsze, w szczególności nie w odniesieniu do portretów dziewiętnastowiecznych, wizerunki wykorzystywane na nagrobkach, wydają się nie spełniać wymogów utworu w rozumieniu prawa autorskiego (por. R. Niemczyński, *Zasady fotografii...*, s. 250-252; T. Cyprian, *Fotografia...*, s. 18; B. Michalski, *Reporterska...*, s. 36; J. Błęszyński, *Fotografia...*, s. 94 przyp. 10 i s. 98-99), co czyni mało znaczącą kwestię ochrony dóbr osobistych twórcy. Zob. także np. fotografię S. Wyspiańskiego na łożu śmierci przy artykule J. Nowickiej, *Krakowski...*, s. A31, tamże informacja, iż „Wyspiański zastrzegł, że w czasie uroczystości nie życzy sobie przemówień. W imieniu artystów chciał zabrać głos Zenon Przesmycki, w imieniu miasta – Juliusz Leo. Ale mów nie było”.

<sup>1447</sup> B. Kordasiewicz, *Jednostka...*, s. 192.

znanym szeroko był proces wytoczony „tygodnikowi «Paris Match» przez wdowę i dzieci po Jeanie Gabinie [...] w związku z rozpowszechnianiem «zdjęcia aktora na łożu śmierci»<sup>1448</sup>, zakończony połowicznym sukcesem, gdy dopiero «w trzecim dniu od chwili pojawienia się na rynku wyrok opiewał na zajęcie czasopisma i zakaz jego rozpowszechniania»<sup>1449</sup>. Warto też wspomnieć o sprawie rozstrzygniętej przed kilkoma laty przez Oberlandesgericht w Düsseldorfie, spowodowanej opublikowaniem przez ogólnokrajową gazetę zdjęcia „męża powódki w chwili śmiertelnego przysypania na budowie. Na zdjęciu widać [...]” było „wyraźnie twarz i szeroko rozwarte usta mężczyzny [...]” i choć wydawca dokonał retuszu w taki sposób, aby nie można było rozpoznać denata «Sąd przyznał powódce 8000 DM zadośćuczynienia dlatego, że opublikowanie zdjęcia jej męża naruszało granice przyzwoitości („Schamgrenze”) w trudny do zaakceptowania sposób”, nadto z uzasadnieniem, że zmarłemu „człowiekowi należy się bowiem odpowiedni szacunek.”<sup>1450</sup>

Stanowisko moje świadczy, że nie przywiązuję tutaj większej wagi do oczywistego zarzutu, iż wizerunek zwłok nie jest wizerunkiem człowieka. Zdaję sobie jednak sprawę z tego na jak łatwe wystawiam się w ten sposób zarzuty. Ale odmienna interpretacja kłóciłaby się, moim zdaniem, przede wszystkim z uniwersalną *ratio legis* pośmiertnej ochrony wizerunku człowieka. Trudno bowiem wyjaśnić, dlaczego wizerunek sporządzony za życia (lub sporządzony po śmierci, lecz przedstawiający portretowanego za życia) ma być pośmiertnie chroniony, zaś wizerunek jego zwłok nie, wszak nie ma na tyle znaczącej różnicy by tego wszystkiego, co przemawia za pośmiertną ochroną wizerunku, nie odnieść i do indywidualizującego osobę zmarłą wizerunku jej zwłok. Przesłanką prawnej ochrony wizerunku *ante mortem* nie jest też jakakolwiek „dynamika” wizerunku, lecz sam wizerunek przedstawiający twarz, profil czy postać możliwej do zindywidualizowania, choćby już pośmiertnie portretowanej osoby.<sup>1451</sup> Nikt nie kwestionuje przecież potrzeby ochrony prawnej również „statycznych” wizerunków osób śpiących czy nieprzytomnych.

Można w tym miejscu podać sugestywne, choć udziwnione, przez co siła jego wymowy istotnie nie osłabnie, przykład możliwego do sporządzenia *ante mortem* graficznego lub malarskiego wizerunku zwłok osoby jeszcze żyjącej. Bez wątpienia będzie on podlegał nie tylko ochronie autorskoprawnej jako utwór, ale także poddany będzie co najmniej reżimowi cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych tego, kogo „zwłoki” utwór ten przedstawia.

Warto też przypomnieć, że również wizerunek przedstawiający człowieka żyjącego, choć nierzadko nie spełnia przesłanek utworu, będąc tylko standardowym obrazem jego statycznej fizjonomii, zawsze jest objęty ochroną cywilnoprawną. Możliwa zaś „ekspresja wnętrza” lub cech charakteru portretowanej osoby, nie musi być wyłącznym udziałem wizerunków przedstawiających osoby żywe. Wcale bowiem skromna ikonografia pośmiertna jest dowodem, że umiejętne środki artystycznego wyrazu, sugestywna koncepcja dzieła, niekiedy zaś i sama fizyczna konstytucja ciała zmarłego, umożliwia pewną ekspresję także w odniesieniu do wizerunku zwłok.

<sup>1448</sup> B. Kordasiewicz, *Jednostka...*, s. 192.

<sup>1449</sup> B. Kordasiewicz, *Jednostka...*, s. 128, tamże informacja, że także „w głośnej przed kilku laty sprawie filmu poświęconego K. Przerwie-Tetmajerowi potomkom poety udało się «wyegzekwować zaniechanie» [publikacji – uw. J.M.] w trybie pozasądowym”.

<sup>1450</sup> M. Puwalski, *Prawo...*, s. 106-107.

<sup>1451</sup> Por. np. S. Ritterman, *Komentarz...*, s. 120. Innym zagadnieniem jest rozpowszechnianie fotografii prasowych przedstawiających zmasakrowane, niemożliwe do zindywidualizowania zwłoki, tutaj bowiem chodzić raczej, poza kultem pamięci zmarłego, o jakieś inne dobro, przede wszystkim prawo do prywatności, aniżeli o ochronę dobra osobistego wizerunku.

Takie są argumenty za „równouprawieniem” statusu wizerunku zwłok. Ów wniosek wzmacnia oczywista obserwacja, że zagrożenie dóbr osobistych zmarłego jest w tym przypadku dużo większe. Poza incydentalnymi dyspozycjami *ante mortem*, raczej zawierającymi sprzeciw niż zezwolenie, prawie nikt nie określa normatywnego statusu wizerunku swych przyszyłych zwłok; wyjątkiem byłaby chyba dyspozycja podobna do rzekomo podjętej przez wyśmienitego polskiego aktora starszego pokolenia, który we własnym filmie poświęconym umieraniu i śmierci, miał zagrać główną rolę, z finałem, w którym miały być pokazane jego przyszłe zwłoki i ich sekcja<sup>1452</sup>. To zaś wydaje się oczywiste, że im bardziej los dóbr osobistych człowieka zależy od postaw innych (rodziców, opiekunów, najbliższych), im bardziej ich dotychczasowy podmiot jest tak właśnie jak pośmiertnie, w zupełności zależny od postawy innych, tym bardziej winien być chroniony tam, gdzie zmarginalizowane lub wręcz unicestwione zostały religijne, moralne, szerzej: społeczne instrumenty kontrolowania i wymuszania zachowań przewidujących respekt dla dóbr osobistych zmarłego<sup>1453</sup>.

Wątpliwość budzi jednak to, czy chroniąc wizerunki zwłok można sięgać, np. w drodze analogii *legis*, do regulacji zawartych w art. 81 i 83. Oczywiście jest bowiem, że przepisy te nie miały na względzie takich odniesień, że wyraźnie eksponowały doniosłość woli osoby na wizerunku przedstawionej, czego warunkiem była możliwość przejawienia tej woli, nadto że owe przepisy sferę ochrony portretowanego mocno ograniczają w trosce o realizację osobistych i majątkowych interesów twórcy wizerunku. Wszystko to uzasadnia stanowisko, że status wizerunku zwłok, choćby wizerunek ten stanowił przedmiot prawa autorskiego, winien być poddany uniwersalnemu, w swej funkcji ochronnej dalej idącemu reżimowi cywilnoprawnemu; ten jak wiadomo przewiduje ochronę wszelkich dóbr osobistych, którą objąć można również wizerunek zwłok.

Czy poddanie takiemu cywilnoprawnemu reżimowi ochronnemu wizerunku zwłok nie usprawiedliwia jednak sięgnięcia tu przynajmniej do regulacji zawartej w art. 81 ust. 2? Bariery nie powinno stanowić to, że przepis ten mówi o wizerunku osoby, którym wizerunek zwłok nie jest. Tyle że trzeba byłoby dokonać tego w drodze analogii *legis*, bo już chyba nie interpretacji opartej o *argumentum a maiori ad minus*. *Prima facie* wydaje się, że analogia taka jest dopuszczalna. I to nie dlatego, że również wizerunek zwłok może stanowić utwór będący przedmiotem prawa autorskiego. Zacznę jednak od tego, że łatwo się domyślić, iż poza reportażem wojennym rzadko wchodzić będzie tu w rachubę sytuacja opisana w art. 81 ust. 2 pkt 2. Częściej może zaś chodzić o wizerunek zwłok osoby powszechnie znanej (art. 81 ust. 2 pkt 1). W przepisie tym zawarty jest jednak wymóg, aby wizerunek wykonano w związku z pełnieniem funkcji publicznych, o czym po śmierci, co oczywiście, mówić nie sposób. Tyle że analogiczne

<sup>1452</sup> Jerzy Nowak, który do „historii polskiego teatru wszedł przede wszystkim rolą Hirsza Singera w granym nieprzerwanie od 1993 roku spektaklu *Ja jestem Żyd z Wesela* według prozy Romana Brandstaettera [...].” w „roku 2005 postanowił zrobić film, którego tematem będzie śmierć, rzekomo dowiedziawszy się o swojej poważnej chorobie. Swoje zwłoki zapisał w testamencie Collegium Medicum Uniwersytetu Jagiellońskiego, gdzie mają zostać spreparowane w formalinie. W 2007 roku powstał jednak dokument pod tytułem *Istnienie*, traktujący o problemie śmierci jako takiej; jego reżyserem był Marcin Koszałka. Film ten wzbudził znaczne zainteresowanie mediów, natomiast plotki o chorobie aktora zostały zdementowane” (*Jerzy Nowak...*). Zob. także Ł. Maciejewski, *Jerzy Nowak: Na koniec chcę być sobą...*; Ł. Maciejewski, *Nowak gra siebie...*; A. Kilian, *Istnienie medialne...*; W. Krupiński, *Kraków. Jerzy Nowak o pogłoskach...*; T. Sobolewski, *Jerzemu Nowakowi życzyć 100 lat...*

<sup>1453</sup> Przykładem takich praktyk było wykorzystanie w pocztówkach, na koszulkach i magnesach umieszczanych na lodówkach, zdjęcia przedstawiającego zwłoki leżącego na katafalku papieża Jana Pawła, z „dymkiem” włożonym w usta prezydenta USA G. W. Busha pytającego: „Co się stało świętemu Mikołajowi?” („What happened to Santa?”), zob. avi, *Świąteczny...*, s. A13.

stosowanie tego przepisu usprawiedliwia interpretację zgodnie z którą, gdy wizerunek zwłok wykonano w związku z publicznym pochówkiem takiej osoby, wykonanie tego wizerunku można byłoby uznać za pozostające w związku, o którym mowa w art. 81 ust. 2 pkt 1.

Ale są powody, dla których i tu można mieć wątpliwości, czy prawny reżim rozpowszechniania wizerunków zwłok nie powinien być dużo bardziej restrykcyjny. Nie sposób bowiem nie dostrzec specyfiki tych wizerunków, tego że ich wykonanie może kłócić się z ujawnionymi *ante mortem* przejawami wrażliwości tego, kogo zwłoki na wizerunku przedstawiono, może więc stanowić pośmiertne naruszenie jego prywatności (znaną mi jest uszanowana wola kard. S. Wyszyńskiego, który zabronił publicznej ekspozycji swych zwłok). Nie można więc być pewnym czy analogia, o której piszę, jest usprawiedliwiona, dopuszczalna. Uważam, że zdecydowanie należałoby wykluczyć ją wówczas, gdy osoba, o wizerunek zwłok której chodzi, wyraziła sprzeciw, choćby tylko wobec możliwego rozpowszechniania *post mortem* jej wizerunku uczynionego *ante mortem* (myślę tu o wizerunku osoby, nie zwłok). Bo choć taki sprzeciw nie może eliminować swobody rozpowszechniania wizerunków w sytuacjach, o których mowa w art. 81 ust. 2, to nie sposób odnieść tego do wizerunku zwłok, którego rozpowszechnianie nie jest przedmiotem regulacji zawartej w tym przepisie.

Osobna sprawa, że rozpowszechnianie wizerunku zwłok może się nieraz kłócić z prawem osób bliskich zmarłego do kultu pamięci o nim<sup>1454</sup>.

Rodzi się jeszcze pytanie, czy jakimś ograniczeniem mogłyby być poddane fotografie obrazujące przebieg uroczystości pogrzebowych<sup>1455</sup>? Otóż, nie należy tego wykluczać<sup>1456</sup>, choć nie miałyby to żadnego związku z zagadnieniem pośmiertnej ochrony wizerunku. Takie ograniczenie mogłoby jednak być przejawem prawa do decydowania o charakterze, przebiegu czy rytuale pochówku<sup>1457</sup>, mogłoby być również pośmiertnym

<sup>1454</sup> Zob. także E. Ferenc-Szydełko, *Kształtowanie...*, s. 103-104, gdzie mowa o unormowaniach zawartych we wspomnianej już niemieckiej ustawie o prawie autorskim z 1907 r., w tym o ochronie interesów bliskich zmarłego przedstawionego na wizerunku; nadto M. Lijowska, *Koncepcja...*, s. 717. Tym bardziej odnosi się to do wizerunków osób umierających lub znajdujących się w agonii, wyrazistym tego przykładem było opublikowanie przez „Corriere della Sera” fotografii, na której była widoczna zakrwawiona, po śmiertelnym wypadku, twarz księżnej Diany (Jack, *Księżeta...*, s. 7).

<sup>1455</sup> Zapewne inaczej winny być traktowane uroczystości związane z przywiezieniem prochów osoby publicznej (zob. np. E. Ferenc-Szydełko, *Przedmiot...*, ZNUSz Roczniki Prawnicze nr 9, s. 103 przyp. 35), zaś z reguły diametralnie odmiennie czynności związane z ekshumacją.

<sup>1456</sup> Osobnym zagadnieniem są ograniczenia wprowadzone 12 XII 1994 r. przez Komisję Episkopatu do spraw Liturgii i Duszpasterstwa Liturgicznego dotyczące wymogów związanych z fotografowaniem i filmowaniem w kościołach i kaplicach rzymsko-katolickich (A. Karpowicz, *Poradnik...*, s. 92), co odnosi się również do odbywających się tam, np. w kaplicach cmentarnych, uroczystości pogrzebowych.

<sup>1457</sup> Należy to odnieść również do innych sytuacji związanych ze zdarzeniami poprzedzającymi pochówek. Choćby takiej, której dotyczy informacja, że reporterzy „będą mogli wykonywać zdjęcia powracających do Stanów Zjednoczonych trumien poległych na wojnie żołnierzy, o ile zgodzą się na to rodziny zmarłych – podała agencja Associated Press, powołując się na koła oficjalne. Minister obrony Robert Gates ma ogłosić zniesienie zakazu fotografowania udrapowanych flagami trumien w bazie lotniczej Dover w stanie Delaware, dokąd przywozi się zwłoki poległych i zmarłych za granicą wojskowych. Zakaz wydał poprzedni prezydent George Bush. Jak mówił Paul Rieckhoff, dyrektor wykonawczy organizacji Amerykańscy Weterani Iraku i Afganistanu zbyt często ofiary ponoszone przez żołnierzy były ukryte przed widokiem. Dodał, że obraz spowitych flagami trumien powinien być dla wszystkich Amerykanów trzeźwiącym przypomnieniem najwyższych ofiar, jakie ponoszą wojska i wysokiej ceny wolności. Innego zdania jest Meghan Tisinger, rzeczniczka organizacji Rodziny Zjednoczone na rzecz Naszych Wojsk i Ich Misji. Jak oświadczyła, anulowanie zakazu oznacza całkowite zlekceważenie woli amerykańskich rodzin wojskowych i ich potrzeby prywatności w tym



przejawem prawa do prywatności<sup>1458</sup>. Wbrew możliwym przypuszczeniom nie jest to problem wymaginowany, choć w niektórych kulturach, szacunek dla prywatności pochówku, który wyklucza jego fotograficzną dokumentację, przynajmniej przez obcych, jest regułą<sup>1459</sup>. Ale troska o poszanowanie prywatnego charakteru pogrzebu nie zanikła także w Europie, takie były decyzje, np. wspomniana już A. Einsteina czy również uszanowana przez najbliższych B. Russella. Widać jednak, że instrumentarium ochronne, po które trzeba byłoby tu sięgać, znajduje się poza prawem autorskim. Nie ulega przy tym wątpliwości, że argumenty uzasadniające prawo do decydowania o rozpowszechnianiu wizerunku zwłok oraz fotografii obrazujących przebieg uroczystości pogrzebowych, nie są mniej, a przeciwnie – są nieporównywalnie bardziej zasadne niż słuszny m. zd. pogląd, iż do sfery uprawnień właściciela należy prawo sporządzania i rozpowszechniania „podobizn” rzeczy<sup>1460</sup>.

**XII. Problematyka dozwolonego użytku.** Wśród przepisów o dozwolonym użytku utworów chronionych (art. 23-35) nie znajdujemy żadnego, który *expressis verbis* dopuszczałby możliwość rozpowszechniania wizerunku zmarłego bez uzyskania wymaganego zezwolenia<sup>1461</sup>. Warto jednak zwrócić uwagę, że prawie wszystkie z tych przepisów przewidują dozwolony użytek utworów już rozpowszechnionych,

podniosłym momencie. Robert Gates powiedział, że już rok temu wystąpił o przeanalizowanie zakazu, ale wyjaśniono mu, że rodziny poległych mogą być niezadowolone z dopuszczenia mediów do prywatnej uroczystości oraz odczuwać nacisk na osobisty udział w ceremonii mimo kosztów związanych z podróżą do Dover” ((bart), *Pentagon zgodził się na fotografowanie trumien poległych...*). Oczywiście są diametralnie odmienne standardy stosowane przez USA wobec swoich przeciwników z okupowanego Iraku i Afganistanu, czego chyba najbardziej wymownym przykładem było rozpowszechnianie wizerunków przedstawiających trupy synów S. Husajna, Udaja i Kusaja zabitych w 2003 r. Pokazanie tych „drastycznych zdjęć wzbudziło obawy, że USA mogą narazić się na zarzut dwulicowości, ponieważ poprzednio rząd amerykański wyrażał oburzenie, kiedy pokazywano zdjęcia zmasakrowanych zwłok zabitych żołnierzy USA.” Tłumacząc decyzję dotyczącą publikacji zdjęć zabitych synów Husajna „Rumsfeld powiedział, że pokazywanie ciał poległych żołnierzy nie zabrania konwencja genewska regulująca zasady prowadzenia wojny” (*Zdjęcia zwłok synów Husajna...*). Potem rozpowszechniano jeszcze bardziej drastyczne zdjęcia ich zamrożonych zwłok przechowywanych w chłodni.

<sup>1458</sup> Problem jest zresztą szerszy, nie dotyczy tylko interesującego mnie w tym miejscu kontekstu *post mortem*. Ograniczając się do regulacji autorskoprawnych warto przypomnieć opinię B. Michalskiego, który podkreśla, że uprawnienia wynikające z art. 24 § 2 pkt 2 p.a. 1952 „odnoszą się jedynie do zdjęć z imprez lub wydarzeń publicznych, względnie fotografii krajobrazów – miejsc niemających szczególnego charakteru. Niedozwolone jest natomiast swobodne dokonywanie zdjęć wizerunków na terenach lub podczas zdarzeń z różnych względów mających charakter szczególny jak np. zakłady lecznicze lub penitencjarne czy też rozprawy sądowe” (*„Prawo do wizerunku”...*, nr 15/1970, s. 16). Do tych różnych względów, które powodują, iż zdarzenie należy uznać za szczególne, trzeba wielokrotnie zaliczyć także pochówek, bez wątplenia zaś wówczas, gdy zgodnie z wolą zmarłego ma mieć charakter prywatny. Por. opinie J. Barty i R. Markiewicza o niedopuszczalności rozpowszechniania wizerunków „stanowiących wprawdzie element [...] imprezy czy krajobrazu, lecz stworzonych w warunkach naruszenia prawa do prywatności” (*Wokół prawa...*, s. 22).

<sup>1459</sup> Od której odstępstwo wobec cudzoziemców jest czymś wyjątkowym, było ono udziałem P. Zaporowskiego, którego reportaż z Erytrej, publikowane kilkanaście lat temu m.in. w „Gazecie Wyborczej” i „Pani”, zawierały unikalne zdjęcia muzuluńskich uroczystości pogrzebowych na pustynnym cmentarzu koło Afabetu.

<sup>1460</sup> Por. A. Kopff, *Szata...*, s. 53; odmiennie K. Wojciechowski, *Prawnorzeczowa...*, s. 47 i n.

<sup>1461</sup> Por. także B. Nawrocki, *Reprodukcja...*, s. 10, 34-37, 40, 46-49, 53, 54, 56, 57, 62-68, 71-73, nadto zob. s. 82-84, 93-97, 102 i 105. Osobnym zagadnieniem, najczęściej poza problematyką prawnoautorską, jest wykorzystywanie *sensu largo* wizerunków zmarłych w rzeźbach, w szczególności pomnikach i tablicach im poświęconych (zob. np. J. R. Kowalczyk, *Pomniki...*, s. A12), gdzie zapewne incydentalnie, ale może pojawić się zagadnienie ochrony dóbr osobistych zmarłego, np. integralności jego wizerunku. Zob. spór dotyczący pomnika ku czci zmarłej M. H. Schuyler przedstawiony w rozdz. XI tej pracy.

wy ogłoszonych, opublikowanych lub wystawionych (art. 23 ust. 1, art. 24 ust. 1 i 2, art. 25 ust. 1, art. 26, 27, 28, 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1, art. 31 i 33)<sup>1462</sup>. A w takich sytuacjach rozpowszechnianie wizerunku stanowiącego utwór lub jego część odbywa się najczęściej za zgodą osoby sportretowanej. Jeśli więc przepisy o dozwolonym użytku utworów chronionych są podstawą do legalnego naruszania osobistych i majątkowych praw twórcy, przyjąć chyba wolno, że stanowią one również taką podstawę dla ograniczonego przecież naruszania prawa do wizerunku, zarówno za życia, jak i po śmierci osoby nań przedstawionej.

*Ratio legis* przepisów o dozwolonym użytku, przede wszystkim zaś ich natura jako *iuris cogentis*, przemawia również za tym, aby odnieść je i do wizerunków, na których tylko jednokrotne rozpowszechnianie wyraził zgodę sportretowany. Przede wszystkim dlatego, że ani wola osoby przedstawionej na wizerunku ani wola twórcy wizerunku nie może ograniczyć sfery dozwolonego użytku utworu legalnie rozpowszechnionego. I nie chodzi o to, że w odniesieniu do dozwolonego użytku nie jest w praktyce możliwa weryfikacja uprzednia, co najwyżej kontrola *ex post*, ale przede wszystkim o to, że prawo autorskie nie uzależnia takiego użytku utworów przedstawiających wizerunek od tego, czy osoba sportretowana wyraziła zgodę na wielokrotne rozpowszechnianie. Tym bardziej nie ma znaczenia dla sfery dozwolonego użytku cofnięcie zgody osoby sportretowanej, które – o ile w ogóle zgodzimy się z dopuszczalnością takiego cofnięcia<sup>1463</sup> – może mieć znaczenie przede wszystkim w odniesieniu do rozpowszechnień dopiero zamierzonych, zaś gdyby przyjąć, że może mieć ono również znaczenie dla dalszych rozpowszechnień utworu już rozpowszechnionego, to i tak nie można byłoby w związku z tym kwestionować dopuszczalności dozwolonego użytku utworu legalnie rozpowszechnionego przed cofnięciem zgody.

Gdy zaś doszło do bezprawnego rozpowszechnienia wizerunku, tzn. gdy twórca lub osoby, które odeń wywodzą swe prawo, rozpowszechniły utwór zawierający wizerunek bez wymaganego zezwolenia osoby na wizerunku przedstawionej, to choć takie rozpowszechnianie tworzy pozór legalności rozpowszechnienia wizerunku, nie zmienia to przecież tego, że przepisy o dozwolonym użytku nie mogą legalizować dalszego korzystania zeń lub jego dalszego rozpowszechniania wbrew woli osoby nań przedstawionej. Usprawiedliwiony najczęściej brak świadomości tej okoliczności u osoby korzystającej z dozwolonego użytku, może mieć na gruncie prawa autorskiego wpływ tylko na niedopuszczalność podnoszenia roszczeń przewidzianych w art. 78 ust. 1 zd. 3. Uważam więc, że wbrew pozorom, które wynikają z niebezpiecznie powściągliwej regulacji prawa autorskiego, dozwolony użytek nie może dotyczyć wizerunków rozpowszechnionych, w tym wystawionych, wbrew woli osoby przedstawionej na wizerunku, zarówno za jej życia, jak i w ciągu dwudziestu lat od jej śmierci.

Jest to zresztą interpretacja prawie bliźniacza wobec tej, która wyklucza dozwolony użytek w odniesieniu do utworów bezprawnie opublikowanych lub rozpowszechnionych (choć w przypadku samych utworów wynika to z definicji zawartych w art. 6 pkt 1 i 3, które zakładają zezwolenie twórcy). Paradoksalna odmienność polega zaś na tym,

<sup>1462</sup> Por. A. Kopff, *Kilka uwag...*, s. 17.

<sup>1463</sup> O tym, że zgoda ma charakter odwoływany, choć odwołanie może powodować obowiązek zapłacenia np. kary umownej piszą J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 29-30, choć na tej ostatniej stronie sformułowano także pogląd broniący „wykładni, w myśl której brak możliwości odwołania zgody na wykorzystanie wizerunku, w każdym razie w odniesieniu do takiej eksploatacji, która została wyraźnie określona zarówno przy udzielaniu zgody na posługiwanie się wizerunkiem, jak i nie wywołuje ujemnych konsekwencji w zakresie dóbr osobistych, niedających się przewidzieć w chwili wyrażenia zgody.” Nadto J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 638.

że dozwolony użytek utworów bezprawnie opublikowanych lub rozpowszechnionych nie będzie możliwy kiedykolwiek, natomiast podnoszenie przewidzianych w art. 83 roszczeń ochronnych w związku z bezprawnym rozpowszechnieniem wizerunku, także w ramach dozwolonego użytku, nie będzie możliwe po dwudziestu latach od śmierci osoby przedstawionej.

Osobna sprawa, że instrument ochronny wynikający z art. 83, może znaleźć zastosowanie tylko do rozpowszechnień wizerunku dokonywanych także w ramach dozwolonego użytku, nie zaś do korzystania zeń w granicach tego użytku, np. w zakresie własnego użytku osobistego. Wynika stąd, że przepis ten dotyczy tylko bezprawnych rozpowszechnień, które na gruncie prawa autorskiego, *per analogiam* do definicji zawartej w art. 6 pkt 1, należy ograniczyć do udostępnień publicznych, gdy granice własnego użytku osobistego obejmują użytek osobisty, rodzinny, towarzyski, z natury rzeczy wykluczając użytek publiczny (por. art. 23 ust. 2).

Wyjaśnienia wymaga jeszcze specyficzna i odosobniona regulacja zawarta w art. 32 ust. 1. Przewiduje ona dopuszczalność wystawienia publicznego utworu plastycznego, dokonanego przez właściciela *corpus mechanicum*, jeżeli „nie łączy się z tym osiąganie korzyści majątkowych”. Wynika stąd, ale i z porównania tej regulacji z innymi przepisami dotyczącymi dozwolonego użytku, że art. 32 ust. 1 może dotyczyć zarówno utworu już wystawionego, jak i takiego, który nigdy wystawiony nie był.

Co prawda mogłoby się wydawać, że powołany przepis nie stanowi podstawy do decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności zważywszy na stanowczą regulację zawartą w art. 16 pkt 4. Tyle że *in principio* art. 16 przewidziano możliwość ustawowych odstępstw od zawartych w nim unormowań i wygląda na to, że jednym z nich jest postanowienie zawarte w art. 32 ust. 1 (podobnie jak reszta unormowań dotyczących dozwolonego użytku utworów chronionych stanowi ono odstępstwo odnoszące się do innych dóbr wymienionych w art. 16 pkt 3 i 5).<sup>1464</sup> Ale z tego wcale nie wynika, iż takie publiczne wystawienie, będące jednym z rodzajów rozpowszechniania, może być legalnie dokonane z naruszeniem prawa do wizerunku. Przeciwnie, także tu należy odnieść regułę, że i w sytuacji przewidzianej w hipotezie art. 32 ust. 1, przepis ten, przewidujący dozwolony użytek, uprawnia do publicznego udostępnienia utworu zawierającego wizerunek, jeżeli na jego rozpowszechnianie było udzielone zezwolenie, o którym mowa w art. 81 ust. 1<sup>1465</sup> lub którego rozpowszechnianie zezwolenia nie wymaga. Gdy przesłanki takie nie są spełnione, reżim określony w art. 81 i 83 odnosi się również do wystawienia publicznego egzemplarza utworu plastycznego w okolicznościach przewidzianych w art. 32 ust. 1<sup>1466</sup>.

<sup>1464</sup> Na marginesie warto dodać, że nie sposób wykluczyć umownego zobowiązania się właściciela egzemplarza utworu plastycznego do nie korzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 32 ust. 1, tyle że jego naruszenie, w granicach przewidzianego tamże dozwolonego użytku, może usprawiedliwiać najwyżej umowne roszczenie, choć nie będzie to roszczenie *ex delicto* zważywszy granice dozwolonego użytku określone w przepisie tym *in fine*.

<sup>1465</sup> Por. w odniesieniu do utworów w ogóle M. Szaciński, *Niepubliczne...*, s. 8.

<sup>1466</sup> Dodać warto, że twórca wyzbywający się egzemplarza utworu plastycznego, choć liczyć się musi z jego dozwolonym użytkowaniem w granicach przewidzianych w art. 32 ust. 1, poza tym nie jest ograniczony w sferze swych uprawnień ochronnych. Jedynym zaś instrumentarium ochronnym osoby przedstawionej na wizerunku plastycznym, chroniącym to dobro osobiste, jest zezwolenie (albo zastrzeżenie), o którym mowa w art. 81, lub zaistnienie innych przesłanek uniemożliwiających rozpowszechnianie, przewidzianych w tym przepisie. Deprecjonowanie znaczenia tych wymogów, prócz tego że nieuzasadnione żadnym przepisem, byłoby pozbawianiem osoby sportretowanej w takim utworze jakichkolwiek uprawnień ochronnych zagwarantowanych przecież w prawie autorskim. Gdyby bagatelizować doniosłość zezwolenia tej osoby, widać też byłoby diametralną dysproporcję między przewidzianym w prawie autorskim instrumentarium ochronnym dobra osobistego tej

Te uwagi uzasadniają uzupełnienie słusznego skądinąd stanowiska, że wymóg uzyskania zezwolenia osoby przedstawionej na wizerunku (tak samo jak zezwolenia adresata korespondencji lub osób przezeń wskazanych albo tych, które wymienia art. 82) dotyczy rozpowszechnień dokonywanych zarówno przez twórcę, jak i przez osoby, które odeń wywodzą swe uprawnienie do rozpowszechniania (por. art. 6 pkt 3). Odnosi się to także do osoby dokonującej rozpowszechnień w granicach dozwolonego użytku. Status również tych osób poddany jest bowiem reżimowi autorskoprawnemu, także gdy chodzi o okres dwudziestolecia, przez który rozpowszechnianie wizerunku wymaga stosownego zezwolenia. Wynika stąd, że także wówczas, gdyby dozwolony użytek dotyczył utworów rozpowszechnianych bez wymaganego zezwolenia osoby przedstawionej na wizerunku (i odpowiednio adresata lub osób, które swe uprawnienia do udzielania zezwolenia odeń wywodzą), warunkiem legalności korzystania w ramach dozwolonego użytku byłoby uzyskanie wymaganego zezwolenia osoby sportretowanej<sup>1467</sup>.

Osobnym zagadnieniem, przede wszystkim w perspektywie *de lege ferenda*, jest dopuszczalność kreowania specjalnych regulacji dotyczących możliwości dozwolonego użytku w odniesieniu do wizerunku, przy czym nie wiąże tego z unormowaniami zawartymi w art. 81, te bowiem nie mają nic wspólnego z dozwolonym użytkowaniem, dotyczą bowiem wizerunku będącego utworem, co do którego istnieje osobna podstawa stosowania regulacji o dozwolonym użytku, z których żadna nie odnosi się przecież *expressis verbis* do wizerunku. Taką propozycję, i to *de lege lata*, przedstawili J. Barta i R. Markiewicz uznając, że „przyjęcie tezy, iż wizerunek zasługuje na gruncie ustawy na podobne traktowanie jak utwór (lub ewentualnie jak artystyczne wykonanie) otwiera drogę także do tego, aby w drodze ostrożnej analogii stosować w zakresie korzystania z wizerunku przepisy o dozwolonym użytku chronionych utworów. Wydaje się to celowe i uzasadnione potrzebami praktyki. W przeciwnym razie każde wykorzystanie czyjegokolwiek wizerunku, o ile nie została na to udzielona zgoda lub nie zachodzi któryś z przypadków opisanych w art. 81 ust. 2 pr. aut., należałoby traktować jako bezprawne. W ten sposób zakwestionowane byłoby, gdy chodzi o posłużenie się cudzym wizerunkiem, respektowanie licznych słuszných interesów (prywatnych i publicznych), które miał na myśli ustawodawca wyznaczając w ustawie autorskiej obszar dozwolonego użytku (mamy tu na myśli np. kwestie udostępniania wizerunków przez biblioteki i archiwa, posługiwanie się nimi w funkcji cytatu, posługiwanie się w celach dydaktycznych, publiczne wystawianie utworów plastycznych prezentujących wizerunki, a więc portretów itd.). Niemożność odwołania się do tych przepisów zmusza do tego, aby bezprawność działania wykluczać bądź przez wykazywanie domniemanej zgody uprawnionego, bądź powoływanie się na ważny, a w istocie – przeważający interes społeczny. Zwiększa to stan niepewności prawnej zarówno po stronie podmiotu prawa do wizerunku, jak i po stronie tych, którzy z wizerunków w usprawiedliwionym zakresie korzystają. Dodajmy nadto, iż odwoływanie się do przepisów o dozwolonym użytku nie tylko dokładniej wyznacza obszar ochrony wizerunku, ale też tę ochronę wzmacnia, zwłaszcza gdy chodzi o posługiwanie się wizerunkiem wcześniej

osoby i zachowanymi autorskoprawnymi uprawnieniami twórcy utworu plastycznego, poza tymi, których ograniczenie wynika z dozwolonego użytku przewidzianego w art. 32 ust. 1.

<sup>1467</sup> Wbrew pozorom jest to zgodne z formułą przyjętą w art. 81 i 83, gdzie mowa o rozpowszechnianiu wizerunku; jak wiadomo chodzi tu jedynie o wizerunki stanowiące utwór, tylko do takich wizerunków odnoszą się bowiem regulacje zawarte w prawie autorskim (zob. art. 1 ust. 1). Dlatego właśnie usprawiedliwioną jest interpretacja, że rozpowszechnianie takiego wizerunku polega na jego udostępnieniu publicznym (art. 6 pkt 3), z tym, że przecież utwór udostępniony w ten sposób za zgodą twórcy może być *de facto* udostępniony bez lub wbrew warunkom określonym w zezwoleniu osoby na wizerunku przedstawionej.

nierozpowszechnionym. Jest tak dlatego, iż licencje ustawowe, które wspomniany użytkownik wyznaczają, stawiają warunek uprzedniego rozpowszechnienia (a niekiedy nawet uprzedniej publikacji) eksploatowanego dobra<sup>1468</sup>.

Zarysowane przez J. Bartę i R. Markiewicza zagadnienie nie ma specyficznych odniesień *post mortem*, stąd w miejscu tym ograniczę się do dwóch obserwacji. Wydaje mi się, że przyjęte w prawie autorskim kryteria dozwolonego użytku są w zasadzie wystarczające w odniesieniu także do wizerunku stanowiącego element utworu lub utwór, o którego dozwolony użytek chodzi. Co do dozwolonego użytku wizerunków nierozpowszechnionych, to uważam, że podstawowym instrumentarium jest to, które określa prawo autorskie, w odniesieniu do wizerunków stanowiących utwory i które wynika z kodeksu cywilnego, w odniesieniu do innych wizerunków. Nie wykluczam jednak potrzeby przyjęcia jakichś roztropnych i uwzględniających potrzebę szczególnego respektu dla dobra osobistego wizerunku zmarłego unormowań ustalających nieprzewidziane dotąd możliwości dozwolonego użytku; ta potrzeba szczególnej troski o dobro osobiste zmarłego płynie stąd, że gdybyśmy uznali, że *ratio legis* ograniczonej czasowo ochrony wizerunku przed jego rozpowszechnianiem wbrew warunkom określonym w art. 81, wolno odnieść, choćby *per analogiam*, także do pośmiertnej ochrony wizerunku na podstawie art. 23 k.c., to wówczas ów postulat dotyczący dozwolonego użytku musiałby dotyczyć także czasu mniej lub bardziej bliskiego chwili śmierci osoby przedstawionej na nierozpowszechnionym dotąd legalnie wizerunku.

W czasach usilnej komercjalizacji także<sup>1469</sup> dobra osobistego wizerunku<sup>1470</sup> i prawie zupełnej bezkarności w Polsce, pośmiertnej, bezprawnej eksploatacji tego dobra<sup>1471</sup>, należy żywić szczególną troskę, aby instrumenty dozwolonego użytku wizerunku nie stały się pretekstem do zalegalizowania tego, co sprzeczne jest z troską o człowieczą godność i jeszcze gdzieś niedługo wyznawanym przeświadczeniem<sup>1472</sup>, że nie

<sup>1468</sup> *Wokół prawa...*, s. 26-27; por. ciż [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 635-636. Zob. także A. Szpunar, *Kilka uwag...*, s. 32. Por. na gruncie prawa karnego J. J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka...*, s. 31 i n.

<sup>1469</sup> Szerzej T. Targosz, *Commercialisation...*, s. 25 i n., w odniesieniu do sytuacji *post mortem* zob. w szczególności s. 61-64. Zob. także H.-P. Götting, *Personality...*, s. 20-21; A. Wojciechowska, *Kumulacja...*, s. 642.

<sup>1470</sup> Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 11; nadto M. Czajkowska-Dąbrowska, *Glosa*, OSP poz. 142/2000, s. 471. Szerzej, w ramach *personality merchandising*, także w odniesieniu do dobra osobistego głosu, nazwiska i pseudonimu zob. I. Dyka, *Zasady...*, s. 627-629. Warto też wskazać tu na wnikliwe omówienie sporu i podniesionych w nim argumentów, związanych z pośmiertnym naruszeniem dóbr osobistych M. Dietrich, zawarte w artykule I. Frommeyer, *Persönlichkeitsschutz...*, s. 13-18 oraz powołane tam orzecznictwo i piśmiennictwo, nadto o tym samym sporze zob. T. Grzeszak, *Dziedziczenia...*, s. 1312-1313, tamże, na s. 1313 wzmianka, że orzeczenie to zaowocowało w Niemczech „kilkoma monografiami na temat komercjalizacji dóbr osobistych”; J. Balcarczyk-Myczkowska, *Prawo...*, PzW z. 89, s. 294-295; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo...*, PiP z. 6/2007, s. 30. Zob. także T. Grzeszak, *Herb Habsburgów...*, s. 54; J. Balcarczyk-Myczkowska, *Right of publicity...*, s. 123 i n., nadto s. 132 i n.; T. Grzeszak, *Gwiazda...*, s. 59 i n.; G. Tylec, *Ochrona tytułu...*, 2006, s. 215-216; H.-P. Götting, *Personality Rights...*, s. 22-23; por. M. Romanowski, *Podział...*, s. 35-36; E. Nowińska, *Wolność...*, s. 171.

<sup>1471</sup> Por. spór dotyczący rozpowszechniania w trzy dni po śmierci E. Presleya „plakatu z jego wizerunkiem oraz podpisem: «In Memory, Elvis Presley, 1935-1977»». Powód, który posiadał wyłączne prawa do dysponowania wizerunkiem Elvisa Presleya, zażądał wstrzymania rozpowszechniania plakatu, a sąd przychylił się do tego żądania i uznał, że sposób wykorzystania wizerunku nie zasługiwał na ochronę przyznaną przez pierwszą poprawkę do konstytucji amerykańskiej, gdyż cel komercyjny wykorzystania dominował nad celem informacyjnym” (K. Czyżewski, *Right of publicity...*, s. 263, także s. 255). Nadto zob. *Wszystek nie umarł...*, s. 6, w odniesieniu do wykorzystywania wizerunku i nazwiska E. Presleya w reklamie i promocji różnorodnych produktów.

<sup>1472</sup> Por. rozważaną chyba nie tylko w USA problematykę opodatkowania eksploatacji dóbr osobistych zmarłych, zob. w szczególności opinie oraz piśmiennictwo wskazane przez J. C. Tate, *Marilyn*

tylko „nie wszystko (jest) na sprzedaż”, ale przede wszystkim tego, co zdaje się być niekwestionowaną podstawą życia społecznego i gospodarczego, iż nie godzi się bez tytułu ciągnąć korzyści, w tym zysków, z nie swoich dóbr. Nie bez znaczenia winna być też konstatacja, że przecież ustawodawca przewidział w odniesieniu do utworów dozwolony użytek tylko w odniesieniu do utworów legalnie rozpowszechnionych, nie ulegając niewątpliwie możliwym do podniesienia racjom, które w większym stopniu uzasadniałyby dalej idący dozwolony użytek nierozpowszechnionych utworów niżli nierozpowszechnionych wizerunków. Gdy się zważy, że całą tę argumentację odnieść należałoby także do dozwolonego użytku korespondencji, wyraźnie widać zagrożenia, które się tu pojawiają. Osobna sprawa, że dzisiaj, bez szczególnych regulacji dotyczących dozwolonego użytku wizerunku i korespondencji, oba te dobra osobiste zmarłych traktowane są, o czym mowa w tej pracy, zarówno przez wykorzystujących je, jak i przez tych, którzy troszczyć winni się o przestrzeganie konstytucyjnej zasady państwa prawnego, jako dobro do swobodnej eksploatacji, a niekiedy nawet, np. w znakach towarowych, do swobodnego zawłaszczania.

Warto w tym miejscu nawiązać jeszcze do opinii R. Golata odnoszącej się do obrotu starymi fotografiami. Wskazując, iż „archiwalne fotografie pochodzące sprzed bardzo wielu lat nie są już chronione” stwierdza on, że w „takim układzie na pierwszy plan wysuwa się wówczas zdecydowanie nabywanie konkretnych fotografii jako rzeczy ruchomych (prawa własności do nich), np. w obrocie antykwarycznym, bez konieczności uzyskiwania stosownych uprawnień w zakresie majątkowych praw autorskich, które ze względu na upływ okresu ochronnego już wygasły”, choć autor ten dodaje, że eksploatacja niechronionych fotografii rodzi obowiązek stosownych wpłat na Fundusz Promocji Twórczości<sup>1473</sup>.

Podzielając przytoczone stanowisko problem upatruje w tym, że reżim, któremu poddane są często stanowiące przedmiot antykwarycznego obrotu portrety z końca XIX i pierwszych dekad XX w., niczym w sferze praw osobistych sportretowanych nie różniłby się od położenia innych wizerunków, których status określają nie tylko art. 81 i 83 (gdyby nie, podnoszone już w tej pracy, konsekwencje regulacji zawartej w art. 5), ale także nie różni się od takiego położenia wizerunków, których status określa art. 23 k.c. A przecież ten ostatni nie zawiera ograniczenia czasu ochrony wizerunku przed jego rozpowszechnieniem bez uzyskania zgody osób uprawnionych. Godząc się z prawem do nabywania egzemplarzy takich portretów oraz korzystania z nich w granicach *sui generis* dozwolonego, osobistego użytku, sam nie akceptuję dopuszczalności ich merkantylnej eksploatacji, np. jako wystroju pomieszczeń usługowych, restauracji, kawiarni, pubów, witryn antykwariatów czy wykorzystywania jako elementów utworów, np. plakatów czy reklam. Nie ma chyba jednak widoków, aby wzbudzić czyjekolwiek zatroskanie tym procederem zdominowanym regułami współczesnego rynku, który gotów jest rozliczne cudze dobra osobiste bezprawnie wykorzystać i przeznaczyć na różnorodną w formie sprzedaż<sup>1474</sup>.

*Monroe's Legacy: Taxation of Postmortem Publicity Rights...*, s. 38-42. Por. pismo Ministerstwa Kultury z 14 XI 2002 r., DP/WPA.024/409/02 – *Korzystanie z wizerunku*, LEX nr 3048; Pismo Izby Skarbowej w Katowicach z 27 III 2006 r., PBB3-4117/3-008/2006 – *Wynagrodzenie za udostępnienie własnego wizerunku*, LEX nr 5329; nadto zob. K. Czyżewski, *Ile kosztuje wizerunek...*, s. C3.

<sup>1473</sup> *Prawo...*, 2004, s. 150-151. Nadto zob. E. Ferenc-Szydełko, *Fotografia...*, s. 40.

<sup>1474</sup> Zob. R. Gola, *Prawo...*, 2004, s. 146, nadto s. 147. Por. J. Jezioro, *Prawo...*, s. 805. Jest to zjawisko chyba powszechne, o tym jaką atrakcją dla turystów stanowią sklepiki ze starymi fotografiami z czasów kolonialnych Indii, głównie w radżaostańskim Jaipurze czy Jaisalmerze, wiem z ciekawych i pouczających opowieści M. Matusiewicz.

Regulacje prawa autorskiego nie wyczerpują sytuacji, w których usprawiedliwionym jest co do istoty pozakomercyjne korzystanie z wizerunków postaci zmarłych. W szczególności dotyczy to różnorodnych sposobów honorowania tych postaci, np. wykorzystywania ich wizerunków na znaczkach pocztowych, monetach czy banknotach; warunkiem dopuszczalności takich praktyk, które nie są przedmiotem szczególnych prawnych regulacji, jest oczywiście, poza wspomnianym celem, respekt dla innych dóbr osobistych zmarłego<sup>1475</sup>. Ale zdarzające się przypadki eksploatacji takich wizerunków w celach komercyjnych, tak jak miało i ma to miejsce w odniesieniu do Jana Pawła II<sup>1476</sup>, może skłaniać do prób uregulowania korzystania zeń np. poprzez powierzenie określonym instytucjom prawa do *sui generis* zarządzania korzystaniem z wizerunku określonej postaci. Nie jest to trudne w odniesieniu do wizerunków osób zmarłych współcześnie, podstawą może być wskazanie przez zmarłego podmiotu uprawnionego do pośmiertnego wykonywania jego praw osobistych, choćby poprzez sięgnięcie *per analogiam* do art. 78 ust. 3. Gdy zaś chodzi o wizerunki zmarłych dawniej postaci historycznych<sup>1477</sup>, których zstępni nie żyją (gdyby żyli, też można byłoby *per analogiam* sięgać do wskazanego przepisu), brak jest *de lege lata*, poza ustawą o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina, unormowań, które można byłoby skutecznie wykorzystać dla przeciwdziałania możliwym naruszeniom także ich wizerunków.

**XIII. Odesłanie do art. 78 ust. 1.** Zgodnie z rozważanym już obszernie art. 83 „do roszczeń w przypadku rozpowszechniania wizerunku osoby na nim przedstawionej oraz rozpowszechniania korespondencji bez wymaganego zezwolenia osoby, do której została skierowana, stosuje się odpowiednio przepis art. 78 ust. 1 [...]”. Trudności i wątpliwości, które rodzi tutaj to odesłanie, są takie same lub bardzo podobne do tych, które przedstawiłem w rozdziale dotyczącym autorskoprawnej ochrony *post mortem* dóbr osobistych adresata korespondencji. Dotyczy to zarówno konsekwencji ograniczenia odesłania do art. 78 ust. 1, z wyraźnym wyłączeniem ustępu następnego, jak i wyraźnego ograniczenia się w art. 83 do przypadków naruszenia prawa do wizerunku, gdy w art. 78 ust. 1 zd. 1 przewidziano możliwość podnoszenia roszczeń także wtedy, kiedy dobro osobiste zostało zagrożone<sup>1478</sup>.

**XIV. Przesłanka bezprawności.** Bezprawność zagrożenia lub naruszenia dobra osobistego jest oczywistą przesłanką dochodzenia roszczeń, o których mowa w art. 83. O takiej przesłance, co prawda sformułowanej nieudolnie, jest mowa i to *expressis verbis* w tym właśnie przepisie, ale w odniesieniu do dochodzenia ochrony, także *post mortem*, praw adresata korespondencji. I dlatego czymś zaskakującym jest, że w tym samym zdaniu art. 83, nie mówi się o takiej przesłance w odniesieniu do roszczeń mających na celu ochronę, zarówno *ante*, jak i *post mortem*, wizerunku rozpowszechnionego bez stosownego zezwolenia.<sup>1479</sup> Jeśli ktoś stwierdzi, a będzie miał słuszność, że

<sup>1475</sup> Zob. np. fotografię A. Mickiewicza wykorzystaną w płatnym ogłoszeniu Ambasady Francji w Polsce pt. *Do Francji...*, s. 18. O wykorzystywaniu wizerunków m.in. T. Kościuszki, J. Matejki, Cz. Niemeny i Jana Pawła II oraz... bigosu w talii kart do gry zob. M. Markowski, *Partyjka...*, s. 7.

<sup>1476</sup> Poza eksploatacją, która stara się wykorzystać komercyjnie pozytywny kapitał tego wizerunku, nie brakuje też odmiennych przejawów jego eksploatacji. Przykładem może być tu wydana niedawno w Szwecji powieść K. Alfredsson pod tytułem *Klockan 21:37, czyli Godzina 21:37*, nawiązującym do chwili śmierci Jana Pawła II, będącą w istocie apologią prawa do aborcji; okładka tej książki przedstawia „popękane od uderzenia zdjęcie papieża Jana Pawła II” (D. Zyśk, *Polonia...*).

<sup>1477</sup> Por. J. J. Litauer, *Zasady...*, s. 49.

<sup>1478</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 642.

<sup>1479</sup> Poprawnie uregulowano to w p.a. 1952, gdzie dokonując odesłania odniesiono je „do rozpowszechniania portretu bez zezwolenia portretowanego i do wydania listów bez wymaganego zezwolenia”, podkreślając w pierwszym przypadku przesłankę braku zezwolenia portretowanego,

z tego zróżnicowania nic nie powinno wynikać, to niech spróbuje wyjaśnić po co ono jest? Moim zdaniem nie ma odpowiedzi na to pytanie. Ów brak to oczywisty, „bijący w oczy” mankament, jeden z wielu w polskim prawie autorskim. Dodać warto, że nie wymienienie przesłanki bezprawności jest w tym miejscu tym bardziej kłopotliwe, że w art. 78 ust. 1, do którego art. 83 odsyła, inaczej niż w art. 24 § 1 zd. 1 *in fine* k.c., o przesłance tej również się nie mówi<sup>1480</sup>.

W tej sytuacji wymóg przesłanki bezprawności dotyczący pośmiertnego rozpowszechniania wizerunku trzeba uzasadnić posługując się wykładnią. Nie jest to trudne. Najpierw na podstawie art. 81, który zakłada brak swobody co do rozpowszechniania cudzego wizerunku, wskazując konieczność uzyskania stosownego zezwolenia, poza sytuacjami przewidzianymi w art. 81 ust. 1 zd. 2 i ust. 2. Potem na podstawie art. 83. I tu najpierw ze względu na to, że jeśli ustawodawca pisze o rozpowszechnianiu wizerunku i płynących stąd roszczeniach, to oznacza, że przesłankę bezprawności najprawdopodobniej zakłada; potem dlatego, że jeśli taką przesłankę *expressis verbis* formułuje w tym samym zdaniu, w odniesieniu do rozpowszechniania korespondencji, to wolno, a nawet należy przyjąć, że winna być ona uznana za konieczną także w przypadku rozpowszechniania wizerunku. Przemawia za tym przede wszystkim tożsamość kontekstu uzasadniającego ochronę obu dóbr i płynąca stąd potrzeba upodobnienia, co do istoty, ich statusu, przynajmniej w tej podstawowej kwestii, jaką jest przesłanka bezprawności. Po drugie, bezprawność jest przesłanką dochodzenia ochrony nie tylko tych obu, ale każdego zagrożonego lub naruszonego dobra osobistego<sup>1481</sup>.

**XV. Ochrona integralności wizerunku**<sup>1482</sup>. Jeśli dopuścimy możliwość pośmiertnego wykonywania prawa do decydowania o rozpowszechnianiu wizerunku przez osoby uprawnione, to ewentualna dopuszczalność wyrażenia przez taką osobę zgody na naruszenie integralności wizerunku musi wynikać ze stanowczego przejawu woli osoby przedstawionej na wizerunku. Wskazanie osób uprawnionych do pośmiertnego udzielenia zezwolenia na rozpowszechnianie wizerunku nie stanowi bowiem podstawy do naruszania samego dobra osobistego wizerunku, w szczególności jego integralności.

Prawo autorskie umożliwia zresztą pośrednią ochronę integralności wizerunku<sup>1483</sup> w ten sposób, który chroni nienaruszalność utworu jakim jest wizerunek. Właściwa i samodzielna ochrona integralności lub tożsamości wizerunku<sup>1484</sup> jest jednak, także *post mortem*, możliwa na podstawie art. 23 i 24 k.c.

w drugim zaś określając ogólnie przesłankę braku wymaganego zezwolenia, gdyż poza zezwoleniem adresata mogło wchodzić w rachubę zezwolenie innych osób (art. 25 § 2 p.a. 1952).

<sup>1480</sup> Zob. także J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 23 przyp. 30.

<sup>1481</sup> Zapewne wyjątkowo owa bezprawność będzie konsekwencją naruszenia sądowego zakazu, np. takiego jaki został złamany m.in. przez dziennikarza F. Bruni, który zrobił 140 zdjęć przedśmiertnych Eluany Englaro, za zgodą jej ojca (*Eluana, 140 foto prima della morte...*). Trzeba wspomnieć, że motywem owej zgody była medialna, religijna i polityczna kampania przeciw decyzji umożliwiającej śmierć głodową Eluany, w której powszechnie wykorzystywano jej zdjęcia z czasów przed wypadkiem, nie pokazywano zaś jej zdjęć zrobionych po kilkunastu latach życia w stanie wegetatywnym.

<sup>1482</sup> Zob. np. S. Ritterman, *Komentarz...*, s. 120. Por. E. Traple, *Dzieło...*, s. 108.

<sup>1483</sup> Por. nadto E. Ferenc-Szydełko, *Przedmiot...*, ZNUSz Roczniki Prawnicze nr 7, s. 83. Zob. także B. Michalski, *Prawnie...*, s. 22.

<sup>1484</sup> Naruszeniem prawa do tożsamości (wierności) wizerunku, a niekiedy jego integralności, może być w fotografii artystycznej np. stylizacja „pod kicz” (ale już nie wykonanie zdjęcia przy wykorzystaniu *camera obscura*) czy deformacja w portrecie psychologicznym lub w karykaturze. Zob. B. Michalski, *Problemy...*, s. 12 i n.; por. R. Niemczyński, W. Żdźarski, *Zasady...*, s. 64-66 i 73-79; Natomiast naruszeniem innych dóbr osoby przedstawionej na wizerunku mogłaby być jego publikacja w specyficznym kontekście, o czym również wspomina B. Michalski, „*Prawo do wizerunku*”..., nr 15/1970, s. 12-13. Nadto zob. E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 119-120, zob. także s. 117. Por. I. C. Kamiński, *Swoboda autora...*, s. 16 i n.



Na podstawie tych ostatnich przepisów możliwa jest też pośmiertna ochrona praw do głosu<sup>1485</sup>, naruszanego wówczas chyba rzadziej niż prawo do wizerunku zmarłego. Warto wspomnieć o werdykcie jednego z paryskich trybunałów, zapadłego 19 V 1982 r., w którym „sąd zastosował sankcje wobec jednej ze stacji radiowych po śmierci Marii Callas z tytułu dokonania bezprawnych nagrań jej głosu podczas ćwiczeń odbywanych przez nią w jej prywatnej siedzibie”<sup>1486</sup>.

**XVI. Termin dwudziestoletni.** Formuła, którą ustawodawca posłużył się w art. 81 ust. 1 przemawia za przyjęciem, iż na jakiegokolwiek rozpowszechnianie wizerunku, poza tym którego dotyczy art. 81 ust. 2, potrzebne jest albo zezwolenie osoby na wizerunku przedstawionej albo przyjęcie umówionej zapłaty i brak wyraźnego zastrzeżenia. Jak widać, przepis ten nie przewiduje żadnych granic czasowych, co wydaje się być szczególnie wymowne, bo przecież z art. 82 wynika, iż zezwolenie osób tamże wskazanych, na rozpowszechnianie korespondencji skierowanej do zmarłego adresata, jest konieczne, o ile nie wyraził on innej woli, tylko w okresie dwudziestu lat od jego śmierci. Taki sam wniosek należy odnieść do granic czasowych, w ciągu których doniosłe jest zezwolenie samego adresata. Brak podobnej granicy w art. 81 ust. 1 zd. 1 wydaje się tym bardziej zastanawiający, że nie istniały żadne trudności, aby nadać temu przepisowi treść zawierającą zapis prawie taki sam jak ten, który pomieszczono w art. 82 (np. „rozpowszechnianie wizerunku wymaga zezwolenia osoby na nim przedstawionej, także w okresie dwudziestu lat od jej śmierci”).

To że ustawodawca uznał jednak, iż zezwolenie osoby przedstawionej na wizerunku jest konieczne tylko przez okres dwudziestu lat od jej śmierci, wynika z art. 83 *in fine*. Wypływa zeń ten wniosek co prawda pośrednio, ale dostatecznie czytelnie. Mówi się tam przecież, że m.in. roszczeń w przypadku rozpowszechniania wizerunku, nie można dochodzić po upływie dwudziestu lat od śmierci osoby na nim przedstawionej.

Z tego zapisu wynika jednak jednoznaczny wniosek tylko co do terminowego ograniczenia możliwości podnoszenia owych roszczeń<sup>1487</sup>. Można więc twierdzić, że nie przesądza on o tym, że zezwolenie sportretowanego nie jest potrzebne także na rozpowszechnianie wizerunku po dwudziestu latach od śmierci osoby na nim przedstawionej, tyle że po upływie tego dwudziestolecia rozpowszechnianie wizerunku nie

<sup>1485</sup> Por. J. Kamieniecki, *Odpowiedzialność...*, s. 55.

<sup>1486</sup> J. Sieńczyło-Chłabicz, *Przedmiot...*, s. 19 i 23 przyp. 27; J. Sieńczyło-Chłabicz, *Rozpowszechnianie...*, PPH nr 9/2003, s. 40, por. s. 43 i n.; J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja. Studium cywilnoprawne...*, s. 52. Orzeczenie OLG w Hamburgu z 8 V 1989 r. stanęło na stanowisku, „że syna znanego w całych Niemczech ze sposobu interpretowania tekstu i charakterystycznej barwy głosu aktora może skutecznie sprzeciwić się eksploataowaniu tych jego artystycznych oraz swoistych elementów mowy w reklamie z pomocą osoby imitującej cudzy głos. Dodajmy, że w reklamie, w której naśladowany był głos zmarłego aktora [H. Erhardt’a – uw. J.M.], posłużono się także używanymi przez niego charakterystycznymi zwrotami (np. «und noch’n Gedicht»)” (J. Barta, R. Markiewicz, *Dobra osobiste osób fizycznych...*, s. 125). Nadto zob. P. Książak [w:] *Kodeks...*, s. 264. Por. J. Bafia, *Polskie...*, s. 41.

<sup>1487</sup> Ta interpretacja jest bez wątpienia powściągliwa, ale też zdaje się być wierna treści rozważanego przepisu art. 83. Nieco inaczej widzą to J. Barta i R. Markiewicz, a ich konkluzje budzą moje wątpliwości: „Wprawdzie przepis ten *in fine* stanowi, iż roszczeń służących ochronie wizerunku nie można dochodzić po upływie 20 lat od śmierci osoby, której wizerunek dotyczy, tym niemniej można również bronić poglądu, iż występuje tu nie instytucja przedawnienia roszczeń, lecz raczej konstrukcja pewnego prawa terminowego. Prowadziłoby to do uznania, iż prawo do wizerunku – przynajmniej to, które regulowane jest w ustawie autorskiej z 1994 r. – ma charakter dziedziczny, a skoro tak – to należałoby albo dopuścić (co obecnie trudno jest pogodzić z istniejącym stanem prawnym) dziedziczenie praw osobistych, albo też omawianemu prawu do wizerunku nadać charakter prawa majątkowego, prawa nastawionego głównie na ochronę majątkowych interesów osoby, której wizerunek dotyczy” (*Wokół prawa...*, s. 23). Zob. także A. Matlak, *Cywilnoprawna...*, s. 326-327.

upoważnia już do podnoszenia roszczeń odpowiednich do tych, które przewiduje art. 78 ust. 1. Ale merytoryczna i praktyczna wartość takiej interpretacji byłaby żadna. Formuła zawarta *in fine* art. 83 przesądza bowiem nie tylko o niemożliwości podnoszenia roszczeń, ale też dobitnie wskazuje, że zgoda nie jest konieczna po upływie okresu, o którym w przepisie tym mowa, co najmniej że jej brak nie stanowi podstawy podnoszenia stosownych roszczeń. Cóż zaś może znaczyć zgoda, której brak nie znaczy nic? Koniec końców przesądza o wadliwości takiej interpretacji porównanie z bliźniaczą, co do istoty, regulacją pośmiertnego statusu korespondencji. Stąd przyjąć należy, że mimo brzmienia art. 81 ust. 1 zd. 1, nie zawierającego klauzuli analogicznej do pomieszczonej w art. 82, zezwolenie na rozpowszechnianie wizerunku jest potrzebne za życia osoby na nim przedstawionej i w ciągu dwudziestu lat od jej śmierci.

To że zezwolenie jest potrzebne tylko w ciągu wspomnianego okresu, stanowi bardzo poważne ograniczenie praw osoby przedstawionej na wizerunku. Można więc rozważać, czy stosowny przepis nie powinien być sformułowany jednoznacznie, podobnie jak art. 82? Ale przecież, choć zapis zawarty w art. 83 dopiero wymaga interpretacji, to także co do tego wymogu jest w gruncie rzeczy, może paradoksalnie, lecz właśnie jednoznaczny. Co wcale nie znaczy, że nie byłoby lepiej, myślę tu tylko o jasności owej regulacji, gdyby sformułowanie zawarte w art. 81 ust. zd. 1 ów dwudziestoletni termin przewidywało.

Termin dwudziestoletni, podobnie jak w przypadku rozpowszechniania korespondencji, podyktowany jest i tutaj troską o możliwość realizacji przez twórcę wizerunku, jego osobistych i majątkowych praw. Tyle że inaczej niż w przypadku korespondencji, doniosłość potrzeby ochrony praw majątkowych twórcy jest w przypadku wizerunku chyba dużo mniejsza. Wynika to stąd, że – jak już o tym wspominałem omawiając problematykę rozpowszechniania wizerunku – dla możliwości realizacji majątkowych uprawnień jego twórcy mniejsze znaczenie ma dopuszczalność rozpowszechniania wizerunków, z wyjątkiem fotograficznych, w sposób określony w art. 6 pkt 3.

Z art. 83 wynika, że rozpowszechnianie wizerunku po upływie dwudziestu lat nie wymaga zezwolenia osoby na wizerunku przedstawionej. Nie należy jednak zapominać, że wbrew możliwym pozorom przepis ten konstytuuje swobodę rozpowszechniania tylko na rzecz twórcy wizerunku lub osób, które swoje prawo do rozpowszechniania odeń wywodzą<sup>1488</sup>. Przy tym sytuacja twórcy jest szczególną, on bowiem oraz inne osoby legitymowane zgodnie z art. 78 ust. 3 do pośmiertnego wykonywania jego autorskich praw osobistych, mają nieograniczone w czasie prawo decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności (art. 16 pkt 4). Warto też zwrócić uwagę, że autorskie prawa majątkowe następców twórcy wizerunku, obejmujące przede wszystkim korzystanie z utworu polegające na jego rozpowszechnianiu, są kilkakrotnie dłuższe aniżeli termin dwudziestoletni, o którym mowa w art. 83.

Wspomniane normatywne ograniczenia ochrony wizerunku wynikają z oczywistego autorskoprawnego kontekstu regulacji zawartych w art. 81 i 83; przepisy te dotyczą bowiem nie wszelkich wizerunków, ale tylko tych, które stanowią przedmiot prawa autorskiego<sup>1489</sup>. Gdybyśmy nie uwzględnili owego kontekstu i poprzestali na

<sup>1488</sup> Nie podzielam więc pozornie tylko hipotetycznej opinii J. Barty i R. Markiewicza, że „prawo do wizerunku obejmowałoby czas życia danej osoby i wygasałoby 20 lat po jej śmierci” (*Wokół prawa...*, s. 25). Wygasa bowiem nie prawo do wizerunku (np. do jego integralności), ale tylko uprawnienie do dochodzenia roszczeń w razie jego rozpowszechniania, zapewne – choć to z art. 83 jasno nie wynika – wbrew warunkom określonym w art. 81. Artykuł 83 nie daje jakichkolwiek podstaw do przyjmowania, iż po upływie wskazanego terminu wygasa w ogóle prawo do wizerunku.

<sup>1489</sup> Zob. nadto T. Cyprian, *Zdjęcie...*, s. 22 i n.; Z. Woszczyński, *Prawa...*, s. 31.

autonomicznej interpretacji obu przepisów, to wolno byłoby odnieść je do wszystkich wizerunków, to zaś oznaczałoby dopuszczalność swobodnego rozpowszechniania po upływie okresu przewidzianego w art. 83 także tych wizerunków, które nie są utworami stanowiącymi przedmiot prawa autorskiego. A przecież nie sposób znaleźć normatywnej podstawy by regulacje zawarte w prawie autorskim mogły określać status także tego co nie jest przedmiotem tego prawa, poza sytuacjami, gdy określany jest status dóbr osobistych nietwórcy w związku z określaniem statusu dóbr osobistych i majątkowych twórcy. Dlatego należy stwierdzić, że ochronny reżim pozostałych wizerunków poddany jest o wiele surowszym regułom określonym w kodeksie cywilnym.

Trzeba jednak zauważyć, że choć rozpowszechnianie wizerunku będącego utworem po upływie okresu dwudziestolecia nie wymaga zezwolenia osoby sportretowanej, to przecież, gdy jego rozpowszechnianie naruszać będzie inne dobra osobiste osoby na nim przedstawionej (np. cześć lub prywatność), także wtedy istnieje możliwość podnoszenia stosownych roszczeń cywilnoprawnych. Wydaje się też, że ochroną winny być objęte wizerunki po upływie okresu dwudziestoletniego także wówczas, gdy nie naruszając któregokolwiek z dóbr osobistych osób na nich przedstawionych, są one bez zgody sportretowanego eksploatowane do celów komercyjnych<sup>1490</sup>. Wydaje się, że zagrożenie prawa do wyłącznego dysponowania wizerunkiem, w związku z wykorzystaniem np. fotografii reporterskiej dla celów reklamowych, rzadko kiedy – jak dawniej – do „dekoracji wystaw i wewnątrz sklepów czy punktów usługowych”, dużo częściej w reklamie prasowej i tzw. zewnętrznej, jest dzisiaj o wiele większe niż kiedyś<sup>1491</sup>; nie trudno też zauważyć wykorzystywanie w ten właśnie sposób zdjęć archiwalnych. Można mieć zasadnicze wątpliwości, czy o taką właśnie swobodę rozpowszechniania wizerunków zmarłych chodziło ustawodawcy w art. 83, ograniczającym ochronę wizerunków do dwudziestolecia od śmierci osoby nań przedstawionej, tym bardziej, że handlowa eksploatacja wizerunków archiwalnych, o czym już wspominałem, odbywa się najczęściej, a należy przypuszczać, że w Polsce prawie zawsze, także z naruszeniem autorskich praw osobistych ich twórców. Łatwo zauważyć taką właśnie komercyjną eksploatację portretów fotograficznych zmarłych, np. A. Einsteina, której rozmiary określają zarówno współczesne formy, jak i powtarzalność wspomnianych rozpowszechnień w postaci np. billboardów albo reklamy prasowej czy internetowej. Tymczasem głównie w odniesieniu do wizerunków żywych, ale również do wizerunków zmarłych, pojawiać się będzie zagadnienie ochrony praw osobistych sportretowanego na pojawiających się w internecie<sup>1492</sup> portalach zajmujących się publikacją zdjęć, w tym zdjęć rodzinnych, środowiskowych, archiwalnych.

Upływ terminu dwudziestu lat umożliwia rozpowszechnianie wizerunku bez zezwolenia osoby sportretowanej, jeżeli dotyczy każdej z osób na wizerunku przedstawionej. A że przesądza to o wygaśnięciu roszczeń, o których mowa w art. 83, stąd konsekwentnie przyjąć należy, iż roszczenia takie mogą być jednak podnoszone po upływie dwudziestu lat od śmierci osoby przedstawionej na wizerunku, przez inną osobę razem z nią przedstawioną albo przez osoby uprawnione do pośmiertnego

<sup>1490</sup> Zob. także J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 22.

<sup>1491</sup> Zob. B. Michalski, *Prawnie...*, s. 18 i n., w szczególności s. 21 i 23 przyp. 5. Przede wszystkim wyrok SA w Krakowie z 7 II 1995 r. (I ACr 697/94, B. Gawlik, *Dobra osobiste...*, s. 136 i n.), znany szeroko jako *casus* „Pigwa”, w którego tezie drugiej postanowiono, że użycie „do celów reklamowych cudzego wizerunku i pseudonimu artystycznego bez zgody osoby uprawnionej stanowi bezprawne naruszenie jej dóbr osobistych;” tamże zob. na s. 138, 140 i 142 odnośnie wizerunku w karykaturze postaci scenicznej, wypaczenie jego wymowy, a także „siły majątkowej” wizerunku oraz pseudonimu. Nadto J. Sobczak, *Ustawa prawo...*, s. 187.

<sup>1492</sup> Zob. także K. Włodarska, *Naruszenie...*, s. 603 i n.

dochodzenia ochrony dóbr osoby zmarłej później, jeśli nie minął jeszcze okres dwudziestoletni od jej śmierci. W takich sytuacjach okres pośmiertnej ochrony wizerunków osób zmarłych wcześniej wydłuży się, choć będzie to jedynie pokłosiem ochrony wizerunków osób żyjących albo tych, od których śmierci nie minęło jeszcze dwadzieścia lat. Pokusa ewentualnego wykadrowania wizerunków osób, których swobodne rozpowszechnianie jest już dopuszczalne, napotka, choć tylko być może, na zastrzeżenia związane zarówno z ochroną integralności utworu, co będzie mógł wykorzystać jego twórca oraz inne osoby uprawnione do dochodzenia *post mortem* ochrony jego dóbr, jak i z ochroną integralności wizerunku tych osób, które korzystają jeszcze z ochrony przed swobodnym rozpowszechnianiem swych wizerunków: wszak przysługująca im ochrona obejmuje również kontekst wizerunku<sup>1493</sup>, co być może nie pozwala na wykadrowanie<sup>1494</sup> z utworu zawierającego ich wizerunek także wizerunków innych osób<sup>1495</sup>, zresztą czegokolwiek, bez uzyskania zgody wszystkich osób uprawnionych. Normatywnych źródeł ochrony dóbr tych osób sportretowanych można byłoby się doszukiwać zarówno w prawie autorskim, jak i w kodeksie cywilnym<sup>1496</sup>. Mimo tych wątpliwości nie wydaje mi się, aby w przypadku zezwolenia twórcy lub innych osób uprawnionych do pośmiertnego wykonywania jego autorskich praw osobistych, nie wolno było dokonać wykadrowania z takich wspólnych wizerunków portretów osób, których rozpowszechnianie wymaga jeszcze stosownego zezwolenia. Zwłaszcza wówczas, gdy twórcą takiego wizerunku będzie osoba pragnąca dokonać wykadrowania swojego wizerunku, na którego rozpowszechnianie wymagane jest jeszcze zezwolenie (jak również osoba wywodząca od niej, *post mortem*, stosowne uprawnienie), nie sposób wskazać bowiem podstaw dla kwestionowania dopuszczalności i legalności takiego przedsięwzięcia. Także wówczas, gdyby istniało zezwolenie twórcy fotografii albo osób uprawnionych do wykonywania *post mortem* jego autorskich praw osobistych, nie dostrzegam istotnych prawnych barier dla „wyodrębnienia” ze wspólnej fotografii wizerunku, którego rozpowszechnianie jest już możliwe, nie tylko technika komputerowa pozwala bowiem i na taki zabieg, który w niczym nie naruszy integralności wizerunków pozostałych osób wspólnie z nim przedstawionych, korzystających jeszcze z reżimu ochronnego przewidzianego w prawie autorskim.

Z nader oczywistej konstatacji, że w art. 83 „można też dopatrzeć się [...] wyznaczenia czasu ochrony prawa” wyciągany jest także wspomniany już wniosek, iż „można

<sup>1493</sup> Zob. np. orz. SA w Warszawie z 12 II 1998 r. (I ACa 1044/97, J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 95). Nadto zob. wyr. SA we Wrocławiu z 26 II 2007 r. (I ACa 1492/06, LEX nr 338347).

<sup>1494</sup> O niedopuszczalności rozpowszechniania bez stosownego zezwolenia nawet wizerunków skadrowanych zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 22. Nadto zob. R. M. Sarbiński, *Fotografia...*, s. 26.

<sup>1495</sup> Tylko w takim rozumieniu używam dalej określenia mówiącego o wspólnym wizerunku, oczywiście jest bowiem, że nie istnieje wspólność prawa do wizerunku, gdyż „przyjmuje się, iż mamy tu do czynienia z kilkoma wizerunkami i odpowiadającymi im prawami, tyle że wspólnie utrwalonymi” (J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 17).

<sup>1496</sup> Czy roszczenia, o których mowa w art. 83, dotyczące rozpowszechniania wizerunku bez wymaganego zezwolenia, podobnie jak roszczenia dotyczące takiegoż rozpowszechniania korespondencji skierowanej do adresata, mogą być podnoszone także wobec wydawcy lub producenta? Tak, zawsze wtedy, gdy dokonują oni rozpowszechniania w rozumieniu art. 6 pkt 3, gdyż także ich status określają przepisy zawarte w art. 81 i 82, w których określone są wymogi legalnego rozpowszechniania wizerunku oraz korespondencji. Tym bardziej nie ulega to wątpliwości, gdy wydawcy lub producentowi przysługują autorskie prawa majątkowe do wizerunku lub korespondencji, przynajmniej w zakresie eksploatacji wydawniczej lub audiowizualnej (por. art. 70 ust. 2). Sięganie i tu po autorskoprawne instrumenty ochronne, przewidziane w art. 78 ust. 1 w związku z art. 83, jest tym bardziej uzasadnione, że określa nie tylko status twórcy, ale także wydawcy i producenta.

również bronić poglądu, iż występuje tu nie instytucja przedawnienia roszczeń, lecz raczej konstrukcja pewnego prawa terminowego<sup>1497</sup> ze wskazaniem, że pogląd taki znalazł się w przywołanym tamże referacie wygłoszonym przez B. Kordasiewicza<sup>1498</sup>. Zważywszy, że zasadnicze i nie tylko prawnoautorskie roszczenia służące także pośmiertnej ochronie dobra osobistego wizerunku nie mają charakteru majątkowego<sup>1499</sup>, ewentualność generalnego odnoszenia do tych roszczeń instytucji przedawnienia jest oczywiście niedopuszczalna<sup>1500</sup>, co nie wyklucza zasadności sięgania po nią w odniesieniu do roszczeń majątkowych związanych z naruszeniem wizerunku także *post mortem*. Konstrukcja prawa czasowego wydaje się *prima facie* uprawniona, choć trudno się uwolnić od refleksji, że ustawodawca sformułował ten przepis w szczególnie wymowny sposób, jakby chciał nie stwierdzać stanowczo wygaśnięcia prawa, lecz tylko poprzestać na wyeliminowaniu ochrony, zresztą ograniczając się z tym wyłącznie do wskazanego instrumentarium, co przecież nie do końca przesądza o niedopuszczalności sięgania tu po unormowania zawarte w szczególności w art. 23 k.c. Ale nie widzę podstaw, dla których można byłoby usprawiedliwić następujący po poprzednim, również wspomniany już wniosek, iż „prawo do wizerunku – przynajmniej to, które regulowane jest w ustawie autorskiej z 1994 r. – ma charakter dziedziczny, a skoro tak – to należałoby albo dopuścić (co obecnie trudno jest pogodzić z istniejącym stanem prawnym) dziedziczenie praw osobistych, albo też omawianemu prawu do wizerunku nadać charakter prawa majątkowego, prawa nastawionego głównie na ochronę majątkowych interesów osoby, której wizerunek dotyczy”<sup>1501</sup>.

<sup>1497</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 23, w zasadzie tak samo na s. 25, choć w innym miejscu autorzy ci stwierdzają najpierw, że „w świetle art. 81 należy przyjąć, iż prawo do wizerunku (inaczej niż prawo do decydowania i rozpowszechniania korespondencji) wygasa ze śmiercią danej osoby”, aby zaraz potem dodać, iż art. „83 określa tu tylko termin przedawnienia roszczeń”, zaś na następnej stronie konstatacji tej zaprzeczyc ([w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 634 i 635). Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 389.

<sup>1498</sup> *Wokół prawa...*, s. 23 przyp. 29, zob. też s. 25.

<sup>1499</sup> Wspominają o tym także J. Barta i R. Markiewicz: „instrumentarium ochronne» (roszczenia) jakie w ustawie autorskiej przewiduje ustawodawca dla ochrony prawa do wizerunku, jest typowe dla praw o charakterze osobistym” (*Wokół prawa...*, s. 27 przyp. 34). Ale w tym samym miejscu zaraz dodają, że „nie jest to argument o znaczeniu rozstrzygającym. Można powiedzieć, iż nie istnieje konieczność niejako powtórnego przyznawania uprawnionemu (tu: uprawnionemu z tytułu prawa do wizerunku) roszczenia odszkodowawczego czy roszczenia o wydanie bezpodstawnego wzbogacenia. Przysługują mu one przecież na ogólnych zasadach. Podobnie zresztą jak środki zabezpieczające uwzględnione w Kodeksie postępowania cywilnego. Natomiast odwołanie się przy prawie do wizerunku (w art. 83 pr.aut.) do roszczeń nastawionych na ochronę autorskich dóbr osobistych można uznać za reakcję na fakt, iż bezprawne rozpowszechnianie wizerunku stanowi niejednokrotnie ingerencję zarówno w majątkowe, jak i osobiste prawo do wizerunku”. Jak widać, argumentacja ta w niczym jednak nie podważa tego, że prawnoautorskie instrumentarium ochrony dobra osobistego wizerunku ma na względzie wyłącznie ochronę prawnoosobistą i to nawet wówczas, gdy w celu ochrony dobra osobistego wykorzystywane są roszczenia majątkowe.

<sup>1500</sup> Por. uwagę A. Wojciechowskiej, że ustanowionego „dwudziestoletniego okresu dochodzenia roszczeń nie można jednak, nie popadając w poważne trudności konstrukcyjne uznać za termin przedawnienia roszczeń do wizerunku” (*Ochrona autorskich dóbr...*, s. 629-630; teźże, *Ochrona autorskich dóbr...*, s. 740-741).

<sup>1501</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 23; ale na s. 27 ci sami autorzy zastrzegają się jednak, że „na pytanie, czy istnieją mocne, jednoznaczne podstawy normatywne dla przedstawionej konstrukcji mającej na celu uznanie, iż wizerunek jest (też) przedmiotem prawa majątkowego, należy – przyznajemy – odpowiedzieć przecząco; można też wskazywać na przemawiające przeciw niej argumenty”. Swoją drogą to zastanawiające, jak sugerowana metamorfoza osobistego prawa do wizerunku w prawo głównie majątkowe, zaowocowała tym (przy uznawaniu, że prawo osobiste do wizerunku wygasa, na gruncie art. 23 i 24 k.c., z chwilą śmierci), że majątkowe prawo do wizerunku nie wygasa w chwili śmierci osoby przedstawionej do wizerunku, bo „wartość tego dobra i prawa nie ustaje bynajmniej wraz ze śmiercią danej osoby” i dlatego jest dziedziczne, choć terminowe (zob. J. Barta,

W mniejszym może stopniu niż dziedziczność tych praw, choć *in casu* może to wyglądać zupełnie inaczej, ale przede wszystkim sugerowana w przywołanej wypowiedzi metamorfoza także tego prawa osobistego grozi jego oczywistym zmajoryzowaniem przez elementy majątkowe, z czego łatwo może wynikać podporządkowanie idei ochrony dóbr osobistych człowiekowi interesom majątkowym, zwłaszcza *post mortem*: ewidentnie cudzym interesom. Nie deprecjonując potrzeby dostrzeżenia elementów i wartości, nawet aksjologicznej (bo związanej z zapewnieniem alimentacji czy wsparcia majątkowego samego twórcy oraz jego bliskich, w tym także po śmierci twórcy), majątkowej eksploatacji dóbr osobistych oraz nadania jej rozropnej postaci normatywnej, uważam za konieczne, nie tylko, ale może szczególnie wyraziście po śmierci ich dotychczasowego podmiotu, uznanie za decydującą potrzebę respektu dla woli wyrażonej *ante mortem*, a gdyby takiego przejawu woli zabrakło, podporządkowanie możliwości i ewentualnych warunków ekonomicznej eksploatacji wizerunku zmarłego postulatowi bezwzględnej respektu dla jego dóbr osobistych.

Rozropną, bo realistyczną wydaje się bowiem obserwacja, że prócz praw osobistych dotyczących wizerunku jako dobra coraz bardziej upodobniającego się przede wszystkim do utworu<sup>1502</sup>, istnieją również prawa majątkowe związane z jego eksploatacją, przy czym oczywiste jest, że zarówno te prawa majątkowe, jak i osobiste, nie ustają wraz ze śmiercią osoby, o której wizerunek chodzi<sup>1503</sup>. Jest to sytuacja nawet nie podobna, ale chyba co do konstrukcji tożsama współistnieniu autorskich praw osobistych i majątkowych, co potwierdzałyby także czasowość roszczeń służących do ochrony wizerunku, ten bowiem, należy to uznać na gruncie prawa autorskiego, po upływie określonego terminu i po wygaśnięciu autorskich praw majątkowych do utworu jakim jest wizerunek, staje się częścią domeny publicznej, co w pozostałym zakresie nie eliminuje ani nie osłabia, przynajmniej *de iure*, na gruncie kodeksu cywilnego, statusu ochronnego wizerunku jako dobra osobistego. W żadnym jednak razie nie widzę powodów, dla których taka naturalna dwoistość prawa do wizerunku miałaby uzasadniać opinię, iż prawo to „stałoby się – tak jak prawo autorskie czy prawo pokrewne artysty wykonawcy – prawem dziedzicznym na zasadach ogólnych”, podobnie jak żadnych argumentów normatywnych nie widzę, które przemawiałyby za tym, aby dokonać takiej delimitacji ochrony prawa do wizerunku, zgodnie z którą „ochrona na gruncie ustawy autorskiej odnosi się głównie do sfery majątkowej, zaś podstawą ochrony interesów osobistych (osoby portretowanej, artysty wykonawcy) pozostają przepisy Kodeksu cywilnego”<sup>1504</sup>.

R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 635). Odnoszę wrażenie, że pogląd jednego z autorów podkreślających status wizerunku jako dobra majątkowego wziął się z przeświadczenia o decydującym charakterze oczywistej możliwości ekonomicznej eksploatacji tego dobra, gdy także wiele innych dóbr osobistych można eksploatować ekonomicznie, lecz to przecież o majątkowym charakterze owych dóbr nie przesądza, o ich statusie jako dóbr osobistych decyduje bowiem szczególnie związek owych dóbr z jego podmiotem, charakterystyczny tylko dla tych dóbr, który wyraża się przede wszystkim naturalną (*ex natura rerum*) nieprzenoszalnością dobra i niemożliwością jego zawłaszczenia, także *post mortem*. Nadto zob. J. Sieńczyło-Chlabicz, *Prawo...*, PiP z. 6/2007, s. 25 i n.

<sup>1502</sup> Czy – jak uważają J. Barta i R. Markiewicz – raczej do artystycznego wykonania (*Wokół prawa...*, s. 25 przyp. 33).

<sup>1503</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 24 i n.; także ciż [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 635. Osobna sprawa, że nie dostrzegam czytelnej racji normatywnej, dla której należałoby zaakceptować tamże wyrażony pogląd, że art. 23 i 24 k.c. przesądza wniosek, iż prawa osobiste wygasają „wraz ze śmiercią osoby będącej podmiotem prawa” (także ciż, [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 635), tym bardziej, gdy towarzyszy temu sformułowana w innym miejscu refleksja tych samych autorów, iż „tak jak utwór odrywa się od swego twórcy i ma swój własny byt, tak też dzieje się poniekąd z wizerunkiem” (*Wokół prawa...*, s. 18 przyp. 14).

<sup>1504</sup> *Wokół prawa...*, s. 25 przyp. 33.

Podobną do własnej argumentację znajduję, co tylko pozornie paradoksalne, u powołanych autorów, drugi z nich bowiem ma nie tylko zastrzeżenia do przedstawionej powyżej interpretacji prawnoautorskich unormowań prawa do wizerunku jako prawa majątkowego, ale w istocie uważa to prawo za osobiste<sup>1505</sup>. W pełni podzielam jego konkluzje, w których stwierdza, że „zasadne wydaje się więc stwierdzenie, iż określenie «wizerunek», użyte w art. 23 k.c. i art. 81 pr.aut, dotyczy tego samego dobra osobistego. Nie wyklucza to interpretacji, według której na gruncie art. 81 pr.aut. występuje portret (tzn. «wizerunek zrealizowany»), zaś ochrona z art. 23 k.c. dotyczy także «abstrakcyjnego», np. dotychczas nieskonkretyzowanego, wizerunku. Regulacja w prawie autorskim nie stanowi odrębnej (samodzielnej) podstawy dla dochodzenia ochrony, lecz jedynie uszczegóławia zasady ochrony wizerunku ze względu na oznaczone w prawie autorskim sposoby korzystania z niego. W pozostałym zakresie, a zatem samego tworzenia wizerunku lub jego eksploatacji innej niż rozpowszechnienie, należy dokonywać ocen wyłącznie na gruncie art. 23 k.c. Wydaje się zatem, że w świetle całości obowiązującego prawa należy opowiedzieć się za wykładnią, iż ustawodawca w art. 81 pr.aut. opowiedział się za konstrukcją dóbr i praw osobistych”<sup>1506</sup>.

Nie wszystkie konstatacje, które towarzyszą tej opinii wydają mi się jednak niewątpliwe, np. stanowisko, iż niefortunnie sformułowany art. 83 (choć akurat co do owej niefortunności w zupełności się z taką diagnozą zgadzam), przewidujący dwudziestoletni termin dochodzenia roszczeń *post mortem* „nie daje podstaw do twierdzenia, iż prawo to trwa po śmierci tej osoby, której dotyczy wizerunek”<sup>1507</sup>. Rzecz w tym, że choć przepis ten, właśnie wskutek swej oczywistej wadliwości, nie daje jednoznacznych podstaw do takiego twierdzenia, to przecież twierdzeniu takiemu także nie przeczy. A zważywszy pokrewną regulację w art. 82 w zasadzie nie powinien być interpretowany inaczej jak właśnie w sposób, który przesądza o pośmiertnej egzystencji tego prawa i jego możliwej ochronie w określonym terminie; ciekawe, że po to samo porównanie sięga jeden z przywołanych autorów, lecz nie wyprowadza stąd takich jak przedstawiony przeze mnie wniosek, ograniczając się do stwierdzenia, iż owo porównanie przesądza o zasadności traktowania prawa do wizerunku jako prawa osobistego, z czym akurat się zgadzam. Przytoczona supozycja, iż art. 83 nie daje podstaw do stwierdzenia, jakoby prawo do wizerunku trwało po śmierci osoby, o której wizerunek chodzi, sprowadzałaby się też do możliwego, lecz konstrukcyjnie wątpliwego rozwiązania, zgodnie z którym przez okres dwudziestu lat można dochodzić roszczeń do prawa, które wygasło.

Nieprzekonywujące jest również kwestionowanie możliwości konstrukcji prawa majątkowego do wizerunku poprzez wskazywanie, że „a) analogiczna wykładnia powinna dotyczyć oceny charakteru prawnego adresata korespondencji (chronionych w art. 82 pr.aut.) ze względu na analogicznie skonstruowaną regulację prawną; prowadziłyby to jednak do nieracjonalnych konsekwencji, b) argumenty celowościowe związane z taką wykładnią w równej mierze dotyczyłyby ochrony nazwiska, a przecież nie są podejmowane próby rekonstruowania prawa majątkowego w tym zakresie”<sup>1508</sup>. I choć o próbach takich, przynajmniej w polskim piśmiennictwie prawniczym, nie słyszałem, to przecież wszystko na to wskazuje, że nazwisko może być i jest przedmiotem ekonomicznej eksploatacji, bo przedstawia także majątkową wartość, gdy jest

<sup>1505</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 27 i n.

<sup>1506</sup> *Wokół prawa...*, s. 28. Ta jasno określona delimitacja zakresów ochrony wizerunku w art. 23 k.c. i art. 81 p.a. jest jednak przez tego samego autora podważona, gdy kwestionuje on stanowisko T. Grzeszak (zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 28 przyp. 35).

<sup>1507</sup> J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa...*, s. 27-28.

<sup>1508</sup> *Wokół prawa...*, s. 28; por. ciż [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 636.

wykorzystane np. w firmie, w znaku towarowym czy w reklamie. W dużo mniejszym stopniu, ale przedmiotem takiej eksploatacji może być również korespondencja, edycje twórczości epistolarnej nie są rzadkością i na rynku wydawniczym znajdują swoje miejsce także *par excellence* ekonomiczne, którego nie sposób określić jako „nieracjonalnej konsekwencji”. Należy więc rozważać, poza osobistym prawem do korespondencji, także prawo do niej majątkowe, któremu wcale nie musi towarzyszyć uprawnienie, co zresztą oczywiste, dotyczące samego *corpus mechanicum*, rzadko bowiem zdarza się, że autor zachowuje duplikaty wysłanych listów, choć może się to zmienić w epoce e-maili.

Pojawia się tutaj, pozornie tylko na marginesie, dużo szersze, bo dotyczące także pośmiertnej ochrony wizerunku, autorskich i „cywilnych” dóbr osobistych zagadnienie, na które zwróciła uwagę na łamach „The Daily Telegraph” C. Beaumont<sup>1509</sup> podejmując próbę odpowiedzi na pytanie o to, co „stanie się z twoimi kontami e-mail, profilem na Facebooku i internetową tożsamością po twojej śmierci?” Ukazując przemianę od czasów, gdy po śmierci „rzeczy należące do osoby zmarłej można było posortować i zapakować do pudełek, a potem podzielić między przyjaciół i rodzinę jako pamiątki po bliskim”, po współczesność ery cyfrowej, w której „nie jest to już niestety takie proste. Poza materialnymi drobiazgami po zmarłym trzeba się zająć całą pozostawioną przez niego spuścizną w cyberswiecie. Profile na Facebooku, konta na Twitterze, internetowe galerie fotograficzne, osobiste dokumenty... Portale, takie jak MySpace czy Facebook, pełne są profili osób, których już wśród nas nie ma. Jest w tym coś nieznośnie wzruszającego, coś co nas uwiera i nie daje nam spokoju: zdjęcia tych ludzi, ich wyartykułowane kiedyś myśli, wiadomości, zapiski – wszystko zatrzymane w czasie, zawieszane, zahibernowane. Co dzieje się z tym wszystkim po naszej śmierci?” Odpowiadając na to pytanie autorka wspomina, że przedsiębiorcy „z Doliny Krzemowej, zawsze gotowi na nowe wyzwania, mają propozycję. Ostatnio w USA wystartowała strona internetowa Legacy Locker (dosłownie: schowek na spuściznę po kimś). Znajdziemy tam miejsce na spisanie testamentu, na pozostawienie listów pożegnalnych i tym podobnych przesłań i dokumentów – ale także listę haseł i loginów do internetowych kont bankowych, portali społecznościowych i baz danych. Subskrybenci tworzą na stronie listę swoich profili w wirtualnym świecie, a także związanych z nimi haseł i wszystkich szczegółów wymaganych do zalogowania się – i wyznaczają «spadkobiercę» który ma otrzymać wszystkie te informacje w razie ich śmierci. Oznacza to, że ich profile na Facebooku, skrzynki e-mail czy konta na Twitterze mogą po ich śmierci być zlikwidowane – a ich spadkobiercy mogą przejąć ich sieciowe loginy, hasła i wirtualne osobowości. Firma będąca właścicielem strony planuje w przyszłości dodać także możliwość nagrania i przesłania wideo, które określone osoby będą mogły odtworzyć kiedy ich samych już zabraknie”. I choć C. Beaumont zauważa, że „wszystko to może wydawać się nieco makabryczne, istnieje realna potrzeba tego typu usług – większość portali internetowych nie ma odpowiednich zabezpieczeń i regulacji pozwalających na przejmowanie danych po zmarłym przez spadkobierców. Okazuje się, że w wielu przypadkach nawet odpowiedni zapis w testamencie nie załatwia sprawy. „Legacy Locker wypełnia istotną lukę we współczesnym, cyfrowym stylu życia” – mówi Jeremy Toeman, założyciel strony. – „To przykre, ale większość firm świadczących usługi internetowe nie ma żadnych procedur dotyczących zarządzania kontem osoby zmarłej. A przecież liczni z nas tworzą online ciekawe galerie zdjęć, bazy znakomitych tekstów, nie wspominając już o bankowości elektronicznej czy kontaktach typu PayPal, które mają konkretną, wymierną wartość dla naszych rodzin czy spadkobierców. Toeman twierdzi, że Legacy

<sup>1509</sup> C. Beaumont, *Ostatnie wylogowanie...*



Locker proponuje usługę nie tylko bezpieczną, ale także prawnie wiążącą. Każdy użytkownik musi wyznaczyć dwóch «weryfikatorów» – osoby, które w razie konieczności potwierdzą jego śmierć i przedstawią świadectwo zgonu, zanim zmagazynowana na stronie informacja zostanie przekazana «spadkobiercom». Osobami takimi mogą być członkowie rodziny, znajomi lub prawnicy. Założyciele zapewniają także, że Legacy Locker będzie działał nawet w sytuacji upadku prowadzącej go firmy (co szczególnie istotne w sytuacji światowego kryzysu ekonomicznego). Toeman nie zdradza szczegółów, twierdzi jednak że portal jest doskonale zabezpieczony (także finansowo) i jest w stanie funkcjonować nawet w razie poważnych problemów. Graham Jones, psycholog specjalizujący się w problemach internetu, mówi że od czasu upowszechnienia fotografii i amatorskich kamer wideo jesteśmy przyzwyczajeni do tego, że nasi bliscy «żyją» nawet po śmierci – ale nasza coraz bardziej wszechstronna i intensywna obecność w sieci rzeczywiście powoduje dodatkowe problemy. – Niektórzy ludzie na pewno chcieliby, aby ich konta na Facebooku czy Twitterze pozostały tam także po ich śmierci jako pamiątka po nich – mówi – Z drugiej strony dla rodzin i bliskich osób zmarłych otrzymywanie ich poczty i powiadomień mogłoby być kłopotliwe czy wręcz bolesne. Dobrze, że rodzina będzie mogła mieć wybór. Sytuacja śmierci osoby bliskiej zawsze jest trudna, a usługi proponowane przez Legacy Locker mogą znacznie ułatwić załatwienie przynajmniej tej kwestii”.

Jak wynika z artykułu C. Beaumont „Legacy Locker nie jest jedynym serwisem, który stara się wypełnić tę lukę na internetowym rynku. Podobne usługi oferują na przykład portale KeepYouSafe czy Deathswitch. Portal Deathswitch mówi o «ubezpieczeniu informacyjnym», a motto firmy brzmi: «Bridging mortality» («Przerzucać mosty nad śmiertelnością»). «Deathswitch to automatyczny system, który na podstawie regularnie powtarzanych czynności online sprawdza czy żyjesz – czytamy na stronie firmy. – Jeśli przez określony czas nie zalogujesz się w sieci, system wyśle do ciebie pytanie. Jeżeli na nie nie odpowiesz, komputer uzna, że zmarłeś albo jesteś w stanie niepozwalającym na kontakt ze światem – a wtedy pozostawione przez ciebie wiadomości automatycznie zostaną wysłane do wskazanych osób»”.

Jak niezwykle, i bynajmniej nie wirtualną, jest rzeczywistość internetowej korespondencji pośmiertnej zaświadczać wnioski autorki zwracającej uwagę, że możliwość „zachowania kontroli nad śladami pozostawionymi w sieci może zainteresować wielu ludzi. Poza wszystkim innym daje to możliwość usunięcia z Facebooka kiepskich zdjęć i nieciekawych komentarzy, a pozostawienia tylko najlepszych wpisów na blogu. Są też czysto praktyczne strony problemu: możesz przekazać wolne środki na koncie PayPal wskazanej osobie, możesz zostawić w spadku niewykorzystane wirtualne kupony do sklepu iTunes. Ba, możesz nawet umówić się z kimś kto po twojej śmierci nadal będzie umieszczał w sieci napisane przez ciebie wcześniej teksty na blogu czy zrobione przez ciebie zdjęcia w twojej galerii online!”<sup>1510</sup>

<sup>1510</sup> Claudine Beaumont powtarza jeszcze, że oczywiście „*«odcisków» pozostawionych przez kogoś w internecie nigdy nie da się do końca i bez śladu usunąć – ostrzega Jones. – Nikt nie usunie na przykład komentarzy, które zmarły zostawił na cudzych blogach. Ale z tym musimy się po prostu pogodzić*”. Zagadnienie to budzi coraz większe zainteresowanie, świadczy o tym choćby informacja przekazana z Melbourne, która ukazała się 4 XI 2009 r. w elektronicznych mediach indyjskich: „*Saving that parting e-mail from your first love in your inbox? Well, chances are, after you pass away, your spouse and the entire family will know about the long held secret. This is because web email services like Hotmail and Gmail do not let users specify what should happen to their messages when they die. In fact, email services owned by Internet giants like Google and Microsoft have a policy of keeping your data after you die and letting your next of kin or the executor of your estate access it. Accounts with Google’s Gmail can hold up to 7GB – or roughly 70,000 emails with a small to medium*

**XVII. Osoby uprawnione do dochodzenia roszczeń.** Podobnie jak w odniesieniu do pośmiertnego dochodzenia ochrony naruszonych dóbr adresata, także wówczas, gdy *post mortem* miałyby dojść do rozpowszechniania wizerunku bez wymaganego zezwolenia osoby na nim przedstawionej, ustawodawca nie wskazał osób, które mogłyby podnosić stosowne roszczenia<sup>1511</sup>.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 55 p.a. 1952 przepis jego art. 53 stosowało „się odpowiednio do rozpowszechniania portretu bez zezwolenia portretowanego [...]”<sup>1512</sup>. Odesłanie to dotyczyło więc także art. 53 § 2 p.a. 1952, który stwierdzał, że „po śmierci twórcy, jeżeli nie wyraził on innej woli, z powództwem o ochronę autorskich dóbr osobistych mogą wystąpić: małżonek, rodzice, dzieci lub rodzeństwo twórcy”<sup>1513</sup>. Stąd zaś wynikało, że owa regulacja przyznawała stosowną legitymację tym, którzy *post mortem* mogli żądać ochrony naruszonego dobra wizerunku zmarłego, nie zaś jakichś związanych z jego postacią dóbr własnych. Dokładnie tak samo należy to interpretować na gruncie art. 83, gdzie dochodzący pośmiertnych roszczeń chroni wyłącznie dobra osobiste zmarłego, tym bardziej, że jak wiadomo, inaczej niż w art. 82, prawo autorskie przewiduje w odniesieniu do wizerunku jedynie zezwolenie osoby na wizerunku przedstawionej.

Gdzie indziej uzasadniam<sup>1514</sup>, że aby wskazać osoby uprawnione do podnoszenia takich roszczeń zmierzających do pośmiertnej ochrony dóbr adresata, konieczne jest sięgnięcie, w drodze nader skomplikowanej interpretacji, do art. 82. Gdy trzeba tego dokonać dla wskazania tych, którzy mogą pośmiertnie dochodzić ochrony naruszonych dóbr osobistych osoby przedstawionej na wizerunku, rzecz jest jeszcze bardziej skomplikowana. Równie uprawnione wydają się bowiem wówczas dwa rozwiązania. Albo sięgnięcie w drodze analogii *legis*, do art. 78 ust. 2<sup>1515</sup>, ten bowiem wskazuje osoby uprawnione do pośmiertnego dochodzenia roszczeń. Albo przez analogię do art. 82, ten bowiem wskazuje osoby uprawnione do pośmiertnego udzielenia zezwolenia na rozpowszechnianie, choć w tym drugim przypadku wymaga to analogii bardziej *iuris* niżli *legis*. To drugie rozwiązanie jest też bardziej kłopotliwe nie dlatego, że owa regulacja dotyczy statusu korespondencji, ale przede wszystkim dlatego, że najwyraźniej

picture attached to each and they archive the messages you've written as well as received. When it comes to deleting the data, Microsoft's Hotmail will remove an account if it is inactive for 270 days, while Gmail leaves the responsibility to the next of kin. Of the top three providers, only Yahoo! refuses to supply emails to anyone after the user has died. The user's next of kin can ask for the account to be closed, but cannot gain access to it. A Yahoo! spokesperson said the only exception to this rule would be if the user specified otherwise in their will. Meanwhile, social-networking site Facebook has recently publicised a feature called memorialisation that lets the family of deceased users keep their profile page online as a virtual tribute. MySpace, on the other hand, says it addresses the issue of family access to sensitive data on a „case by case basis”. A spokesperson for MySpace could not rule out letting a user's next of kin log into their profile – potentially giving them access to private messages” (*What happens to your email account after you die...*).

<sup>1511</sup> Por. J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 2005, s. 642.

<sup>1512</sup> Zob. także S. Grzybowski, *Autorskie...*, s. 263-264; E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku...*, s. 121. Nadto zob. Cz. Przymusiński, *Zagadnienia...*, s. 67-68.

<sup>1513</sup> Warto zwrócić uwagę, że w przywołanym przepisie p.a. 1952 mowa była o ochronie autorskich dóbr osobistych, a więc ustawodawca posłużył się tu określeniem poprawnym, nie zaś błędnym, tak jak to uczynił w art. 78 ust.2, pisząc o ochronie autorskich praw osobistych.

<sup>1514</sup> Zob. rozdz. III.

<sup>1515</sup> Oczywisty błąd popełniają K. i J. S. Świąccy, gdy stwierdzają, że uprawnienie do podnoszenia roszczeń z powodu pośmiertnego naruszenia prawa do rozpowszechniania korespondencji ustawa przyznaje osobom adresatowi „najbliższym wymienionym w art. 78 ust. 2” (*Prawo autorskie...*, s. 142), albowiem odesłanie zawarte w art. 83 wyraźnie przemawia za wyłączeniem stosowania tu art. 78 ust. 2, a krąg uprawnionych wskazanych w tym artykule i w art. 82, pomijając odmienną regulowaną materię, nie jest – wbrew pozorom – tożsamy.

analogiczną lub tylko podobną regulację celowo pominięto przy określaniu reguł dotyczących rozpowszechniania wizerunku. Mimo to sięgnięcie właśnie do art. 82 wydaje się jednak roztropniejsze, zważywszy również pobratymstwo z materią regulowaną w art. 83. Także dlatego, że choć sięgnięcie po art. 78 ust. 2 jest o wiele prostsze<sup>1516</sup>, to przecież krąg uprawnionych do pośmiertnego dochodzenia ochrony dóbr osoby przedstawionej na wizerunku oraz osoby, do której została skierowana korespondencja, byłby wtedy różny<sup>1517</sup>, dla którego to zróżnicowania trudno znaleźć rozsądne uzasadnienie. Przeciwnie, wydaje się, że kręgi osób uprawnionych winny być, przynajmniej w tych obydwu sytuacjach jednakowe, choć we wszystkich sytuacjach, dotyczących pośmiertnej ochrony dóbr twórcy, sportretowanego i adresata, mogłyby obejmować taki krąg jaki wskazano w art. 78 ust. 2.

Argumentem przeciw sięganiu do art. 78 ust. 2 jest i to, że odesłanie zawarte w art. 83 ograniczono wyraźnie tylko do ust. 1 art. 78, z czego wolno wnosić, że sięganie w drodze analogii do art. 78 ust. 2 słusznie mogłoby być uznane za interpretacyjne nadużycie.

Konsekwencją próby ustalenia osób legitymowanych do dochodzenia pośmiertnej ochrony zagrożonego lub naruszonego dobra osoby przedstawionej na wizerunku, w drodze swoistej analogii do art. 82, powinno być nie tylko uznanie, że wymieniony tamże krąg osób będzie legitymowany do dochodzenia ochrony wizerunku zmarłego, ale także przyjęcie, że osoby te są do tego uprawnione dopiero wtedy, gdy ten, kto jest przedstawiony na wizerunku, oczywiście *ante mortem*, innej woli nie wyraził. Taki wniosek uzasadniony jest nie tylko integralnym traktowaniem tej analogii, czyli odniesieniem jej do całości przepisu, po który w drodze analogii sięgam, ale i tym, że do takiej samej konkluzji dochodzę tam, gdzie wskazuję osoby, które pośmiertnie zabiegać mogą o ochronę dobra osobistego adresata. Najistotniejszym jest tu jednak argument najprostszy: jeżeli musimy (a musimy – zob. art. 81 i 83) wskazać osoby, które mogą dochodzić ochrony dobra osobistego wizerunku po śmierci osoby na nim przedstawionej, to przede wszystkim winny być to osoby przez nią samą wskazane. Tego nie ma potrzeby uzasadniać.

Zarówno, gdy chodzi o zagadnienia szczegółowe, dotyczące wskazania przez osobę przedstawioną na wizerunku tych, którzy po jej śmierci mogliby dochodzić stosownych roszczeń, jak i wskazania tych, którzy mogliby być do tego uprawnieni *ex lege* oraz co do pozostałych kwestii, które wiążą się z analogicznym stosowaniem art. 82, odsyłam do odpowiednich rozważań w rozdz. III, poświęconym autorskoprawnej ochronie dóbr zmarłego adresata.

**XVIII. Autorskoprawna ochrona wizerunku *post mortem*, a jego cywilnoprawna ochrona *pośmiertna*.** Naturalnym jest pytanie, czy autorskoprawna ochrona wizerunku *post mortem* nie przemawia za reorientacją powszechnej w naszym piśmiennictwie prawniczym optyki, która wyraża się w deklaracjach o wygasaniu dóbr osobistych *post mortem*, choćby ograniczyć się tylko do wymienionego w art. 23 k.c. wizerunku? Oczywistym jest przy tym, że ograniczenie czasowe ochrony prawa do dysponowania wizerunkiem *post mortem* motywowane jest na gruncie prawa autorskiego troską o interesy twórców owych wizerunków. Z tego też wynika, że samo *ratio legis* tej autorskoprawnej ochrony wiąże się z ochroną dobra osobistego osoby sportretowanej.

<sup>1516</sup> Por. J. Barta i R. Markiewicz, zdaniem których ograniczenie „odesłania do ust. 1 art. 78 nie pozwala posłużyć się ust. 2 tego artykułu; brak więc rozstrzygnięcia kwestii, kto może występować z roszczeniami z tytułu naruszenia prawa do wizerunku w ciągu 20 lat od śmierci osoby przedstawionej na tym wizerunku” ([w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska..., 1995, s. 391).

<sup>1517</sup> Chociaż *in casu* mógłby okazać się taki sam: wszystko zależy od tego, które osoby żyją, spośród należących do kategorii wymienionych w art. 78 ust. 2 i art. 82.

Żadnych argumentów nie znajduję dla usprawiedliwienia kwestionowania analogicznej pośmiertnej ochrony dobra osobistego wizerunku, który nie jest utworem. Takie zróżnicowanie statusu ochronnego wizerunku musiałoby być uznane za pogwałcenie równych praw i to nawet wówczas, gdybyśmy nakazu równości wobec prawa nie chcieli odnieść do położenia zmarłego człowieka: wszak zasadniczo zróżnicowane byłyby wówczas także uprawnienia osób mogących *post mortem* wyrazić zgodę na rozpowszechnianie wizerunku, istniałoby ono w odniesieniu do wizerunków stanowiących przedmiot prawa autorskiego, brak byłoby go zaś w odniesieniu do innych wizerunków. Nie widzę też żadnych racji merytorycznych, w tym w szczególności praktycznych, aby kwestionować potrzebę pośmiertnej ochrony wizerunku niestanowiącego przedmiotu prawa autorskiego.

Osobnym problemem jest zakres i sposób cywilnoprawnej ochrony wizerunku *post mortem*. Nie znajduję tu, w odniesieniu do wizerunku niebędącego utworem, argumentów dla których ochrona taka winna być ograniczona czasowo. Otwarte jest też zagadnienie *de lege ferenda* niezbędnego instrumentarium, które umożliwiłoby taką ochronę po śmierci osoby przedstawionej na wizerunku. W pracy tej do zagadnienia tego odnoszę się dalej<sup>1518</sup> mając na względzie zakres i sposób ochrony *post mortem* wszystkich niewygasających z chwilą śmierci dóbr osobistych człowieka, nie ma bowiem potrzeby różnicowania owej ochrony dla określonych dóbr osobistych pozostałych po zmarłym.

---

<sup>1518</sup> Zob. rozdz. X tej pracy.