

Rozdział 1

Kontekst prawno-administracyjny debaty o upamiętnieniach mniejszości niemieckiej na Śląsku

Lech M. Nijakowski

W Polsce nie ma ustawy kompleksowo regulującej problematykę upamiętnień i miejsc pamięci narodowej, choć w 1999 r. trwały prace nad projektem takiego aktu prawnego (z prac Sejm zrezygnował w 2000 r. – po drugim czytaniu). Projekt regulować miał m.in. zasady ustanawiania i ochrony miejsc pamięci (grobow, cmentarzy wojennych, pomników, krzyży, kapliczek, kopców i in.) oraz – z drugiej strony – zasady usuwania symboliki związanej z ideologią komunistyczną i władzami PRL. Dlatego chcąc scharakteryzować przepisy regulujące stawianie i ochronę upamiętnień trzeba się odnieść do bardzo różnych aktów prawnych.

1.1. Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa

Podstawowe znaczenie w systemie prawnym regulującym stawianie pomników i tablic ma ustawa z dnia 21 stycznia 1988 r. *o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa* (DzU 1988, nr 2, poz. 2). Rada „inicjuje i koordynuje działalność związaną z upamiętnianiem historycznych wydarzeń i miejsc oraz postaci w dziejach walk i męczeństwa Narodu Polskiego, zarówno w kraju, jak i za granicą, a także bliskich Narodowi Polskiemu miejsc walk i męczeństwa innych narodów na terytorium” Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1). Do zadań Rady należy w szczególności (art. 3):

1) sprawowanie opieki nad miejscami walk i męczeństwa oraz trwałe upamiętnianie związanych z tymi miejscami faktów, wydarzeń i postaci,

2) inspirowanie oraz współdziałanie w organizowaniu obchodów, uroczystości, przedsięwzięć wydawniczych i wystawienniczych, a także popularyzowanie – za pomocą środków masowego przekazywania – miejsc, wydarzeń i postaci historycznych związanych z walkami i męczeństwem,

3) ocenianie stanu opieki nad miejscami i trwałymi obiektami pamięci narodowej, a w szczególności nad pomnikami, cmentarzami i mogiłami wojennymi oraz walk narodowowyzwoleńczych, cmentarzami ofiar hitlerowskiego terroru, muzeami walk i martyrologii, a także izbami pamięci narodowej,

4) sprawowanie funkcji opiniodawczej i opiekuńczej wobec muzeów walk i męczeństwa, a w szczególności: w Oświęcimiu-Brzezince, na Majdanku, w Sztutowie, w Łambinowicach, w Żabikowie, w Rogoźnicy, w Treblince i Radogoszczy,

5) opiniowanie pod względem historycznym i artystycznym wniosków o trwałe upamiętnienie miejsc wydarzeń historycznych, a także wybitnych postaci związanych z dziejami walk i męczeństwa,

6) współdziałanie – w szczególności ze środowiskami i organizacjami polonijnymi – w sprawowaniu opieki nad miejscami walk i męczeństwa Narodu Polskiego za granicą.

Kluczowe znaczenie ma tu punkt piąty, który czyni z Rady organ administracji rządowej mający prawo do opiniowania nie tylko formy artystycznej upamiętnień, ale także słuszności interpretacji historycznej, która ujawnia się w treści napisów i symbolice pomnika. Dlatego też działania Rady budzą tak wielkie kontrowersje liderów mniejszości narodowych, zwłaszcza, gdy historia relacji tej mniejszości z więk szością polską obfituje w konflikty.

Rada podlega ministrowi właściwemu do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego (w zakresie omawianych spraw jest on zatem organem wyższego stopnia w stosunku do wojewody – w rozumieniu art. 17 *Kodeksu postępowania administracyjnego*, DzU 2000, nr 98, poz. 1071), gdyż – zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z 4 września 1997 r. *o działach administracji rządowej* (tekst jednolity DzU 2003, nr 159, poz. 1548) – dział kultura i ochrona dziedzictwa narodowego obejmuje sprawy rozwoju i opieki nad materialnym i niematerialnym dziedzictwem narodowym, w szczególności w zakresie miejsc pamięci narodowej, grobów i cmentarzy wojennych, pomników zagłady i ich stref ochronnych (pkt. 3). Wszelkie „organy właściwe w sprawach wydawania zezwoleń na wykonanie trwałych znaków i obiektów upamiętniających walki i męczeństwo są obowiązane do zasięgnięcia opinii Rady i jej rozpatrzenia przed wydaniem decyzji” (art. 4). Rada wykonuje swoje zadania przy współpracy wojewódzkich komitetów ochrony pamięci walk i męczeństwa, działających przy terenowych

organach administracji państwowej o właściwości ogólnej stopnia wojewódzkiego.

Na podstawie powyższej ustawy Rada Ministrów wydała Rozporządzenie z 25 kwietnia 1988 r. *w sprawie organizacji, trybu działania i zasad finansowania Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa oraz komitetów ochrony pamięci walk i męczeństwa* (DzU 1988, nr 22, poz. 154). Zgodnie z rozporządzeniem, Rada realizuje swoje zadania w szczególności w drodze:

1) zajmowania stanowiska w formie uchwał, wytycznych i zaleceń oraz opinii i wniosków w sprawach opieki nad miejscami walk i męczeństwa oraz trwałego upamiętniania związanych z tymi miejscami faktów, wydarzeń i postaci,

2) występowania z wnioskami oraz współdziałania z właściwymi organami państwowymi, zainteresowanymi organizacjami politycznymi i społecznymi w organizowaniu obchodów i uroczystości, inicjowania wydawnictw i organizowania wystaw upamiętniających miejsca walk i męczeństwa oraz związane z nimi historyczne wydarzenia i postaci,

3) przedstawiania, za pośrednictwem środków masowego przekazywania, publikacji popularyzujących miejsca, wydarzenia i postaci związane z walką i męczeństwem, a także podejmowania innych przedsięwzięć upowszechniających pamięć walk i męczeństwa,

4) współpracy z terenowo właściwymi w zakresie wykonywania odpowiednich zadań Rady wojewódzkimi komitetami ochrony pamięci walk i męczeństwa,

5) dokonywania okresowych ocen stanu opieki nad miejscami walk i męczeństwa oraz trwałymi obiektami pamięci narodowej, zwłaszcza nad pomnikami, cmentarzami i mogiłami wojennymi, muzeami walk i martyrologii oraz izbami pamięci narodowej, a także informowania o tym opinii społecznej,

6) opiniowania pod względem historycznym i artystycznym wniosków o trwałe upamiętnienie miejsc i wydarzeń historycznych, w porozumieniu lub na wniosek wojewódzkiego komitetu ochrony pamięci walk i męczeństwa,

7) współpracy, w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych, z zagranicznymi instytucjami zajmującymi się upamiętnianiem i otaczaniem opieką miejsc walk i męczeństwa Polaków w innych krajach

oraz bliskich narodowi polskiemu miejsc walk i męczeństwa innych narodów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

8) współdziałania ze środowiskami i organizacjami polonijnymi oraz z polskimi przedstawicielstwami dyplomatycznymi i urzędami konsularnymi w sprawowaniu opieki nad miejscami walk i męczeństwa narodu polskiego za granicą.

Uchwały Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa mają jedynie charakter opiniodawczy. Artykuł 87 Konstytucji RP stanowi, że źródłami powszechnie obowiązującego prawa w Polsce są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia; zaś na obszarze działania organów, które je ustanowiły, są to dodatkowo akty prawa miejscowego. Natomiast uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i ministrów mają jedynie charakter wewnętrzny i obowiązują tylko podległe jednostki organizacyjne. Zarządzenia są wydawane tylko na podstawie ustawy i nie mogą stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów. Uchwały i zarządzenia podlegają kontroli co do ich zgodności z powszechnie obowiązującym prawem (art. 93 Konstytucji RP). Obszar obowiązywania uchwał Rady Ministrów i zarządzeń Konstytucja określa normami kompetencyjnymi kierownictwa oraz normami upoważniającymi do podejmowania działań w celu realizacji polityki państwa. Moc obowiązująca tych aktów płynie zatem z konstytucyjnego określenia ich charakteru prawnego oraz z pozycji, jaką w ustrojowym układzie kierownictwa zajmuje organ nadrzędny wobec organu podległego.

Charakter uchwał Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa określa §2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 25 kwietnia 1988 r. *w sprawie organizacji...*, stanowiąc, iż Rada realizuje zadania m.in. w drodze zajmowania stanowiska w formie uchwał, wytycznych i zaleceń oraz opinii i wniosków w sprawach opieki nad miejscami walk i męczeństwa oraz trwałego upamiętnienia związanych z tymi miejscami faktów, wydarzeń i postaci. Uchwały Rady nie są przeto ani źródłami powszechnie obowiązującego prawa, ani też aktami prawa wewnętrznego. Są to jedynie akty o charakterze opiniodawczym. Odnoszą się bezpośrednio do zakresu wykonywanych przez Radę zadań.

Organy właściwe w sprawach wydawania zezwoleń na wykonanie trwałych znaków i obiektów upamiętniających walki i męczeństwo są obowiązane – zgodnie z art. 4 ustawy o Radzie Ochrony Pamięci

Walk i Męczeństwa – do zasięgnięcia opinii Rady i jej rozpatrzenia przed wydaniem decyzji. Opinia ta jednak nie jest dla nich wiążąca.

Dlatego również Uchwała nr 2 Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa z 25 stycznia 1995 r. *w sprawie upamiętnień na terenie Polski żołnierzy niemieckich poległych w I i II wojnach światowych oraz w czasie powstań śląskich i wielkopolskiego* ma charakter jedynie opiniodawczy. Rada w uchwale tej stwierdza, że „chce uszanować pamięć rodzin i kolegów poległych w czasie I wojny światowej żołnierzy niemieckich i ich dążenie do utrzymania ew. zrekonstruowania zburzonych lub zdewastowanych po II wojnie światowej pomników upamiętniających – w rodzinnych miejscowościach – ich nazwiska. Rada OPWiM nie wyraża zastrzeżeń, co do istnienia pomników tego rodzaju, jeśli przy ich odbudowie przestrzegano obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej normy prawne oraz jeżeli ich symbolika i wyrażane treści nie naruszają jej integralności”. Zarazem „wyraża stanowczy sprzeciw przeciwko stawianiu pomników i tworzeniu wszelkich – nie związanych z faktycznym miejscem pochowania – upamiętnień dot. członków Wehrmachtu oraz SS”. Rada podkreśla się, że pomniki wzniesione w latach dwudziestych i trzydziestych, które zostały zrekonstruowane z dodaniem elementów odnoszących się do II wojny światowej oraz pomniki zbudowane w latach 1991–1994, powstały bez zasięgnięcia opinii Rady, a więc z naruszeniem ustawy *o Radzie...* Dlatego Rada wnioskuje o przeprowadzenie weryfikacji wymienionych upamiętnień oraz podjęcie przez właściwe władze administracyjne i samorządowe decyzji, co do wykonania stosownych zmian. Uchwała nr 2 Rady nie ma zatem charakteru obowiązującego prawa, ale to nie oznacza, że jej treść nie ma znaczenia dla procesu administracyjnego.

Pomniki są obiektami budowlanymi, a zatem ich stawianie regulowane jest przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. *prawo budowlane* (DzU 2003, nr 207, poz. 2016 z późn. zm.). Pomniki, z jakimi spotykamy się na Opolszczyźnie są przeważnie małymi obiektami, określanymi w ustawie jako „obiekty małej architektury” (art. 3 pkt 1 pdpkt c). Obiekty takie nie wymagają pozwolenia na budowę, a jedynie zgłoszenia do właściwego organu budowlanego (art. 30 ust. 1 pkt 4), któremu przysługuje prawo zgłoszenia sprzeciwu (art. 30 ust. 6). Organ ten zobowiązany jest do zasięgnięcia opinii Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa – na mocy art. 106 § 1 *Kodeksu postępowania admini-*

stracyjnego („Jeżeli przepis prawa uzależnia wydanie decyzji od zajęcia stanowiska przez inny organ (wyrażenia opinii lub zgody albo wyrażenia stanowiska w innej formie), decyzję wydaje się po zajęciu stanowiska przez ten organ”) oraz art. 4 ustawy o Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa („Organy właściwe w sprawach wydawania zezwoleń na wykonanie trwałych znaków i obiektów upamiętniających walki i męczeństwo są obowiązane do zasięgnięcia opinii Rady i jej rozpatrzenia przed wydaniem decyzji”). (Szerzej na ten temat: opinie prof. G. Janusza z 2005 r. – patrz wykaz.) Zaś zgodnie z Wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 20 kwietnia 2000 r. w sprawie IV S.A. 462/98: *Pozwolenia na budowę nie można zastąpić żadnymi innymi decyzjami, uzgodnieniami, czy też czynnościami cywilno-prawnymi.*

Uchwała nr 2 jest rodzajem uchwały kierunkowej, pokazującej w oparciu o jakie kryteria Rada zaopiniuje konkretny wniosek o wzniesienie upamiętnienia. Pozwala to wnioskodawcy na przewidzenie, czy dany projekt zostanie przez Radę zaopiniowany pozytywnie czy negatywnie. Organ wydający zezwolenie może wprawdzie nie uwzględnić opinii Rady, ale pragmatyka administracyjna wskazuje na to, że decyzja taka musiałaby być umotywowana ważnym interesem społecznym. Uwagi te odnoszą się jednak tylko do nowych upamiętnień. Właściwy organ nakazuje zaś (z zastrzeżeniem art. 48 ust. 2) rozbiórkę obiektu budowlanego (lub jego części) będącego w budowie albo wybudowanego bez wymaganego pozwolenia na budowę (art. 48 ust. 1).

1.2. Upamiętnienia niemieckie a prawo budowlane i sporna symbolika

W odniesieniu do upamiętnień powstałych przed 1 stycznia 1995 r. stosować należy – w zakresie art. 48, tj. dotyczącego rozbiórki obiektu – przepisy ustawy *prawo budowlane* z 24 października 1974 r. (DzU nr 38, poz. 229 z późn. zm.). Kwestię tę uczynił przedmiotem szczegółowej analizy prof. Grzegorz Janusz („Opinia w sprawie pomników i tablic upamiętniających żołnierzy niemieckich, wzniesionych lub zrekonstruowanych po 1991 roku na Opolszczyźnie”). Zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy z 7 lipca 1994 r. *prawo budowlane* przywołanego wyżej art. 48 dotyczącego rozbiórki nie stosuje się do obiektów, „których

budowa została zakończona przed dniem wejścia w życie ustawy lub w stosunku do których przed tym dniem zostało wszczęte postępowanie administracyjne. Do takich obiektów stosuje się przepisy dotychczasowe”. Artykuł 37 ust. 1 ustawy z 1974 r. stanowił, że „Obiekty budowlane lub ich części, będące w budowie lub wybudowane niezgodnie z przepisami obowiązującymi w okresie ich budowy, podlegają przymusowej rozbiórce albo przejściu na własność Państwa bez odszkodowania i w stanie wolnym od obciążeń, gdy terenowy organ administracji państwowej stopnia powiatowego stwierdzi, że obiekt budowlany lub jego część:

1) znajduje się na terenie, który zgodnie z przepisami o planowaniu przestrzennym nie jest przeznaczony pod zabudowę albo przeznaczony jest pod innego rodzaju zabudowę, lub

2) powoduje bądź w razie wybudowania spowodowałby niebezpieczeństwo dla ludzi lub mienia albo niedopuszczalne pogorszenie warunków zdrowotnych lub użytkowych dla otoczenia.

2. Terenowy organ administracji państwowej stopnia powiatowego może wydać decyzję o przymusowej rozbiórce albo o przejściu na własność Państwa bez odszkodowania i w stanie wolnym od obciążeń obiektu budowlanego lub jego części, będącego w budowie albo wybudowanego niezgodnie z przepisami obowiązującymi w okresie jego budowy, jeżeli jest to uzasadnione innymi ważnymi przyczynami poza wymienionymi w ust. 1”. Artykuł 40 tej ustawy stanowi zaś, że „wypadku wybudowania obiektu budowlanego niezgodnie z przepisami, jeżeli nie zachodzą okoliczności określone w art. 37, właściwy terenowy organ administracji państwowej wyda inwestorowi, właścicielowi lub zarządcy decyzję nakazującą wykonanie w oznaczonym terminie zmian lub przeróbek, niezbędnych do doprowadzenia obiektu budowlanego, terenu nieruchomości lub strefy ochronnej do stanu zgodnego z przepisami”.

Jak podkreśla G. Janusz, nie ma regulacji prawnej, którą w świetle art. 87 Konstytucji RP można uznać za regulującą kwestię określającą doprowadzenie do stanu zgodnego z przepisami. Traktowanie przez organy administracji publicznej Uchwały nr 2 Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa jako *sui generis* aktu normatywnego, wedle G. Janusza, przypomina „dawny okres stosowania tzw. prawa powielaczowego (w języku niemieckim: *vervielfältigtes Recht*)” („Opinia w sprawie pomników...”).

Większość pomników powstała bez wymaganej uchwały rady gminy. Było to wielokrotnie podnoszone przez kolejne „komisje pomnikowe” wojewody opolskiego. Bezspornie daje to wojewodzie podstawę do występowania do władz samorządowych o uzupełnienie dokumentacji, ale brak uchwały nie daje jednak sam z siebie prawa – w świetle przywołanych przepisów – do rozbiórki pomników lub zarządzenia zmiany jego części.

Zgadzać się z G. Januszem należy jednak zauważyć, że wojewoda powołać się może na art. 37 ust. 2, czyli przywołać „inne ważne przyczyny” poza wymienionymi w ust. 1. Występowanie symboliki budzącej społeczne oburzenie oraz związana z tym groźba zaburzenia porządku społecznego (np. spalania pomników, manifestacje) to mocne przesłanki decyzji administracyjnej. Powstaje jednak pytanie, czy argumentację tę podzieliliby sąd administracyjny, do którego najprawdopodobniej odwołałaby się mniejszość niemiecka.

Czym innym jest jednak pomnik jako obiekt budowlany, a czym innym sporna symbolika. W szczególności dwa sporne elementy: nazwy wprowadzone przez władze nazistowskie w latach 1934–1945 w ramach tzw. „walki z polską fasadą” oraz Krzyż Żelazny wraz z datami 1939–1945 można rozpatrywać w kontekście propagowania faszyzmu.

Obowiązujący w czasie stawiania i rekonstruowania pomników Kodeks karny z 19 kwietnia 1969 r. (DzU 1969, nr 13, poz. 94, z późn. zm.) stanowił w art. 270: „§1. Kto publicznie łży, wyszydza lub poniża Naród Polski, Polską Rzeczpospolitą Ludową, jej ustrój lub naczelne organy, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 2. Tej samej karze podlega, kto publicznie pochwała faszyzm lub jakąkolwiek jego odmianę”. §2 traktował zatem o „pochwalaniu” faszyzmu. Obecnie obowiązujący Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r. (DzU 1997, nr 88, poz. 553, z późn. zm.) stanowi w art. 256: „Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. W tym wypadku mowa o „propagowaniu”. Zmiana pojęcia rodzi znaczące implikacje prawne. Jak pokazuje bowiem orzecznictwo Sądu Najwyższego, „propagowanie” w rozumieniu art. 256 k.k., oznacza każde zachowanie polegające na publicznym pre-

zentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego. W uchwale Sądu Najwyższego z 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, dotyczącej interpretacji art. 256 k.k., czytamy: „Nie budzi bowiem żadnej wątpliwości, że propagowanie może, ale nie musi być połączone z pochwalaniem. Można bowiem coś publicznie pochwalać bez zamiaru propagowania, jak i propagować nie pochwalając tego, co się propaguje [...] wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że «propagowanie» w rozumieniu art. 256 k.k. oznacza każde publiczne zachowanie, które stanowi upowszechnianie faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, podjęte w celu przekonania do niego. [...] wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że propagowanie oznacza prezentowanie tego rodzaju ustroju, co może mieć postać każdego zachowania, którego treścią jest rozpowszechnianie wiedzy dotyczącej ustroju państwa totalitarnego, a więc **także wystawienie na widok publiczny symboli takiego państwa czy też wykonywanie określonych gestów identyfikowanych z takim ustrojem**. Wszystko jednak zależy od niepowtarzalnych okoliczności konkretnego zdarzenia, które, jak w tej sprawie, zdecydują o tym, czy określone zachowanie stanowi publiczne prezentowanie tego ustroju i to podjęte z zamiarem bezpośrednim przekonywania do tego ustroju. Trafnie przy tym akcentuje się, że przestępstwo to może być popełnione tylko ze szczególnie zabarwionym zamiarem wyrażenia aprobaty dla takiego ustroju. [...] Mając powyższe na względzie, należało dojść do wniosku, że propagowanie, w rozumieniu art. 256 k.k., oznacza każde zachowanie, polegające na publicznym prezentowaniu, z zamiarem przekonania do niego, faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa. [...] Jest bowiem oczywiste, że demokratyczne państwo nie może tolerować i ma prawo penalizować m.in. propagowanie w zamiarze przekonywania do niego, każdego ustroju totalitarnego, a więc ustroju antydemokratycznego, w tym także ustroju faszystowskiego” (podkreśl. – L.M.N.).

Orzeczenie to spotkało się zarówno z aprobatą, jak i krytyką prawników. S. Hoca zauważył (OSP 2002/12/164 – t. 1): „Z tego wynika, że odpowiedzialności karnej podlega nie tylko ten, kto publicznie pochwala i w ten sposób propaguje rządy A. Hitlera, ale także publicznie prezentuje symbole lub gesty faszystowskie, w zamiarze przekonania innych do takiej ideologii”. Krytycznie ustosunkowany A. Sakowicza podkreślał zaś („Palestra” 2003/3-4/238 – t. 1):

„Odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 256 k.k. powinni podlegać tylko ci sprawcy, którzy dopuścili się propagowania – czyli publicznego prezentowania z zamiarem aprobaty i przekonania do – faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa. Tylko w takim przypadku ideologii faszystowskiej i innym totalitarnym ustrojom należy się odpór w drodze sankcji karnej, w pozostałych wypadkach właściwym lekiem jest publiczna debata a nie prawo karne, które powinno mieć charakter ostatecznej reakcji – ultima ratio”).

Zasadnicze wątpliwości może budzić to, czy umieszczanie spornych nazw i symboli, nie usuwanie ich mimo postulatów organów administracji rządowej oraz obrona symboliki wraz z alternatywną interpretacją historii mogą być potraktowane jako propagowanie faszystowskiego ustroju państwa z zamiarem przekonania do niego. Nazwy z okresu nazistowskiego są skutkiem celowych i planowych działań władz, które łamały prawa mniejszości polskiej (stanowiącej w skali poszczególnych wiosek – większość), mającej prawo do ochrony własnego dziedzictwa onomastycznego. Z kolei Krzyże Żelazne przyznawane były za szczególne zasługi na polu bitwy (nawet, jeśli w końcowej fazie wojny rozdzielano je bardzo hojnie). Połączenie symbolu Krzyża Żelaznego z datami 1939–1945, czy to wprost, przez uzupełnienie znaku Krzyża o daty, czy przez umieszczenie Krzyża Żelaznego na tablicy z nazwiskami poległych w latach drugiej wojny światowej, jednoznacznie wskazuje na militarne zasługi w niemieckiej wojnie zaborczej. Dlatego Rada Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa, biorąc pod uwagę pamięć społeczną większości obywateli Rzeczypospolitej, mogła uznać te elementy za niedopuszczalne w przestrzeni publicznej (nawet jeżeli można wyróżnić wiele wzorów Krzyży Żelaznych, w tym wprowadzone przez władze nazistowskie; w gruncie rzeczy ścierają się tu dwie interpretacje – ta, która bierze pod uwagę społecznie podzielane interpretacje oraz ta, która wskazuje na skodyfikowane znaczenie symboli). Ostateczne rozstrzygnięcie tej kwestii zapewniłoby jednak dopiero orzeczenie sądu.

1.3. Pomniki a cmentarze wojenne

Ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o *grobach i cmentarzach wojennych* (DzU 1933, nr 39, poz. 311, z późn. zm.) reguluje sprawy związane z m.in. z grobami osób wojskowych, poległych lub zmarłych z powo-

du działań wojennych, bez względu na narodowość. Jak się podkreśla w ustawie, „groby wojenne bez względu na narodowość i wyznanie osób, w nich pochowanych, oraz formacje, do których osoby te należały, mają być pielęgnowane i otaczane należnym tym miejscom szacunkiem i powagą” (art. 2). Artykuł 5. tej ustawy stanowi, że „przeprowadzenie robót ziemnych, wznoszenie pomników i innych urządzeń na cmentarzach i grobach wojennych wymaga zezwolenia władzy”. Zamiar postawienia pomnika na cmentarzu wojennym nie uprawnia zatem do ominięcia drogi administracyjnej i uzyskania zgody władz. Zgodnie z art. 7: „Bezpośredni dozór nad stanem grobów i cmentarzy wojennych sprawują gminy, jeżeli czynności dozoru nie poruczono zrzeszeniom i organizacjom społecznym w myśl art. 6 ust. 4”.

Sfera ta jest szczegółowo regulowana przez Konwencje genewskie – przede wszystkim artykuł 130 Czwartej Konwencji i art. 34 Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. *dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych*, sporządzony w Genewie 8 czerwca 1977 r. (protokoły dodatkowe I i II zostały ratyfikowane przez Polskę dopiero w 1992 r.; DzU 1992, nr 41, poz. 175; Konwencje genewskie PRL ratyfikowała 12 września 1956 r.; DzU 1956, nr 38, poz. 171). Nazwiska, które widnieją na pomnikach i tablicach nagrobnych na cmentarzach wojennych są zaś podstawą do wydawania różnorodnych zaświadczeń przez wojewodę, PCK itd.

Sprawy pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec dotyczące m.in. grobów i cmentarzy wojennych reguluje Traktat o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy z 17 czerwca 1991 r. (ratyfikowany ustawą z 18 października 1991 r. *o ratyfikacji Traktatu pomiędzy Rzeczpospolitą Polską, a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy podpisanego w Bonn dnia 17 czerwca 1991 r.*; DzU, nr 105, poz. 454). Artykuł 32 Traktatu zawiera m.in. oświadczenie strony polskiej, że niemieckie groby znajdujące się w Polsce są otoczone szacunkiem, a groby niemieckich ofiar wojen i tyranii, znajdujące się w Rzeczypospolitej Polskiej, podlegają ochronie prawa polskiego oraz są zachowane i pielęgnowane. Traktat nie reguluje natomiast spraw związanych z upamiętnieniami mniejszości niemieckiej (zarówno nagrobnymi, jak i symbolicznymi).

Zgodnie z osobnym porozumieniem polsko-niemieckim, groby żołnierzy niemieckich na terytorium Polski są przenoszone na zbiorcze, centralne cmentarze wojenne. Niezależnie od dwustronnej umowy,

możliwość ekshumacji grobów wojennych jest określona przepisami przywołanej wyżej ustawy („Władzy przysługuje prawo zarządzania ekshumacji zwłok z grobu wojennego i przeniesienia ich do innego grobu” – art. 4).

Pomniki w miejscach pochówku stanowią przeto inną klasę, niż symboliczne obiekty upamiętniające. Niektóre pomniki pielęgnowane przez mniejszość niemiecką, znajdujące się na miejscach pochówków, nie zostały jednak zalegalizowane zgodnie z obowiązującą groby wojenne procedurą.

1.4. Nazewnictwo na pomnikach

W odniesieniu do nazewnictwa stosowanego na pomnikach można stwierdzić, że stan prawny był jednoznaczny zarówno w trakcie stawiania (rekonstruowania) pomników, jak i jest obecnie. Do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2003 r. *o urzędowych nazwach miejscowości i obiektów fizjograficznych* (DzU, nr 166, poz. 1612 z późn. zm.) obowiązywało uchylone przez nią rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. *o ustalaniu nazw miejscowości i obiektów fizjograficznych oraz o numeracji nieruchomości* (DzU, nr 94, poz. 850), które stanowiło, że „W stosunkach publicznych wolno używać nazw miejscowości i obiektów fizjograficznych jedynie w brzmieniu urzędowym, ustalonym w trybie rozporządzenia niniejszego” (art. 7). Na podstawie art. 10 ust. 2 ustawy z 7 października 1999 r. *o języku polskim* (DzU, nr 90, poz. 999, z późn. zm.) zostało wydane Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 18 marca 2002 r. *w sprawie wypadków, w których nazwom i tekstom w języku polskim mogą towarzyszyć wersje w przekładzie na język obcy* (DzU 2002, nr 37 poz. 349). Rozporządzenie określa wypadki i granice, w których nazwom i tekstom w urzędach i instytucjach użyteczności publicznej, a także przeznaczonym do odbioru publicznego oraz w środkach transportu publicznego, sporządzonych w języku polskim, mogą towarzyszyć wersje w przekładzie na język obcy (§ 1). Nazwy i teksty, o których mowa, mogą znajdować się (§ 2.1):

- 1) w miejscowościach, w których występują zwarte środowiska mniejszości narodowych lub grup etnicznych,
- 2) w strefie nadgranicznej,

3) w miastach, w których znajdują się przedstawicielstwa obcych państw, siedziby organizacji międzynarodowych bądź firm zagranicznych,

4) przy międzynarodowych drogach tranzytowych,

5) w miejscowościach wypoczynkowych i uzdrowiskowych oraz w miejscowościach cechujących się uznanymi walorami rekreacyjnymi lub krajobrazowymi.

Jak widać, intencją Ministra było przede wszystkim umożliwienie umieszczenia w miejscach publicznych tłumaczeń nazw i tekstów przeznaczonych do odbioru publicznego, adresowanych do osób nie znających języka polskiego. Przepis § 2.4. stanowi, że językiem obcym powinien być w szczególności język mniejszości narodowej lub grup etnicznych zamieszkujących dany obszar, a na obszarze położonym w sąsiedztwie granicy państwowej – język urzędowy sąsiadującego państwa.

Rozporządzenie stanowi, że „Przekład umieszcza się pod tekstem sporządzonym w języku polskim lub w formie załącznika do tego tekstu” (§ 2.3). Przy czym przekładu nazw i tekstów można dokonywać na więcej niż jeden język obcy (§ 2.5). Przekład obejmuje zaś (§ 3.1):

1) nazwę urzędu lub instytucji użyteczności publicznej,

2) zasady wstępu do urzędu lub instytucji użyteczności publicznej,

3) informację pozwalającą osobie zainteresowanej na skierowanie sprawy do właściwej komórki organizacyjnej urzędu lub instytucji użyteczności publicznej,

4) inne informacje ułatwiające korzystanie z działalności podmiotów, o których mowa w pkt. 1.

Ustawa z 6 stycznia 2005 r. *o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym*, choć wprowadza nowe prawa językowe mniejszości (rozdział 2), to jednak nie reguluje napisów na upamiętnieniach. Przywołane rozporządzenie, choć pomyślane w innym celu, czyni to dzięki zapisowi o przekładzie nazw i tekstów „przeznaczonych do odbioru publicznego” (§ 2 ust. 2 pkt 2).

Rozporządzenie *w sprawie wypadków, w których nazwom i tekstom w języku polskim mogą towarzyszyć wersje w przekładzie na język obcy* reguluje zatem sprawy związane zarówno z napisami na pomnikach, jak i z tablicami informacyjnymi obok pomników. Napisy niemieckie nie mogą występować samodzielnie, zaś nazwy własne muszą być

tłumaczeniem nazw polskich, a zatem nie można arbitralnie używać nazw historycznych, zwyczajowych czy obcych.

1.5. Kontekst społeczny, polityczny i administracyjny

Nikogo nie trzeba przekonywać, że problem upamiętnień niemieckich ma duże znaczenie społeczne i polityczne, nie tylko dla mieszkańców Opolszczyzny. Polacy, choć przyznają mniejszościom narodowym prawo do nauki swojego języka (i w swoim języku) w szkołach, to jednak opowiadają się przeciw prawom politycznym (zwolnienie z progu wyborczego) oraz możliwościom umieszczania tablic z nazwami miejscowości we własnym języku (komunikat CBOS z maja 2005 r.: *Tożsamość narodowa Polaków oraz postrzeganie mniejszości narodowych i etnicznych w Polsce*). I choć CBOS nie zapytał o prawo do upamiętnień symbolicznych, to jednak można przypuszczać, że Polacy także opowiadaliby się przeciwko stawianiu pomników mniejszości, w tym zwłaszcza niemieckiej i ukraińskiej.

Wobec niejednoznaczności prawa oraz silnych społecznych emocji, strony sporu o pomniki nie zdecydowały się do tej pory na „rozstrzygnięcia siłowe” – wojewoda nie nakazał dokonania zmian na pomnikach, zaś liderzy mniejszości nie wystąpili na drogę sądową. Obie strony były niejako „skazane na współpracę”, ale to nie oznacza, że były skore do dialogu. Spowodowało to, po pierwsze, niemoc decyzyjną i przewlekłość sporu, a po drugie uciekanie się do politycznych działań. Kolejni wojewodowie, poza powoływaniem „komisji pomnikowych”, prowadzili konsultacje z liderami mniejszości, zarówno szczebla regionalnego, jak i lokalnego, przekonywali władze samorządowe, prowadzili dialog z mieszkańcami i hierarchami kościelnymi. Prowadziło to do powstania licznych dokumentów – stanowisk, „porozumień”, „uzgodnień” itp. – które choć nie mają mocy prawnej, to są dowodem trwającego wiele lat procesu negocyjnego, prowadzonego także przez urzędników w ramach zleconych zadań. Tym samym nie można powiedzieć, że kolejny etap negocjacji zapoczątkowany przez wojewodę Elżbietę Rutkowską w 2002 r. toczył się w administracyjnej i politycznej próżni: liderzy mniejszości niemieckiej zobowiązali się przecież do zmian, których nie wprowadzili w życie (choć w protokołach „komisji pomnikowej” zapisane są także rozbieżności, głównie w odniesieniu do symbolu Krzyża Żelaznego).

Z perspektywy prawa budowlanego wojewoda może działać tylko jako organ odwoławczy (II instancji), gdyż nie jest on władny do podejmowania decyzji w I instancji. Z tej perspektywy uchwały Rady Ochrony Pamięci nie wiążą w żaden sposób wojewody. Zresztą swoją opinię Rada może wyrazić tylko w formie postanowienia odnośnie konkretnej sprawy w zakresie inwestycji budowlanej (opinia nie może mieć charakteru abstrakcyjnego). Zarazem należy jednak pamiętać, iż wojewoda, jako reprezentant rządu w terenie, miał – wobec jednoznacznego stanowiska Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa – ograniczoną swobodę co do ustępstw na rzecz mniejszości.

Trudno sobie wyobrazić „siłowe” zakończenie sporu o pomniki. Ład społeczny Śląska Opolskiego wymaga, aby zmiany dokonały się dzięki kompromisowi. Ramami kompromisu musi być jednak obowiązujące prawo, a jego zapisy – choć nieraz niejednoznaczne – nie pozwalają na pełną swobodę wspólnot samorządowych w prowadzeniu polityki pamięci.

Przywołane akty prawne, wyroki, uchwały i ekspertyzy

Ustawa z 4 września 1997 r. o *działach administracji rządowej* (tekst jednolity DzU 2003, nr 159, poz. 1548).

Ustawa z 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (tekst jednolity DzU 2000, nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. *Kodeks Karny* (DzU 1969, nr 13, poz. 94 z późn. zm.) – *akt archiwalny*.

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. *Kodeks Karny* (DzU 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

Ustawa z 28 marca 1933 r. o *grobach i cmentarzach wojennych* (DzU 1933, nr 39, poz. 311 z późn. zm.).

Ustawa z 21 stycznia 1988 r. o *Radzie Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa* (DzU 1988, nr 2, poz. 2 z późn. zm.).

Ustawa z 24 października 1974 r. *prawo budowlane* (DzU, nr 38, poz. 229 z późn. zm.) – *akt archiwalny*.

Ustawa z 7 lipca 1994 r. *prawo budowlane* (DzU 2003, nr 207, poz. 2016 z późn. zm.).

Rozporządzenie z 25 kwietnia 1988 r. w *sprawie organizacji, trybu działania i zasad finansowania Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa oraz komitetów ochrony pamięci walk i męczeństwa* (DzU 1988, nr 22, poz. 154).

Uchwała Sądu Najwyższego z 28 marca 2002 r., I KZP 5/02, dotycząca interpretacji art. 256 Kodeksu karnego.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 20 kwietnia 2000 r. w sprawie IV S.A. 462/98.

Uchwała nr 2 Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa z 25 stycznia 1995 r. w *sprawie upamiętnień na terenie Polski żołnierzy niemieckich poległych w I i II wojnach światowych oraz w czasie powstań śląskich i wielkopolskiego*.

- Janusz G., „Opinia w sprawie pomników i tablic upamiętniających żołnierzy niemieckich, wzniesionych lub zrekonstruowanych po 1991 roku na Opolszczyźnie”, maszynopis, Lublin, 18 maja 2003 r.
- Janusz G., „Opinia w sprawie ustawienia na cmentarzu parafialnym w Dziergowicach trzech tablic upamiętniających poległych i zaginionych mieszkańców parafii Dziergowice – ofiar drugiej wojny światowej (w aspekcie pisma Wojewody Opolskiego i stanowiska Wojewódzkiego Komitetu Rady Ochrony Pamięci Walk i Męczeństwa w Opolu oraz wiążących przepisów prawa)”, maszynopis, Lublin, 27 lutego 2005 r.
- Janusz G., „Uwagi odnoszące się do decyzji Wojewody Opolskiego Nr RR.V-E-A-7119-8-1/05 z dnia 10 maja 2005 r.”, maszynopis, Lublin, 1 czerwca 2005 r.