

KLINIKA

CZASOPISMO UNIWERSYTECKIEJ PORADNI PRAWNEJ UJ

Nr 2 (3)/2000

AGNIESZKA BARCZAK

Dominik Tomaszewski (1974-2000)

ANDRZEJ ŚWIATŁOWSKI

*Miejsce programów klinicznych typu street law („Prawo na co dzień”)
w prawniczym kształceniu klinicznym w Polsce*

PAWEŁ MOTYL

Dopuszczalność reklamy usług prawniczych

ANETA FRAŃ, AGNIESZKA GRZYWACZ

*Wynagrodzenia adwokackie. Ocena sposobu obliczania i wysokości honorariów
adwokackich oraz ich kontrola sądowa*

KATARZYNA KLEHR

*Wybrane aspekty składania skargi indywidualnej do Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka i Komitetu Praw Człowieka ONZ*

MONIKA ZACNY

Tymczasowa ochrona uchodźców w Europie

MAGDALENA OLCZYK

Postępowanie odwoławcze uproszczone

AGNIESZKA GRZYWACZ

Kolejność i przesłanki powołania ojczyma do alimentacji pasierba

DOMINIKA ROGOŃ

*Skuteczność zobowiązujących czynności zarządu nieruchomością wspólną według
Kodeksu cywilnego na przykładzie umowy najmu*

UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI

KLINIKA

CZASOPISMO UNIWERSYTECKIEJ PORADNI PRAWNEJ UJ

Nr 2 (3)/2000

W poprzednim numerze:

Projekt ustawy o stażach praktycznych w zawodach prawniczych
FRYDERYK SOŁT
Wprowadzenie do projektu ustawy o ustawach zawodowych
ŁUKASZ BOJARSKI
Zapomniany etos prawnika
ANNA RACHWAŁ
Konflikt interesów
PIOTR SZCZESZEK
Zbiornik zawodowy prawników -- ustawa, Kodeks Etyki Zawodowej, zmiennie
LEAH WORTHAM
Rozważania o odpowiedzialności zawodowej
w stażach praktycznych prawników na terenie
HALINA NIEĆ
Zmiana rozumienia pracy uniwersyteckiej poradni prawnej
działającej na rzecz uchodźców
ADAM KWARCIAK
Zezwolenia na pobyt w kraju o celach stażowych
DOMINIK TOMASZEWSKI
Rozważania o stażach dla realizacji praw konsumentów
PIOTR MOSTOWIK
Możliwość stosowania pracy i cywilnoprawnego stosunku obywatelskiego
MAGDALENA OLECYK
Zmiany w ustawie o zawodach prawniczych
ANNA RACHWAŁ, ANNA BIUSZCZ
Komentarz do nowej książki o etyce prawniczej
Wrocław-Kraków, 11-10 marca 1999 roku

UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI

W poprzednim numerze:

Projekt ustawy o studenckich poradniach prawnych wraz z uzasadnieniem
FRYDERYK ZOLL

Wprowadzenie do projektu ustawy o uniwersyteckich poradniach prawnych
LUKASZ BOJARSKI

Zapomniany etos prawnika
ANNA RACHWAŁ

Konflikt interesów
PIOTR SZCZESZEK

Tajemnica zawodowa prawników — ustawa, Kodeks Etyki Zawodowej, sumienie
LEAH WORTHAM

*Nauczanie odpowiedzialności zawodowej
w studenckich poradniach prawnych na świecie*
HALINA NIEĆ

*Strategia nadzorowania pracy uniwersyteckiej poradni prawnej
działającej na rzecz uchodźców*

ADAM KWARCIAK

Zezwolenia na pobyt w ustawie o cudzoziemcach
DOMINIK TOMASZEWSKI

Rzecznik konsumentów — nowa szansa dla realizacji praw konsumentów
PIOTR MOSTOWIK

Na pograniczu stosunku pracy i cywilnoprawnego stosunku obligacyjnego
MAGDALENA OLCZYK

Stwierdzenie zasiedzenia na rzecz osoby nieżyjącej
ANNA RACHWAŁ, ANNA BLUSZCZ

*Konferencja na temat klinicznej edukacji prawniczej
Warszawa-Kraków, 15-20 marca 1999 roku*

KLINIKA

CZASOPISMO UNIWERSYTECKIEJ PORADNI PRAWNEJ UJ

Nr 2 (3)/2000

ul. Olszewskiego 2, 31-007 Kraków
tel./fax (0-12) 423-10-33 wew. 13-92

Publikacja sponsorowana przez Fundację im. Stefana Batorego

Redakcja tomu:	7
Agnieszka Baran — Sąd administracyjny (0002-1917)	31
Andrzej Świątłowski — Prawo na co dzień (ARTYKULY)	39
→ Paweł Mysł — Dopuszczalność kary w prawie karnym	47
Anna Fran, Agnieszka — Oznaczenie sposobu	81
→ Katarzyna Klehr — Wybrane aspekty skargi indywidualnej	119
do Europejskiego Trybunału i Komitetu Praw Człowieka ONZ	161
Monika Zachy — Tymczasowe w Europie	247
Magdalena Dzięczak — Postępowanie odwoławcze	267
Agnieszka Grzywacz — Kołchoz i przesłanki powołania	297
→ Dominika Rogoń — Skuteczność zobowiązujących czynności	311

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego
31-032 Kraków, ul. Chrobrego 21
tel./fax (0-12) 421-12-77
e-mail: zakamycze@zakamycze.com.pl
www.zakamycze.com.pl



UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI

Komitet Redakcyjny:
Aneta Frań, Krystyna Pawłusiewicz, Katarzyna Klehr,
Dominik Zadecki (redaktor naczelny),
Fryderyk Zoll (koordynator uniwersytecki)

Adres Redakcji:
ul. Olszewskiego 2, 31-007 Kraków
tel./fax (0-12) 422-10-33 wew. 13-92

Publikacja sponsorowana przez Fundację im. Stefana Batorego

Redakcja tomu:
Marzena Polańska
Katarzyna Szoch-Jędrys

Tłumacze:
na język angielski: Mariola Guzy
na język rosyjski: Irena Potapińska

Skład, łamanie:
Anna Atanaziewicz

ISBN 83-88551-94-9

© *Copyright by Uniwersytet Jagielloński Kraków 2000*

Kantor Wydawniczy ZAKAMYCZE

oddział Polskich Wydawnictw Profesjonalnych sp. z o.o.

31-532 Kraków, ul. Chodkiewicza 21

tel./fax (0-12) 421.12.77

e-mail: zakamycze@zakamycze.com.pl

www.zakamycze.com.pl



Spis treści

Od redakcji.....	7
Agnieszka Barczak — Dominik Tomaszewski (1974-2000).....	13
Andrzej Światłowski— Miejsce programów klinicznych typu • -b <i>STREET LAW („Prawo na co dzień”)</i> w prawniczym kształceniu klinicznym w Polsce.....	19
Paweł Motyl — Dopuszczalność reklamy usług prawniczych.....	47
Aneta Frań, Agnieszka Grzywacz — Wynagrodzenia adwokackie. Ocena sposobu obliczania i wysokości honorariów adwokackich oraz ich kontrola sądowa.....	81
∩ * o^ Katarzyna Klehr — Wybrane aspekty składania skargi indywidualnej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Komitetu Praw Człowieka ONZ.....	119
Monika Zacny — Tymczasowa ochrona uchodźców w Europie.....	165
Magdalena Olczyk — Postępowanie odwoławcze uproszczone.....	247
Agnieszka Grzywacz — Kolejność i przesłanki powołania ojczyma do alimentacji pasierba.....	269
Dominika Rogoń — Skuteczność zobowiązujących czynności zarządu nieruchomością wspólną według Kodeksu cywilnego na przykładzie umowy najmu.....	311

CONTENTS

Preface.....	9
Agnieszka Barczak — Dominik Tomaszewski (1974-2000).....	15
Andrzej Światłowski—Place of 'clinic programmes' of the <i>STREETLAW</i> type in legal clinical education in Poland.....	31
Paweł Motyl — On permissibility of advertising legal services.....	61
Aneta Frań, Agnieszka Grzywacz — Attorney fees. Evaluation of calculation methods and the value of attorney fees and their court control.....	97
Katarzyna Klehr— Selected aspects of Lodging Individual Complaint with the European Court of Human Rights and the United Nations Commission on Human Rights.....	137
Monika Zacny — Temporary protection of refugees in Europe.....	197
Magdalena Olczyk — Appeal in simplified proceedings.....	265
Agnieszka Grzywacz — Order and prerequisites of appointing stepfather to maintain stepchild.....	295
Dominika Rogoń — Efficiency of binding acts of management of real estate in joint possession according to the Civil Code on example of Tenancy Agreement.....	333

Содержание

От редакции.....	11
Агнешка Барчак — Доминик Томашевский (1974-2000).....	17
Андрей Светловский —Программа клинического обучения типа <i>STREETLAW</i> (Право на каждый день) в клиническом обучении юристов в Польше.....	39
Павел Мотыль — Допустимость рекламы юридических услуг.....	71
Анета Франь, Агнешка Гживачь — Вознаграждение адвокатов. Оценка методов расчета величины адвокатских гонораров и их судебный контроль.....	107
Катажина Клер — Избранные аспекты внесения индивидуальной жалобы в Европейский Трибунал Прав Человека и Комитет ООН по Правам Человека.....	151
Моника Зацны — Временная защита беженцев в Европе.....	221
Магдалена Ольчик — Апелляция в упрощенной процедуре.....	267
Агниешка Гживачь — Последовательность и предпосылки привлечения отчима к алиментации пасынка.....	303
Доминика Рогонь — Регуляции гражданского кодекса по эффективности обязательственных действий, касающихся управлени я общей недвижимостью, на примере договора найма.....	335

OD REDAKCJI

Oddajemy do Państwa rąk już trzeci numer pisma Uniwersyteckiej Poradni Prawnej „Klinika”, czasopisma redagowanego przez studentów Wydziału Prawa UJ.

W sierpniu dwutysięcznego roku zmarł tragicznie w górach Dominik Tomaszewski, związany z Uniwersytecką Poradnią Prawną od początku jej istnienia. Na łamach naszego czasopisma opublikowaliśmy dwa jego artykuły. Dominik a wspomina Agnieszka Barczak.

Rozpoczynamy artykułem doktora Andrzeja Światłowskiego o kształceniu w systemie Street Law w Polsce. Dla niektórych wciąż będąca zupełnym novum nauka podstaw prawa w szkołach średnich z roku na rok dzięki zaangażowaniu pracowników i studentów wydziałów prawa kilku polskich uniwersytetów z każdym rokiem zyskuje na popularności.

Następnie prezentujemy kolejny głos w toczącej się już od wielu lat dyskusji nad dopuszczalnością reklamy usług prawniczych w Polsce. Zalety i wady obecnych uregulowań w tym zakresie omawia Paweł Motyl. Temat istotny dla każdego praktyka.

Wiele kontrowersji i to nie tylko wśród praktyków budzi też zagadnienie sposobu określania wysokości wynagrodzeń adwokackich. Do szerokiego omówienia tej problematyki, w tym zagadnień etycznych z nią związanych i niektórych rozwiązań przyjętych w prawodawstwach innych krajów zapraszają Aneta Frań i Agnieszka Grzywacz.

W artykule Katarzyny Klehr opisywana jest sprawa, z którą autorka zetknęła się podczas swej pracy w ramach Sekcji Praw Człowieka Uniwersyteckiej Poradni Prawnej. Do jego przeczytania zachęcamy wszystkich zainteresowanych praktycznym funkcjonowaniem niektórych instytucji zajmujących się ochroną praw człowieka w Europie.

Z zakresu ochrony praw człowieka prezentujemy także artykuł Moniki Zacny omawiający prawa uchodźców na tle europejskim. Od dawna Polska jest krajem tranzytowym dla wielu cudzoziemców, coraz częściej staje się także ich krajem docelowym — temat zatem bardzo aktualny.

Dnia 1 lipca 2000 roku weszły w życie przepisy wprowadzające do polskiej procedury cywilnej postępowanie uproszczone. Jak to zwykle bywa, stosowanie nowej instytucji prawnej pociąga za sobą wiele problemów praktycznych. Czoła im próbuje stawić Magda Olczyk.

Na koniec proponujemy Państwu dwa artykuły poruszające szczegółowe zagadnienia prawa cywilnego: *Kolejność i przesłanki powołania ojczyma do alimentacji pasierba* Agnieszki Grzywacz i artykuł Dominiki Rogoń pt. *Skuteczność zobowiązujących czynności zarządu nieruchomością wspólną według Kodeksu cywilnego na przykładzie umowy najmu*.

Zapraszamy do lektury.

Dominik Zadecki

PREFACE

This is already the third volume of *Klinika*, magazine of the University Law Clinic edited by students of the Jagiellonian University Law Department.

In August 2000, Dominik Tomaszewski died tragically in the mountains. From the beginning he was associated with the University Law Clinic: in our magazine we published two of his articles. Agnieszka Barczak wrote a short reminiscence of Dominik.

We begin this number with an article written by Andrzej Światłowski, Doctor of Law, describing legal training in the Street Law system in Poland. Owing to this system and owing to the involvement of employees and students of Law Departments of some Polish universities, the foundations of law — a novelty for some people — are getting more and more popular in secondary schools.

The next article we present a voice in an on-going debate on the admissibility of advertising legal services in Poland. Strengths and weaknesses of current regulations in this area are discussed by Paweł Motyl. This is an important topic for every practising lawyer.

A number of controversies, not only among practitioners, are raised the question of determining attorney's fees. Aneta Frań and Agnieszka Grzywacz invite to an in-depth analysis of this issue, including ethical questions and presentation of some solutions adopted by legislators in other countries.

In the following article, Katarzyna Klehr describes a case she encountered during her work in the Human Rights Section of the University Law Clinic. We recommend this article to everybody interested in practical functioning of some institutions dealing with human rights protection in Europe.

In the area of human rights protection we present also an article by Monika Zaczny describing the rights of refugees against the European background. For a long time Poland has been a transit country for many aliens; increasingly often it becomes their destination country. This topic is therefore very up-to-date.

As of July 1st, 2000 new regulations introducing simplified proceedings entered the Polish civil procedures. As it usually is the case, applying this new institution entails a number of practical problems. An attempt to face them is made by Magdalena Olczyk.

Finally, we would like to propose two articles dealing with specific issues of civil law: 'Order and prerequisites of appointing stepfather to maintain stepchild' by Agnieszka Grzywacz and an article by Dominika Rogoń entitled 'Efficiency of binding acts of

Preface

management of real estate in joint possession according to the Civil Code on example of Tenancy Agreement.'

We hope you will enjoy this reading.

Dominik Zadecki

ОТРЕДАКЦИИ

Мы отдаем в руки читателей третий номер „Клиники“ — журнала Университетской Юридической Консультации, редакторами которого являются студенты юридического факультета Ягеллонского университета.

В августе двухтысячного года трагически погиб в горах Доминик Томашевский. Он был связан с Юридической Консультацией с самого начала ее существования. В „Клинике“ были опубликованы две его статьи. О Доминике пишет Агнешка Барчак.

В начале журнала мы заместили статью доктора юридических наук Андрея Светловского на тему образования посредством системы Street law в Польше. Эта — для некоторых все еще остающаяся совершенной новостью — форма обучения основ права в средних школах, с каждым годом становится все более популярной благодаря группе научных сотрудников и студентов нескольких польских университетов.

Вледующей является статья, в которой автор представляет свою точку зрения в длящейся уже много лет полемике, на тему допустимости в Польше рекламы юридических услуг. Все достоинства и недостатки существующих решений этого вопроса описывает Павел Мотыль. Это насущная тема для любого практика.

Много разногласий, не только среди практиков, возбуждает проблема определения величины адвокатского вознаграждения. К ознакомлению с этическими аспектами, а также решениями этой проблемы в некоторых избранных странах, приглашают Анета Франь и Агнешка Гживачь.

В следующей статье Катажина Клер описывает один из случаев, с которым она столкнулась во время своей работы в Векции Прав Человека Университетской Юридической Консультации. Ознакомление с этой статьей рекомендуется особенно тем, кто интересуется действием некоторых институций, занимающихся защитой прав человека в Европе.

К теме защиты прав человека относится также статья Моники Зацный, касающаяся защиты прав беженцев в Польше с европейской перспективы. Долгое время Польша была для беженцев транзитным государством, а в последнее время все чаще становится окончательным пунктом путешествия — злободневная тема.

1 июля 2000 г. в действие вошла регуляция, вводящая в польскую гражданскую процедуру упрощенное судебное производство. Как это часто бывает, применение новой правовой регуляции порождает множество практических проблем, которые старается решить Магда Ольчик.

И на конец, представляем вам две статьи, затрагивающие конкретные проблемы гражданского права: статью Агнешки Гживачь — „Последовательность и предпосылки привлечения отчима к алиментации пасынка" и статью Доминики Рогонь — „Регуляции гражданского кодекса по эффективности обязательственных действий управления общей недвижимостью на примере договора найма".

Мы приглашаем к чтению.

Доминик Заденцкий

Agnieszka Barczak

„Umarłych wieczność dotąd trwa
dokąd pamięcią im się płaci”

Wisława Szymborska

DOMINIK TOMASZEWSKI (1974-2000)

Dominik zmarł dnia 18 sierpnia 2000 r. w wieku 26 lat. Śmierć człowieka młodego oprócz bólu, pojawiającego się przy śmierci każdej bliskiej osoby, z jednej strony narzuca pytanie: „dlaczego?”, a z drugiej bunt: „tak nie może być”. Porządek świata nie został przecież ułożony tak, aby umierali młodzi, pełni siły ludzie, znajdujący się na początku swojej drogi życiowej. Dlaczego więc się go narusza ?

Dominik Tomaszewski był młodym, bardzo uzdolnionym prawnikiem, jednym z najlepszych w swoim pokoleniu. Z Uniwersytecką Poradnią Prawną związany był od samego początku, najpierw jako członek sekcji cywilnej Poradni, a w latach następnych jako jej asystent. Był też jednym z autorów projektu ustawy o studenckich poradniach prawnych. W chwili śmierci rozpoczynał drugi rok aplikacji sędziowskiej i trzeci roku studiów doktoranckich. Był też pracownikiem Trybunału Konstytucyjnego — asystentem sędziego TK prof. J. Trzczińskiego. Mimo młodego wieku dorobek naukowy Dominika był już znaczny. Na swoim koncie ma on m.in. opublikowaną w 1999r. monografię *vt.*: *Zakończenie najmu lokalu* (Zakamycze 1999); opracowanie: *Ochrona praw konsumenta* (opublikowanej w serii Raporty Rządowego Centrum Legislacji 2000) oraz artykuły takie jak: *Czasowy zasięg orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w świetle stosunków cywilnoprawnych* (Transformacje Prawa Prywatnego 2000, nr 1-2); *Reglamentacja czynszu w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r.* (Transformacje Prawa Prywatnego 2000, nr 3); *Sądowa kontrola czynszu regulowanego* (Klinika 1999, nr 1); *Rzecznik konsumentów — nowa szansa dla realizacji praw konsumentów* (Klinika 2000, nr 2); *Głos w sprawie dopuszczalności skargi konstytucyjnej od orzeczenia wydanego w postępowaniu karnym* (Palestra 2000, nr 2-3); *Głosa do wyroku NSA, OZ*

Gdańsk z 11.XII.1997 r. (II S.A./Gd 1703/96); Głosa do uchwały SN z 7.1.1998 r. (III CZP 62/97); Głosa do uchwały SN z LXII. 1998 r. (III CZP 47/98).

Jednakże Dominik był nie tylko bardzo uzdolnionym prawnikiem. Był On przede wszystkim wyjątkowym człowiekiem. Zważywszy na fakt, iż każdy z nas inaczej postrzega drugiego człowieka, trudno jest scharakteryzować Dominika w tym ludzkim, a nie zawodowym aspekcie — ta charakterystyka zawsze będzie obciążona elementem subiektywizmu. Był niezaprzeczalnie człowiekiem rzetelnym, wytrwałym i niezwykle pracowitym. Przy tym był bardzo koleżeński, otwarty i pogodny, z poczuciem humoru. Idealny partner do dyskusji — na każdy temat. Był pełen życia, pełen radości życia. No i przede wszystkim — kochał góry. Wyrazem tego były liczne weekendowe wyprawy przede wszystkim w Tatry, na które prawie zawsze udawało Mu się znajdować czas wśród nawału prawniczych zajęć. Istoty człowieka nie da się jednakże sprowadzić do katalogu wybranych cech. Łatwiej ją odnaleźć w przywoływanych z pamięci obrazach, przede wszystkim w obrazie Jego bardzo wysokiej, szczupłej i lekko przygarbionej postaci, z plecakiem przerzuconym przez ramię i z uśmiechem na twarzy. Miejmy nadzieję, że dane nam będzie — może na jakimś innym poziomie istnienia — jeszcze raz ją zobaczyć. Dzisiaj pozostajemy w bólu po jego odejściu, z buntem, że tak się stało, i z wdzięcznością, iż choć przez tak krótki czas dane nam było być z Nim.

Agnieszka Barczak

'The eternity of the dead lasts
as long as their memory lives'

Wisława Szymborska

DOMINIK TOMASZEWSKI (1974-2000)

Dominik passed away on August 18th, 2000 at the age of 26. Death of a young man, apart from pain accompanying the death of every close person, on the one hand poses a question 'why?' and on the other hand gives rise to a protest 'it cannot be so.' The order of the world was not arranged in such a way that young people full of strength die at the beginning of their lives. Why is it disrupted then?

Dominik Tomaszewski was a young and very talented lawyer, one of the best in his generation. From the very beginning he was associated with the University Law Clinic, first as a member of the civil section, later as its assistant. He was one of authors of draft of amendments to student clinics law. At the moment of his death he began the second year of judge's legal training and the third year of doctoral studies. He was also an employee of the Constitutional Tribunal, assistant of Constitutional Tribunal Judge, Prof. J. Trzcíński. Despite his young age Dominik had considerable scientific attainments. In 1999 he published a monograph entitled *Zakończenie najmu lokalu*' (Zakamycze 1999); paper: *Ochrona praw konsumenta*' (published in the series *Raporty Rządowego Centrum Legislacji*,³ zeszyt 2/2000) and articles such as: 'Czasowy zasięg orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w świetle stosunków cywilnoprawnych' (in *Transformacje Prawa Prywatnego*⁴ 2000, no 1-2); 'Reglamentacja czynszu w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2000 r.'⁵ (in *Transformacje Prawa Prywatnego* 2000, no 3); 'Sądowa kontrola czynszu regulowanego' (Klinika 1999, no 1); 'Rzecznik konsumentów — nowa szansa dla realizacji praw konsumentów*' (Klinika, 2000, no 2); 'Głos w sprawie dopuszczalności skargi konstytucyjnej od orzeczenia wydanego w postępowaniu karnym'⁶ (Palestra 2000, no 2-3); Glosa do wyroku NSA¹⁰ OZ Gdańsk

¹ Title translation: Termination of Tenny Agreement.

² Consumer Protection Law.

³ Reports of the Governmental Legislation Centre.

⁴ Temporary Scope of Verdicts of the Constitutional Tribunal Verdicts in the Light of Civil and Legal Relations.

⁵ Private Law Transformations.

⁶ Regulation of Rent in the Light of Verdicts of the Constitutional Tribunal of January 12th, 2000.

⁷ Court Control of Regulated Rent.

⁸ Consumer's Spokesperson — New Chance for the Implementation of Consumer Rights.

⁹ On the Admissibility of Constitutional Complaint against Verdict Issued in Penal Proceedings.

¹⁰ Glossary to Supreme Administrative Court Verdict.

z 11.XII.1997' (II S.A./Gd 1703/96); Glosa do uchwały SN" z 7.1.1998 (III CZP 62/97); Glosa do uchwały SN z 1.XII. 1998 (III CZP 47/98).

Dominik was not only a very talented lawyer. First of all he was an exceptional man. If we remember that every one of us perceives another person in a different way, we realise how difficult it is to characterise Dominik not in his professional but human aspect — this description will always include a subjective element. Dominik was a very honest, perseverant and unusually hard-working person. He was friendly and open, smiling and had a sense of humour. An ideal partner for discussions about everything. He was full of life and full of joy of life. And most of all he loved mountains. Despite the obligations he had he used to spend weekends in the Tatra mountains for which he would almost always find time. The essence of a person, however, cannot be simplified to a catalogue of features. It is easier to find it in images which have stayed in memory, first of all in the image of his very tall, slim and slightly stooping person, with a backpack on his arm and smile on his face. Let us hope that we shall be able to — on some other level of existence — see him again. Today we remain with pain after he had left: revolting against what happened yet full of gratitude that we could spend at least a short time with him.

" Glossary to Supreme Court Resolution.

Агнешка Барчак

„Умйрших вечность длится до тех пор,
пока им память своею дань мы платим“

Вислава Шимборская

ДОМИНИК ТОМАШЕВСКИЙ (1974-2000)

Доминик трагически погиб 18 августа 2000 г., в возрасте 26 лет. Смерть молодого человека кроме боли, которую причиняет смерть близких, поражает с одной стороны вопрос: „почему?“, а с другой стороны — бунт: „так не может быть“. Ведь мир не устроен так, чтоб умирали люди молодые, в расцвете сил и находящиеся в начале своего жизненного пути. Зачем этот лад нарушился?

Доминик Томашевский был молодым и очень талантливым юристом, одним из лучших среди своих ровесников. С Университетской Юридической Консультацией был связан с самого начала ее существования, сначала как член секции гражданского права, а затем как ассистент этой же секции. Он был также одним из авторов проекта закона о студенческих юридических консультациях. В момент смерти он начинал второй курс судебной стажировки и третий курс аспирантуры. Он работал также в Конституционном суде, как ассистент профессора Я. Тщиньского — судьи Конституционного суда. Несмотря на молодой возраст список научных работ Доминика был немалый. В 1999 г. была опубликована его монография: „Завершение найма помещения" (Zakamysze 1999); работа „Защита прав потребителя" (изданная в серии Доклады Государственного Легислационного Центра, 2/2000), а также такие статьи как „Временное действие решений Конституционного суда в гражданских правовых отношениях" (Transformacje Prawa Prywatnego с 2000, № 1-2); „Ограничения величины арендной платы согласно решению Конституционного суда от 12 января 2000г." (Transformacje Prawa Prywatnego с 2000, № 3); „Судебный контроль регулируемой арендной праты" (Klinika с 1999, № 1); „Защитник прав потребителей — новая возможность реализации прав потребителей" (Klinika с 2000, № 2); „Слово в вопросе допустимости конституционной жалобы на решение, выданное в уголовном производстве" (Palestra 2000, ? 2-3); Глосса к решению Высшего Административного Суда, Гданьск 11.12.1997 (III S.A./Gd 1703/96); Глосса к постановлению Верховного суда от 7.01.1998 (III CZP 62/97); Глосса к постановлению Верховного суда от 1.12.1998 (III CZP 47/98).

Более того, Доминик был не только очень талантливым юристом. В первую очередь он был необыкновенным человеком. Принимая во внимание, что каждый по разному воспринимает другого человека, тяжело схарактеризовать Доминика с чисто человеческой, а не профессиональной точки зрения, поскольку эта характеристика всегда будет иметь субъективный характер. Он был человеком добросовестным, стойким и чрезвычайно трудолюбивым. При всем этом, он был также товарищеским, открытым, спокойным и нелишенным чувства юмора. Был

идеальным партнером в дискуссии на каждую тему. Он был полон жизни и жизнерадостности. Ну и прежде всего — любил горы. Проявлением этой страсти были многочисленные походы в Татры, для которых он всегда находил время среди многочисленных юридических занятий. Однако суть человека невозможно ограничить до каталога избранных качеств. Легче ее найти в воспоминаниях и воображениях, вызываемых в памяти — в первую очередь, в воспоминании его очень высокого, худощавого и слегка сторбленного образа, с перекинутым через плечо рюкзаком и с улыбкой на лице. Будем надеяться, что — может на каком-то другом уровне бытия — нам будет дано еще раз его увидеть. А сегодня, мы остаемся с болью из-за того, что его не стало, бунтуясь против того, что это случилось и благодарные за то, что хоть на так короткий срок нам было дано с ним быть.

MIEJSCE PROGRAMÓW KLINICZNYCH TYPU *STREET LAW* („PRAWO NA CO DZIEŃ”) W PRAWNICZYM KSZTAŁCENIU KLINICZNYM W POLSCE

1. Geneza ruchu *STREET LAW*

Historia ruchu *Street Law* sięga początków lat siedemdziesiątych, gdy grupa studentów Georgetown University w Waszyngtonie (był wśród nich Ed O'Brien — obecny szef organizacji Street Law Inc.) postanowiła wraz ze swym profesorem wyjść z nauką podstaw prawa do uczniów szkół średnich zaniedbanych dzielnic waszyngtońskiej metropolii oraz do osób osadzonych w placówkach penitencjarnych dla dorosłych i dla nieletnich. W krótkim czasie idea rozprzestrzeniła się po całym kraju, obecnie programy *Street Law* działają w ponad 40 amerykańskich szkołach prawa, stanowiąc jeden z najważniejszych nurtów kształcenia klinicznego, które dziś jest już w amerykańskich Law Schools oczywistością.²

Podstawową grupą adresatów (target group) pozostali dziś licealiści, różne warianty programu są jednak adresowane do najprzeróżniejszych innych środowisk, m.in. więźniów, policjantów, funkcjonariuszy służb parapolicyjnych, uczniów szkół podstawowych, studentów kierunków nieprawniczych, młodocianych przebywających w placówkach wychowawczych i poprawczych itp.

W latach osiemdziesiątych *Street Law* zadomowiło się również w Republice Południowej Afryki. Animatorem ruchu był tam profesor

¹ Dr Andrzej Świątkowski pracuje w Katedrze Postępowania Karnego i jest współprowadzącym klinikę „Prawo na co dzień” na Uniwersytecie Jagiellońskim.

² Odesłania do informacji o programach klinicznych znajdują się na większości stron WWW amerykańskich szkół prawa.

Uniwersytetu Prowincji Natal w Durbanie David McQuoid Mason. Byłoby grubą przesadą mówić, że *Street Law* przyczyniło się do obalenia w RPA nieludzkiego systemu apartheidu, nie budzi jednak wątpliwości ogromna rola, jaką ruch ten odegrał w kształtowaniu świadomości prawnej grup społecznie upośledzonych. W RPA uniwersyteckie programy *Street Law* wykorzystywane są m.in. do kształcenia swoistych *paralegals* — osób bez wykształcenia prawniczego, pochodzących z zaniedbanych środowisk i mających służyć sąsiadom i krewnym poradami w najprostszych kwestiach prawnych (jak starać się o rentę, jak załatwić dziedziczenie, jak zawrzeć umowę najmu).

Trzecim krajem *Street Law* była Polska. Dr Monika Płatek z Uniwersytetu Warszawskiego przebywała na stypendium w USA w roku 1992. Miała okazję obserwować z bliska zajęcia *SVee/ Law* zarówno na uczelni, jak i w szkołach i placówkach penitencjarnych. Owocem jej fascynacji *Street Law* było utworzenie po powrocie do kraju w 1994 roku Polskiego Stowarzyszenia Edukacji Prawnej i wdrożenie programu klinicznego „Prawo na co dzień”³ w Warszawie. Po czterech latach bardzo udanej działalności w warszawskich liceach i zakładach karnych, rozpoczęło się wdrażanie programu w Szczecinie, Poznaniu, Białymstoku, Rzeszowie i Krakowie, a także w Kaliszu (Szkoła Służby Więziennej), Siedlcach i Płocku. Niewykluczone, że w najbliższym czasie program „ruszy” w Lublinie, Wrocławiu i być może kolejnych ośrodkach.

Lata dziewięćdziesiąte przyniosły szybką ekspansję ruchu *Street Law* na kraje Ameryki Łacińskiej (m.in. Boliwia, Chile, Ekwador, Salwador), Azji Południowej (m.in. Indie, Bangladesz), Europy środkowo-wschodniej i krajów bałtyckich (m.in. Macedonia, Czechy, Słowacja, Rumunia, Litwa, Łotwa, Estonia), Rosji i krajów poradzieckich (Ukraina, Białoruś), Mongolii i Azji Środkowej (Kirgistan, Kazachstan, Uzbekistan). Objęcie programami *Street Law* nowych krajów było finansowane głównie przez Open Society Fund (Fundację Sorosa).

Na osobną wzmiankę zasługuje moim zdaniem działalność białoruskiej grupy *Street Law*. Skupieni wokół grodzieńskiego Stowarzyszenia Młodej Inteligencji, młodzi autorzy opracowali obszerny, stojący na wysokim poziomie podręcznik praw człowieka i podstaw poszczególnych dziedzin prawa. Było to zadanie podwójnie trudne. Czytelnikami mieli być uczniowie 10 klasy, więc treści przekazane musiały być maksymalnie

³ Słowa „co dzień” pisze się rozłącznie, co z reguły bywa zaskakujące dla tych, którzy z tą nazwą stykają się po raz pierwszy. Nie inaczej było z autorem niniejszego artykułu.

prostym językiem, zarazem należało przewyciężyć zrozumiałe ograniczenia cenzuralne.

Od samego początku programy *Street Law* na całym świecie są koordynowane przez Street Law Inc. w Waszyngtonie.⁴ Ta organizacja użyteczności publicznej służy wszechstronną pomocą polegającą na organizacji szkoleń i konferencji, doradztwie w przygotowaniu programów i gromadzeniu funduszy.

2. Podstawowe założenia *Street Law* w Polsce

Zasadniczym celem realizacji programu w Polsce jest — podobnie jak w USA i RPA — podnoszenie poziomu kultury i świadomości prawnej społeczeństwa (w tym informowanie ludzi o przysługujących im prawach). Nieco inne są priorytety w krajach postsowieckich i np. w Macedonii. Tam chodzi raczej o przygotowanie kompleksowego programu wychowania obywatelskiego w szkołach średnich. Obecnie bowiem programy szkolne albo w ogóle nie przewidują takiego przedmiotu (np. Macedonia) albo uczniowie uczą się wciąż na podstawie programów pochodzących jeszcze z czasów ZSRR (! — np. Mołdawia).

Niezależnie od ogólnych założeń przyświecających *Street Law* w danym kraju, pierwszym krokiem jest ustalenie listy tematów, które mają być w danym cyklu i dla danych „odbiorców” zrealizowane. Jeżeli na przykład zajęcia mają być prowadzone w okresie jednego semestru w szkole — jak jest typowo w Polsce — to tematów tych powinno być 12-14. Ze zrozumiałych względów korzystne jest ustalenie tej listy wspólnie ze studentami uczestniczącymi w zajęciach i w porozumieniu (przynajmniej symbolicznym) ze szkołami.

Jeśli więc tematów jest np. 12 i w zajęciach ma uczestniczyć 6 dwójek, na każdą z nich przypadają po dwa tematy.

Każda z lekcji przygotowana musi być według określonego schematu. Powstaje tzw. scenariusz, który typowo składa się z:

- 1) tematu lekcji i jej tytułu,⁵
- 2) wskazania osób, które przygotowały scenariusz,
- 3) celów lekcji w zakresie wiedzy („po przeprowadzonej lekcji uczniowie będą wiedzieć...”),

⁴ Na temat działalności Street Law oraz programów realizowanych obecnie w kilkudziesięciu krajach zob. <http://www.streetlaw.org/index.html> i tam zawarte liczne odesłania.

⁵ Może śmiało być dowcipny albo aluzyjny.

- 4) celów lekcji w zakresie umiejętności („po przeprowadzonej... będą umieć...”),
- 5) celów lekcji w zakresie postaw („po przeprowadzonej... będą rozumieć/znać...”),
- 6) wykazu zastosowanych metod,
- 7) wykaz przygotowanych pomocy dydaktycznych („np. tekst przepisów, fikcyjne kazusy, ilustracje i schematy itp.”),
- 8) szczegółowego rozpisania przebiegu lekcji, wraz z określeniem czasu trwania poszczególnych etapów w minutach.

Brak miejsca nie pozwala na szczegółowe omówienie tych punktów, trzeba jednak podkreślić, że rozróżnienie trzech sfer celów dydaktycznych: wiedzy, umiejętności i postaw nie od razu bywa łatwe dla studentów przygotowujących zajęcia. Zarazem uwypuklenie tego rozróżnienia pokazuje, że w *Street Law* nie chodzi tylko o przekazanie określonego *quantum* wiedzy, ale też o kształtowanie umiejętności oraz — co nie mniej ważne — postaw.

Podobnie przebiega przygotowywanie zajęć przeznaczonych dla innych grup słuchaczy, choć oczywiście uwzględnienia wymaga ich specyfika — np. zmienność składu grup w zakładach karnych.

Wracając jeszcze do doboru tematów: ich lista w poszczególnych ośrodkach i w poszczególnych latach różni się bardzo wyraźnie i nie ma w tym niczego niestosownego. Tematami najczęściej powtarzającymi się są: prawa konsumenta (uchodzące za „temat samograj”), obrona konieczna, przestępstwo/kara (w różnych wariantach), jak zacząć działalność gospodarczą, prawa wobec policji (legitymowanie, zatrzymanie, przeszkolenie), demokracja, prawo w szkole (albo nieletni a prawo), prawo w rodzinie. Za trudny temat uchodziło zawsze prawo spadkowe, w ubiegłym roku równocześnie, ale niezależnie od siebie w Warszawie i w Krakowie przygotowano jednak tematy dotyczące tej dziedziny i obie lekcje należały do najbardziej udanych.

Szczególnie ważne jest posługiwanie się metodami dydaktycznymi aktywizującymi uczestników. Nie istnieje jakikolwiek „katalog” metod interaktywnych znajdujących zastosowanie w *Street Law*. W tej mierze przyjmuje się, że w każdym kraju i w każdym środowisku należy dobrać metody z uwzględnieniem specyfiki lokalnej. Jedyną niezmienną zasadą jest tu nakaz stosowania metod maksymalnie aktywizujących. Zwykły wykład (tzn. jeden mówi, pozostali słuchają) jest dopuszczalny tylko wyjątkowo i w wymiarze nie przekraczającym 5 minut.

W praktyce spośród licznych metod najczęściej stosowane są: burza mózgów (*brainstorm*), debata oksfordzka, przyspieszony proces „na niby” (*instant mock trial*), metoda piłeczki włosowej (*jigsaw*), linijka (*line*), ciąg skojarzeń (*mindwalk*), wystąpienie czterofazowe (PRES), układanka (*puzzle*), odgrywanie scenek (*role playing*), a także hybrydy tych metod.

„Burza mózgów” polega na podawaniu przez uczestników różnych propozycji (np. propozycji rozwiązań danego problemu) bez odnoszenia się do propozycji zgłaszanych przez innych. To ostatnie jest istotą burzy mózgów — nie ocenia się zgłaszanych pomysłów, lecz tylko odnotowuje, dyskusję zostawiając na później.

„Debata oksfordzka” to dyskusja o wysokim stopniu formalizacji — dwa zespoły (np. czteroosobowe) prezentują swoje przeciwstawne poglądy, pozostali uczestnicy mogą w określony sposób zadawać pytania, później odbywa się głosowanie — uczestnicy wskazują, czyje argumenty były bardziej przekonujące.

„Przyspieszony proces «na niby»” to skrajnie uproszczona i ograniczona czasowo wersja „symulacji rozprawy”. Uczestnicy mają np. 30 sekund albo minutę na prezentację swojego wniosku lub mowę końcową.

„Metoda piłeczki włosowej” jest ulubioną metodą piszącego te słowa, który stosuje ją chętnie także na prowadzonych zajęciach z procesu karnego. Nie da się jej opisać jednym zdaniem, więc wszystkich zainteresowanych proszę o kontakt osobisty.

„Metoda linijki” polega na tym, że poszczególne osoby zajmując stanowisko wobec jakiegoś twierdzenia ustawiają się w odpowiednim miejscu linii między 0% akceptacji i 100% akceptacji. Oczywiście nie nadają się do wykorzystania twierdzenia jawnie bzdurne ani banalnie oczywiste.

Wystąpienie „PRES” to z kolei ustrukturyzowana wypowiedź, składająca się z poglądu, jego uzasadnienia, ilustrującego przykładu i podsumowania. Opanowanie tej metody (wbrew pozorom nie takie łatwe!) daje ogromne korzyści w każdej dyskusji, narzucając dyskusjantowi dyscyplinę wypowiedzi równocześnie zwiększając skuteczność przekonywania (proszę sprawdzić).

„Układanka” polega na przykład na wręczeniu uczniom przepisu konstytucyjnego czy kodeksowego pociętego na 4–7 fragmentów. Zadanie polega na ułożeniu z tych kawałków sensownego zdania.

I wreszcie odgrywanie scenek: na przykład w lekcji o prawie konsumenckim przydatne jest odegranie scenki typu „Kowalski odnosi do sklepu telewizor, który się zepsuł pierwszego dnia po zakupie”.

Jak z tego wynika, metodologia *Street Law* nie stanowi jakiegokolwiek „wiedzy tajemnej” dostępnej tylko kręgowi „wtajemniczonych”. Siła tej metodologii polega natomiast na uporządkowaniu i usystematyzowaniu wiedzy i doświadczenia, które powinny stanowić podstawę każdego nauczania, czy to w szkole, czy na uniwersytecie. Nic nie stoi na przeszkodzie, by tę metodologię wykorzystywać do przygotowywania jakichkolwiek innych zajęć dydaktycznych.

3. Programy „Prawo na co dzień” w Polsce

Jak już była mowa, programy „Prawo na co dzień” realizowane są obecnie w sześciu ośrodkach akademickich w naszym kraju. W Warszawie *spiritus movens* programu jest oczywiście założyciel i prezes PSEP⁶ — dr Monika Płatek. W ubiegłych latach jej najbliższymi współpracownikami byli: penitencjarysta prof. dr hab. Michał Porowski i socjolog prawa mgr Łukasz Bojarski. W prowadzeniu zajęć uczestniczyli także: dr Ewa Gruza, mgr Barbara Błońska i mgr Katarzyna Bojańczyk. Obecnie drugim prowadzącym jest kryminolog dr Michał Fajst.

W Warszawie program jest corocznie prowadzony w dwóch grupach — „szkolnej” i „więziennej”. Studenci z grupy „więziennej” prowadzą zajęcia w zakładzie karnym w Warszawie-Białolece.

W Poznaniu program jest prowadzony przez mgr. Piotra Lissonia na co dzień zajmującego się publicznym prawem gospodarczym i dr Marka Smolaka — teoretyka prawa. Względy organizacyjne zmusiły ich z początku do redukcji liczby przygotowywanych zajęć — spotkania z grupą odbywają się co drugi tydzień, podobnie zajęcia w szkołach. W roku 2000/2001 tematów jest jednak tyle, co w pozostałych ośrodkach.

⁶ Należy podkreślić, że prowadzenie programu *Street Law* nie jest jedynym zajęciem Polskiego Stowarzyszenia Edukacji Prawnej. W okresie od powstania do dziś PSEP przygotował także między innymi: 1) program stymulowania reform systemu penitencjarnego w Gruzji (we współpracy z OBWE i Fundacją na rzecz reform wymiaru sprawiedliwości, praw człowieka i edukacji prawnej „Amber”), 2) program na rzecz rozwoju Centrum Szkolenia Kadry Penitencjarnej w Moldawii (we współpracy z OBWE, wspomnianą wyżej Fundacją oraz Westminster Foundation), 3) program szkolenia dla sędziów i służby penitencjarnej na Łotwie (we współpracy z Duńskim Komitetem Helsińskim), 4) program na rzecz stworzenia Centrum szkolenia kadry penitencjarnej w Chorwacji (we współpracy i dzięki wsparciu OBWE), 5) XXV konferencję European Group for Study of Deviance and Social Control w Kazimierzu nad Wisłą (we współpracy z Instytutem Prawa Karnego Uniwersytetu Warszawskiego), 6) Kartę Praw Ofiary (na zlecenie i we współpracy z Ministerstwem Sprawiedliwości RP).

Odmierna sytuacja panuje w Białymstoku, gdzie — jak się zdaje — nieco zbyt ambitnie nawiązano współpracę z tak wieloma jednostkami, że *Street Law* stało się nieledwie ruchem masowym. Dotychczas cała struktura jest utrzymywana w ryzach przez prowadzącą program dr Ewę Monikę Guzik (kryminologa). Podobnie jak w Warszawie, zajęcia prowadzone są w szkołach i zakładach karnych.

Specyfika lokalna „Prawa na co dzień” w Szczecinie to np. wyeksponowanie prawa morskiego, które tam cieszy się ogromnym zainteresowaniem uczniów. Niestety, realizacja programu w Szczecinie budzi poważne zastrzeżenia i najprawdopodobniej zakończy się niepowodzeniem.

I wreszcie ośrodek krakowski. Tu program jest prowadzony przez autora niniejszego opracowania we współpracy z mgr Moniką Tyblewską — doktorantką w Katedrze Prawa Cywilnego. Wykształcenie aktorskie M. Tyblewskiej i jej pogłębione zainteresowania zagadnieniami retoryki i autoprezentacji (prowadzi zajęcia z retoryki ze studentami jednego z Uniwersytetów) stanowią cenny atut krakowskiego programu.⁷

Ponadto osoby działające aktywnie w ośrodku warszawskim prowadzą bądź doradzają prowadzącym zajęcia „Prawa na co dzień” w wielu innych miastach i znajdujących się tam instytucjach, m.in. w Siedlcach, Płocku, Kaliszu (Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej). PSEP podejmuje wysiłki promowania idei kształcenia klinicznego również w tych ośrodkach akademickich, które dotychczas nastawione są nieufnie (m.in. Lublin).

W chwili składania tego artykułu do druku program został zainicjowany w Rzeszowie.

Pokłosiem pierwszych lat prowadzenia zajęć *Street Law* w Warszawie jest książka M. Płatek i Ł. Bojarskiego, *Z prawem na ty*, która miała już trzy wydania.⁸ Książka ta zawiera materiały dotyczące kilkunastu tematów łatwo nadające się do przetworzenia na scenariusze lekcji albo do wykorzystania jako materiał pomocniczy w prowadzeniu zajęć.

Ośrodek krakowski planuje natomiast publikację zbioru najlepszych scenariuszy nadsyłanych przez poszczególne ośrodki.⁹

⁷ Na temat krakowskiego „Prawa na co dzień” zob. <http://www.law.uj.edu.pl/users/pncd/index.htm>

⁸ Wyd. III Zakamycze, Kraków 1999.

⁹ Koordynatorem tego projektu jest Adam Uruszczak — jeden z uczestników programu w roku 1999/2000.

4. „Prawo na co dzień” na Uniwersytecie Jagiellońskim

Już wkrótce jednym z kryteriów oceny jakości kształcenia na poszczególnych wydziałach prawa będzie — jak w wielu krajach zachodnich, a zwłaszcza w USA — liczba i jakość programów klinicznych. Obecnie na Wydziale Prawa i Administracji UJ istnieją dwa takie programy. Od kilku lat — z wielkim sukcesem — działa Uniwersytecka Poradnia Prawna.¹⁰ Od 1999 roku studenci mogą też uczestniczyć w programie klinicznym „Prawo na co dzień”. Te dwie kliniki odpowiadają dwóm spośród czterech zasadniczych nurtów kształcenia klinicznego na świecie. Uniwersytecka Poradnia Prawna to „klinika żywego klienta”, zaś „Prawo na co dzień” to klinika „dydaktyczna” popularyzacji prawa i podnoszenia poziomu świadomości prawnej społeczeństwa. Trzecią możliwą formą jest klinika „żywej praktyki”, która polega na tym, że studenci zapoznają się z praktyką obserwując pracę patrona, którym może być sędzia, prokurator, adwokat, radca prawny czy notariusz. W Polsce nie występują tego rodzaju kliniki, bardzo często podobny kształt mają natomiast w gruncie rzeczy praktyki studenckie. Czwartym rodzajem kliniki jest „klinika akt”, polegająca na prowadzeniu przez grupę studentów fikcyjnej sprawy sądowej od początku do końca. Uczestnicy odgrywają role poszczególnych uczestników postępowania, zaś rola prowadzącego polega na korygowaniu błędów i objaśnianiu poszczególnych zagadnień napotykanych przy prowadzeniu „sprawy”. Ten styl dydaktyki był niegdyś wykorzystywany na seminariach roku III w Katedrze Postępowania Karnego UJ. Obecnie, gdy proces karny stał się przedmiotem fakultatywnym z rzadka wybieranym przez studentów III roku, nie jest to już niestety możliwe.

Decyzją Rady Wydziału Prawa i Administracji UJ, „Prawo na co dzień” zostało w roku akademickim 1999/2000 włączone do programu studiów prawniczych jako przedmiot do wyboru przez studentów z listy C-2. Podobnie jest w roku akademickim 2000/2001. Niestety, niepowodzeniem zakończyły się na razie starania o uzyskanie możliwości zaliczania udziału w programie jako jednego z trzech miesięcy praktyki przewidzianej dla studentów studiów stacjonarnych.

Wzorem Uniwersytetu Warszawskiego program jest realizowany w sposób następujący: grupa studentów raz w tygodniu spotyka się na dwugodzinnych zajęciach z dwójką prowadzących, prezentując kolejno poszczególne scenariusze (uprzednio samodzielnie przygotowane i skonsultowane z prowadzącymi program w czasie dyżuru). W kolejnym ty-

¹⁰ Zob. <http://www.law.uj.edu.pl/users/upp/index.htm>

godniu studenci udają się (w zasadzie w stałych grupach dwuosobowych) do uczestniczących w programie szkół (każda dwójka co tydzień do tej samej klasy) i prowadzą czterdziestopięciminutowe lekcje.

Na prowadzących program spoczywa oczywiście obowiązek hospitowania lekcji w szkołach celem wykrycia ewentualnych problemów i zaradzeniu im.

Świadomie zrezygnowano z jakiegokolwiek „kompletności” programu, nie chodzi o to, by koniecznie czegośkolwiek „nauczyć” ani „przerobić”. Na początku cyklu wybiera się — wspólnie z uczestniczącymi studentami — 13 interesujących, ale nieskomplikowanych problemów prawnych i poszczególne lekcje są poświęcone wspólnemu przeanalizowaniu tych problemów. Celem jest pokazanie uczniom, co to jest prawo i czemu służy, jak również rozbudzenie u niektórych zainteresowania prawem. Pośrednim celem jest oczywiście podnoszenie poziomu ogólnej kultury prawnej społeczeństwa.” W I semestrze roku akademickiego 1999/2000 objęto programem pojedynczą klasę w I LO, V LO, XIII LO i XXVII LO w Krakowie oraz dwie klasy w X LO w Krakowie. W każdej z klas (były to klasy II lub III) zrealizowano 12 lub 13 tematów, ponadto prawie wszystkie klasy udały się do sądu w celu obserwacji rozpraw. Po przeprowadzeniu całego cyklu zajęć uczniowie otrzymali do wypełnienia anonimową ankietę na temat doboru tematów, metod itd. Wyniki ankiety służą poprawieniu niedociągnięć, których oczywiście nie sposób uniknąć.

Zarówno uczniowie, jak i dyrekcje szkół, w których prowadzone były lekcje ocenili program wysoko. Wszystkie placówki były zainteresowane uczestnictwem w programie w kolejnych latach, a dwie szkoły zaproponował nawet objęcie programem wszystkich klas trzecich (w jednym wypadku — łącznie dziewięciu oddziałów), co niestety nie byłoby — z oczywistych powodów — możliwe.

Także w innych miastach słuchacze z reguły bardzo wysoko oceniają możliwość udziału w programie. Na przykład w 1998 roku władze Gminy Warszawa-Centrum zwróciły się o objęcie programem wszystkich 49 liceów ogólnokształcących gminy.

Pierwszy rok wdrażania programu w Krakowie był w zasadzie finansowany przez Polskie Stowarzyszenie Edukacji Prawnej. Oznacza to, że szkoły uczestniczące w programie ponosiły tylko takie koszty, jak koszt papieru, kopiowania, udostępnienie sali, teksty aktów normatywnych, dostęp do komputera z drukarką itp. W kolejnych latach konieczne będzie wykorzystanie sponsorów. Planuje się wystąpienie przez poszcze-

¹¹ Zob. też na ten temat: A. Uruszczak, *Street Law*, *Edukacja Prawnicza* 2000, nr 8.

gólne ośrodki z odrębnymi, ale wspólnie przygotowanymi wnioskami o granty do instytucji promujących ideę społeczeństwa obywatelskiego i popierającymi podnoszenie kultury prawnej społeczeństwa.

Na podkreślenie zasługuje też szczególna życzliwość i pomoc Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa¹² — koła naukowego prawników UJ — w realizacji programu w Krakowie.

5. Perspektywy *Street Law* w Polsce

Wśród ludzi zaangażowanych w ruch *Street Law* w Polsce nie ma pełnej zgodności co do kierunków rozwoju mieszczących się w tym nurcie programów klinicznych. Jest natomiast zgodność, że konieczne trzeba dbać o zachowanie pewnych standardów wspólnych dla wszystkich ośrodków i utrzymanie odpowiednio wysokiego poziomu merytorycznego programów.

Przekonanie to dało asumpt do opracowania pod kierunkiem mgr Barbary Błońskiej z PSEP Warszawa roboczej wersji standardów „Prawa na co dzień”. Zostały one poddane dyskusji i stały się podstawą do sformułowania pod kierunkiem mgr. Witolda Klauza wersji ostatecznej przyjętej na ogólnopolskiej konferencji „Prawo na co dzień” w Warszawie, 3 i 4 lutego 2001 r. Standardy te są wiążące dla wszystkich ośrodków ruchu.

Dokument składa się z pięciu części, określających kolejno:

- 1) standardy scenariusza lekcji (czyli m.in. zawartość scenariusza),
- 2) zasady prowadzenia zajęć na Uniwersytecie,
- 3) zasady prowadzenia zajęć w szkołach i więzieniach,
- 4) wymagania dotyczące osób prowadzących zajęcia na Uniwersytecie,
- 5) inne zagadnienia.

„Standardy” należy traktować jako minimum — wspólny mianownik dla wszystkich ośrodków. W każdym razie krakowska mutacja programu spełnia powyżej zarysowane założenia.

Jak się wydaje, należy dążyć do tego, by klinika „Prawa na co dzień” powstała na każdym wydziale prawa w Polsce. Można mieć nadzieję, że również klinika „żywego klienta” powstanie z czasem na każdym uniwersytecie. Kolejnym krokiem może być stworzenie — zapewne na każdym

¹² Zob. <http://www.law.uj.edu.pl/users/tbsp/index.htm> (strona główna TBSP UJ).

z wydziałów z osobną — system, który w przemyślany sposób ujmowałby kształcenie kliniczne i klasyczne praktyki studenckie w całościowy system służący optymalnemu powiązaniu wiedzy nabywanej na studiach z praktycznym jej wykorzystaniem. Udział w różnorodnych formach kształcenia klinicznego daje studentom bezcenną umiejętność sprawnego stosowania w praktyce nabytej wiedzy teoretycznej, rozmowy z klientem (interesantem), a także szybkiego dostrzegania w każdym stanie faktycznym elementów istotnych z prawnego punktu widzenia.

Między innymi dlatego można wróżyć różnym formom kształcenia klinicznego — w tym programom typu „Prawo na co dzień” — coraz większy i coraz bardziej dostrzegalny udział w procesie kształcenia młodych adeptów Temidy.

Ważnym elementem jest również wypracowanie wspólnych wytycznych, z których wyjdą programy kształcenia dla dzieci i młodzieży. W tym celu należy wypracować wspólny język, który pozwoli na wyrażenie potrzeb i oczekiwań rodziców, nauczycieli i samych uczniów. W tym celu należy wypracować wspólny język, który pozwoli na wyrażenie potrzeb i oczekiwań rodziców, nauczycieli i samych uczniów.

Między innymi, w tym programie typu „Prawa na co dzień” — co oznacza, że programy kształcenia dla dzieci i młodzieży powinny być skierowane do wszystkich uczniów, bez względu na ich możliwości i potrzeby. Jest to zgodne z zasadą równości i niedyskryminacji, która jest jednym z podstawowych wartości edukacyjnych. W tym celu należy wypracować wspólny język, który pozwoli na wyrażenie potrzeb i oczekiwań rodziców, nauczycieli i samych uczniów.

Przekonania te doświadczyliśmy podczas spotkania z prof. Barbarą Błotnicką z PSEK Warszawa, która w ramach projektu „Prawa na co dzień” zrealizowała cykl zajęć dla dzieci i młodzieży. Zajęcia te miały na celu wypracowanie wspólnego języka i wyrażenie potrzeb i oczekiwań rodziców, nauczycieli i samych uczniów. W tym celu należy wypracować wspólny język, który pozwoli na wyrażenie potrzeb i oczekiwań rodziców, nauczycieli i samych uczniów.

- Dokument składa się z pięciu części, określających zakres:
- 1) standardy scenariusza lekcji (czyli m. in. zakres i materiały);
 - 2) zasady prowadzenia zajęć na Uniwersytecie;
 - 3) zasady prowadzenia zajęć w szkołach i wiceversa;
 - 4) wymagania dotyczące osób prowadzących zajęcia na Uniwersytecie;
 - 5) inne zagadnienia.

„Standardy” należy traktować jako minimum, które musi być osiągnięte przez wszystkich uczniów. W każdym razie, należy pamiętać, że programy kształcenia dla dzieci i młodzieży powinny być skierowane do wszystkich uczniów, bez względu na ich możliwości i potrzeby.

Jak się wydaje, należy dążyć do tego, by cykl „Prawa na co dzień” powstał na każdym wydziale prawa w Polsce. Można mieć nadzieję, że również cykl „Żywy Eliot” powstanie z czasem na każdym uniwersytecie. Kolejnym krokiem może być stworzenie — zapewne na każdym



PLACE OF 'CLINIC PROGRAMMES'
OF THE *STREET LAWTYFE* IN LEGAL CLINICAL
EDUCATION IN POLAND

1. Origins of the *STREET LAW* movement

The history of the *Street Law* movement goes back to the beginnings of 70's when a group of students of Georgetown University in Washington (among them Ed O'Brien — the current head of Street Law Inc.) decided, together with their professor, to go out and teach the basics of law to college students in rundown districts of Washington and to adults and adolescents serving their terms in penal institutions. Soon the idea spread throughout the country; currently *Street Law* programmes operate in over 40 American law schools and constitute one of the most important trend of clinical training, today an obvious characteristic of American Law Schools.²

The target group continues to be college students (secondary schools students). However, different variants of the programme are addressed to many other environments, among them prisoners, policemen, para-police service officers, primary school pupils, non-law students, adolescents in penal institutions and houses of correction, etc.

In the 80's, *Street Law* found its place also in the Republic of South Africa. There the movement's promoter was professor of the Natal Province University in Durban, David McQuoid Mason. It would be an exaggeration to say that *Street Law* contributed to the downfall of the cruel apartheid system, yet there are no doubts as to the huge role the movement played by in shaping legal awareness of socially challenged groups. In the Republic of South Africa university *Street Law* programmes are used among others to train 'paralegals' — persons without legal education, originating from poor environments who are trained to serve their neighbours and families with advice concerning the simplest legal issues (how to apply for state pension, what are the inheritance procedures, how to conclude a tenancy agreement).

The third country of *Street Law* was Poland. In 1992 Monika Płatek, doctor of law from Warsaw University stayed in the USA on scholarship. She had an opportunity to observe closely *Street Law* classes, both at the university and at schools and in penal

¹ Andrzej Światłowski, Doctor of Law, employee of Chair of Penal Proceedings of the Jagiellonian University, co-ordinator of the Street Law clinic programme in Cracow, Poland.

² References to information concerning clinic programmes are found on most web pages of American Law Schools.

institutions. The outcome of her fascination with *Street Law* was opening in 1994, after she returned to Poland, Polish Association of Legal Education and implementation of the *Street Law* clinic programme in Warsaw. After four years of very successful activities in Warsaw secondary schools and penal institutions the programme was implemented in Szczecin, Poznań, Białystok, Rzeszów, Cracow but also in Kalisz (Penitentiary Services School), Siedlce and in Plock. It is possible that soon the programme will be 'launched' in Lublin and Wrocław and maybe in other centres.

The 90's brought a quick expansion of *the Street Law* movement to Latin America countries (among others Bolivia, Chile, Equator, Salvador), Southern Asia (among others India, Bangladesh), Central and Eastern Europe and Baltic States (among others Macedonia, the Czech Republic, Slovakia, Romania, Lithuania, Latvia, Estonia), Russia and post-Soviet countries (Ukraine, Belarus), Mongolia and Central Asia (Kirghistan, Kazakhstan, Uzbekistan). Covering new countries with *the Street Law* programmes was financed mainly by the Open Society Fund (the Soros Foundation).

In my opinion activities of the Belarus *Street Law* group deserves to be mentioned separately. These really young authors centred at the Grodno Young Intelligence Association prepared a large textbook of human rights and foundations of legal areas on a high level. This was a doubly difficult task. Its readers were to be students of the IQ form: contents had to be put across with the use of maximally simple language. At the same time authors had to circumvent difficult to understand censorship limitations.

Since the very beginning, *Street Law* programmes in the whole world are co-ordinated by Street Law Inc. in Washington.³ This public organisation offers comprehensive help in training and conference organisation, consulting related to programme preparation and fund raising.

2. Fundamentals of *Street Law* in Poland

The basic objective of programme implementation in Poland is — similarly as in the USA or the Republic of South Africa — to increase the society's legal culture and awareness (including informing people about their rights). Priorities in post-Soviet countries and for example in Macedonia are somewhat different. There the aim is to prepare a complex civil education curriculum for secondary schools. Currently school curricula either do not foresee such a school subject (as it is the case with Macedonia) or students are thought according to curricula dating back to USSR times (! — As it is the case in Moldavia).

Regardless of general objectives of *Street Law* in a given country the first step is to determine a list of subjects to be included and implemented in a given series for a given target group. If therefore classes are to be conducted in the course of one semester at school (as it typically is the case in Poland), there should be 12-14 issues dealt with. For obvious reasons it is useful to determine this list together with students attending the class and in agreement (at least symbolic) with schools.

If then there are for example 12 topics and a given class is to be prepared by 6 times 2 students, each pair will have two topics to present.

Every lesson must be prepared according to a certain formula. A 'scenario' is constructed; typically it consists of:

³ Activities of Street Law and programmes currently realised in a few dozen countries can be found at <http://www.streetlaw.org/index.html> and its links.

- 1) topic and title of the lesson,⁴
- 2) names of persons who prepared scenario,
- 3) lesson objectives concerning knowledge ('after the lesson students will know...'),
- 4) lesson objectives concerning skills ('after the lesson students will be able to...'),
- 5) lesson objectives concerning fundamentals ('after the lesson students will understand /be familiar with...'),
- 6) list of methods used,
- 7) list of didactic materials prepared (e.g. legal regulations text, fictitious cases, illustrations and diagrams, etc),
- 8) detailed timeframe of the lesson including listing the time devoted to individual stages — in minutes.

Limited space does not allow to describe those points in detail; we must emphasise, however, that differentiation between three spheres of didactic objectives: knowledge, skills and foundations is not easy for students who prepare classes. Emphasising this differentiation shows that *Street Law* is not only about putting across a given *quantum* of knowledge but also shaping skills and — equally important — gaining foundations.

Preparation of classes for other target groups is similar. Of course their specificity such as the changing audience of groups in penal institutions must be taken into consideration.

Note concerning the selection of topics: their list differs considerably between individual centres and in years and there is nothing wrong with it. Topics which are most often encountered are: consumer laws (considered to be an a fixture), self-defence, crime/punishment in (different variants), how to open a company, citizens' rights and the police (verifying ID, detention, search), democracy, law at school (or adolescents and law), law in family. A heritage law is considered to be a difficult topic yet last year this topic was prepared simultaneously in Warsaw and Cracow (independently) and lessons dealing with it belonged to the most successful ones.

It is especially important to use didactic methods leading to an active participation of course attendants. There is no 'catalogue' of interactive methods applied in *Street Law*. In this respect we assume that methods should be selected separately for every country and every environment with consideration to local needs. The only unchanging rule is an obligation to use maximally activating methods. An ordinary lecture (one person speaks, the others listen) is allowed only in exceptional cases and should not last longer than 5 minutes.

In practice, among numerous methods the most often applied are: brainstorm, Oxford debate, instant mock trial, jigsaw method, line, mindwalk, PRES, puzzle, role playing and mixtures of those.

'Brainstorm' means that participants submit different proposals (e.g. proposals of solutions of a given problem) without relating to proposals submitted by others. The last feature is the gist of brainstorm — no ideas submitted as assessed but only noted down; discussion takes place later.

'Oxford debate' is a highly formalised discussion — two teams of for example four persons each present their opposite views; the other participants may ask questions in a pre-defined way. Finally a voting takes place: participants show whose arguments were more convincing.

⁴ It may be witty or with an allusion.

'Instant mock trial' is an extremely simplified and limited in time version of a court case simulation. Participants have for example 30 seconds or one minute to present their conclusion or final speech.

'Jigsaw method' is the favourite method of the author of these words, he applies it willingly also in criminal proceedings classes. It cannot be described in one sentence therefore persons interested in it are asked to contact the author personally.

'Line method' consists of taking position towards a given statement on a scale between 0% of acceptance and 100% of acceptance. Of course statements which are obviously nonsensical or banally obvious are not useful for this method.

'PRES' plea on the other hand is a structured statement composed of view presentation, its justification, example illustrating it and summary. Mastering this method is not easy contrary to common belief!) but it gives huge benefits in every discussion and makes discussion participants observe a discipline of presentation increasing at the same time the efficiency of persuasion (verify for yourselves).

'Puzzle' can be for example giving students a constitutional or code provision cut into 4-7 pieces. Their task is to put those pieces into a text carrying meaning.

Finally role-playing: it is useful during for example a lesson on consumer law to play a scene 'Mr. X brings back a TV set to a shop. The TV set broke down the first day after the purchase.'

The above-said demonstrates that *Street Law* methodology does not constitute any 'secret knowledge' available only to a group of 'enlightened' ones. The strength of this methodology is in its order and systematisation of knowledge and experience, which should be the basis of every teaching, be it at school or university. There are no obstacles to use this methodology for the preparation of other didactic classes.

3. *Street law* programmes in Poland

As it has already been said, *Street law* programmes are currently implemented in six academic centres in Poland. In Warsaw the programme's *spiritus movens* is, of course, the initiator and President of PSEP⁵ — Ms. Monika Płatek. In recent years she co-operated closely with: penitentiary specialist, Professor Michał Porowski and law sociologist, Łukasz Bojarski. Classes were conducted also by doctor of law Ewa Gruza, Barbara Błońska and Katarzyna Bojańczyk. Currently the second person teaching classes is a criminology specialist, doctor of law Michał Fajst.

⁵ PSEP stands for Polish Association of Legal Education. We should emphasise that running the *Street Law* programme is not the only activity of the Polish Association of Legal Education. Since its origin until today, PSEP prepared among others: 1) Programme for stimulation of penitentiary system reforms in Georgia (in co-operation with OSCE and Amber Foundation for reforms of the administration of justice, human rights and legal education), 2) Programme for the development of Penitentiary Officers Training Centre in Moldavia (in co-operation with OSCE, the above-mentioned Foundation and the Westminster Foundation), 3) Training programme for judges and penitentiary services in Latvia (in co-operation with the Danish Helsinki Committee), 4) Programme for the establishment of penitentiary officers training centre in Croatia (in co-operation and owing to OCSE support), 5) 25th conference European Group for Study of Deviance and Social Control in Kazimierz nad Wisłą, Poland (in co-operation with Warsaw University Penal Law Institute), 6) Charter of Victim's Rights (commissioned by and in co-operation with the Ministry of Justice of the Republic of Poland).

In Warsaw the programme is conducted every year in two groups: the 'school' and 'prison' ones. Students from the 'prison' group teach classes in the Waszawa-Białoleka prison.

In Poznań the programme is conducted by Piotr Lissoń who normally specialises in public economic law and by Marek Smolak — law theoretician. In the beginning organisational reasons made them reduce the number of classes prepared: meetings take place every other week, similarly as classes at schools. However, in the year 2000/01 the same number of topics is dealt with as in other centres.

In Białystok the situation is different. It seems that due to too high ambitions co-operation was initiated with so many units that *Street Law* has become almost a mass movement. The structure so far has been kept under the control by doctor of law Ewa Monika Guzik (criminologist) who runs the programme. Similarly as in Warsaw, classes are conducted at schools and in penitentiary institutions.

Local features of *Street law* in Szczecin is for example emphasis put on the sea law which is of major interest for local students. Unfortunately, programme implementation in Szczecin gives rise to serious reservations and most probably it will end with failure.

Finally the Cracow centre. Here the programme is run by the author of this paper in co-operation with Monika Tyblewska — doctoral student at the Chair of Civil Law. M. Tyblewska's stage training and her deep interest in rhetoric and auto-presentation (she teaches rhetoric to students of one of universities) constitute a precious feature of the Cracow programme⁶.

Moreover, persons who work actively in the Warsaw centre conduct classes or offer advice to persons who teach *Street Law* in many other towns and local institutions, among others in Siedlce, Płock, Kalisz (Central Penitentiary Services Training School). PSEP makes efforts to promote the idea of clinic training also in other academic centres which so far have remained distrustful (among others in Lublin).

While this article is being prepared for printing, a new programme is being launched in Rzeszów.

The outcome of the first years of *Street Law* classes in Warsaw is a publication by M. Płatek and Ł. Bojarski *Z prawem na ty (Familiar with Law)*, which had already three editions⁷. The book includes materials relating to more than a dozen issues easily convertible into lesson scenarios or which can be used as auxiliary material for classes.

The Cracow centre plans to public a collection of the best scenarios sent in by various centres⁸.

4. 'Street Law' at the Jagiellonian University

Soon one of criteria assessing the quality of training in law departments will be — as it is in many western countries and in particular in the USA — the number and quality of clinic programmes. Currently at the Law and Administration Department of the Jagiellonian University there are two clinical programmes of this type. The Univer-

⁶ The Cracow *Street Law* activities can be found at: <http://www.law.uj.edu.pl/users/pncd/index.htm>

⁷ 3rd edition. Zakamycze, Cracow 1999.

* Adam Uruszczyk is this project's co-ordinator; in 1999/2000 he was one of programme participants.

sity Law Clinic has been operating successfully for a number of years⁹. Since 1999 students can also participate in the Street Law programme. Those two clinics correspond to two out of four fundamental trends of clinical training in the world. University Law Clinic is a 'live client clinic' while 'street law' is a 'didactic' clinic aimed to popularise law and increase the society's legal awareness. A third form possible is 'live practice' clinic which consists of students learning the practice by watching the work of their patron (judge, public prosecutor, attorney, legal councillor or public notary). There are no clinics of this type in Poland but very often students' practices are very similar to it. The fourth type of clinic is 'files clinic': students run a fictitious court case from the beginning to its end. Participants play the roles of individual proceedings participants and the role of the supervisor is to correct mistakes and explain issues encountered in the course of 'the case.' This didactic style used to be applied on 3rd year seminars in the Chair of Penal Proceedings of the Jagiellonian University. Currently, when penal proceedings is an optional subject rarely chosen by 3rd year students, it is no longer possible.

By decision of Council of the Law and Administration Department of the Jagiellonian University, *Street law* in the academic year 1999/2000 was included into the legal studies curriculum as an optional subject for students on the C-2 list. It is similar in the 2000/01 academic year. Unfortunately, until now there was no success in efforts to obtain a possibility to treat participation in the programme as one of three months of practice foreseen for regular students.

Following the model of Warsaw University, the programme is implemented in the following way: a group of students meets once a week for two-hour session with two teachers to present scenarios (previously prepared individually and consulted with teachers running the programme in during tutorials). The following week students go to schools participating in the programme (in teams of two persons which do not change); every 'two' goes to the same class every week and teach 45-minute lessons.

Persons running the programme are obliged to observe lessons at schools so as to detect possible problems and resolve them. The programme on purpose gave up 'comprehensive' training. The point is not to 'teach' or 'do' topics. In the very beginning, 13 interesting but not complicated legal problems are chosen together with students attending classes; individual lessons are devoted to a joint analysis of those problems. The aim is to show students what law is and what purposes it serves as well as to arise interest in the law itself. A secondary aim is, of course to increase the general level of legal culture of the society.¹⁰

In the 1st semester of the 1999/2000 academic year one class from the following Cracow secondary schools: I LO, V LO, XIII LO and XXVII LO and two classes in X LO in Cracow were taught. In every one of them (2nd or 3rd form) 12 or 13 topics were dealt with, moreover almost all classes visited the court to see court proceedings. After classes were finished students were asked to fill in an anonymous questionnaire concerning the selection of topics, methods, etc. Results of questionnaires serve to remove shortcomings which, of course, are unavoidable.

Both students and headmasters of those schools which hosted classes assessed the programme very well. All schools were interested in participating in the programme in the future and two schools proposed even that all 3rd forms in it undergo this training (in one case altogether nine units) which, unfortunately would not be possible for obvious reasons.

⁹ Cf. <http://www.law.uj.edu.pl/users/upp/index.htm>

¹⁰ Cf. also: A. Uruszczak, *Street Law*, *Edukacja Prawnicza* 2000, No 8.

Also in other towns listeners were usually very satisfied with their participation in the programme. For example, in 1998 the authorities of the Warszawa-Centrummi/ra (the smallest administrative unit) asked to cover all 49 secondary comprehensive schools with the programme.

The first year of programme implementation in Cracow was financed basically by the Polish Association of Legal Education. This means that schools participating in this programme incurred only costs such as costs of paper, photo-copying, making a schoolroom available, cost of purchase of legal texts, access to computer with printer, etc. In the future it will be necessary to use sponsors' aid.

There are plans for centres to apply for grants individually (yet using jointly prepared applications) to various institutions promoting the idea of civil society and which improve the legal culture of the society.

The kindness and special help of the Association of Law Students Library — scientific circle of Jagiellonian University lawyers — at the implementation of the programme in Cracow" is worth emphasising.

5. Perspectives of *Street Law* in Poland

There is no unanimity among people involved in the *Street Law* movement in Poland as to directions of development of clinic programmes belonging to this trend. There is, however, agreement that it is necessary to take care to retain certain standards common for all centres and that appropriately high level of programmes is retained.

This belief was the basis for preparation¹¹ under the supervision of Barbara Bkrńska's of PSEP Warsaw, a working version of Street Law standards. They were subject to discussion and under the direction of Witold Klaus they became the basis for formulation of the final version adopted in Warsaw, during a national *Street Law* conference on February 3rd 2001. These standards are binding for all centres belonging to the movement.

The document is composed of five parts regulating the following issues:

- 1) lesson scenario standards (among others its contents)
- 2) rules governing teaching lessons at the University
- 3) rules governing teaching lessons at schools and in prisons
- 4) requirements concerning persons teaching classes at the University
- 5) other issues

Standards should be treated as a minimum — common denominator for all centres. The Cracow version of the programme meets the above-defined guidelines.

It seems that steps should be taken to establish a *Street law* clinic at every law department in Poland. We can hope that also the 'live client' clinic will be soon established at every university. The next step could be establishment of a system — on every law department separately — which would in a well-devised way include clinic training and classic students' practices into a holistic system serving to connect optimally the knowledge acquired during studies with its practical application. Participation in different forms of clinic training gives students valuable skills of applying in practice the-

¹¹ Cf. <http://www.law.uj.edu.pl/users/tbsp/index.htm> (main web site of the TBSP UJ).

oretical knowledge they obtained, talk with a client (party) and finding quickly in a given case all elements important from the legal point of view.

This is why in the process of educating young lawyers we can foresee a growing and more visible share of various forms of clinical training, including programmes of the *Street law-type*.

ПРОГРАММА КЛИНИЧЕСКОГО ОБУЧЕНИЯ ТИПА *STREET LAW*(ПРАВО НА КАЖДЫЙ ДЕНЬ) В КЛИНИЧЕСКОМ ОБУЧЕНИИ ЮРИСТОВ В ПОЛЬШЕ

1. Возникновение движения *Street law*

История движения *Street law* берет свое начало в 70-х годах в Вашингтоне, когда группа студентов университета Джорджтаун (среди которых был также Эд ОгБрайн, являющийся в данный момент председателем организации *Street law*) вместе со своим профессором решила проводить лекции по основам права для школьников из бедных районов города, а также для лиц находящихся в тюрьмах и исправительных колониях для детей. Вскоре эта идея распространилась на территории всей страны. В данный момент программы *Street law* действуют в более чем 40 американских университетах и являются наиболее распространенной формой клинического обучения, без которой не обходится никакая Law School.²

Основной группой адресатов *Street law* до сих пор были старшеклассники, но существуют также различные виды программы, направленные на разнообразный и широкий круг лиц, как например тюремные заключенные, полицейские, учащиеся младших классов, студенты неюридических факультетов, молодые люди, находящиеся в воспитательных и исправительных заведениях и т.п.

В 80-х годах *Street law* распространилось также в Южно-Африканской Республике. Основоположником движения в ЮАР был профессор университета в Дурбане, в провинции Натал, Дейвид Маквойд Майсои. Приувеличенным было бы утверждение, что действие *Street law* привело к свержению режима апартеида, однако не вызывает сомнений огромное значение этого движения в деле выработки сознания своих проав среди низших слоев общества. В Южно-Африканской Республике университетские программы *Street law* применялись для обучения так называемых „paralegals” — лиц, происходящих из бедных слоев общества и не

¹ Доктор юридических наук Андрей Светловский является научным сотрудником Кафедры уголовного процессуального права и одним из ведущих клиники „Право на каждый день” на Ягеллонском университете.

² Большинство витрин WWW юридических факультетов в США содержат информацию о клинических программах.

имеющих юридического образования, задачей которых является помощь соседям и родственникам консультациями в решении нетрудных юридических проблем (как получить пособие, как заключить договор найма, каковы правила наследования).

Третьей страной распространения *Street law* была Польша. В 1992 г. доктор юридических наук Моника Платек, находясь в Соединенных Штатах Америки имела возможность ознакомления с программой *Street law* на университетах, в школах, а также в исправительных тюремных заведениях. Следствием ее наблюдений было создание по возвращении в Польшу Польской Ассоциации Правового Образования, которая с 1994 г. осуществляет программу „Право на каждый день“? После четырех лет очень удачной деятельности в варшавских школах и исправительных заведениях началась реализация программы также в Щецине, Познани, Белостоке и Кракове, а также в Калише (Учебный Центр Тюремных Служб), Седльцах и Плоцке. Не исключено, что в ближайшее время программа начнет действовать также в Люблине и нескольких других центрах.

В 90-х годах *Street law* чрезвычайно быстро распространилось в странах Латинской Америки (в том числе в Боливии, Чиле, Эквадоре и Сальвадоре), Южной Азии (в Индии и Бангладеше), в странах Центральной и Восточной Европы, а также Прибалтики (в том числе в Македонии, Чехии, Словакии, Румынии, Литве, Латвии и Эстонии), в России и постсоветских государствах (как Украина и Белоруссия), в Монголии и Средней Азии (Киргизия, Казахстан, Узбекистан). Распространение *Street law* в новых государствах финансировал Фонд Открытого Общества (Open Society Fund).

Особо примечательной является деятельность белорусской группы *Street law*, действующей при Обществе Молодой Интеллигенции. В прямом смысле слова молодые представители этой организации разработали обширный и качественный учебник по правам человека и некоторым избранным областям права. Задание это было трудным вдвойне, поскольку потенциальными читателями были десятиклассники, следовательно учебник надо было написать языком доступным и в то же время превосходящим ограничения цензуры.

С самого начала своего существования проведение программ *Street law* во всем мире координировало Объединение *Street Law* в Вашингтоне.¹ Эта общественная организация всесторонне содействует в организации конференций и занятий по практической подготовке, а также помогает в подготовке программ и поиске финансовых средств.

2. Основные принципы польской программы *Street law*

Также как в США и ЮАР, основной целью реализации программы *Street law* в Польше является повышение уровня и понимания права в обществе (в том числе информирование людей об их правах). Несколько иные цели преследует программа в странах постсоветских или таких как, например, Македония. В этих государствах необходимо в первую очередь подготовить целостную программу гражданского образования для средних школ, поскольку в настоящее время

¹ В оригинальном тексте — „prawo na co dzień“.

² Информацию о деятельности *Street Law* и программах, которые она реализует можно найти на витрине <http://www.streetlaw.org/index.html> и находящихся там многочисленных ссылках.

программы школьного обучения вообще не предвидят таких занятий (например в Македонии) или обучение ведется на основании программ старых — еще с советских времен (! — например в Молдавии).

Несмотря на принципы лежащие в основе *Street law* в конкретной стране, первым предпринимаемым действием является подготовка — при учете специфики аудитории — списка тем, которые будут предметом занятий. Например, если занятия будут проводиться в школе в течении одного семестра (как это принято в Польше), то должно быть около 12-14 тем. Поочередным причинам рекомендуется разработка тем вместе с учениками, которые будут участвовать в занятиях и, желательно, при (хоть бы символическом) содействии школы.

И так, если определено 12 тем занятий, которые будут вести 6 пар „учителей“, то на долю каждой пары припадает по две темы.

Каждую тему следует подготавливать на основании определенной схемы. Таким образом появляется так называемый „сценарий“, состоящий из следующих элементов:

- 1) Темы и названия лекции⁵
- 2) Имен лиц, которые подготовили сценарий
- 3) Цели лекции в смысле знаний (после лекции ученики будут знать ...)
- 4) Цели лекции в смысле умений (после лекции ... ученики научатся ...)
- 5) Цели лекции в смысле понимания проблем (после лекции ... ученики будут понимать...)
- 6) Списка использованных материалов
- 7) Списка приготовленных пособий (например тексты статей правовых документов, придуманные казусы, иллюстрации и схемы)
- 8) Детальной описи хода лекции, определения продолжительности конкретных этапов лекции в минутах.

Границы этой статьи не позволяют мне подробно описать вышеупомянутые пункты. Стоит отметить, что определение трех сфер дидактических целей: знаний, умений и понимания проблем не всегда с легкостью дается студентам, ведущим лекции. В то же время такое разделение свидетельствует о том, что целью *law* является не только передача некоторого количества информации, но также формирование умений и, что также чрезвычайно важно, понимания проблем.

Аналогично выглядит подготовка занятий для других аудиторий, однако необходимо учесть специфику конкретной группы слушателей (например непостоянный состав группы тюремных заключенных).

Возвращаясь еще раз к выбору тем следует отметить, что в разных годах темы четко отличаются друг от друга, что совершенно естественно. Чаще всего повторяются темы: права потребителя; самозащита; преступление/наказание (различные варианты); как начать вести коммерческую деятельность; наши права в отношениях с полицией (проверка документов, задержание, личный обыск); демократия; права учащихся в школе (или — несовершеннолетний и право); право в семье. Трудной темой считается право наследования, однако в прошлом году независимо друг от друга, лекции на эту тему были проведены в Варшаве и в Кракове — обе были чрезвычайно удачными.

Очень важным элементом занятий является использование дидактических методов, направленных на оживление участия учеников в занятиях. Не существует

⁵ Может быть забавным или содержащим намек.

каталог интерактивных методов, применяемых *aStreet law*. В каждой стране следует применять методы, соответствующие местной специфике. Единственным постоянным правилом является правило применения методов, максимально оживляющих участие в занятиях. Обычная лекция (т.е. один говорит, остальные слушают) допустима только в исключительных случаях и не дольше 5 минут.

В действительности, наиболее распространенными методами являются: шторм идей (так называемый *brainstorm*), оксфордские обсуждения, ускоренный процесс „а что если“ (*instant mock trial*), метод пилы-ножовки (*jigsaw*), метод линии (*line*), ряд ассоциаций (*mindwalk*), четырехфазовое выступление (*PRES*), головоломка (*puzzle*), представление сценок (*role playing*), а также соединения этих методов.

„Шторм идей“ состоит в том, чтобы придумать как можно больше разных вариантов решения проблемы, причем каждый вариант решения должен быть автономичным, не связанным с остальными предложениями. В этом заключается суть шторма идей — варианты решений только записываются, а их оценка и дискуссия оставляется на потом.

„Оксфордские обсуждения“ — это дискуссия имеющая четко установленную форму — две группы (например, по четыре человека в каждой) представляют свои противоположные мнения, а остальные участники могут задавать вопросы (в установленной форме). После дискуссии наступает голосование, в котором участники решают чьи аргументы были более обоснованы.

„Ускоренный процесс „а что если“ это упрощенная версия „симулированного суда.“ Участникам дается короткий срок (например 30 секунд или минута) по истечении которого надо представить свое решение или выступить с заключительной речью.

Метод „пилы-ножовки“ является излюбленным методом автора статьи, который охотно применяет ее также во время занятий по уголовной процедуре. Однако этот метод не возможно описать одним предложением, поэтому вежливее заинтересованных прошу контактировать со мной лично.

Метод „линии“ заключается в том, что участники, выражая свое мнение, занимают определенное место в линии между 0% и 100% одобрения. Естественно этот метод исключает использование утверждений безмысленных и очевидных.

Выступление „PRES“ — это выступление, имеющее определенную структуру. Оно состоит из суждения, его доказательства, иллюстрирующего примера и заключения. Подготовка этого метода (не такое уж и простое, как могло бы казаться на первый взгляд!) дает огромные выгоды в проведении каждой дискуссии, приводит к дисциплине высказывания и увеличивает силу убеждения (вы можете это проверить).

„Головоломка“ заключается, например в том, что участникам раздается текст статьи конституции или кодекса, порезанный на части (4-7 фрагментов). Задание состоит в составлении из частей имеющего смысл текста.

И на конец, представление сценок. Например, на занятиях по правам потребителя полезно разыграть сценку типа: „Ковальский приностив в магазин телевизор, который испортился в день покупки“.

Как видно, методология *Street law* не является знанием тайным, доступным только избранной группе людей. Ее сила заключается в систематике знаний и умений, которые должны лежать в основе каждой лекции, не важно школьной или университетской. Эту методологию можно также с успехом применять в подготовке любых дидактических занятий.

3. Программа „Право на каждый день" в Польше

Как уже говорилось, в данный момент 6 академических центров в Польше реализует программу „Право на каждый день". В Варшаве *spiritus movens* программы является основоположник и председатель Польской Ассоциации Юридического Образования⁶ — доктор юридических наук Моника Платек. В предыдущих годах ее соратниками были: профессор Михаил Поровский (специалист по пенитенциарным службам) и социолог права магистр Лукаш Боярки. В проведении программы принимали участие также доктор наук Эва Груза, магистр Барбара Блоньска и магистр Екатерина Боянчик. В данный момент вторым ведущим программы является криминолог Михаил Файст.

В Варшаве программа ежегодно проводится в двух группах: „школьной" и „тюремной". Студенты, ведущие занятия в группе „тюремной" проводят занятия в тюрьме в Варшаве-Белоленка.

Ведущими программу в Познани являются магистр Петр Лиссонь, который специализируется в публичном коммерческом праве, а также доктор наук Марек Смолак — теоретик права. Организационные причины заставили их ограничить количество занятий и проводить занятия раз на две недели. В учебном году 2000/01 количество тем соответствует количеству тем в остальных центрах.

Иначе ситуация выглядит в Белостоке, где сотрудничество ведется с таким большим количеством заведений, что *Street law* превратилось почти что в массовое движение. До сих пор всю программу удерживает в узлах ведущая — доктор наук, криминолог Эва Моника Гузик. Также как в Варшаве занятия проводятся в школах и тюрьмах.

Местная специфика Права на каждый день в Щецине видна на примере введения темы морского права, которое там пользуется огромным заинтересованием слушателей. К сожалению деятельность программы в Щецине столкнулась с серьезными проблемами и скорее всего завершится неудачей.

И на конец — краковский центр. Здесь занятия ведет автор этой статьи, при участии магистра Моника Тыблевской — аспирантки в Кафедре гражданского права. Театральное образование М. Тыблевской, а также ее увлечение риторикой и автопрезентацией (она проводит занятия посвященные рсторике на одном из университетов), являются ценным элементом краковской программы.⁷

⁶ Следует отметить, что ведение программы *Street law* это далеко не единственное занятие Польской Ассоциации Юридического образования. С начала своего существования Ассоциация подготовила в том числе: 1) программу по стимулировке реформ пенитенциарной системы в Грузии (при участии Организации Безопасности и Сотрудничества в Европе и Фондации поощряющей реформы системы правосудия, права человека и правового образования „Amber", 2) программу по развитию Учебного Центра Тюремных Служб в Молдавии (при участии ОБСЕ, вышеупомянутой Фондации, а также Вестминстерской Фондации), 3) программу учений для судей и тюремных властей Латвии (при участии Датского Хельсинского Комитета), 4) программу по созданию Учебного Центра Тюремных Служб в Хорватии (при участии и благодаря поддержке ОБСЕ), 5) XXV конференцию Европейской группы по исследованию девиаций и социальному контролю (European Group for Study of Deviance and Social Control), которая состоялась в Кажимеже, при участии Института уголовного права Варшавского университета, 6) Хартию прав жертвы (по заказу и при сотрудничестве Польского Министерства Юстиции).

⁷ Шире на тему краковской программы „Право на каждый день" см. [http:// www.law.uj.edu.pl/users/pncd/index.htm](http://www.law.uj.edu.pl/users/pncd/index.htm)

Более того, активисты варшавского центра дают консультации ведущим занятия программы „Право на каждый день" в остальных городах и находящихся там заведениях, в том числе в Седльцах, Плоцке и Калише, где находится Главный Учебный Центр Тюремных Служб. Польская Ассоциация Юридического Образования предпринимает всяческие действия, направленные на расширение идеи учебы посредством клинического образования, также в скептически настроенных академических центрах (таких как Люблин).

Во время публикации этой статьи, программа начала свое действие также в Жешове.

Одним из результатов проведения программы Street law в Варшаве было издание книги „С правом на ты", авторами которой являются М. Платек и Л. Боярский. Книга издавалась уже трижды.⁸ В книге содержатся материалы по 20 темам, которые с легкостью можно переделать на сценарии лекций или использовать просто как дополнительный материал.

Краковский центр собирается опубликовать сборник самых удачных сценариев лекций, присланных из всех действующих центров.⁹

4. „Право на каждый день" в Ягеллонском университете

Уже в недалеком будущем одним из критериев оценки качества образования, предоставляемого на конкретных юридических факультетах будет — также как и в большинстве западных государств, а в первую очередь в США — количество и качество программ клинического образования. В данный момент на юридическом факультете Ягеллонского университета существуют две такие программы. Уже несколько лет с большим успехом действует Университетская Юридическая Консультация.¹⁰ С 1999 г. студенты могут также принимать участие в клинической программе „Право на каждый день". Эти две клиники соответствуют двум из четырех основных направлений клинического образования на свете. Университетская Юридическая Консультация это „клиника живого клиента", тогда как „Право на каждый день" — это дидактическая клиника, популяризирующая право и повышающая уровень понимания права в обществе. Третьим направлением является клиника „живой практики" состоящая в том, что студенты учатся практики, приглядываясь работе своего патрона, которым может быть судья, прокурор, адвокат, юрисконсульт или нотариус. В Польше не существуют клиники такого типа, однако в действительности похожий характер имеют студенческие практики. Четвертым видом клиники является „клиника дела", состоящая в том, что группа студентов с начала и до конца ведет придуманное судебное дело. Участники играют роль конкретных действующих лиц процесса, а ведущий поправляет ошибки студентов и объясняет суть проблем, с которыми участники сталкивались во время ведения „дела". Этот метод часто использовался во время семинариев по уголовному процессуальному праву для студентов III курса юридического факультета. Однако с тех пор, как этот предмет стал предметом факультативным, редко выбираемым студентами III курса, этот метод уже не применяется.

⁸ Издание III Zakamycze, Краков 1999.

^{*} Координатором этого проекта является профессор Адам Урушак — один из участников программы в учебном году 1999/2000.

¹⁰ См. <http://www.law.uj.edu.pl/users/upp/index.htm>

По решению Совета юридического факультета Ягеллонского университета, „Право на каждый день“ было включено в программу обучения в учебном году 1999/2000, как факультативный предмет из группы С — 2. Ситуация выглядит аналогично в 2000/01 учебном году. К сожалению просьбы, чтобы получить возможность зачета участия в программе как одного из трех месяцев обязательной студенческой практики, не завершились успехом.

Также как и в Варшавском университете, программа реализуется следующим образом: группа студентов, принимающих участие в программе, раз в неделю встречается с двумя ведущими и представляет им поочередно сценарии (которые студенты сами предварительно разработали и проконсультировали с ведущими во время консультаций). На следующую неделю студенты (в принципе в постоянных парах) проводят занятия в школах, принимающих участие в программе (каждая пара проводит занятия каждую неделю с тем самым классом). Длительность занятий — 45 минут.

Ведущие конечно обязаны контролировать проведение занятий, для того чтобы вовремя устранить проблемы, которые могут появиться.

Совершенно сознательно мы отошли от комплексности программы, поскольку дело не в том, чтобы обязательно чего-то научить или что-нибудь пройти. В начале цикла встреч ведущие вместе со студентами выбирают около 13 интересных, но несложных правовых проблем. Каждые занятия посвящены общему решению какой-нибудь из этих проблем. Причем, целью является показать учащимся что такое право и чему оно служит, а также возбудить у некоторых учащихся более глубокий интерес к праву. Посредственной целью является также повышение общего уровня правовой культуры общества.”

В первом семестре 1999/2000 учебного года в программе принимали участие по одному классу из краковских общеобразовательных лицеев 9 I, V, XIII, XXVII, а также два класса из X лицея. В каждом классе (это были вторые или третьи классы лицеев) удалось провести занятия по 12-13 темам; почти все классы побывали на судебных разбирательствах. По завершении всего цикла мы попросили учащихся выполнить анонимные анкеты, оценивающие курс (темы занятий, методы и т.п.) Анкеты дают нам возможность поправить ошибки, которых невозможно избежать.

Программа получила высокую оценку как самих учеников, так и дирекции школ. Вес школы были заинтересованы дальнейшим проведением программы в следующих учебных годах, а две школы даже предложили расширить программу на все третьи классы (это означало бы в целом 9 классов), что конечно же было невозможным — по понятным причинам.

В других городах также участники высоко оценивают свое участие в программе. Например, в 1998 г. власти самоуправления округа Варшава-Центр выступили с предложением расширить программу на все 49 общеобразовательных лицеев округа.

В Кракове деятельность программы в первом году ее существования сфинансировала Польская Ассоциация Юридического Образования, то есть школы понесли только такие расходы как: покупка бумаги, ксерокс, предоставление помещений на занятия, тексты правовых документов, предоставление компьютера и принтера и т.п. В следующих годах не обойдется без помощи спонсора. Мы планируем приготовление совместного заявления, с помощью которого каждый центр будет отдельно выступать с просьбой о финансирование к местным орга-

¹¹ и а эту тему см. также: А. Урушак, *Street Law*, Edukacja Prawnicza, № 8/2000.

низациям, содействующим в развитии демократии и повышении правовой культуры общества.

С особой благодарностью стоит отметить доброжелательное отношение и помощь, оказанную краковской программе Обществом Библиотеки Слушателей Права² — научным кружком юристов, связанных с Ягеллонским университетом.

5. Перспективы *Street law* в Польше

Среди лиц, вовлеченных в движение *Street law* в Польше нет единогласия на тему дальнейших направлений его развития, в границах так называемых клинических программ. Однако все согласны с тем, что следует придерживаться определенных — общих для всех центров — стандартов и поддерживать высокий уровень программы.

Эта уверенность помогла в разработке, под руководством магистр Барбары Блоньской из ПАЮО в Варшаве, рабочей версии стандартов „Право на каждый день“. Рабочая версия была предметом обсуждений, на основании которых была разработана окончательная версия стандартов, под руководством магистра Витольда Клауса. Стандарты были приняты во время всеобщей польской конференции, посвященной программе „Право на каждый день“, которая состоялась в Варшаве 3 и 4 февраля 2001 г. Эти стандарты обязательны для всех центров.

Принятый во время конференции документ состоит из пяти частей, определяющих:

- 1) стандарты сценариев лекций (в том числе содержание сценариев)
- 2) Правила ведения занятий на университете
- 3) Правила ведения занятий в школах и тюрьмах
- 4) Требования, которые должны исполнять ведущие занятия на университетах
- 5) Остальные вопросы.

„Стандарты“ являются минимальными требованиями, которым должны соответствовать все центры. В любом случае краковская версия программы соответствует вышеупомянутым принципам.

Казалось бы, что следует стремиться к тому, чтобы клиника „Право на каждый день“ возникла при каждом юридическом факультете в Польше. Можно также предполагать, что клиники „живого клиента“ со временем возникнут во всех университетах. Дальнейшим шагом может являться создание — для каждого факультета в отдельности — продуманной системы, которая позволит соединить так называемое клиническое образование и традиционные студенческие практики так, чтобы наиболее оптимальным образом связать знания, получаемые на университете с их практическим применением. Участие в различных видах клинического образования дает студентам безценную способность практического применения теоретических знаний, умения вести разговор с клиентом и быстро выявлявания из каждой фактической ситуации элементов, важных с юридической точки зрения.

Именно поэтому, можно предполагать, что различные виды клинического образования, в том числе „Право на каждый день“, завоюют большее и видимое место в процессе образования молодых приверженцев Темиды.

² См. <http://www.law.uj.edu.pl/users/tbsp/index.htm>

DOPUSZCZALNOŚĆ REKLAMY USŁUG PRAWNICZYCH

Zagadnienie reklamy usług prawniczych budzi szereg kontrowersji wywołanych także przez uregulowanie tej kwestii w kodeksach etycznych poszczególnych korporacji zawodowych prawników. Reklamę można postrzegać na płaszczyźnie prawa do informacji oraz zasad wolności gospodarczej i wolności słowa, które swoim zasięgiem obejmują wszystkich obywateli demokratycznego państwa prawnego o gwarancjach zapisanych w Konstytucji RP z 1997 r. Poruszając tę problematykę należy mieć na uwadze nie tylko istniejący stan normatywny i uregulowania zawarte w poszczególnych kodeksach etycznych, ale niezbędne jest także uwzględnienie fundamentalnych założeń tkwiących u podstaw systemu prawa jako pewnej spójnej całości, które wpływają na sposób rozumienia i zakres dopuszczalności posługiwania się reklamą.

Próbując odpowiedzieć na pytanie dotyczące możliwości posługiwania się reklamą w zawodach prawniczych, ze względów systematycznych należy przyjąć obowiązującą w ramach tego artykułu jakąś definicję reklamy. Nie sposób bowiem mówić o dopuszczalności czegoś, co jest bliżej nieokreślone. Szukając odpowiedzi na pytanie, czym jest reklama, naturalną wydaje się próba odnalezienia legalnej definicji tego pojęcia w obowiązującym prawie. W tej materii najpełniej porusza problematykę reklamy ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34), która w art. 4 pkt 6 zawiera definicję tego pojęcia. Reklamą jest więc każdy przekaz zmierzający do promocji, sprzedaży albo innych form korzystania z towarów lub usług, popierania określonych spraw lub idei albo do osiągnięcia innego efektu pożądanego przez reklamodawcę, nadawany za opłatą lub za inną formą wynagrodzenia. Wspomniana ustawa odróżnia reklamę od sponsoringu, który został również zdefiniowany w art. 4 pkt 7. Według tej definicji sponsorem jest oso-

ba, nie będąca nadawcą lub producentem audycji, która pośrednio lub bezpośrednio finansuje w całości lub części tworzenie audycji w celu upowszechnienia swojej nazwy, firmy lub znaku towarowego. Zawarte w ustawie o radiofonii i telewizji określenie reklamy jest bardzo szerokie i obejmuje cały szereg różnorodnych stanów faktycznych. Ustawowe pojęcia reklamy i sponsoringu w przybliżeniu składają się na potoczne rozumienie tego terminu, którym jest każde zachwalanie lub zalecanie kogoś lub czegoś przez prasę, radio, telewizję lub inny środek użyty w tym celu.¹ Jak z tych wywodów wynika, możliwe jest przyjęcie definicji reklamy, która będąc odpowiednio ogólną, zapewni wystarczającą elastyczność posługującemu się tym pojęciem. Dlatego też wydaje się celowe posługiwanie się potoczną definicją tego pojęcia (wskutek tego zabiegu konstytutywnym elementem reklamy nie jest jej odpłatność, w przeciwieństwie do ustawowej definicji reklamy, a w rezultacie następuje potrzebne poszerzenie zakresu stanów faktycznych objętych tym pojęciem), co jest również zgodne z rozumieniem tego terminu w krajach należących do Wspólnoty Europejskiej, gdzie za reklamę przyjęto uważać każdą wypowiedź przy wykonywaniu działalności gospodarczej, zarobkowej, rzemiosła lub wolnego zawodu mającą na celu przyczynienie się do zbytu towarów i usług.²

Obowiązujące w Polsce kodeksy etyczne — Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu oraz Zasady Etyki Radcy Prawnego, wprowadzają zakaz reklamy dla członków swoich korporacji. Podobne zakazy obowiązują również w innych państwach europejskich, takich jak: Austria, Włochy czy Francja. Rygorystyczny zakaz reklamy nie ma jednak charakteru dominującego, gdyż liberalne w tym zakresie są Wielka Brytania, Szwecja i Dania, a także Stany Zjednoczone. Kwestia zakazu reklamy nie jest przesądzona w Międzynarodowym Kodeksie Etycznym IBA ani w Kodeksie wykonywania działalności przez prawników w ra-

¹ Por. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Lempicka (red.), *Mały Słownik Języka Polskiego*, Wydanie IX, Warszawa 1993, s. 692. By znaleźć inne definicje reklamy, zob. np. M. Gajlewicz, *Reklama i pojęcia pokrewne*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1993, nr 10, s. 6; B. Jaworska-Dębska, *Wokół pojęcia reklamy*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1993, nr 12, s. 21; W. Orzewski, *Reklama i prawo. Poradnik*, Warszawa 1998, s. 13-14; J. Szwała (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 140; A. Tomaszek, *Nieuczciwa reklama*, Pałestra 1993, nr 11, s. 36 oraz wyrok SN z 14 stycznia 1997 r., I CKN 52/96; wyrok Sądu Wojewódzkiego w Lublinie z 6 marca 1997 r., IX Go-269/96; uchw. SN z 15 maja 1984 r., III CZP 3/84; wyrok NSA z 6 lutego 1996 r., SA./Po 1162/95.

² Dyrektywa Rady Unii Europejskiej nr 84/450 z 10 września 1984 r. w sprawie ujednoczenia przepisów prawnych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd.

mach Wspólnoty Europejskiej. Pierwszy z nich w pkt 8 mówi: „Prawnik nie powinien reklamować się lub przyciągać uwagi dla swojej działalności poza zakresem i w granicach sposobów dozwolonych przez zasady obowiązujące pod rządami jurysdykcji, której podlega. Prawnik nie powinien reklamować się lub przyciągać uwagi dla swojej działalności w żadnym kraju, w którym takie czynności są zabronione.”. W podobny sposób została określona dopuszczalność posługiwania się reklamą w Kodeksie wykonywania działalności przez prawników w ramach Wspólnoty Europejskiej. W tej sytuacji pozostaje odwołać się i skupić na zakazie reklamy sformułowanym w krajowych kodeksach etycznych.

Adwokatów i radców prawnych obowiązuje zakaz korzystania z reklamy oraz zakaz pozyskiwania klientów w sposób sprzeczny z godnością zawodu. W § 23 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu zostały bliżej sprecyzowane, choć w sposób niewyczerpujący, stany kwalifikujące się jako sprzeczne z godnością zawodu, do których bez wątpienia zalicza się złamanie lub obejście w jakikolwiek sposób zakazu reklamy (wśród nich zainteresowanie budzą następujące przypadki: umieszczanie reklam w prasie lub innych środkach masowego przekazu, narzucanie komukolwiek swojej pomocy prawnej czy reklamowanie swej działalności zawodowej w czasie występowania w środkach masowego przekazu). Dopuszczono dwa wyjątki od zakazu reklamy polegające na możliwości oznaczenia miejsca wykonywania zawodu tablicą informacyjną oraz na możliwości zamieszczenia w prasie jednorazowej informacji dotyczącej adwokata o ściśle określonej treści. Informacja dotycząca adwokata może zawierać wyłącznie takie dane, jak: zawód, imię, nazwisko, tytuł naukowy, preferencje zawodowe, możliwość obsługi prawnej w obcych językach, adres i numer środków łączności. Informacja ta nie może być zamieszczona w innych poza prasą środkach masowego przekazu. Zostały również określone przesłanki, których zaistnienie warunkuje możliwość skorzystania z zamieszczenia powyższej informacji o swojej działalności. Informacja taka może zostać zamieszczona jedynie w razie rozpoczęcia działalności albo zmiany adresu, nazwiska lub nazwy. Dodatkowym ograniczeniem jest nakaz, według którego informacja ta nie powinna się wyróżniać spośród innych standardowych informacji i uchybiać powadze zawodu.

Ograniczenia w stosowaniu reklamy mają u adwokatów swoją długoletnią tradycję. W Polsce w okresie międzywojennym obowiązywał adwokatów zakaz stosowania jakiegokolwiek reklamy. Zakaz ten wyrażały liczne uchwały władz samorządu adwokackiego i był on potwierdzany przez orzeczenia sądów dyscyplinarnych. Bardzo rygorystyczne orzecz-

nictwo sądów dyscyplinarnych z tamtych lat wyznaczyło kierunek i sposób interpretacji powyższej zasady i jest ono aktualne do dnia dzisiejszego.³ Za ilustrację sposobów interpretacji zakazu mogą posłużyć następujące tezy orzeczeń dyscyplinarnych, które formułują następujące zakazy: zakaz korzystania z usług pośredników, choćby wynagradzanych przez klientów, zakaz pozyskiwania klientów za pośrednictwem pracowników własnej kancelarii, zakaz przyjmowania spraw lub prowadzenia kancelarii w lokalu razem z nieprofesjonalnymi instytucjami pomocy prawnej, zakaz wchodzenia w porozumienie z osobą trzecią nie należącą do adwokatury w celu wspólnego prowadzenia kancelarii, zakaz redagowania sprawozdania prasowego ze sprawy, w której adwokat występował,⁴ zakaz przyczyniania się w jakikolwiek sposób do umieszczenia nazwiska w spisie wymieniającym tylko niektórych adwokatów — dotyczyło to również insertów w wydawnictwach uzależniających zamieszczenie nazwiska od opłacenia prenumeraty lub tym podobnych.⁵ To przykładowe wyliczenie wskazuje, że wszelkie próby ominięcia zakazu reklamy były piętnowane. Związek wskazanych stanów faktycznych z próbą obejścia zakazu mógł być nawet daleki, ale mimo to okoliczności te zostały powiązane z naruszeniem zakazu. Warto wspomnieć, że zakazem było jednocześnie objęte podawanie obok tytułu adwokata informacji o poprzednio zajmowanych stanowiskach w sądownictwie, prokuraturze lub administracji.⁶

Gdy chodzi o radców prawnych, to obowiązuje ich, w podobnym kształcie jak adwokatów, zakaz reklamy. Od powyższego zakazu także są przewidziane wyjątki w postaci możliwości posługiwania się tablicą informacyjną dla oznaczenia miejsca wykonywania zawodu oraz możliwości zamieszczenia w prasie i innych środkach masowego przekazu (adwokaci mogą korzystać wyłącznie z usług prasy) informacji o wykonywaniu zawodu przy równoległym ścisłym limitowaniu jej treści (jest ona węższej zakresła niż u adwokatów i może wyłącznie zawierać: imię, nazwisko, nazwę kancelarii, biura prawnego lub spółki, zakresu świadczonych usług, adresu, numeru telefonu i faksu). Radcę prawnego obowiązuje jednocześnie zakaz pozyskiwania klientów w sposób niezgodny z godnością zawodu. Bez wątplenia ten ostatni zakaz obejmuje pozyski-

³ Z. Krzemiński, *Kodeks etyki adwokackiej. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 63 i 64.

⁴ Przykłady przytoczone za: J. Ruff, *Dyscyplina Adwokatury*, Warszawa 1939, s. 23-24. Patrz również J. Baseches, I. Korkis, *Ustrój Adwokatury i zasady Etyki Adwokackiej*, Lwów 1938, s. 363 i n.

⁵ Uchwała Wydziału Wykonawczego NRA z 6 lipca 1935 r., *Palestra* 1935, nr 1, s. 60.

⁶ Uchwała Wydziału Wykonawczego NRA z 27 kwietnia 1934 r., *Palestra* 1934, nr 6-7, s. 442.

wanie klientów za pomocą reklamy. Wszystkie uwagi odnoszące się do sposobu rozumienia owego zakazu poczynione względem adwokatów mogą być przeniesione na grunt radców prawnych, których w nie mniejszym stopniu obowiązuje rygoryzm w posługiwaniu się reklamą przy wykonywaniu zawodu.

Opisawszy już kształt zakazu reklamy, należy przyjrzeć się argumentom przemawiającym za jego ustanowieniem. Chyba najczęściej wypowiedany jest argument, że prawnicze reklamy w prasie, radiu czy telewizji, obok reklam proszków do prania, karmy dla psów lub innych dóbr konsumpcyjnych obniżają rangę zawodu, są niegodne zawodu adwokata lub radcy prawnego, ubliżają godności zawodu lub wręcz obrażają członków korporacji.⁷ Poza przytaczaniem obrazowych przykładów, gdzie reklamy prawnicze wplatanie są pomiędzy reklamy innych produktów, przedstawiciele tego poglądu nie dotykają bliżej istoty reklamy naruszającej godność zawodu. Dlatego wydaje się, że skoro poważne, szanowane i szukające zaufania ludzi instytucje, działające na rynku na tych samych zasadach jak prawnicy — wymienię tu przykładowo banki, towarzystwa powiernicze, inwestycyjne lub emerytalne, zakłady ubezpieczeniowe — swobodnie się reklamują, niejednokrotnie w sąsiedztwie reklam innych towarów i usług, co przysparza im klientów i nie powoduje negatywnych dla ich prestiżu lub zaufania skutków, to argument ten jest chybiony. Odpowiedź na pytanie, czy zakaz reklamy przyczynia się do podniesienia godności zawodu, możemy odnaleźć, śledząc wyniki przeprowadzanych badań społecznych opracowujących rankingi zawodów obdarzonych przez Polaków największym zaufaniem.

Drugim koronnym argumentem zwolenników istnienia zakazu reklamy jest twierdzenie, że wydatnie przyczynia się on do podniesienia jakości wykonywania zawodu. Na czym ono się opiera? Otóż wskazuje się, że niczym nieskrępowana reklama stwarza niezdrową konkurencję i rywalizację między prawnikami, w której górę biorą bezwzględniejsi i ci, którzy przeznaczą więcej pieniędzy na reklamę, a w tym stanie rzeczy przegrywają najuczciwsi. Posługujący się tą argumentacją uznają, że najlepszą i najuczciwszą reklamą dla prawnika jest fachowe i staranne wykonywanie zawodu i każda inna reklama prowadzi nieuchronnie do nadmiernej komercjalizacji, do obniżenia poziomu wykonywanych usług, a w konsekwencji do obniżenia prestiżu zawodu.⁸ Należy jednak zauważyć, iż działalność prawników, jak wszystkich pozostałych usługodawców

⁷ Z. Krzemiński, *Kodeks etyki...* op. cit., s. 66.

⁸ Z. Krzemiński, *Kodeks etyki...*, op. cit., s. 66-67.

działających na wolnym rynku, jest przez klientów ciągle oceniana i weryfikowana. Zresztą analogiczne działania są podejmowane przez organy samorządu zawodowego, który jest w posiadaniu środków zapobiegających nierzetelnemu wykonywaniu zawodu. Dlatego żaden prawnik, nawet najbardziej rozreklamowany i przeznaczający znaczne środki finansowe na reklamę, nie utrzyma się na rynku, wykonując swój zawód w sposób nierzetelny. Podmioty podlegające prawom rynkowym i nie zaspokajające zapotrzebowania rynku co do poziomu usług nie osiągną żadnych zysków i w konsekwencji nie będzie ich stać w dłuższej perspektywie na reklamę. Będą się więc pojawiać rozmaite podmioty na rynku i na skutek braku profesjonalizmu w swoim działaniu upadać. Oczywiście ewentualne głosy o szkodach, jakie społeczeństwu wyrządzałyby tacy, na skutek bardzo silnej konkurencji, szybko pojawiający się i znikający prawnicy, pozostawiający po sobie bezradnych klientów, nie są bez racji. Ale wydaje się, że szkody te ze względu na fakt, iż wyrządzane przez członków korporacji poddanych pewnym rygorom i kontroli i tak byłyby mniejsze od szkód, jakie obecnie mogą społeczeństwu czynić prawnicy, którzy wobec braku konkurencji mogą nawet przez dłuższy czas wykonywać swój zawód w sposób niezaspokajający oczekiwania klientów. Dopuszczenie reklamy i konkurencji eliminowałoby to zjawisko. Dużo większe szkody społeczeństwu przynoszą nieskrępowani żadnymi ograniczeniami w reklamowaniu się prawnicy nie należący do żadnej korporacji, którzy mają większe możliwości wykonywania zawodu nierzetelnie. Mogą się oni w dowolnym rozmiarze reklamować, nie spotykając na płaszczyźnie medialnej żadnej konkurencji ze strony adwokatów i radców prawnych, a przecież ich poziom fachowości nie podlega weryfikacji i nadzorowi. Mechanizm eliminacji nieuczciwych i niefachowych prawników nie działa obecnie poprawnie, w pewnej mierze dzięki samym korporacjom zawodowym, które równocześnie starają się maksymalnie ograniczyć dostęp do zawodu. A przecież zwiększenie ilości działających na rynku prawniczym adwokatów i radców prawnych oraz dopuszczenie ich reklamy musi spowodować zwiększenie konkurencji i tym samym doprowadzić do szybciej postępującej eliminacji niefachowych i mało staranych prawników. Również zwiększenie dostępu klientów do informacji byłoby istotnym krokiem w kierunku wytworzenia tego mechanizmu i polepszenia efektywności jego działania. Powiększenie liczby adwokatów i radców prawnych wraz z możliwością reklamy ich działalności musiałoby także spowodować zmniejszenie ilości działających na rynku prawników nie należących do korporacji, co w dalszej perspektywie mogłoby stanowić punkt wyjścia dla podniesienia profesjonalizmu prawników ob-

sługujących sferę prawną usługobiorców i w rezultacie dostrzeżenie tego zjawiska przez społeczeństwo (społeczeństwo łatwiej mogłoby zauważyć ten proces, gdyby był on widzialny na płaszczyźnie medialnej właśnie choćby poprzez reklamę adwokatów lub radców prawnych obok lub zamiast reklamy prawników niezrzeszonych w żadnej korporacji). Wtedy dopiero będzie rósł szacunek społeczeństwa do zawodów prawniczych, na czym tak bardzo zależy zwolennikom utrzymania zakazu reklamy. Dodam, że ograniczanie przez korporacje zawodowe liczby działających adwokatów i radców prawnych może spowodować, iż poziom świadczonych usług będzie niski ze względu na brak istnienia konkurencji pomiędzy samymi członkami korporacji. Samo dopuszczenie reklamy nie zmieni tego zjawiska, ale utrzymanie zakazu reklamy powoduje, że jest on jedną z barier uniemożliwiających powstanie konkurencji pomiędzy adwokatami czy radcami prawnymi.

Dopuszczalność reklamy jest kwestią, którą trzeba rozważyć także w aspekcie konstytucyjnym. Pośród zagwarantowanych przez Konstytucję RP wolności znajdują się: zasada wolności gospodarczej oraz zasada wolności słowa uzupełniana przez zasadę wolności przepływu informacji. Wymienione zasady konstytucyjne obejmują swoim zasięgiem również przedstawicieli zawodów prawniczych. Powołaniu w tym miejscu zasady wolności gospodarczej nie stoi na przeszkodzie ustawa — Prawo działalności gospodarczej, która wyłącza swoje stosowanie w stosunku do przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych i wskazuje, że nie są oni przedsiębiorcami w rozumieniu jej przepisów. Takim ograniczeniem nie można się posłużyć dla uzasadnienia ewentualnej tezy, że zasada wolności gospodarczej nie obejmuje adwokatów czy radców prawnych. Posługując się pojęciami działalności gospodarczej i przedsiębiorcy wspomniana ustawa nie zamyka drogi do tworzenia i posługiwania się innymi terminami określanymi stosownie do zaistniałych potrzeb i według żądanych kryteriów. Ustawa — Prawo działalności gospodarczej jest przykładem tworzenia pojęć stosownie do celów, jakim ma służyć dana regulacja, a przepisy tam zawarte przez wyraźną ich redakcję wskazują na taki charakter używanych tam terminów. Dlatego wydaje się oczywiste, że ustawa zasadnicza musi tutaj być rozumiana najszerzej i obejmować najszerzy krąg podmiotów wśród których adwokaci oraz radcowie prawni posiadają odrębne — poza Prawem działalności gospodarczej — ustawowe regulacje wykonywania swojej działalności. Wolność gospodarcza dotyczy każdej formy aktywności gospodarczej, a nie tylko tej, którą ustawodawca nazywa „działalnością gospodarczą”.

Mając na uwadze te ustalenia, można spróbować przedstawić, na czym polega naruszenie zasady wolności gospodarczej. W zakresie usług prawniczych wolność gospodarcza obejmuje prawo swobodnego konkurencji z innymi podmiotami. Zakaz reklamy ogranicza to prawo zarówno w aspekcie wewnętrznym, tzn. pomiędzy samymi członkami korporacji, oraz w aspekcie zewnętrznym, czyli pomiędzy członkami korporacji a podmiotami nie należącymi do żadnej z korporacji zawodowych. Ograniczenia te nie są wprowadzane drogą ustawową, lecz kodeksami etycznymi i nie są legitymowane ważnym interesem publicznym. Wydaje się, co zostało bliżej zaznaczone przy omawianiu konstytucyjnych swobód w komunikowaniu się i przekazywaniu informacji, że wprowadzanie takich ograniczeń jest niedopuszczalne, a kodeksy etyczne mogą jedynie wskazywać sposoby korzystania z wolności, a więc sposoby korzystania z reklamy.

W poruszanej tu kwestii pewne wątpliwości mogą się nasuwać co do kwalifikowania reklamy. Rodzi się bowiem pytanie, czy jest ona elementem zasady wolności słowa i przepływu informacji, czy może związek z działalnością gospodarczą wiąże ją z zasadą wolności gospodarczej. Wydaje się, że tę wątpliwość należy rozstrzygnąć na korzyść pierwszego wariantu.⁹ Taki pogląd jest uwarunkowany przede wszystkim znaczeniem informacji we współczesnym demokratycznym świecie. Bez wątpienia reklama jest typem wypowiedzi o charakterze w znacznym stopniu publicznym, prezentowanym przez podmioty zainteresowane informowaniem o swoim istnieniu i swoich działaniach. Ze względu na istnienie wolnej konkurencji jest to bardzo newralgiczny typ wypowiedzi, względem której należy stosować bardziej rygorystyczny test kontrolny.¹⁰ Dlatego należy się opowiedzieć za twierdzeniem, że w przypadku reklamy odnoszą się do niej ograniczenia podyktowane istnieniem granic wolności słowa. Wobec braku stosownych ograniczeń ustawowych w świetle obowiązującego prawa adwokaci i radcowie mają prawo reklamować swoje usługi. Wątek ten jest całkowicie pomijany przez zwolenników utrzymania zakazu reklamy." Wskazania wynikające z tych zasad, tzn. z zasady wolności słowa oraz wolności gospodarczej, należy traktować

* E. Nowińska, *Wolność słowa a dozwolona treść gospodarczej wypowiedzi promocyjnej*, ZNUJ. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej, z. 62, s. 24; J. Preussner-Zamorska, *Aksjologiczne uwarunkowania reklamy*, ZNUJ. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej, z. 62, s. 62-63.

¹⁰ W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym. Zagadnienia teoretyczne*, PiP 1992, z. 10, s. 9 i n.

¹¹ Patrz np. Z. Krzeziński, *Zakaz reklamy adwokackiej*. Monitor Prawniczy 1995, nr 10, s. 299.

jako argumenty przemawiające za zniesieniem ograniczeń w posługiwaniu się reklamą przez prawników, pomijam natomiast problem ewentualnej konstytucyjności albo niekonstytucyjności stosownych zapisów kodeksów etycznych, gdyż wymagałoby to ustalenia charakteru norm zawartych w tych kodeksach, co nie jest przedmiotem niniejszych rozważań. Należy zauważyć, że przy sposobie rozumowania prezentowanym przez zwolenników zakazu reklamy następuje wyłączenie korzystania ze swobód konstytucyjnych z takiego powodu, że są one moralnie naganne. Normy te mogą jedynie w wskazanym wypadku przedstawiać właściwy sposób korzystania z wolności słowa (lub wolności gospodarczej), a nie ją wyłączać, tym bardziej że nie następuje w tym przypadku konflikt systemów wartości. Potwierdzeniem takiego punktu widzenia jest treść ustaw regulujących wykonywanie wolnych zawodów.¹² Chodzi tu w szczególności o te przepisy, które dotyczą składania ślubowania nakazującego przestrzegać prawa oraz etyki i godności zawodu oraz ustanawiające odpowiedzialność dyscyplinarną za postępowanie sprzeczne z prawem i z zasadami etyki oraz godnością zawodu. Ustawodawca w wypadku konfliktu systemów normatywnych nie wprowadzałby wspomnianych zapisów. Ponadto takie rozumowanie stanowiłoby „furtkę” dla dowolnego ograniczania swobód obywatelskich przy pomocy norm zawartych w kodeksach etycznych. Wspomniane przepisy nie mogą być traktowane jako wprowadzające wyłączenia określonych wolności konstytucyjnych. Dlatego wątpliwa jest teza mówiąca o braku związku między zasadami wolności słowa i wolności gospodarczej a uregulowaniami zawartymi w kodeksach etycznych, tym bardziej że dla ograniczeń tych zasad brak jest uzasadnienia w postaci ważnego interesu społecznego.¹³ Nie jest takim uzasadnieniem często wypowiedzany argument, że wprowadzenie reklamy będzie prowadziło do powstania konkurencji pomiędzy poszczególnymi przedstawicielami wolnych zawodów, a w konkurencji tej górę wezmą bezwzględniejsi i bogatsi.

Pogląd o skutku istnienia wolnej konkurencji na rynku usług świadczonych przez adwokatów i radców prawnych zakwestionowałem już wcześniej. Wydaje się więc, iż posługującym się tym argumentem chodzi wyłącznie o ograniczenie wolnej konkurencji, której chcą uniknąć. Nie podają oni metod wnioskowania, które doprowadziły ich do powstania takiej konkluzji. Istnienie wolnej konkurencji jest prostym wynikiem ist-

¹² Art. 5 i 80 ustawy z 26 maja 1982 r. — Prawo o adwokaturze, Dz.U. z 1982 r. Nr 16, poz. 124 oraz art. 27 i 64 ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz.U. z 1982 r. Nr 19, poz. 145.

¹³ Art. 22 Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.

nienia wolnego rynku, który obejmuje także rynek usług prawniczych i który mimo posiadania własnych, odrębnych i specyficznych regulacji nie jest w żaden sposób reglamentowany. Temu właśnie celowi służyły zmiany ustaw — Prawa o adwokaturze i o radcach prawnych, które miały zostać dostosowane do przemian utrojowych również w odniesieniu do przejścia z gospodarki centralnie sterowanej do gospodarki wolnorynkowej. Specyfika wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata wymaga posługiwania się regułami deontologicznymi i należy zgodzić się z twierdzeniem, że wykonywanie tych zawodów nie może następować tylko i wyłącznie na podstawie metod handlowych, które pociągałyby za sobą istnienie celu zarobkowego jako jedyne go celu wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego. Jednak z tego stwierdzenia należy wyciągnąć zupełnie inne wnioski. Nie przeczy ono bowiem posługiwaniu się różnymi formami reklamy w wykonywaniu zawodów prawniczych, a jedynie modyfikuje sposób korzystania z reklamy tak, by był on zgodny z zasadami etyki i godnością zawodu. Nie można dopuścić form reklamy stosowanej na przykład przez firmę Benetton. Ale chęć osiągnięcia zysków ze swojej działalności powiększonych dzięki skutecznej reklamie jest zrozumiała wobec wykonywania działalności usługowej, z definicji mającej przynieść dochód, tak jak zrozumiałe jest rozwarstwienie wielkości dochodów uzyskiwanych przez poszczególnych adwokatów lub radców prawnych wobec różnych ich umiejętności. Środkiem użytym w tym celu może być reklama i trudno ją za to potępiać oraz wyrzekać się jej stosowania, gdyż zjawiska będące jej następstwem są wynikiem funkcjonowania zasad wolnego rynku.

Przeciwko wprowadzaniu zakazu reklamy można przytoczyć również inny argument oparty na twierdzeniu, że zakaz ogranicza usługobiorców w dostępie do informacji.¹⁴ Jednym ze źródeł informacji jest reklama, która daje odbiorcy pojęcie o istnieniu reklamodawcy na rynku oraz o zakresie świadczonych przez niego usług, o korzyściach wynikających z korzystania z usług reklamodawcy, miejscu i czasie świadczenia usług, pozwala się zorientować, jak długo dany podmiot działa na rynku oraz pomaga ocenić jego wiarygodność. Zakaz reklamy ogranicza prawo osób trzecich (nie należących do korporacji prawniczych) do uzyskania możliwie pełnej informacji i tym samym koliduje z zasadą wyrażoną w art. 54 Konstytucji RP z 1997 r., która zapewnia wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Prawa tego nie może ograniczyć żadna z korporacji zawodowych, gdyż nie posiadają one żadnych kompetencji do

¹⁴ Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 212.

kształtowania sytuacji prawnej osób pozostających poza ich ramami przez ustanawianie obowiązujących te osoby zakazów i ograniczeń. Zresztą także w odniesieniu do członków danej korporacji zawodowej ograniczenie wolności zagwarantowanych konstytucyjnie może nastąpić tylko w drodze ustawy. W obecnym stanie prawnym ustawy — Prawo o adwokaturze i ustawa o radcach prawnych nie zawierają koniecznych w takich wypadkach zapisów o ograniczeniu wolności konstytucyjnych ani tym samym delegacji ustawowych do sprecyzowania przez właściwe organy samorządu zawodowego tego typu przepisów. W tym stanie rzeczy konieczna byłaby więc interwencja ustawodawcy. Podsumowując, można powiedzieć, że faktyczny zakaz reklamy jest niedopuszczalnym oddziaływaniem na sfery prawne osób trzecich, gdyż w sposób wyraźny ogranicza on obywateli w wykonywaniu przysługującego im prawa do informacji. Problemu nie rozwiązuje zezwolenie na posługiwanie się przez adwokatów albo radców prawnych informacją w tak wąskim zakresie i wyjątkowych okolicznościach. Wyznacznikiem tej zasady jest znaczenie informacji we współczesnym, demokratycznym społeczeństwie oraz zasada ustrojowa zawarta w art. 20 Konstytucji RP z 1997 r. o społecznej gospodarce rynkowej. Ta ostatnia zasada wymaga takiego działania ustawodawcy i sposobu interpretowania przepisów przez stosujących prawo, by sprzyjało to wolnej konkurencji oraz ochronie konsumentów. W tym świetle upoważnienie organów samorządu zawodowego do wydawania uchwał nie może być rozumiane jako zgoda na tworzenie zakazów ograniczających wolną konkurencję i wyłączających reklamę. Wytlumaczeniem nie jest traktowanie norm zawartych w kodeksach etycznych jako norm deontologicznych, bo przecież nie mogą być adresowane do wszystkich obywateli, tym bardziej że za dopuszczeniem reklamy przemawia interes osób decydujących się na powierzenie swojej sprawy prawnikowi, o którym osoby te chciałyby wiedzieć jak najwięcej.

Wskazań za wprowadzeniem ograniczeń w posługiwaniu się reklamą można natomiast szukać w podstawach systemu prawa i w założeniach, na których jest on oparty. Fundamentalną ideą funkcjonowania każdego sądu jest działanie na podstawie prawa. Sąd jako organ wymiaru sprawiedliwości jest zobowiązany do właściwego stosowania prawa bez niczyjej pomocy. Reklama adwokatów lub radców prawnych wskazująca w swojej treści, że wygrali oni pewną ilość procesów, czy też wygrywają bardzo duży procent spraw albo w jeszcze inny sposób podkreślająca ich skuteczność na sali sądowej, mogłaby podważyć zasadę sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy. Treść tych reklam stałaby w sprzeczności z tezą o prawidłowym i samodzielnym stosowa-

niu prawa przez wymiar sprawiedliwości, któremu żaden czynnik zewnętrzny nie jest w tym procesie potrzebny. Przyjęcie reklamy w opisanym kształcie narusza to założenie, mogąc wywołać przekonanie, że sąd nie zawsze jest sprawiedliwy i tylko udział prawnika jest gwarantem uzyskania sprawiedliwego wyroku. Takie przekonanie doprowadziłoby do podważenia zaufania obywateli do wymiaru sprawiedliwości i do poczucia, że nie jest on bezstronny. Na takie, wywołane nieodpowiedzialną reklamą, skutki społeczne nie można się zgodzić. Dlatego jest to argument przemawiający za ograniczeniem stosowania reklamy przez prawników. Wydaje się jednak, iż przemawia on jedynie za jej ograniczeniem, a nie całkowitym zakazem. Dopuszczenie, co do zasady, możliwości zamieszczania w środkach masowego przekazu lub rozpowszechniania przy pomocy innych sposobów reklamy, z wyłączeniem określonych treści i metod prezentacji informacji może rozwiązać ten problem. Nie można oczywiście negować przydatności prawników w postępowaniu sądowym. Równie niedobre byłoby pójście w kierunku, który mógłby doprowadzić do powstania przekonania społeczeństwa o nieprzydatności prawników w społeczeństwie i niemożności oczekiwania z ich strony udzielenia pomocy prawnej. Trzeba pamiętać, że tylko prawnik, jako osoba obdarzona wiedzą prawniczą, może skutecznie pomóc osobie uwikłanej w rozmaite stosunki prawne lub biorącej udział w postępowaniu sądowym. Takiej pomocy nigdy nie jest w stanie zapewnić sąd, który z racji bezstronności nie może angażować się po żadnej stronie. Natomiast prawnik jest w stanie udzielić odpowiednich informacji, pomóc zorientować się w zawiłościach prawnych, wskazać najwłaściwszą wobec oczekiwań klienta drogę postępowania oraz bronić skuteczniej praw klienta w postępowaniach sądowych z racji znajomości procedur. Rola ta, jako podmiotu świadczącego pomoc prawną, jest nie do przecenienia.

Rozważając wszystkie argumenty przemawiające za i przeciw dopuszczeniu reklamy w zawodach prawniczych, wydaje się, że większość argumentów przemawia za jej dopuszczeniem. Nie musi to oznaczać pozostawienia wolnej ręki adwokatom i radcom prawnym w kwestii posługiwania się tą formą informowania społeczeństwa. Konieczne jest utrzymanie ograniczeń co do zakresu przedstawianych w reklamach informacji oraz sposobu ich prezentacji, by nie ucierpiała godność i prestiż zawodu, by nie wprowadzała ona w błąd oraz by chroniła klientów przed nieuczciwymi reklamodawcami. Funkcję wskazań w tym zakresie powinny pełnić kodeksy etyczne poszczególnych korporacji zawodowych, ale przy założeniu, że będą one precyzowały i uzupełniały prawo poprzez ukazanie jak należy z niego korzystać, natomiast nie będą wykluczać

korzystania z istniejących praw. Standard ochrony interesów klientów oraz samych działających na rynku prawników musi być wyższy. Nie stoi temu na przeszkodzie samo w sobie dopuszczenie reklamy. Wszelkie próby uregulowania tej kwestii podejmowane przez korporacje zawodowe prawników muszą uwzględniać fakt, że w pierwszej kolejności mają one swoimi działaniami zabezpieczać interes społeczny, a nie interes korporacji. Wyniesienie na pierwszy plan interesu korporacyjnego niweczyłoby bowiem uzasadnienie dla działania samorządu zawodowego. W obecnej sytuacji wydaje się, że zakaz reklamy bardziej od ochrony godzi w interes społeczny, ograniczając wolną konkurencję i prawo obywateli do pełnej informacji. W niektórych wypowiedziach¹⁵ wyraźnie jest zresztą przedstawiany argument uzasadniający utrzymanie zakazu reklamy, a mianowicie chęć wyeliminowania konkurencji pomiędzy członkami korporacji. Taka argumentacja jest chybiona, gdyż w interesie społeczeństwa leży istnienie konkurencji także na rynku usług prawniczych po to, by zapewnić mu wysoki poziom świadczenia usług. Jest to jeden z najlepszych mechanizmów dla osiągnięcia powyższego celu, a obecna rzeczywistość gospodarcza, oparta na fundamentalnej zasadzie gospodarki rynkowej, skłania do wprowadzania, wszędzie gdzie jest to możliwe i nie sprzeciwia się ważny interes społeczny, zasad wolnorynkowych. Nie ma przeszkód, by w zmienionej rzeczywistości opartej nie na zespołach, ale na kancelariach adwokackich funkcjonowały wspomniane zasady. Normy etyczne powinny wskazywać reguły, które sprawiałyby, że zasady konkurencji byłyby klarowne i dzięki którym sądy dyscyplinarne miałyby możliwość piętnowania nieuczciwej konkurencji. Obawa przed zdrową konkurencją, która eliminuje z rynku nieradzących sobie w zawodzie oraz wyostrza uwagę klientów na niewłaściwą i nierzetelną ochronę ich interesów, nie może być argumentem przeciwko reklamie, która informuje i której sposób przyciągania uwagi jest do pogodzenia z poczuciem przyzwoitości, taktu i współczucia dla drugiego człowieka.

¹⁵ Z. Krzemiński, *Zakaz reklamy adwokackiej*. *Monitor Prawniczy* 1995, nr 10, s. 298.

Paweł Motyl
5th year student
of the faculty of law

ON PERMISSIBILITY OF ADVERTISING LEGAL SERVICES

The issue of advertising legal services invokes a number of controversies which are brought to the surface also by regulation of this issue by ethical codes of individual corporations of professional lawyers. Advertising may be perceived on the level of the right to information and principles of economic freedom and freedom of expression which embrace all the citizens of a democratic state of law with guarantees provided by Constitution of the Republic of Poland of 1997. Discussing this issue, we should take note not only of the existing normative situation and regulations included in individual ethical codes. It is also necessary to take into account fundamental assumptions at the foundation of the legal system as a certain coherent whole. They affect the way of understanding and the scope of permissible use of advertising.

In an attempt to answer the question on the possible use of advertising in legal professions, for systematic reasons, some sort of definition of 'advertising' should be adopted in this paper. There is no way to talk about the permissibility of something which is not clearly specified. Searching for an answer to the question 'What is advertising?', it seems natural to find a legal definition of the term 'advertising' in the law in force. In this respect, the problem of advertising is most extensively discussed in the Act of 29 December 1992 on Radio and Television Broadcasting (Polish reference number: Dz.U. 1993, No. 7, item 34) which in Art. 4 Paragraph 6 includes a definition of this notion. Advertising is thus defined as: every transmission aimed to promote the sale or other forms of use of goods or services, to support specific issues or ideas or to achieve another effect desired by the party commissioning advertisements, issued for fee or another form of remuneration. The said Act differentiates between advertising and sponsoring, which has also been defined in Art. 4 Paragraph 7. According to this definition, a sponsor is a person, who is not the broadcaster or producer of a programme, who indirectly or directly in entirety or in part finances the creation of a programme in order to make his/her/its name, firm or trademark commonly known.

The notion of advertising included in the Act on Radio and Television Broadcasting is very broad and covers the whole series of various actual situations. The Act notion of advertising and sponsoring is roughly equal with the common understanding of this notion which covers every act of praising or recommending somebody or

something in the press, radio television or any other means used for this purpose.¹ What follows, it is possible to adopt a definition of advertising which — while being general enough — will provide satisfactory flexibility to persons using it. Therefore, using the common-sense definition of the notion seems to be purposeful. As a result of this move, the constitutive component of advertising is not basing it on fee-payment, contrary to the Act definition of advertising. This leads to a necessary broadening of the scope of actual situations covered by this notion, which is also compliant with the understanding of the notion in the countries of the European Community, where advertising is regarded as any statement used while executing commercial activities, profit-earning, handicraft or freelance profession activities aimed at contribution to sell goods and services.²

The ethical codes in force in Poland, the *Lawyer Ethics and Profession Dignity: Set of Principles* and the *Legal Counsellor Ethics: Principles*, introduce a ban of advertising for members of their corporations. Similar bans are also applied in other European countries such as Austria, Italy or France. A rigorous ban on advertising is not prevailing, though, in the United Kingdom, Sweden and Denmark, as well as the United States which are liberal in this respect. The issue of banning advertising is not determined in the *IBA International Ethics Code* nor by the Code of operations performance by lawyers within the European Community. Paragraph 8 of the former reads: 'A lawyer should not advertise or draw attention to his/her operations beyond the scope and within the limits of methods allowed by principles binding in his/her jurisdiction. A lawyer should not advertise or draw attention to his/her operations in any country, where such actions are forbidden.' Similarly, permissibility of using advertising has been defined in the Code on performing operations by lawyers within the European Community. In this situation, we shall refer to and focus on the ban of advertising formulated in national ethical codes.

Lawyers and legal counsellors are bound by a ban on using advertising and a ban on acquiring clients in the way which is not compliant with the dignity of the profession. In Article 23 of the *Lawyer Ethics and Profession Dignity: Set of Principles*, circumstances have been detailed, although not exhaustively, which qualify as remaining in conflict with the dignity of the profession. Among those, there is undoubtedly a violation or bypassing in any way the ban on advertising (the following issues arise interest: placing advertisements in the press or in other mass media, offering legal counselling to anybody without his/her wish or advertising one's professional operations when appearing in mass media). Two exceptions have been admitted for the ban on advertising, which consist of marking the place where professional activities are carried out with a notice board and placing one-time information in the press concerning

¹ Cf. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Lempicka (ed.), *Mały Słownik Języka Polskiego*, Edition IX, Warsaw 1993, p. 692. To find other definitions of advertising see for example M. Gajlewicz, *Reklama i pojęcia pokrewne*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1993, No. 10, p. 6; B. Jaworska-Dębska, *Wokół pojęcia reklamy*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1993 No. 12, p. 21; W. Orzowski, *Reklama i prawo. Poradnik*, Warsaw 1998, p. 13-14; J. Szwa-ja (ed.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warsaw 1994, p. 140; A. Tomaszek, *Nieuczciwa reklama*, Palestra 1993, No. 11, p. 36 and SN verdict of 14 Jan 1997, I CKN 52/96, verdict of the District Court in Lublin of 06 Mar 1997, IX Go-269/96, SN resolution of 15 May 1984, HI CZP 3/84, NSA verdict of 06 Feb 1996, SA./Po 1162/95.

² Directive of the European Union Council No. 84/450 of 10 Sep 1984 on unifying legal and administrative regulations of Member States on misleading advertising.

a lawyer with strictly specified contents. Information about the lawyer may include only such data as: profession, name, surname, scientific degree, professional preferences, possible services in foreign languages, address and communication data. Such information cannot be placed in other mass media than the press. Also these conditions have also been specified whose existence determines permissibility of placing such information concerning one's activities. Such information may be placed only on commencing operations or changing address, surname or name. An additional restriction is imposed by an instruction according to which the above information should not stand out from among other standard information and should not violate the prestige of the profession.

Restrictions in applying advertising have a long-standing tradition with lawyers. In Poland, in the period between the World Wars, lawyers were bound by a ban on any advertising. This ban was expressed in numerous resolutions of self-governments of lawyers and confirmed by verdicts of disciplinary courts. Very rigorous judicial decisions of disciplinary courts in those years determined the direction and method of interpretation of the above principle which has remained valid until now.³ The following theses of disciplinary verdicts may illustrate methods of interpretation of the ban which formulate the following bans: a ban on using services of intermediators, even if remunerated by clients, a ban on acquiring clients with intermediation of employees of one's own office, a ban on accepting issues or running an office on the premises used jointly with unprofessional institutions rendering legal help, a ban on making agreements with third parties who are not advocates (barristers, solicitors) in order to run the office jointly, a ban on editing press reports from cases in which the lawyer appeared,⁴ a ban on contributing in any way to placement of the name on the list of selected lawyers (this referred also to inserts in publications which made placing the name dependent on payment of subscription or similar).⁵ These examples indicate that any attempts to by-pass the ban on advertising were ostracised. Connections of the indicated actual situations with an attempt to by-pass the ban could even be remote, yet, circumstances were related to violating the ban. It is worth noticing that reporting information — side by side with the lawyer title — concerning previously occupied posts in jurisdiction, public prosecutor's office or administration was also included in the ban.⁶

As far as legal counsellors are concerned, the ban on advertising binds them in a similar way as it binds lawyers. Exceptions are also envisioned for the above ban in the form of using information boards to mark the place where the professional activities are carried out and a possibility to place information on execution of the profession in the press and other mass media (lawyers may use only the press) with a parallel strict limitation of the contents (it is more strictly defined than with lawyers and may include name, surname, name of the office, legal entity or company, scope of services provided, address and telephone and fax numbers). Legal counsellor is also bound with a ban on acquiring clients in the way which is not compliant with the dignity of the profession. No doubt, the last ban includes the ban on acquiring clients by advertising. All the notes concerning the way of understanding this ban and made in reference to lawyers may be translated to apply to legal counsellors who are bound — to no lesser degree — with rigorous application of advertising when executing their profession.

³ Z. Krzemiński, *Kodeks etyki adwokackiej. Komentarz*, Warsaw 1994, p. 63 and 64.

⁴ Examples after: J. Ruff, *Dyscyplina Adwokatury*, Warsaw 1939, p. 23-24. See also J. Baseches, I. Korcip, *Ustrój Adwokatury i zasady Etyki Adwokackiej*, Lviv 1938, p. 363.

⁵ Resolution of NRA Executive Department of 6 July 1935, *Palestra* 1935, p. 60.

⁶ Resolution of NRA Executive Department of 27 Apr 1934, *Palestra* 1934, p. 442.

Together with the ban on advertising already described, we should investigate arguments in favour of establishing it. The most often reported argument is probably the one that advertising legal services in the press, radio or television, side by side with commercials of washing powders, dog-food or other consumer goods degrade the dignity of the profession, reduce respect for a professional lawyer or a legal counsellor, degrade dignity of the profession or offend members of corporations.⁷ Apart from quoting visual examples in which advertising legal services is mixed with advertisements of other products, representatives of this view do not go deeper into the essence of advertising as violating the dignity of the profession. Therefore, it seems that if institutions, which are serious, respected and seeking trust of people, and which operate on the market according to the same principles as lawyers do (for example, banks, trusts, investment or pension funds, insurance companies) advertise freely, often close to commercials of other goods and services, which brings them customers and does not result in negative effects for their prestige or trust, then this argument is wrong. The answer to the question whether the ban on advertising contributes to enhancing the dignity of the profession may be found by tracking results of public opinion polls aimed to prepare a ranking of professions most trusted by Poles.

The second key argument of the ban on advertising followers is a statement that it contributes greatly to increasing the quality of executing this profession. What is it founded on? It seems that totally free advertising creates unhealthy competition and rivalry between lawyers in which those win who are more ruthless and those who spend more money for advertising, thus, the most honest ones lose. Those who quote these arguments believe that the best and most honest advertising for a lawyer is his/her professional and careful execution of work, while every other form of advertising ends inevitably with excessive commercialisation, reduction of the level of services provided which results in degrading of the profession prestige*. However, we should notice that activities of lawyers, as well as all other providers of services in the free market, is continuously assessed and verified by clients. Anyway, analogous activities are undertaken by professional authority bodies who possess preventive measures to prevent unreliable performance of the profession. Therefore no lawyer, even that with the broadest scope of advertising and spending major financial means on advertising, can remain in the market when executing his/her services unreliably.

Entities which are subject to market rules and which do not satisfy the market's needs with regards to the level of services will not achieve any profits and as a result they will not be able to afford advertising in the long run. Thus, various entities will appear in the market and disappear therefrom due to the lack of professionalism. Obviously enough, arguments which point at potential damages inflicted upon the society by those 'easy come, easy go' lawyers, due to very strong competition, when helpless clients are left behind, are right. Still, it seems that such damages (due to the fact that inflicted by members of corporations subjected to some rigours and control) would be smaller than damages which may be inflicted upon the society by lawyers who due to a lack of competition may perform their profession for a longer period of time in a way which does not meet the clients expectations. Admitting advertising and competition would eliminate this phenomenon. Lawyers, who do not belong to any corporation and who have an opportunity to perform their profession in an unreliable way much more easily and who are not restricted in any way in advertising, cause more damages to the society.

⁷ Z. Krzemiński, *ibidem.*, p. 66.

⁸ Z. Krzemiński, *ibidem.*, p. 66-67.

They can advertise freely in media without any competition on the part of lawyers and legal counsellors, despite the fact that the level of their expertise is not subject to any verification or supervision.

The mechanism of elimination of dishonest and unprofessional lawyers does not work properly partly due to professional corporations themselves which strive to limit access to the profession as much as they can. Yet, increasing the number of lawyers and legal counsellors operating in the legal market and allowing them to advertise must result in enhancing competition, thus, leading to a faster elimination of unprofessional and careless lawyers. Also, increasing accessibility of clients to information would be a major step towards establishing this mechanism and improving effectiveness of its operation. Increase in the number of lawyers and legal counsellors together with a possibility to advertise their operations would also have to result in reduction of the number of lawyers active in the market who do not belong to any corporation, which in the long run could become a departure point for enhancing professionalism of lawyers' services in the legal field and, finally, this phenomenon could be perceived by the society (society could notice this process more easily if seen in the media, for example, by advertising lawyers or legal counsellors side by side or instead of lawyers advertising outside any corporation). Only then, could respect of the society for legal professions increase. This is the point on which advocates of maintaining the ban on advertising focus. Let me add here that reduction in the number of active lawyers and legal counsellors by professional corporations may result in a situation, in which the level of services provided is low due to a lack of competition between members of corporations themselves. The very fact of admitting advertising will not change this, while maintaining the ban on advertising leads to making it one of barriers preventing competition between lawyers or legal counsellors.

Admissibility of advertising is the issue which has to be considered also from the constitutional point of view. Freedoms guaranteed by the Constitution of the Republic of Poland include: the principle of economic freedom and the principle of freedom of expression supplemented by the principle of freedom of flow of information. The said constitutional principles encompass also representatives of legal professions. Referring to the principle of economic freedom in this place is not hampered by the Act on Commercial Activities which excludes its application to representatives of freelance legal professions and indicates that they are not businessmen in the understanding of its provisions. This limitation cannot be used to justify a thesis that the principle of economic freedom does not cover lawyers or legal counsellors. With the notions of commercial operations and businessman, the said Act does not close the door to creation and use of other notions defined according to the arising needs and according to the demanded criteria. The Act on Commercial Activities is an example of creating notions compliant with purposes which a given regulation should serve and its provisions by their clear editing indicate such nature of notions used therein. Therefore, it seems obvious that the basic Act must be understood here in the widest sense and must include the widest circle of entities, among which lawyers and legal counsellors have separate (outside the Act on Commercial Activities) statutory regulations for execution of their activities. Economic freedom applies to every form of economic activity, and not only to the one, which the legislator calls — commercial activities.

Bearing these facts in mind, one can attempt to present the essence of violation of the principle of economic freedom. In the scope of legal services, economic freedom includes the right to compete freely with other entities. The ban on advertising restricts this right both in the internal aspect, that is between members of corporations, and in the external aspect, that is between members of corporations and entities which do not

belong to any professional corporation. These restrictions are not introduced by statutory ways but with ethical codes and are justified with important public interests. It seems — as it was more closely emphasised when discussing constitutional freedoms in communication and transmission of information — that introduction of such restrictions is impermissible and ethical codes may only indicate ways of enjoying freedoms, that is methods of using advertising.

Some doubts may arise in the issue discussed here as regards qualifying advertising. A question arises whether it is an element of the principle of freedom of expression and flow of information or whether its connection with commercial operations binds it with the principle of economic freedom. It seems that this doubt should be settled in favour of the first variant.¹ This view is determined mostly with the importance of information in the modern democratic world. No doubt, advertising is a type of expression mostly public in nature, presented by entities interested in informing of their existence and activities. Owing to free competition, this is a very important type of expression to which more rigorous control criteria should be applied.² Therefore, one should stand for the statement that restrictions resulting from the existence of limits to freedom of expression apply to advertising.

Due to the lack of appropriate statutory restrictions, in the light of the law in force, lawyers and counsellors are entitled to advertise their services. This approach is completely unheeded by advocates of maintaining the ban on advertising.³ Indications resulting from these principles, that is from the principle of freedom of expression and economic freedom, should be considered as arguments to abolish restrictions in using advertising by lawyers. I do not discuss the problem of compliance with the constitution or its lack in reference to entries in ethical codes as it would require determining the nature of norms included in these codes, which is not the subject matter of this discussion.

We should notice that with the method of reasoning presented by advocates of the ban on advertising, use of constitutional freedoms is excluded on the grounds that it is morally reprehensible. Such norms may only show in a given case in question a proper way of enjoying freedom of expression (or economic freedom) rather than exclude it, the more so because in this situation a conflict of value systems does not arise. The contents of the act regulating performance of freelance professions confirms this approach.⁴ In particular, this applies to the regulations which concern making vows binding a person to observe the law and ethics and to maintain the dignity of the profession and establish disciplinary liability for performance in conflict with the law and with the principle of maintaining ethics and dignity of the profession. The legislator would not have introduced the said entries if there were conflicting normative systems. Moreover, such understanding would become an open — "gate" for restriction of civil freedoms with the use of norms included in ethical codes.

¹ E. Nowińska, *Wolność słowa a dozwolona treść gospodarczej wypowiedzi promocyjnej*, ZNUJ. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej, Vol. 62, p. 24; J. Preussner-Zamorska, *Aksjologiczne uwarunkowania reklamy*, ZNUJ. Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej, Vol. 62, p. 62-63.

² W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym. Zagadnienia teoretyczne*, PiP 1992, Vol. 10, p. 9 ff.

³ See e.g. Z. Krzemiński, *Zakaz reklamy adwokackiej*. Monitor Prawniczy 1995, No. 10, p. 299.

⁴ Articles 5 and 80 of the Bar Act of 26 May 1982, Dz.U. 1982, No. 16, item 124 and Articles 27 and 64 of the Legal Counsellors Act of 6 July 1982, Dz.U. 1982, No. 19, item 145.

The said regulations cannot be treated as introducing exclusions of specific constitutional freedoms. Therefore, the thesis on the lack of relationship between the principle of freedom of expression and economic freedom and regulations included in ethical codes is dubious, especially since there is no justification for such restrictions in the form of an important public interest.¹³ The often quoted argument that introduction of advertising would lead to increasing competition between particular representatives of freelance professions and that the more ruthless and the richer would win such competition has no justification. I have already questioned a view on the effect of existence of free competition on the market of services provided by lawyers and legal counsellors. Thus, it seems that those, who use this argument, are only interested in restricting free competition which they want to avoid. They do not report their methods of reasoning which have brought them to their conclusions.

The existence of free competition is a simple outcome of the existence of the free market which includes also the market of legal services and which, despite having its own, separate and specific regulations, is not controlled in any way. Amendments in the Act on the Bar and Legal Counsellors which resulted from this were to be adjusted to a transformation from the centrally controlled economy into a free market economy. The specific nature of performing the professions of legal counsellor or lawyer requires the use of deontological rules and I agree with the statement that these professions may not be performed only and solely on the basis of commercial rules, which would result in the fact that earning profit is the only purpose for performing the professions of lawyer or legal counsellor. However, completely different conclusions should be drawn from these statements as they do not negate the use of various forms of advertising in performance of legal professions but only modify the way of using advertising so that it is compliant with the principles of ethics and maintainance of the dignity of the profession. For example, one cannot allow advertising in the form applied by Benetton and such a form of advertising should be condemned. Yet, the desire to obtain profits from one's own operations enhanced by efficient advertising is understandable as it concerns rendering services from which one should provide means of living for the operations and for oneself. Similarly, understandable is the wish to differentiate income earned by particular lawyers or legal counsellors on the basis of their different skills. Advertising may be a means used for this purpose and it would be difficult to condemn it in that respect or refrain from using it as the phenomenon resulting from it is the result of the free market, to the existence of which we have to agree.

We can also present another serious argument against the ban on advertising which based on the statement that the ban restricts customers' access to information.¹⁴ Advertising is one of sources of information; it provides the recipient with information about the advertised party operating on the market, the scope of services provided by him/her, benefits resulting from using services of the advertised party, place and time where and when such services are rendered, helps to find out how long a given entity has been active on the market and helps to assess its credibility. The ban on advertising restricts the right of third parties, that is those who do not belong to legal corporations, to obtain full information, and thus collides with the principle expressed in Article 54 of the Constitution of the Republic of Poland of 1997, which ensures freedoms to acquire and disseminate information. This right cannot be restricted by any professional corporation as it has no competencies to shape the legal situation of persons beyond its

¹³ Article 22 of the Constitution of 2 April 1997.

¹⁴ Cf. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria Prawa*, Kraków 1996, p. 212.

framework by way of establishing bans and restrictions obliging for such persons. Anyway, restricting freedoms guaranteed by the Constitution in reference to members of a given professional corporation may only occur by way of introducing an appropriate Act of law. In the present legal situation, the act on the Bar and the Act on Legal Counsellors do not include entries necessary in such cases to restrict constitutional freedoms or statutory delegations to be detailed by provisions of appropriate local professional authority bodies. The requirements referred to in the Constitution of the Republic of Poland of 1997 posed for acts aiming to introduce such statutory restrictions and delegations are not met, where providing details for general provisions is considered. In this situation, intervention of the legislator would be necessary.

To summarise the situation, we could state that the existence of the ban on advertising is characterised by an unacceptable effect on legal realms of third parties as it clearly restricts citizens in executing their right to information. This issue is not solved by granting lawyers or legal counsellors permission to use information in a narrow scope and in several exceptional circumstances. The reason is that the principle depends on the meaning of information in the modern democratic society and the statutory principle included in Article 20 of the Constitution of the Republic of Poland of 1997 on the social market economy. The latter principle requires such an action of the legislator and the way of interpreting provisions by those applying the law that they are conducive to free competition and protection of clients. In this light, entitling professional authorities to issue resolutions cannot be understood as a permission to create such bans which restrict free competition and exclude advertising. In this situation, norms in ethical codes treated as deontological norms do not provide an explanation as they cannot be applied to all the citizens. What is more, it is not a salution or in the interest of those who decided to entrust their cases to a lawyer of whom they would like to know as much as they can.

Indications for introduction of restrictions in employing advertising may be sought in the basics of the legal system and in the assumptions on which it is based. A fundamental idea of the operation of every court of law is basing it on the law. The court, as a body of jurisdiction, is obliged to use the law properly without anybody's help. In this situation, advertising lawyers or legal counsellors by indication that they have won a number of trials or win a very high percentage of cases or emphasising in another way their efficient operation in the court could undermine the principle of jurisdiction executed by courts. Contents of such advertisements would stand in conflict with the thesis of a proper and independent application of the law by jurisdiction for which no external factor is necessary in this process. In other words, whether a lawyer participates in court proceedings or not, the result should be the same and in no case may be different.

Adopting advertising in the above-described shape violates this assumption as it may create an impression that the court is not always just and only participation of a lawyer guarantees getting a just sentence. Such a conviction would undermine trust of citizens in the jurisdiction and lead to the feeling that it is not impartial. We cannot agree such social effects resulting from inappropriate advertising. Therefore, this is a serious argument for restricting application of advertising by lawyers. However, it seems that it suggests only restriction and not the total ban. Allowing, by principle, the possibility of placing advertisements in mass media or disseminating them by other means, with the exclusion of specific contents and methods of presenting information, may solve this problem. Obviously enough, one cannot negate the fact that lawyers are useful in court

proceedings. Following the direction which could lead to giving rise to the conviction of the society about the uselessness of lawyers in the society and the lack of chances to receive legal help from them would be equally improper. One should remember that only a lawyer, as a person entrusted with legal knowledge, may help efficiently a person entangled in various legal relationships or participating in court proceedings. Such help can never be provided by the court, which, due to its impartiality, cannot commit itself to either party. On the other hand, a lawyer is capable of providing appropriate information, helping to obtain knowledge on legal intricacies, indicating the best method of proceedings or defending his/her client's rights more efficiently in the court due to his/her knowledge of procedures which prevents negative results of being unaware of them. This role of an entity providing legal support cannot be underestimated.

While discussing all the arguments for and against admittance of advertising in legal professions, it seems that there are more arguments for admitting it. This does not have to mean that lawyers and legal counsellors can be left to use this form of informing the society freely. It is necessary to maintain restrictions with regards to the scope of information given in advertisements and the method of their presentation so that the dignity and prestige of the profession do not suffer and so that clients are not misled but protect against dishonest advertisers. Ethical codes of particular professional corporations should perform the indicative function in this respect, provided that they detail and supplement the law by showing how to use it without exclusion the use of the existing rights.

The standards for protecting interests of clients and lawyers operating on the market must be higher. The very fact of admittance of advertising constitutes no obstacle to this. Any attempts undertaken by lawyers' of professional corporations to regulate this issue must take into account the fact that first they must protect social interests with their operations rather than the interest of corporations. Placing the corporate interest in the foreground would not justify operations performed by professional authorities. In the present situation, it seems that the ban on advertising rather violates than protects social interests by restricting free competition and the right of citizens to have complete information. In some statements, an argument is clearly presented which justifies maintainance of the ban on advertising, that is a wish to eliminate competition between members of corporations. Such argumentation is faulty as social interest needs competition also in the legal services market so as to ensure a high level of services rendered. This is one of the best mechanisms which humanity invented to reach the goal and the current economic reality, based on the fundamental principle of market economy, suggests an introduction of the free market principles wherever it is possible and wherever there are no important arguments of social interest against it. There are no reasons why such principles would not be effective in the changed reality based no longer on barristers' chambers but on lawyers' offices.

Ethical norms should indicate rules owing to which principles of competition would be healthy and clear to use by disciplinary courts for ostracising unfair competition. We cannot exclude free competition as there is no justification for such actions in the form of social interest on behalf of which professional corporations were created and entrusted with some autonomy. Fear of healthy competition, which would eliminate from the market all those who cannot cope with this profession and which would draw clients' attention to improper and unreliable services, cannot be an argument against advertising, which provides information, and whose method of drawing attention may be reconciled with the feeling of decent behaviour, tact and sympathy for another person.

Павел Мотыль
студент V курса
Юридического Факультета

ДОПУСТИМОСТЬ РЕКЛАМЫ ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ

Проблема рекламы юридических услуг возбуждает целый ряд разногласий, связанных также с урегулированием этой проблемы в кодексах профессиональной этики отдельных юридических корпораций. Рекламу можно рассматривать как с точки зрения права на информацию, так и с точки зрения экономических свобод и свободы слова, которые охватывают своим действием всех граждан демократического правового государства, гарантии которого прокламированы в Конституции Республики Польша с 1997 г. Затрагивая эту проблему следует учесть не только существующую нормативную ситуацию и урегулирования, содержащиеся в отдельных этических кодексах, но следует также учесть фундаментальные принципы, лежащие в основе правовой системы, как одного целого, которое влияет на способ понимания и сферу допустимости применения рекламы.

Стараясь ответить на вопрос о возможности применения рекламы в юридических профессиях, для лучшей систематики, в границах этой статьи, следует принять какое-то определение рекламы, поскольку невозможно говорить о допустимости чего-то неопределенного. Пытаясь ответить на вопрос чем является реклама, естественно следует начать с поиска легального определения этого понятия в действующем праве. Наиболее исчерпывающе эту проблему регулирует закон о телевидении и радиовещании от 29.12.1992 г., который в статье 4 пкт 6 содержит определение этого понятия. Рекламой является каждая передача, которая служит повышению спроса, продаже или другой форме использования товаров и услуг, в поддержке определенных дел или идей, или достижению другого эффекта, ожидаемого рекламодателем. Такая передача предоставляется за оплату или другую форму вознаграждения. Этот закон отличает рекламу от спонсоринга, определение которого находится в 7 пкт 4 статьи. Согласно этому определению, спонсором является лицо, которое не будучи отправителем или производителем передачи, посредственно или непосредственно финансирует, целиком или частично, создаваемую передачу, с целью распространения своего названия, фирмы или товарного знака. Содержащееся в законе о телевидении и радиовещании определение рекламы является очень широким и содержит в себе много разных фактических ситуаций. В общем, понятия рекламы и спонсоринга, предусмотренные законом, накладываются с популярным пониманием этого термина, которое определяет рекламу как любое расхваливание и рекомендацию кого-либо или чего-либо в прессе, радио и телевидении, или в других используемых с этой целью,

средствах.¹ В результате можно создать определение рекламы, которое будет настолько широкое, что даст возможность гибкого использования этого понятия. Поэтому, целенаправленным является использование популярного понятия рекламы (вследствие такого приема вознаграждение перестает быть учредительным элементом понятия, что расширяет возможность применения этого понятия на большее количества фактических ситуаций), которое также соответствует пониманию рекламы в государствах Европейского Сообщества, где рекламой считается каждое высказывание, имеющее место при коммерческой или заработанной деятельности, ремесле или свободной профессии, с целью сбыта товаров и услуг.²

Действующие в Польше этические кодексы — Сборник правил адвокатской этики и профессионального достоинства, а также Правила этики юридического советника, запрещают членам корпорации рекламировать свои услуги. Аналогичный запрет действует также в других государствах, таких как Австрия, Италия или Франция. Однако категорический запрет рекламы не имеет преобладающего характера. Либеральны в этом отношении Великобритания, Швеция, Дания и Соединенные Штаты Америки. Проблему рекламы юридических услуг не затрагивает ни Международный этический кодекс ИВА, ни Кодекс юридической деятельности Европейского Сообщества. Первый из вышеупомянутых кодексов в 8 пункте гласит: „Юрист не должен себя рекламировать или привлекать внимание к своей деятельности, способами, выходящими за границы методов, допустимых в государстве, под юрисдикцию которого он подпадает. Юрист не должен себя рекламировать или привлекать внимание к своей деятельности ни в одном государстве, в котором такие действия запрещены.“ Аналогично определяется допустимость рекламы в Кодексе юридической деятельности Европейского Сообщества. В таком случае остается сосредоточиться на запретах, сформулированных в кодексах конкретных стран.

Адвокатам и юрисконсультам запрещается использовать рекламу или искать себе клиентов при помощи средств, недостойных их профессии. В § 32 Сборника правил адвокатской этики и профессионального достоинства описаны (хоть неисчерпывающе) ситуации, противоречащие профессиональному достоинству. К таким ситуациям, несомненно, относится нарушение или обходление каким-либо образом запрета рекламы (например: размещение рекламы в газетах или других средствах массовой информации, навязывание кому-либо своей юридической помощи, реклама своих юридических услуг во время выступления в средствах массовой информации). Допустимы только два исключения от этого запрета: можно

¹ Сравни С. Скорупка, Г. Аудерска, С. Лемница (ред.), *Краткий словарь польского языка*, издание IX, Варшава 1993, с. 692. Для того чтобы найти другие определения рекламы см. М. Гайлевичь, *Реклама и схожие понятия. Обзор коммерческого законодательства 1993*, № 10, с. 6; Б. Яворска-Дембска, *Вокруг понятия рекламы. Обзор коммерческого законодательства 1993*, № 12, с. 21; В. Оржевский, *Реклама и закон. Пособие*, Варшава 1998, с. 13-14; Я. Швайда (ред.), *Закон о противодействии нечестной конкуренции. Коментарий*, Варшава 1994, с. 140; А. Томашек, *Нечестная реклама*, Палестра 1993, № 11, с. 36, а также решение Верховного суда от 14 01 1997 г., I SKN 52/96, решение Окружного суда в Лублине от 06 03 1997 г., IX Go-296/96, постановление Верховного суда от 15 05 1984 г., III CZP 3/84, решение Верховного административного суда от 06 02 1996 г., SA/По 1162/95.

² Директива Совета Европейского Союза 84/450 от 10 09 1984 г. по уединению правовых и административных положений государств-членов Союза, на тему рекламы, вводящей в заблуждение.

обозначить вывеской место работы и можно опубликовать в прессе информацию об адвокате, но только один раз и о четко обозначенном содержании. Информация об адвокате может содержать только такие данные, как профессия, имя, фамилия, ученая степень, отрасль профессионального интереса, услуги в иностранных языках, адрес и номер телефона. Такую информацию можно заместить только в прессе. Кодекс определяет так же условия, существование которых позволяет адвокату заместить в прессе информацию о своей деятельности. Это может наступить только в случае начала деятельности или в случае смены адреса, фамилии или названия. Дополнительным ограничением является требование, согласно которому такая информация не может отличаться от остальных стандартных информации и не может нарушать достоинство профессии.

Ограничения использования рекламы адвокатов имеют давнюю традицию. В междувоенный период в Польше действовал запрет какой-либо рекламы адвокатов. Этот запрет был выражен в многочисленных декретах властей адвокатского самоуправления и подтвержден решениями дисциплинарных судов. Очень суровая практика дисциплинарных судов с того периода определила направление и способ интерпретации вышеупомянутого принципа, который до сих пор остается в силе.³ Наглядным примером способа интерпретации запрета могут послужить тезы из решений дисциплинарных судов, которые формулируют следующие запреты: запрет использования услуг посредников, даже за вознаграждением клиента; запрет поиска клиентов с помощью работников собственной канцелярии; запрет приема дел или управления канцелярией в одном помещении с непрофессиональными организациями юридической помощи; запрет сделки, с целью совместного ведения дела, с третьим лицом, не принадлежащим к корпорации адвокатов; запрет составления для прессы доклада о деле, в котором адвокат принимал участие;⁴ запрет внесения в какой-либо список фамилии адвоката, если этот список соержжит фамилии только некоторых адвокатов — это относилось также к вкладам в издательства, в которых публикация фамилии зависела, например, от оплаты подписки и т.п.⁵ Эти примеры показывают, что все попытки обхождения запрета рекламы осуждались. Связь фактической ситуаций с попыткой обойти запрет рекламы могла быть очень слабой, но несмотря на это, если возникло подозрение, то все обстоятельства рассматривались с точки зрения нарушения запрета. Стоит отметить, что рекламой считалось приведение, вместе с титулом адвоката, информации о должностях, которые он занимал в юстиции, прокуратуре или администрации.⁶

Что касается юрисконсультов, то, в аналогичных границах запрет рекламы относится также и к ним. От этого запрета также существуют исключения, разрешающие юрисконсульту заместить вывеску с информацией о месте своей работы или опубликовать в прессе или других средствах массовой информации (тогда как адвокаты могут помещать информацию только в прессе) заметки об услугах юрисконсульта, при одновременной регламентации ее содержания (вы-

³ З. Кшеминьский, *Кодекс этики адвокатов. Коментарий*, Варшава 1994, с. 63 и 64.

⁴ Примеры приведенные в J. Ruff, *Дисциплина адвокатуры*. Варшава 1939, с. 23–24. См. также J. Baseches, I. Korkis, *Структура адвокатуры и правила адвокатской этики*, Львов 1938, с. 363 и след.

⁵ Постановление исполнительного отдела Верховного совета адвокатов от 06 07 1935 г., Палестра 1935, с. 60.

⁶ Постановление исполнительного отдела Верховного совета адвокатов от 27 04 1934 г., Палестра 1934, с. 442.

ступают более широкие ограничения, чем в случае адвокатов: эта информация может содержать только имя, фамилию, название канцелярии, юридического бюро или общества, сферу услуг, адрес, номер телефона и факса). Юристу запрещено в поисках клиентов применять меры, противоречащие профессиональному достоинству. Несомненно, этот последний запрет включает в себя также запрет поиска клиентов посредством рекламы. Все замечания по существу запрета рекламы, относящиеся к адвокатам, применимы также по отношению к юристам, которых в не меньшей степени обязывает дисциплина в исполнении своей профессии.

Описав формы запрета рекламы, стоит присмотреться аргументам в пользу его установления. Чаще всего приводится аргумент, что реклама юридических услуг в газетах, радио и телевидении наравне с рекламой стиральных порошков, пищи для собак или других потребительских продуктов, понижает престиж профессии, недостойна профессии адвоката или юриста, оскорбляет достоинство профессии и даже оскорбляет членов корпорации.⁷ Представители этого мнения концентрируются на приведении наглядных примеров, в которых реклама юридических услуг преподносится в перемежку с рекламами других продуктов и не занимается сутью рекламы, нарушающей профессиональное достоинство. Однако, если другие серьезные, уважаемые и ищущие доверия люди и институции, ведущие свою деятельность на аналогичных с юристами условиях, например банки, страховые компании, инвестиционные и пенсионные товарищества, рекламируют свои услуги без каких-либо ограничений, часто по соседству с рекламой других товаров и услуг, что увеличивает число их клиентов и не приводит к снижению уровня престижа и доверия по отношению к этим организациям, то вышеупомянутый аргумент является ошибочным. Ответ на вопрос, в какой степени запрет рекламы влияет на повышение достоинства профессии, прослеживается в результатах исследований общественного мнения, уложенных в списки наиболее уважаемых профессий.

Следующим коронным аргументом приверженцев запрета рекламы юридических услуг является утверждение, что запрет положительно влияет на повышение уровня юридических услуг. На чем основано это утверждение? Говорится о том, что ничем не ограниченная реклама приводит к нездоровой конкуренции и соперничеству между юристами. В этой конкуренции выигрывают наиболее беспощадные или предназначенные больше средств на рекламу, таким образом проигрывают наиболее честные. Приверженцы этого обоснования считают, что наилучшей рекламой для юриста является честное и старательное исполнение своей профессии, а каждая другая форма рекламы приводит к ненужной коммерциализации и понижению уровня юридических услуг, а тем самым — к понижению престижа профессии.⁸ Однако, следует отметить, что деятельность юристов, также как и всех остальных услугодателей, в условиях рыночных отношений находится под постоянной оценкой клиентов. Деятельность юристов оценивается также органами профессионального самоуправления, которые имеют возможность вмешательства в случае непрофессионального исполнения своих обязанностей. Поэтому никакой юрист, даже самый разрекламированный и предназначенный на рекламу много денежных средств, не будет в состоянии удержаться на рынке, если будет непрофессионально подходить к своей работе. Участники рыночных отношений, которые уровнем своих услуг не удовлетворяют гос-

⁷ З. Кшеминьский, *ibidem*, с. 66.

⁸ З. Кшеминьский, *ibidem*, с. 66-67.

подстущим на рынке условиям, не будут иметь прибыли и в конце концов, не будут в состоянии платить за рекламу. Таким образом, появляющиеся на рынке новые субъекты будут банкротировать, вследствие нехватки профессионализма. Конечно правы и те, которые говорят об общественном ущербе, который причинили бы такие юристы — быстро исчезающие, вследствие большой конкуренции и отавляющие после себя беспомощных клиентов. Однако казалось бы, что этот ущерб (наносимый членами корпорации, на которых наложены определенные ограничения) и так был бы гораздо меньше ущерба, который сейчас могут причинить юристы, работающие в условиях отсутствия какой-либо конкуренции и могущие вести свою деятельность на уровне, несоответствующем требованиям клиентов. Введение рекламы и конкуренции устранило бы эту ситуацию. Гораздо больший общественный ущерб, в условиях допустимости рекламы, могут причинить юристы, не являющиеся членами корпорации, имеющие гораздо больше возможностей непрофессионального исполнения своих обязанностей. Они могут рекламировать свои услуги без ограничений и не боясь конкуренции в средствах массовой информации со стороны адвокатов и юрисконсультов, тогда как невозможно проверить и проконтролировать уровень их профессиональной подготовки. В данный момент методы, позволяющие устранить нечестных и непрофессиональных юристов, не всегда действуют как следует, в некотором смысле по вине самих профессиональных корпораций, старающихся максимально ограничить доступность профессии. Тогда как увеличение количества адвокатов и юрисконсультов, действующих на рынке юридических услуг, и возможность рекламы их услуг увеличит конкуренцию и приведет к быстрейшему устранению непрофессиональных и неприлежных юристов. Следующим шагом к повышению эффективности и внедрению этого механизма является более широкий доступ клиентов к информации на тему юристов и юридических услуг. Увеличение количества адвокатов и юрисконсультов, а также возможность рекламы юридических услуг приведет к уменьшению количества юристов, не являющихся членами корпорации. В свою очередь это может послужить исходной точкой для дальнейшего повышения квалификаций юристов, занимающихся обслуживанием заказчиков и привлечь к проблеме внимание общественности (обществу легче было бы заметить этот процесс посредством рекламы адвокатов и юрисконсультов в средствах массовой информации, на равне или вместо рекламирования юристов, не принадлежащих ни к какой корпорации). Только тогда возрастет общественный престиж юридических профессий, чего так хотят приверженцы запрета рекламы. Стоит отметить также, что ограничение профессиональными корпорациями количества адвокатов и юрисконсультов, может снизить уровень юридических услуг по причине отсутствия конкуренции внутри самой корпорации. Сама возможность рекламы не повлияет на это явление, однако запрет рекламы будет являться преградой, тормозящей развитие конкуренции среди адвокатов и юрисконсультов.

Вопрос допустимости рекламы следует рассматривать также с точки зрения конституции. Среди свобод, которые гарантирует польская конституция находятся: принцип коммерческой свободы и свободы слова, дополненные принципом свободы информации. Перечисленные конституционные принципы охватывают своим Действием также представителей юридических профессий. Действие вышеупомянутого принципа коммерческой свободы не ограничивает, в отношении юристов, закон о коммерческой деятельности, который изымает из под своего влияния представителей свободных юридических профессий, указывая, что они не являются коммерсантами в понимании этого закона. Однако нельзя на основании этого

ограничения сделать вывод, что принцип свободы коммерческой деятельности не относится к адвокатам или юрисконсультам. Используя понятия коммерческой деятельности и коммерсанта, вышеупомянутый закон не ограничивает возможности творения и применения других понятий, сформулированных на основании существующей потребности и согласно необходимым условиям. Понятия, созданные законом о коммерческой деятельности, являются примером составления понятий, в соответствии с целью, которой они будут служить, а четко сформулированные положения этого закона свидетельствуют о характере используемых в нем определений. Совершенно очевидно с этой точки зрения, что конституция должна пользоваться наиболее широкой интерпретацией, охватывающей самый широкий круг субъектов, среди которых адвокаты и юрисконсульты пользуются особой, не охваченной законом о коммерческой деятельности, урегулировкой своей профессиональной деятельности. Свобода коммерческой деятельности относится ко всем формам коммерческой деятельности, а не только к деятельности, которую законодатель назвал „коммерческой“.

Имея в виду сделанные выводы, можно попробовать определить в чем заключается нарушение принципа свободы коммерческой деятельности. В сфере юридических услуг понятие коммерческой свободы охватывает свободу конкуренции. Запрет рекламы ограничивает эту свободу, как с внутрикорпорационной, так и с внешней перспективы (т.е. с перспективы конкуренции между членами корпорации и субъектами, не являющимися ее членами). Эти ограничения вводятся посредством кодексов профессиональной этики, а не законодательства и поэтому их введение не обусловлено важным общественным интересом. Кажется, что при описании конституционной свободы слова и передачи информации было четко определено, что введение такого ограничения недопустимо, а кодексы этики могут только показывать как следует применять какое-либо право, например свободу использования рекламы.

С точки зрения данных рассуждений проблематична может быть квалификация рекламы. Возникает вопрос о том, является ли реклама элементом свободы слова или свободы информации, а может связь с коммерческой деятельностью превращает рекламу в элемент свободы коммерческой деятельности? Кажется, что предпочтение следует отдать первому варианту.⁴ Такое мнение обусловлено в первую очередь значением, которое в современном демократическом мире имеет информация. Нет сомнений, что реклама является видом высказывания, имеющим публичный характер, представленным субъектами, которые заинтересованы в том, чтобы информировать о своем существовании и о своей деятельности. В связи с существованием свободной конкуренции этот вид высказывания создает много проблем, поэтому, по отношению к этому высказыванию следует применять более ограничивающий контролирующий контент.¹⁰ Поэтому, следует согласиться с утверждением, что по отношению к рекламе надо применять ограничения, обусловленные границами свободы слова. В связи с отсутствием соответствующих ограничений в законодательстве, адвокаты и юрисконсульты имеют право рекламировать свои услуги. Однако приверженцы запрета рекламы совершенно

⁴ Е. Новиньска, *Свобода слова и допустимое содержание поощряющего коммерческого высказывания*. Научное издание Ягеллонского Университета, Работы по изобретательству и защите интеллектуальной собственности. Изд. 62, с. 62-63.

¹⁰ В. Садурский, *Закон и свобода слова в демократическом государстве. Теоретические вопросы*. Государство и Закон с 1992 г., т. 10, с. 9 и след.

игнорируют эту ситуацию." Указания, вытекающие из содержания свободы слова и коммерческой деятельности следует рассматривать как аргументы в пользу отмены ограничений использования юристами рекламы, не вспоминая о проблеме ответственности конституции положений этических кодексов, поскольку это требует определения характера норм, содержащихся в этих кодексах, что не является темой данной статьи. Следует отметить, что способ аргументации приверженцев запрета рекламы, приводит к запрету пользования конституционными свободами, по поводу их моральной укоризненности. Нормы этических кодексов могут только указывать каким образом, в конкретном случае, следует пользоваться свободой слова (или коммерческих отношений), но ни в коем случае не могут ее отменить, тем более, что в данных условиях аксеологический конфликт не имеет места. Эту точку зрения подтверждают тексты законов, регулирующих свободные профессии.¹¹ Имеются в виду в особенности положения о принесении присяги соблюдения права, профессиональной этики и чести, а также устанавливающие дисциплинарную ответственность за действия, противоречащие принципам и правилам этики и профессиональной чести. Законодатель не ввел бы вышеупомянутых записей, в случае конфликта аксеологических систем. Более того, такой ход мыслей вызовет „лазейку", которая дает возможность произвольного ограничения гражданских свобод, посредством норм, содержащихся в этических кодексах. Вышеупомянутые нормы нельзя интерпретировать как ограничивающие конституционные свободы. Поэтому, сомнительным является утверждение, гласящее об отсутствии связи между принципами свободы слова и свободы коммерческой деятельности и положениями, содержащимися в этических кодексах, тем более, что нет предпосылок, оправдывающих ограничение этих принципов (например предпосылки важного общественного интереса).¹² Не является хорошим оправданием также часто применяемый аргумент, что введение рекламы приведет к конкуренции между представителями свободных профессий, вследствие которой выиграют более жестокие и богатые. Безосновательность этого мнения была представлена выше. Ситуация выглядит так, как-будто те, кто приводят этот аргумент, хотят исключить свободную конкуренцию, которой желают избежать. Они не подают методов, которые привели их к такому умозаключению. Существование свободной конкуренции является прямым следствием действия свободного рынка, охватывающего также рынок юридических услуг, который, несмотря на свою специфику и собственные правила, ни коим образом не регламентирован. Именно с этой целью были введены изменения в законы об адвокатуре и юрисконсультах, которые следовало приспособить к новым условиям рыночных отношений. Я согласен с мнением, что специфика профессии адвоката и юрисконсульта требует действия в согласии с правилами деонтологии, а не только на основании коммерческих методов, в которых обогащение является единственной целью ведения коммерческой деятельности. Эти утверждения не противоречат использованию различных форм рекламы в профессиональной деятельности юристов, они лишь только изменяют методы рекламы, таким образом, чтобы реклама соответствовала требованиям

¹¹ См. З. Кшеминский, *Запрет рекламы адвокатов*. Юридический монитор 1995, № 10, с. 299.

¹² Статьи 5 и 80 закона от 26 05 1982 г. Закон об адвокатуре, Законодательный вестник 16 с 1982 г., поз. 124. а также статьи 27 и 64 закона от 6 07 1982 г. о юрисконсультах, Законодательный вестник 19 с 1982 г., поз. 145.

¹³ 22 статья Конституции от 02 04 1997 г.

этических норм и достоинству профессии. Недопустима, например, реклама, которую использует фирма Бенеттон. Такая форма рекламы должна быть осуждена. Однако желание получить от своей деятельности прибыль, увеличенную благодаря эффективной рекламе, совершенно оправдано тем, что каждый предоставляет свои профессиональные услуги для того, чтобы содержать себя и свою деятельность. Понятно также желание привести к расстройке величины прибыли, получаемой адвокатами и юристами, в зависимости от их знаний и способностей. Средством в получении этого результата может быть реклама и не за чем осуждать или отказываться от ее применения, поскольку явления, к которым она приводит, являются следствием действия свободного рынка, с существованием которого следует смириться.

Против введения запрета рекламы можно привести и другой серьезный аргумент, основанный на утверждении, что этот запрет ограничивает доступ услугодателей к информации.¹⁴ Реклама является одним из источников информации, дающим потенциальному заказчику сигнал о существовании рекламодателя на рынке, а также о сфере услуг, которые он предоставляет; о выгодах связанных с использованием его услугами; о месте и времени предоставления услуг. Реклама позволяет также определить длительность существования рекламодателя на рынке и помогает в оценке его достоверности. Запрет рекламы ограничивает право третьих лиц (т.е. не принадлежащих к юридической корпорации) на получение полной информации, нарушая тем самым принцип, выраженный в 54 статье Конституции Республики Польша с 1997 г., который гарантирует свободу получения и распространения информации. Никакая профессиональная корпорация не может этого права ограничить, поскольку она не компетентна определять правовую ситуацию лиц, находящихся вне ее структуры, устанавливая для этих лиц ограничения и запреты. То же самое относится и к членам данной корпорации, поскольку ограничение прав, предусмотренных в конституции, может ввести только закон. В законодательстве существующем в данный момент, законы об адвокатуре и юристах не содержат необходимых в таких ситуациях положений, касающихся ограничения конституционной свободы и не предусматривают соответствующих полномочий, дающих органам профессионального самоуправления право уточнить эти ограничения. Эти законы не удовлетворяют требованиям, которые польская конституция предусматривает для законов, ограничивающих конституционные свободы, или вводящих полномочия для более конкретного определения законоположений. В таком случае необходимо вмешательство законодателя. В заключении следует отметить, что характеристика запрета рекламы является отсутствие механизмов влияния третьих лиц на юридические сферы, что явно ограничивает граждан в пользовании права на информацию. Этой проблемы не решает предоставленная адвокатом и юристам и ограниченная до нескольких исключительных случаев, возможность информировать о себе. Решающую роль имеет здесь значение информации в современном демократическом обществе, а также принцип общественной рыночной экономики, содержащийся в 20 статье Конституции Республики Польша с 1997 г. Этот принцип требует от законодателя предприятия соответствующих действий, и такой интерпретации законоположений, субъектами, применяющими закон, чтобы содействовать свободной конкуренции и защите потребителей. С этой точки зрения, полномочие органов профессионального самоуправления, позволяющее им выдавать декреты,

¹⁴ См. Р. Сарковичь, Е. Стельмах, *Теория права*, Краков 1996, с. 212.

не включает в себя также полномочия по созданию запретов, ограничивающих свободную конкуренцию и исключающих рекламу. Выходом из ситуации не может быть интерпретация норм этических кодексов, как деонтологических норм, поскольку они не адресованы ко всем гражданам. В пользу допустимости рекламы свидетельствует интерес лиц, которые собираются нанять юриста, в связи с чем, хотят о нем знать как можно больше подробностей.

Указаний в пользу ограничения использования рекламы можно искать в основах законодательной системы и принципах, на которых она построена. Фундаментальной идеей действия любого суда является действие на основании закона. Суд, как орган юстиции, обязан соответственно применять закон, без чьей-либо помощи. С этой преспективы, реклама адвокатов или юрисконсульттов, показывающая сколько судебных процессов они выиграли или, что они выигрывают очень много процессов, или каким-нибудь другим образом подчеркивающая их эффективность во время судебного разбирательства, может противоречить принципу, гласящему, что правосудие осуществляет суд. Содержание таких реклам оспаривает утверждение, что органы юстиции применяют право самостоятельно и правильно и не нуждаются в помощи никакого внешнего элемента. Иначе говоря, при участии или без участия юриста, результат судопроизводства должен быть такой же и ни в коем случае не может быть другим. Возможность рекламы описанного вида может привести клиентов к убеждению, что суд не всегда является справедливым и только участие юриста в процессе дает гарантию справедливого решения. Эта уверенность могла бы привести граждан к потере доверия к правосудию и убедить их в том, что суд не беспристрастен. Нельзя допустить до таких последствий, вызванных несоответствующей рекламой. Поэтому, это важный аргумент в пользу ограничения рекламы юридических услуг. Однако кажется, что свидетельствует он только в пользу ограничения, а не совершенного запрета рекламы. Допустимость рекламы в средствах массовой информации и ее распространение посредством других методов, при одновременном исключении определенного содержания и форм представления информации, должна решить эту проблему. Нельзя отрицать, что в судебном процессе юристы нужны. Несответствующим и вредным являются аргументы, которые могут выработать убеждение общественного мнения о том, что юристы в обществе не нужны и нельзя ожидать уделения юридической помощи с их стороны. Следует помнить о том, что юрист, имея юридические знания, в состоянии помочь лицу, вовлеченному в различные правовые отношения или принимающему участие в судебном процессе. Такой помощи никогда не может оказать суд, который, являясь беспристрастным, не может отдавать предпочтение какой-либо из сторон. Тогда как юрист в состоянии предоставить стороне необходимую информацию, помочь разобраться в запутанной юридической ситуации, принять наиболее соответствующее ожиданиям клиента поведение или, зная соответствующие процедуры, более эффективно защищать права клиента в судебном процессе, тем самым предупреждая отрицательные последствия неведения права. Роль юриста, как лица предоставляющего юридическую помощь, трудно переоценить.

Принимая во внимание все аргументы за и против допустимости рекламы в юридических профессиях, можно прийти к выводу, что большее количество аргументов свидетельствует в пользу допустимости рекламы. Это не значит, что адвокаты и юрисконсульты не подлежат ограничениям связанным с формой передачи информации обществу. Необходимо удерживать ограничения представляемой в рекламе информации и формы ее представления, чтоб не пострадало

достоинство и престиж профессии и чтоб не вводить в заблуждение и уберечь клиентов от нечестных рекламодателей. За указания в этом отношении должны послужить этические кодексы конкретных корпораций, но при условии, что они будут конкретизировать и дополнять закон, указывая как следует его применять, не запрещая пользования существующими правами. Стандарт защиты интереса клиентов и самих действующих на рынке юристов, должен быть более высокий. Допустимость рекламы, сама по себе, этому не мешает. Любые действия корпорации, направленные на урегулирование этой проблемы должны принимать во внимание тот факт, что в первую очередь следует защищать общественный интерес, а не интерес самой корпорации. Профессиональное самоуправление теряет смысл существования, если на первый план его действий выдвигается интерес самой корпорации. Кажется, что в данный момент запрет рекламы скорее угождает в общественный интерес, чем защищает его, ограничивая свободную конкуренцию и право доступа граждан к полной информации. Некоторые мнения, четко выражают аргумент оправдывающий запрет рекламы, обоснованием для которого является желание избежать конкуренцию между членами корпорации. Этот аргумент безоснователен, поскольку для обеспечения более высокого уровня услуг (также на юридическом рынке) существование конкуренции среди юристов соответствует общественному интересу. Это один из лучших механизмов, придуманных человечеством для улучшения качества услуг вообще, а теперешняя экономическая ситуация, основанная на фундаментальных принципах рыночных отношений, создает предпосылки для введения правил свободного рынка везде, где это возможно и где этому не противоречит важный общественный интерес. Нет приград, чтобы в измененных условиях теперешней действительности, основанной не на адвокатских коллегиях, а на адвокатских канцеляриях, действовали вышеупомянутые принципы. Этические нормы должны указывать правила, гарантирующие ясную и здоровую конкуренцию, на основании этих норм дисциплинарные суды будут осуждать нечестную конкуренцию. Нельзя исключить свободной конкуренции, поскольку такие действия не находят оправдания в общественном интересе, ради которого профессиональные корпорации были созданы и наделены некоторой независимостью. Боязнь здоровой конкуренции, которая устранил всех юристов, не соответствующих профессиональным требованиям, и обострит внимание клиентов на несоответствующую и непрофессиональную репрезентацию их интересов, не может быть аргументом против рекламе, которая информирует и привлекает внимание таким образом, который соответствует чувству такта, приличия и сочувствия другому человеку.

Aneta Frań
Agnieszka Grzywacz
studentki V roku Prawa

WYNAGRODZENIA ADWOKACKIE. OCENA SPOSOBU OBLICZANIA I WYSOKOŚCI HONORARIÓW ADWOKACKICH ORAZ ICH KONTROLA SĄDOWA

1. Obowiązujące normy

Od ponad trzech lat, a dokładnie od 15 września 1997 r., obowiązują w naszym prawie nowe reguły dotyczące kwestii ustalania wysokości wynagrodzenia adwokatów i radców prawnych. W znowelizowanej ustawie — Prawo o advokaturze, w art. 16 znajdujemy podstawowy w tej kwestii zapis: „opłaty za czynności adwokackie ustala umowa z klientem”. Jest to zatem *novum* w stosunku do zasad obowiązujących w poprzednio istniejącym stanie prawnym. Nowe zasady określania honorariów wiążą się z szeregiem innych zasad, które wraz ze zmianą systemu politycznego, powróciły do polskiego prawa, w tym przypadku chodzi głównie o zasadę swobody umów. Przywrócenie tej zasady miało wpływ na rezygnację przez ustawodawcę z określenia górnej granicy wysokości honorarium dla adwokata. Pozostawione zostały tylko stawki minimalne, których istnienie podyktowane jest już względami etycznymi i koniecznością zachowania równowagi między zachowaniami wolnorynkowymi a zachowaniami, które służą zachowaniu powagi i godności zawodu adwokata i radcy prawnego.

2. Zakres swobody oznaczenia wysokości honorarium

2.1. Umowa między adwokatem a klientem

Zasada braku ograniczenia maksymalnej wysokości honorarium obowiązuje jednak tylko na płaszczyźnie relacji pomiędzy klientem a prowadzącym jego sprawę adwokatem bądź radcą prawnym. Podkreślić należy, że choć górny pułap wynagrodzenia nie podlega w umowie ograniczeniu, to jednak mówimy tu o braku ograniczenia kwotowego, a nie braku jakichkolwiek ograniczeń i kryteriów, jakimi powinny kierować się strony — tj. klient i prawnik — przy zawieraniu umowy o prowadzenie sprawy. Problem obowiązujących kryteriów i ich interpretacji zostanie omówiony w dalszej części.

Drugą płaszczyzną odnoszącą się do problemu honorarium, jest płaszczyzna obejmująca kwestię zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego, którą reguluje, wydane na podstawie art. 16 ust. 2 wspomnianej ustawy¹ — rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości — w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz opłat za czynności radców prawnych.²

Rozporządzenie to, oprócz tego, że jak już wspomniano, reguluje stawki minimalne wynagrodzenia adwokatów i radców prawnych w poszczególnych typach spraw, to także oznacza górną granicę wynagrodzenia, jakie może być zasądzone na rzecz strony, w ramach zasądzenia kosztów procesu.

2.2. Stawki minimalne określone rozporządzeniem

Stawki minimalne są najniższym dopuszczalnym przez prawo wynagrodzeniem dla adwokata czy radcy prawnego, w danego rodzaju sprawie. Prawniki nie może zatem podjąć się prowadzenia sprawy, rezygnując równocześnie z wynagrodzenia. Jedynie w sytuacjach wyjątkowych, takich jak szczególna sytuacja materialna czy rodzinna klienta bądź rodzaj sprawy, ustawodawca dopuszcza obniżenie wysokości honorarium poniżej stawki minimalnej bądź też całkowitą rezygnację z pobierania opłaty — por. § 4 ust. 2 powoływanego rozporządzenia. Stawki minimal-

¹ Por. ustawę — Prawo o adwokaturze z 26 maja 1982 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 16, poz. 124), art. 16.

² Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz czynności radców prawnych z 12 grudnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 154, poz. 1013).

ne według § 5 pkt 1 rozporządzenia ustala się od wysokości wartości przedmiotu sporu, a w postępowaniu egzekucyjnym od wartości egzekwowanego roszczenia, chyba że przepisy rozporządzenia stanowią inaczej. W sprawach wymienionych taksatywnie przez omawiane rozporządzenie obowiązują tzw. stawki stałe — tak jest w przypadku np. spraw rozwodowych, unieważnienia małżeństwa, rozgraniczenia nieruchomości, uchylenia wyroku sądu polubownego czy rejestracji spółki.

2.3. Zasądzanie kosztów sądowych

Kwestia zasądzania kosztów procesu regulowana jest przede wszystkim przez przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 98 § 3 k.p.c., „do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach³ i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony”⁴. Uzupełnieniem jest tu art. 99 k.p.c. mówiący, iż stronom reprezentowanym przez radcę prawnego zwraca się koszty w wysokości należnej według odrębnych przepisów o wynagrodzeniu adwokata.⁵

Takim właśnie odrębnym przepisem regulującym tę kwestię jest wspomniane już rozporządzenie, które w § 3 stanowi, że „opłaty stanowiące podstawę zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego (wynagrodzenia) nie mogą być wyższe niż czterokrotne stawki minimalne określone w rozdziałach 2-4 tegoż rozporządzenia, niezależnie od wysokości tych opłat ustalonych w umowie między adwokatem lub radcą prawnym a klientem. W praktyce więc adwokat składający sądowi zestawienie kosztów, w celu zasądzenia ich przez sąd od jego przeciwnika procesowego, musi kierować się stawkami z powoływanego tutaj rozporządzenia.

³ Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie i opłat za czynności radców prawnych z 12 grudnia 1997 r. (Dz.U. Nr 43, poz. 269).

⁴ Por. ustawę — Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 ze zm.), art. 98 § 3.

⁵ Por. ustawę — Kodeks postępowania cywilnego, art. 99.

2.4. Kontrowersyjna kwestia związania sądu umową

Toczy się w doktrynie ożywiona dyskusja, czy sąd jest czy też nie jest uprawniony do zmiany wysokości wynagrodzenia ustalonego w umowie między adwokatem a klientem w chwili podejmowania decyzji o zasądzeniu zwrotu kosztów procesu. Poglądy w tej sprawie są następujące: pierwszy głosi, że sąd jest związany umową, a raczej zestawieniem przedstawionym przez adwokata, o ile suma przedstawiona jako wynagrodzenie mieści się w ramach oznaczonych rozporządzeniem. Konsekwencją takiego podejścia byłoby przyjęcie, że jeśli honorarium nie mieści się w tych ramach, to sąd ma prawo odmówić zwrotu sumy przekraczającej górną granicę wyznaczoną regułami rozporządzenia.

Z drugiej strony pojawił się skrajny pogląd, że sąd nie jest związany wysokością oznaczonego wynagrodzenia adwokata i ma prawo je weryfikować nawet wtedy, kiedy mieści się ono w ramach nakreślonych rozporządzeniem. Konsekwencją takiego z kolei podejścia będzie przyjęcie, że jeśli sąd ocenia już wysokość przedstawionego honorarium to w przypadku przedstawionym w poprzednim poglądzie — tzn. w sytuacji, gdy wysokość honorarium przekracza ramy wskazane przez rozporządzenie — sąd mógłby obniżyć honorarium nawet poniżej maksymalnej granicy określonej przez rozporządzenie.

Na marginesie rozstrzygnięcia, który z wymienionych poglądów jest słuszny, należy zadać pytanie o to, jakimi kryteriami miałby się kierować sąd, gdyby miał dokonywać oceny wysokości honorarium. Czy będą to te same kryteria, które każe stosować wymienione rozporządzenie do oznaczania wysokości wynagrodzenia w umowie — czyli charakter i stopień zawiłości sprawy oraz nakład pracy adwokata. Aby rozstrzygnąć te kwestie musimy przejść do rozwinięcia przytoczonych poglądów.

Analizując orzecznictwo Sądu Najwyższego, zauważymy — przynajmniej w części orzeczeń — rozwój nurtu, nazwijmy go „ultra liberalnego”, który wyraża się w twierdzeniu, iż sąd przy zasądzaniu zwrotu kosztów procesu nie bada, czy w umowie określającej wysokość wynagrodzenia za czynności adwokackie uwzględniono wyżej już wymienione kryteria czy też nie. W takim przypadku, jeśli wynagrodzenie adwokackie mieści się w granicach oznaczonych rozporządzeniem, sąd będzie nim związany; jeśli natomiast nie mieści się — sąd będzie mógł je obniżyć, ale do najwyższej wysokości przewidzianej rozporządzeniem. W sumie przekraczającej ramy określone w rozporządzeniu umowa jest bezskutecz-

na wobec sądu orzekającego o zwrocie kosztów i nie wiąże go.⁶ Zwolennicy nieco mniej radykalnego poglądu, powołując się na treść rozporządzenia, podkreślają, iż daje ono sądowi kompetencje do badania wysokości honorarium pod kątem rodzaju sprawy i jej zawichości dopiero w przypadku, kiedy sąd rozważa możliwość zasądzenia od strony przegrywającej kosztów zastępstwa w kwocie sześciokrotnie przewyższającej stawkę minimalną. Kompetencje do tego rodzaju czynności daje sądowi § 3 ust. 2 rozporządzenia. Zarówno pierwszemu pogładowi, jak i jego zmodyfikowanej wersji zarzuca się to, iż nie biorą one pod uwagę brzmienia art. 98 k.p.c. Zwraca się tu uwagę na to, że zgodnie z tym przepisem sąd, badając możliwość zasądzenia zwrotu kosztów, ma zarazem kompetencje do badania podstawy swego zasądzenia, czyli umowy między adwokatem a jego klientem. Stronie wygrywającej na jej żądanie mogą być zwrócone, zgodnie z brzemieniem § 3 art. 98 k.p.c., jedynie koszty niezbędne do celowej obrony i celowego dochodzenia praw. Kryterium celowości odnosi się zatem również do wynagrodzenia dla adwokata czy radcy prawnego jako jednego z elementów obrony strony.

Z cytowanego wcześniej przepisu wyprowadzić można pogląd, iż sąd może zbadać wysokość wynagrodzenia, nawet tego mieszczącego się w stawkach określonych w art. 2 i 3 rozporządzenia, pod kątem jego celowości. Nie jest dokończajasne, jakimi kryteriami będzie kierował się sąd, badając, czy dane koszty — a w omawianym przypadku honorarium pewnej wysokości — były celowe czy też nie.

Pojawia się pytanie, czy sąd teoretycznie mógłby posłużyć się kryteriami, którymi powinny kierować się same strony przy ustalaniu wysokości honorarium w umowie. Są to takie kryteria, jak: rodzaj, stopień zawichości sprawy oraz wymagany nakład pracy adwokata lub radcy prawnego. Drugim rozwiązaniem jest badanie celowości przy użyciu kryteriów z § 3 ust. 2 wskazanego już wcześniej rozporządzenia, tj. jedynie rodzaju i stopnia zawichości sprawy, które to kryteria zostały sądowi udostępnione w przypadku podwyższania sumy zasądzonej na rzecz strony wygrywającej do wysokości sześciokrotnej stawki minimalnej. Co do pierwszej możliwości SN wypowiedział się krytycznie w jednym ze swoich nowszych orzeczeń.⁷ Interesujące jest to, że orzeczenia SN z lat 70. i początku 90. wyrażały pogląd, iż kryteriami tymi sąd może posługiwać się

⁶ Por. J. Gudowski (w:) *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, pod red. T. Erecińskiego. Warszawa 1997, s. 188.

⁷ Por. uchwałą SN z 5 października 1994 r., III CZP 125/94, OSNiC 1995, nr 2, poz. 33.

tylko w sytuacji braku umowy lub w przypadku niepowołania się na nią przez pełnomocnika.⁸

Natomiast co do drugiego wyjścia to wydaje się, że ustawodawca wskazuje wyraźnie przypadek, kiedy sąd ma kierować się tymi kryteriami — przypadkiem tym jest podwyższanie zasądzanej stawki. Jeżeli natomiast chcielibyśmy opowiedzieć się za poglądem pierwszym, to jednak nasuwa się pytanie, czy sąd, jeżeli byłby uprawniony do oceny celowości obrony, według kryterium z § 3 ust. 2 rozporządzenia, nie byłby równocześnie uprawniony do kierowania się kryteriami odnoszącymi się do ustalania kosztów obrony w umowie. Przypomnieć należy, iż kryteria te pokrywają się, jeżeli chodzi o rodzaj i stopień zawiłości sprawy, natomiast w przypadku umowy mamy jeszcze do czynienia z kryterium nakładu pracy adwokata czy radcy prawnego. Przy wyborze rozwiązania w tej sprawie należy opowiedzieć się raczej za poglądem pierwszym, gdyż w pełniejszy sposób daje on sądowi możliwość zbadania żądania strony.

Wadliwy wydaje się być również inny istniejący pogląd, według którego w zakres przepisów dotyczących ewentualnego badania wysokości honorarium wchodzi art. 101 i 102 k.p.c.

Zgodnie z treścią art. 101, „zwrot kosztów należy się pozwanemu pomimo uwzględnienia powództwa, jeżeli nie dał on powodu do wytoczenia sprawy i uznał przy pierwszej czynności procesowej żądanie pozwu”. Artykuł 102 mówi zaś, że „w wypadkach szczególnie uzasadnionych, sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami”. Nie można się zgodzić, że przepisy te są podstawą badania celowości kosztów zastępstwa procesowego. Owszem, na podstawie tych przepisów sąd może obniżyć wysokość obciążenia strony przegrywającej, ale przyczyna takiej decyzji jest inna niż w przypadku uznania honorarium za zbyt wysokie do obciążenia nim strony przegrywającej.

W tym przypadku chodzi bowiem o wzięcie pod uwagę interesu strony przegrywającej, a dokładnie jej sytuacji majątkowej. Sąd, obniżając wysokość kosztów, nie uznaje jednocześnie, że koszty celowej obrony były znacznie niższe niż deklarowane przez stronę lub jej adwokata. Sąd Najwyższy zajmował się również parokrotnie kwestią dopuszczalności badania przez sądy umowy między klientem a adwokatem czy radcą prawnym pod kątem jej zgodności z art. 58 k.c. Przypomnijmy, iż zgod-

* Por. orzeczenie SN z 31 marca 1955 r., I CZ 316/54, OSN 1955, nr 4, poz. 89, postanowienie SN z 25 stycznia 1978 r., II CZ 122/77, OSPiKA 1979, z. 4, poz. 73 oraz uchwała SN z 17 października 1991 r., II CZP 101 /91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 73.

nie z treścią tego przepisu nieważna jest czynność prawna niezgodna z prawem lub zasadami współżycia społecznego.

Sąd Najwyższy podkreśla jednak, iż czym innym jest kwestia ważności samej umowy między adwokatem a klientem, a czym innym zakres obowiązku zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Z tym poglądem może my się całkowicie zgodzić. Inne orzeczenie — Sądu Apelacyjnego w Białymstoku — formułuje twierdzenie, że umowa cywilnoprawna, jaką jest zlecenie prowadzenia sprawy adwokatowi, podlega kontroli sądu z punktu widzenia zgodności z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, w tym z art. 58 k.c., czyli zgodności czynności prawnej z prawem i zasadami współżycia społecznego.⁹ Według przedstawionego poglądu sąd dokonuje oceny z urzędu, niezależnie od ewentualnych zarzutów strony. Oparciem dla takiego orzeczenia byłoby stwierdzenie, że sąd ma prawo badać wszystkie czynniki, które mają być podstawą orzeczeń. Skoro więc umowa między adwokatem czy radcą a klientem ma być podstawą orzeczenia o kosztach, umowa ta może, zgodnie z powyższą zasadą, podlegać badaniu przez sąd, choć nawet nie jest bezpośrednio z przedmiotem sprawy związana.

Zauważyć należy, że nawet jeśli przyjmiemy, że art. 58 k.c. może odegrać pewną rolę w kwestii oceny wysokości wynagrodzenia adwokata i związania sądu ustalonym umownie wynagrodzeniem, to musimy przyjąć, że Sąd Apelacyjny w swoim orzeczeniu błędnie zinterpretował rolę art. 58 k.c. w kwestii oceny wysokości honorarium adwokata: Sąd Apelacyjny chciał znaleźć instrument prawny, który pozwoliłby poddać umowę między klientem a adwokatem weryfikacji i w konsekwencji znaleźć podstawę prawną do ewentualnego obniżenia kosztów zastępstwa procesowego przy zasądzeniu zwrotu kosztów. Posłużył się jednak błędnie art. 58 k.c., który przewiduje jedynie skutek nieważności. Gdyby nawet przyznać, iż dopuszczalne jest badanie przez sąd umowy z punktu widzenia art. 58 k.c. z urzędu, umowa — jeśli spełniałaby przesłanki z tego przepisu — stałaby się nieważna, nie byłoby wobec tego żadnej legalnej podstawy do obniżenia honorarium. Skutkiem pośrednim nieważności byłoby tu jedynie to, że w braku umowy sąd sam określałby wysokość wynagrodzenia, zresztą według powoływanych wcześniej już orzeczeń — w takim przypadku miałby niezaprzeczone prawo korzystać z kryteriów powołanych w rozporządzeniu dla ustalania wynagrodzenia w umowie.

⁹ Por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16 sierpnia 1995 r., I ACZ 232 / 95, OSA 1995, z. 9, poz. 64.

3. Kryteria oceny umowy według Kodeksu etyki adwokackiej

Z dotychczasowej analizy wynika, że na tle obecnego stanu prawnego istnieją różnego rodzaju kryteria oceny wysokości i sposobu obliczania honorarium. Rozporządzenie nakazuje opierać się przy dokonywaniu takiej oceny na kryteriach rodzaju i stopnia zawiłości sprawy oraz wymaganego nakładu pracy adwokata lub radcy prawnego. Kodeks postępowania cywilnego pośrednio pozwala badać honorarium pod kątem celowości poniesionych przez stronę procesu kosztów, które ewentualnie mają być jej zasądzone.

Wydaje się jednak, że obydwa te akty prawne prowadzą do oceny wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego ze względu na te same kryteria, tylko w różnych sytuacjach, mianowicie: przy zawieraniu umowy, przy zasądzeniu kosztów oraz przy badaniu umowy między adwokatem a klientem z punktu widzenia art. 58 k.c., czy też przy badaniu tej umowy, np. pod kątem problemu wyzysku, czyli art. 388 k.c. Co więcej, wydaje się, iż te same kryteria będą także wchodzić w zakres oceny wysokości i sposobu obliczania honorarium z punktu widzenia etyki adwokatów i radców prawnych. Kodeksy etyki powołanych zawodów¹⁰ nakładają na przedstawicieli tych zawodów obowiązek szczególnej skrupulatności w rozliczeniach finansowych z klientem. Oprócz tego z treści Kodeksu etyki adwokackiej wynika również, iż „niedopuszczalne jest ustalenie wynagrodzenia w wysokości wygórowanej w stosunku do nakładu pracy niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia sprawy”. Zapis ten jednoznacznie wskazuje, że mamy tu do czynienia z tym samym rodzajem kryteriów, co powołane w wymienionych aktach prawnych

Kodeks etyki nie jest prawem powszechnie obowiązującym, nie ma przepisu, który zobowiązywałby lub uprawniał sądy do powoływania przepisów kodeksów etyki jako podstawy prawnej orzeczeń. W takiej sytuacji albo uznamy, że kodeksy te spełniają przesłanki traktowania ich jako zbioru zasad, które mieszczą się w określeniu „zasad współżycia społecznego”, albo pozostaje nam stosować te kodeksy tylko przy dochodzeniu odpowiedzialności dyscyplinarnej przed Izdami adwokatów i radców prawnych.

Decyzja ta ma znaczące konsekwencje. Kodeksy etyki bowiem, oprócz kryterium szczególnej skrupulatności scharakteryzowanego wy-

¹⁰ Por. Kodeks Etyki Radców Prawnych — art. 24 oraz Kodeks Etyki Adwokackiej § 50.

żej, dają kilka szczegółowych wskazówek, które wyznaczają charakter wynagrodzenia adwokata czy radcy prawnego prowadzącego sprawę swojego klienta.

Pierwszą taką istotną wskazówką jest zapis art. 15 Kodeksu Etyki Radców Prawnych, że „wynagrodzenie (adwokata/radcy prawnego) jest całkowicie jawne dla klienta”. Jawność rachunku wystawianego klientowi przez prawnika pozwala na kontrolowanie tak jego poczynañ, jak i naliczanego za nie wynagrodzenia. Artykuł ten ma jeszcze większe znaczenie przy rozliczaniu w systemie stawek godzinowych, który coraz częściej jest stosowany także w Polsce, zwłaszcza w większych kancelariach prawnych. Do problemu sposobu naliczania wynagrodzenia przez adwokatów czy radców prawnych jeszcze powrócimy.

Kodeksy etyki podkreślają także, że adwokat czy radca prawny nie powinien dopuścić do sytuacji, w której byłby uzależniony od klienta, w szczególności nie wolno mu zaciągać od klienta pożyczek lub korzystać nieodpłatnie z jego usług.¹² Ta kwestia będzie jeszcze przedmiotem naszych rozważañ przy porównywaniu systemu prawnego pozwalającego na zawieranie z adwokatami i radcami prawnymi umów o rezultat z systemem pozwalającym jedynie na umowy o prowadzenie sprawy.

Przyjrzeć należy się zatem pojawiającemu się przy analizie omawianych problemów pytaniu o zakres stosowania przepisów Kodeksów etyki zawodowej adwokatów i radców prawnych. Wydaje się, iż w praktyce, wskutek tego, że sądy w niewielkim jeszcze stopniu zajmują się oceną honorariów w procesie dotyczącym w zasadzie innych spraw, a z kolei spraw wytoczonych przeciw adwokatom o niewłaściwe wyliczenie honorarium prawie nie ma, trudno oczekiwać, że kryteria Kodeksów etyki pojawią się w orzecznictwie sądowym, jako zasady współżycia społecznego. Trzeba będzie się pogodzić z tym, że Kodeksy etyki w praktyce stosowane będą jedynie w ramach postępowań dyscyplinarnych, których też jest stosunkowo niewiele. Tak się dzieje zapewne dlatego, że nieczęsto zdarza się, aby klient pytał o podstawy obliczania wynagrodzenia adwokata. Ten stan rzeczy ulega jednak przemianie. Dlatego należałoby stwierdzić, że sądy powinny stosować kryteria ujęte w Kodeksach etyki adwokatów i radców prawnych, jako że zasady tam zawarte można by potraktować jako zasady współżycia społecznego. W doktrynie prawa przyjmuje się na tyle szerokie rozumienie tego pojęcia, iż potraktowanie

¹⁰ Por. Kodeks Etyki Radców Prawnych — art. 25.

¹² Por. Kodeks Etyki Radców Prawnych — art. 26.

wspominanych zasad etyki jako wchodzących w jego zakres wydaje się całkowicie dopuszczalne.

3.1. Zasada skrupulatności w rozliczeniach

Na razie skrupulatne rozliczenia funkcjonują w stosunkach między podmiotami gospodarczymi a dużymi kancelariami. Z tym wiąże się m.in. coraz częstsza praktyka rozliczenia godzinowego. Finny świadczące usługi prawnicze coraz częściej, także w Polsce, wprowadzają godzinowy system rozliczania się z klientami. Cena jednej godziny pracy prawnika uzależniona jest od jego doświadczenia, określanego według kryteriów firmy, która go zatrudnia i waha się od równowartości 40-350 USD, a w firmach zagranicznych nawet do 500 USD.¹³

Mimo jednak, iż wydaje się, że rozliczenia takie mogą być w pełni kontrolowane pod względem skrupulatności, a także co za tym idzie proporcjonalności wynagrodzenia do nakładu pracy i rodzaju, a także zawłości sprawy, nie jest to zupełnie oczywiste. Przyjrzyjmy się kilku możliwościom naliczania godzin w sposób sprzeczny tak z Kodeksami etyki, jak i kryteriami narzucanymi przez inne źródła oceny wysokości i sposobu obliczania honorarium prawników. Niżej przedstawione przykłady były przedmiotem dyskusji na jednym z seminariów dotyczących etyki adwokatów i radców prawnych, prowadzonych w ramach zajęć w sekcji cywilnej Uniwersyteckiej Poradni Prawnej. Przykłady te są więc uzupełnione o głosy w dyskusji.

1. Załóżmy, że adwokat musi jechać do sądu do innego miasta, niż miasto, w którym prowadzi kancelarię i mieszka, aby przejrzeć akta w sprawie Pierwszego Klienta. W drodze, w pociągu — przejazd trwa trzy godziny — adwokat pracuje godzinę nad sprawą Drugiego Klienta. Następnie przegląda w sądzie akta związane ze sprawą Pierwszego Klienta (załatwia to w ciągu dwóch godzin) i wraca pociągiem.

Pojawia się pytanie, jak adwokat ten, rozliczający się w systemie stawek godzinowych, rozpisze harmonogram dnia i jakie wystawi rachunki, za ten dzień, obu Klientom. Załóżmy, że Pierwszemu Klientowi policzył dwa razy po trzy godziny (przejazd pociągiem tam i z powrotem) oraz dwie godziny, w ciągu których załatwiał sprawę w sądzie. Drugiemu Klientowi policzył stawkę za jedną godzinę, którą poświęcił w pociągu

¹³ Por. *Pomoc prawna dla firm*. *Businessman Magazine* 1998, nr 3.

na analizowanie dokumentów dotyczących jego sprawy. Czy jest to zgodne z wszelkimi kryteriami, o których dotąd była mowa, a zwłaszcza z kryteriami etycznymi?

Z jednej strony można argumentować (Pogląd Pierwszy w dyskusji), że owszem, dobra organizacja czasu pracy powinna działać na korzyść adwokata. Ostatecznie mógłby czytać gazetę w czasie jazdy pociągiem, a nie zajmować się sprawą innego klienta.

Z drugiej strony (Pogląd Drugi), takie zachowanie jest jednak niezgodne z etyką zawodu, ponieważ nie można pobierać pieniędzy dwa razy za tę samą godzinę pracy. Aby ocenić, który pogląd jest słuszny, spróbujemy wykazać, do czego prowadzi opowiedzenie się za każdym z nich. Użyjmy omówiony już wcześniej przykład, tyle że zmieńmy w nim pewien element — mianowicie adwokat, w drodze do innego miasta w celu załatwienia sprawy dla Pierwszego Klienta, zajmuje się sprawą tego samego, a nie Drugiego Klienta. Zgodnie z poglądem, który forsuje nagradzanie adwokata za „dobrą organizację czasu pracy”, rachunek przedstawiony Pierwszemu — i w tym przykładzie jednemu — Klientowi, wyglądałby następująco:

Dwa razy po trzy godziny policzone za czas trwania przejazdu pociągiem tam i z powrotem, dwie godziny na załatwienie sprawy w sądzie oraz ... godzina poświęcona analizie dokumentów podczas podróży pociągiem. Z jednej strony oczywiście nieetyczne jest wystawianie Klientowi rachunku za dwie godziny, kiedy poświęciło się na jego rzecz godzinę. Z drugiej strony oznacza to, że pogląd pierwszy nie może być także przyjęty przy wystawianiu rachunków dla dwóch klientów. Gdyby bowiem adwokat mógł policzyć za jedną godzinę obydwu Klientom, a nie mógł jednemu policzyć jej dwukrotnie, to po prostu starałby się tak kalkulować, aby zajmować się w danym momencie nie tą sprawą, która jest pilniejsza, ale tą, która zapewnia mu wliczenie do rachunków podwójnie za tę samą godzinę. To już ewidentnie godzi w wyraźnie wyartykułowaną zasadę etyki adwokackiej, iż adwokat nie może być finansowo zaangażowany w sprawę.¹⁴

Inny pojawiający się w tej sprawie problem również zilustrowaliśmy przykładem.

2. Młody adwokat przygotowuje opinię w dosyć skomplikowanej i precedensowej zarazem sprawie. Zajmuje mu to około ośmiu godzin. Wlicza do rachunku według umówionej stawki godzinowej i przedsta-

¹⁴ Por. Kodeks Etyki Adwokackiej — § 21.

wia klientowi. Kopię opinii zatrzymuje w archiwum. Po jakimś czasie pojawia się podobna, do tejże precedensowej, sprawa. Adwokat korzysta ze sporządzonej niegdyś przez siebie opinii. Do rachunku klienta wpisuje ponownie osiem godzin, które poprzednio poświęcił temu tekstowi.

Dlaczego takie działanie miałyby budzić wątpliwości z punktu widzenia etyki zawodowej adwokata lub radcy prawnego? Dlaczego miałyby się zarzucać adwokatowi, że postępuje nieetycznie, skoro on zbiera pożytki za swoją raz wykonaną pracę. Tak samo przecież postępuje, kiedy napisze książkę na tematy prawne.

Amerykańscy prawnicy rozstrzygają kwestię jednoznacznie: jeśli adwokat jest w posiadaniu gotowego materiału, bo został mu po innej sprawie, to korzyści wynikające z takiego układu okoliczności czerpać ma klient.¹⁵ Godziny poświęcone na przygotowanie tego materiału nie mogą znaleźć się w rachunku przedstawionym klientowi.

Jednakże w prawie polskim nie znajdujemy zapisu, także w Kodeksach etyki zawodu, który nakazywałby stosować amerykańskie rozwiązania w tym zakresie. Jednak trzeba rozważyć, co się może stać, gdyby przyjąć taki punkt widzenia. Doświadczony adwokat mógłby wliczać każdemu z klientów do rachunku godziny poświęcone, nawet na początku swojej kariery, na opracowanie schematu postępowania w jakiegoś rodzaju sprawach. W ten sposób można by — żeby posłużyć się skrajnym przykładem dla podkreślenia wagi problemu — wliczać do czasu poświęconego sprawie godziny poświęcone na przygotowywanie się do egzaminów na studiach.

4. Umowa o rezultat

W systemach europejskich (tak jak w Polsce) adwokat pobiera wynagrodzenie za samo podjęcie się sprawy, a potem za jej prowadzenie, niezależnie od wyniku. Im dłużej trwa proces i im bardziej sprawa jest skomplikowana, tym wyższe jest honorarium. Adwokat nie ma żadnej (poza etyczną) motywacji, aby zakończyć sprawę szybko i najlepiej dla klienta, ponieważ jego wynagrodzenie nie jest od tego uzależnione. Systemowi europejskiemu przeciwstawiany jest system amerykański, gdzie generalny model obowiązujący w tej kwestii w większości stanów polega na przrzuceniu całego ryzyka procesu i jego skutków na adwo-

¹⁵ Por. R.F. Cochran, jr, T.S. Collett, *The rules of the legal profession*, St. Paul 1996, s. 254, 256.

kata. Adwokat nie dostanie nawet części wynagrodzenia, o ile nie wygra sprawy. Ponadto im mniej wywalczy dla klienta, tym mniej sam dostanie.

Omawiany system wynagradzania adwokatów ma służyć eliminacji pieniactwa procesowego, to jest wytaczaniu procesu, gdy szanse na wygrana są nikłe. Żaden adwokat nie podejmie się bowiem prowadzenia takiej sprawy, ponieważ to on ryzykuje.¹⁶

Amerykański system wydaje się być korzystniejszy dla klientów, zwłaszcza dla tych, którzy nie mają żadnych możliwości sfinansowania prowadzenia sprawy, o ile mieliby zapłacić za jej prowadzenie bez żadnych gwarancji pokrycia tej sumy np. z odszkodowania. Adwokaci biorą sprawy na zasadzie „udział adwokata wynosi od 15 do 35 procent uzyskanego odszkodowania”. Wydawałoby się, że nie ma powodu odmawiać adwokatowi gratyfikacji za to, że potrafi wywalczyć więcej dla klienta. Argumentem przemawiającym za tą opcją jest to, że adwokat starałby się „jeszcze bardziej”. Weźmy na przykład batalię o obniżenie kaucji za zwolnienie z aresztu tymczasowego i odpowiadanie z wolnej stopy. Istnieje praktyka, że adwokat bierze połowę sumy, którą „wytargował”.¹⁷ Na przykład kaucja wynosi 5 000 zł, adwokat zbija ją o 2 000 zł, więc otrzymuje za to połowę wywalczonej sumy czyli 1 000 zł.

Jednak są też efekty negatywne na skalę masową wprowadzania takiego systemu. Rezultatem jest, że prawnicy skarżą wszystkich o wszystko.¹⁸ Położnicy w USA padli ofiarą lawiny pozwów — kancelarie adwokackie wysyłały standardowy pozew o błąd w sztuce przy odbieraniu porodu sprzed dwudziestu lat — zanim „przestępstwo” się przedawni. Jakie są tego skutki? Rosną ubezpieczenia dla lekarzy, a ciężar ich sfinansowania przerzucany jest oczywiście na pacjentów.¹⁹

Poza tym chodzi o to, by nie wprowadzać rywalizacji w stylu „wyścigu szczurów” do klienta, na którym można najwięcej zarobić. W USA nazywa się to wyścigiem z karetkami pogotowia, a oznacza to jeżdżenie na miejsce wypadków, aby uzyskać od potencjalnych klientów zlecenie wniesienia o odszkodowanie.

W Polsce umowa z adwokatem nie może być umową rezultatu, czyli adwokat nie może zobowiązać się, że wygra sprawę. Co prawda nie ma przepisu literalnie zakazującego tego typu umów, ale regulacja rozporządzenia, o którym była mowa, o stawkach za prowadzenie spraw

¹⁶ Por. *Zabijmy wszystkich prawników*, Rzeczpospolita z 17 lipca 1998 r.

¹⁷ Por. K. Kilijanek, *Adwokaci mafii*, Sukces 1998, nr 4.

¹⁸ Por. J. Kalabiński, *Informacje*, Rzeczpospolita z 17 lipca 1998 r.

¹⁹ Por. *Zabijmy wszystkich prawników*. Rzeczpospolita z 17 lipca 1998 r.

jednoznacznie jednak wskazuje obowiązujący system rozliczania się adwokatów i radców prawnych z klientami.

Kodeks etyki adwokackiej zakazuje adwokatowi prowadzić sprawę, w której jest on osobiście lub materialnie zainteresowany.²⁰ Wyjątkiem są sprawy związane z roszczeniem dotyczącym członka jego rodziny lub wspólne dla niego i strony.

Ratio legis tego zapisu jest ochrona przed zaangażowaniem się finansowym, które niosłoby za sobą uzależnienie, choćby potencjalnie, od klienta.

Adwokaci przyjmują reguły gry podporządkowane walce o zwycięstwo. Taka decyzja może przynieść dodatkowe profity, ale pociąga za sobą także pewne ryzyko. Pewien adwokat z Trójmiasta umówił się na wysoką sumę, przy czym sumę tę miał zainkasować pod warunkiem, że wygra sprawę. Pieniądze dostał co prawda z góry, ale z zastrzeżeniem, że w razie niepowodzenia musi je zwrócić i to nie w wysokości pierwotnej, ale z odsetkami, które nie przekraczają... 2% za dzień.

Są adwokaci, którzy biorą honorarium za gotowość i za opiekę wykraczającą poza ramy zwykłej porady prawnej. Na to etyka adwokacka nie zezwala — by współpracować z klientem jeszcze przed popełnieniem przestępstwa, w charakterze doradcy: jak popełnić czyn niezgodny z prawem i nie ponosić konsekwencji.

Rola adwokata powinna zaczynać się od momentu zgłoszenia się klienta, który potrzebuje obrony. Z drugiej strony nie można utożsamiać adwokata biorącego honoraria za obronę przestępców, ze sprawami które prowadzi.²¹ Nie należy traktować go jako służącego grupom przestępczym, o ile nie współpracuje z nimi przed popełnieniem przestępstwa w celu jego „doskonalszego” popełnienia. Tym się różni adwokat przestępcy od prawnika przestępców.²²

Skoro w niniejszym szeroko opracowaniu powołujemy się na orzecznictwo SN, także tutaj zacytujemy zdanie Sądu Najwyższego. Według postanowienia SN z 11 marca 1983 r. w sprawie o ustalenie ojcostwa i związane z nim roszczenia majątkowe zespół adwokacki może pobierać wynagrodzenie w granicach omawianego rozporządzenia, a od zgłoszonych w tych sprawach przez stronę powodową roszczeń majątkowych nie przysługuje mu żadne wynagrodzenie, bez względu na to, po której stronie w procesie występuje. Tak więc wymieniona w złożonym

²⁰ Por. § 21 Kodeksu Etyki Adwokackiej.

²¹ Por. wypowiedź Tadeusza de Virion, *Adwokaci mafii*, Sukces 1998, nr 4.

²² Por. wypowiedzi zaczerpnięte z artykułu *Adwokaci mafii*. Sukces 1998, nr 4.

przez stronę zastępowaną przez adwokata spisie kosztów kwota pobrana od roszczeń majątkowych, choćby rzeczywiście została wpłacona do kasy zespołu adwokackiego, nie stanowi kosztu niezbędnego w rozumieniu art. 98 k.p.c. i dlatego stronie, którą ją uiściła, nie przysługuje jej zwrot od strony przegrywającej sprawę.²³

6. Zamiast podsumowania

Zasygnalizowane problemy związane z kwestią wynagrodzenia adwokatów i radców prawnych zaczynają mieć, jak wykazano powyżej, coraz to większe znaczenie w praktyce. Przygotowanie zaplecza teoretycznego dla ich rozwiązania stanowi poważne zadanie dla doktryny prawa kilku najbliższych lat. Szczególnego znaczenia nabrać powinien problem faktycznego stosowania norm etycznych w trakcie wykonywania takich zawodów prawniczych, jak właśnie adwokat czy radca prawny. Ważne jest tu to, że ustawodawca pozostawia bardzo istotną kwestię, jaką jest wynagrodzenie dla prawnika, głównie umowie między nim a klientem.

²¹ Por. postanowienie SN z 11 marca 1983 r., III CZP 40/90, OSNC 1991, nr 2-3, poz. 27.

Aneta Frań
Agnieszka Grzywacz
5th year students
of the faculty of law

**ATTORNEY FEES.
EVALUATION OF CALCULATION METHODS
AND THE VALUE OF ATTORNEY FEES
AND THEIR COURT CONTROL**

1. Norms in force

For more than three years, to be more exact since September 15\ 1997 the Polish law has new binding regulations concerning the value of attorney's and legal counsellor's remuneration. In the amended act — Law on the Bar — in Art. 16 we find the basic provision regulating this issue: 'remuneration for attorney's acts shall be defined in a contract with client.' It is a new solution as compared to rules of the previous legal situation. New rules pertaining to determination of fees are connected with a number of other rules, which together with a change of political system, returned to the Polish law; in this case the main issue is the freedom of contracts. Reinstating this rule had an influence on resignation on the part of the lawmaker from determining the upper limit of fees for an attorney. Only the minimum rates have been retained, whose existence is dictated by ethical reasons as well as a need to retain balance between free market behaviour and behaviour, which serves to maintain the prestige and honour of the profession of attorney or legal counsellor.

2. Scope of freedom in determining fees

2.1. Contract between attorney and client

The rule of non-limiting the maximum remuneration exists, however, only in relations between a client and attorney or legal counsellor conducting his/her case. It should be emphasised that although the upper limit of remuneration is not limited in their contract, we are talking about a lack of quantitative limitations rather than a lack of any limitations and criteria which parties should use (that is the client and his/her lawyer) when concluding contract on conducting the case. The problem of binding criteria and their interpretation shall be discussed later.

The second area connected with the problem of fees is the field relating to the issue of adjudication of costs of court representation, which is regulated by Ordinance of

the Minister of Justice issued on the basis of Art. 16 item 2 of the aforementioned Act¹ — Ordinance of the Minister of Justice on fees for attorney acts and fees for acts of legal counsellors.²

This ordinance, apart from the fact that it — as it has already been said — regulates minimal fees for attorneys and legal counsellors in individual types of cases, defines also the upper limit of remuneration, which may be adjudged to the benefit of a party in the frames of adjudging the costs of court proceedings.

2.2. Minimal rates defined by Ordinance

Minimal rates stand for the lowest remuneration for an attorney or a legal counsellor allowed by law in a given type of case. Thus, a lawyer cannot undertake to conduct a case and at the same time give up his/her remuneration. Only in exceptional situations, such as client's special financial or family situation the lawmaker allows either to lower the fees below the minimum rate or renounce the receipt of payment entirely — cf. § 4 item 2 of the Ordinance quoted. Minimum rates, pursuant to § 5 point 1 of the Ordinance are determined on the basis of value of subject matter of litigation while in execution proceedings, on the basis of the claim executed unless regulations of Ordinance state otherwise. Thus in cases enumerated by this Ordinance there are the so called binding 'fixed rates.' This is the case, for example of divorce cases, nullification of a marriage, dividing real estate, quashing a verdict of court of conciliation or company registration.

2.3 Adjudication of costs of court proceedings

The issue of adjudication the costs of court proceedings is regulated first of all by regulations of Code of Civil Procedure. Pursuant to Art. 98 § 3 of the Code of Civil Procedure, '**remuneration of attorney shall be included to the necessary costs of proceedings of a party represented by an attorney, however, not higher than rates defined by separate regulations**' as well as expenditure of one attorney, costs of court proceedings and the costs of obligatory personal appearance of a party'.⁴ An addition thereto is Art. 99 of Code of Civil Procedure, which states that parties represented by legal counsellor shall be reimbursed costs to an amount due according to separate regulations on attorney remuneration.⁵

The aforementioned Ordinance is such a separate regulation regulating this issue; in § 3 it proclaims that 'payments, which constitute the basis for court adjudication of costs of legal representation (remuneration) cannot be higher than four times the minimal rates defined in chapters 2-4 of this Ordinance, irrespectively of the amount of fees determined by a contract between attorney or legal counsellor and his/her client. Thus, in

¹ Cf. Act on the Bar of May 26th, 1982., (Polish reference numbers: Dz.U. 1982, no 16 item 124).

² Cf. Ordinance of the Minister of Justice — on fees for attorney acts and acts of legal counsellors of December 12th, 1997 (Dz.U. 1997 no 154 item 1013).

³ Cf. Ordinance of Minister of Justice concerning fees for attorney acts and acts of legal counsellors of December 12th, 1997 (Dz.U. No 43, item. 269).

⁴ Cf. Act — Code of Civil Procedure, art. 98 § 3.

⁵ Cf. Act — Code of Civil Procedure, art. 99.

practice an attorney who submits to the court a list of costs with a view to their adjudication by the court from his/her opponent must use rates given by the above quoted Ordinance.

2.3. Controversial issue of binding the court with contract

There is a very lively discussion if at the moment in which a decision on adjudication the reimbursement of costs of proceedings at law is taken the court is entitled or not entitled to change the amount of remuneration agreed in a contract between an attorney and his/her client. In this area views are the following: the first one says that the court is bound by contract, or rather a listing presented by the attorney unless the amount presented as remuneration is outside the frames defined by the Ordinance. A consequence of this approach is an assumption that if fees exceed these figures, the court is entitled to refuse the reimbursement of the sum, which is in excess of the upper limit defined by the Ordinance.

On the other hand, there is an extreme view that the court is not bound by the amount of the agreed attorney's remuneration and that it is entitled to verify it even if remuneration is within the frames defined by the Ordinance. A consequence of this approach will be acceptance that if the court evaluates the fees presented, than in the case shown in the pervious view — that is in a situation in which fees are higher than defined by the Ordinance, the Court could lower fees even below the maximum limit determined by the Ordinance.

It should be added that while considering which of the two above-presented view "right, a question should be asked about what criteria should be used by the court if it was to evaluate the amount of fees. Would these be the same criteria, which the aforementioned Ordinance tells to apply to determining the contract remuneration? These are criteria such as: character and level of complexity of case and attorney's scope of work. In order to resolve this issue, first we have to move to elaboration of the two views presented.

Analysing verdicts of the Supreme Court we notice — that at least some verdicts — develop a trend (let us call it) ultraliberal, which is expressed in a statement that the court, in adjudication the reimbursement of costs of court proceedings does not verify if the contract defining the remuneration for attorney's acts takes into consideration the above enumerated criteria or not. In such a case, if attorney's fees remain within limits defined by the Ordinance, the court will be bound by it. On the other hand, if it is not within these limits — the court will be able to lower it but only to the highest amount foreseen by the Ordinance. If the figure exceeds the frames defined in this Ordinance, the contract is ineffective to the court, which adjudges the reimbursement of costs and does not bind it.⁶

Advocates of a slightly less radical view, quoting the content of the Ordinance emphasise that it gives the court competencies to examine the amount of fees with a view to the type of case and its complexity only in a situation, in which the court considers a possibility of adjudication of costs of representation from the losing party in the amount six times higher than the minimum rate. Competencies for this type of acts are given to the court by § 3 paragraph 2 of the Ordinance. Both the first view and its modified

⁶ Cf. J. Gudowski in: *Komentarz do kodefau postępowania cywilnego* — edited by Tadeusz Ereciński, Warsaw 1997, p. 188.

version are accused of not taking into consideration the content of art. 98 of the Code of Civil Procedure. Attention is turned to the fact that — pursuant to this provision — the court while verifying a possibility of adjudication reimbursement of costs, at the same time has competencies to examine the basis for this adjudication. The basis is a contract between attorney and his/her client. On its demand the winning party, pursuant to § 3 art.98 of Code of Civil Procedure, can be reimbursed only costs necessary for purposeful defence and vindication of one's rights. The criterion of purposefulness relates therefore also to remuneration for attorney or legal counsellor as one of elements of defence of a party.

From the above-quoted regulation we could draw a view that the court can investigate the amount of remuneration, even one within rates defined by Art. 2 and 3 of the Ordinance, with a view to its **purposefulness**. It is not quite clear what criteria the court should use in investigating if given fees — in the discussed case the fees in a given amount — were purposeful or not.

There is also a question if the court could use criteria, which should be used by parties in determining contractual fees. These are criteria such as: type, degree of complexity of the case and the required amount of work of an attorney or legal counsellor. Another solution is to investigate purposefulness with the use of criteria from §3 para. 2 of the already mentioned Ordinance, that is only the type and degree of complexity of the case, which have been made available to the court in the case of increasing the sum adjudged for the benefit of the winning party to an amount equal six times the minimum rate. As to the first possibility, the Supreme Court was critical about it in one of its more recent verdicts.⁷ It is also interesting that verdicts of the Supreme Court in the 70's and in the beginning of 90's expressed a view that these criteria can be used by the court only in a situation of lack of contract or in the case in which an attorney does not refer to it.⁸

On the other hand, as regards the other solution, it seems that the lawmaker shows clearly a case in which court may use these criteria — this case is increasing the amount adjudged. Still, if we want to be in favour of the first view, we a question if the court, if it was entitled to evaluate the purposefulness of defence pursuant to criterion of § 3 para. 2 of the Ordinance, would not simultaneously have rights to use criteria relating to determining the contractual costs of defence. It should be reminded that these criteria are the same for defining the type and level of complexity of case; in the case of contract we are dealing additionally with a criterion of the amount of work performed by attorney or legal counsellor. In selecting the solution in this case we should rather be in favour of the first view since it gives the court a more complete way to examine the party's claim.

Also a view, according to which Art. 101 and 102 of Code of Civil Procedure are included into regulations relating to a possible investigation of fees, seems to be wrong.

Pursuant to Art. 101 'reimbursement of costs shall be due to the defendant despite allowing his/her claim if he/she has not given a reason to lodge a claim and recognised the claim in the first action in connection with legal proceedings'. Art. 102 says that 'in especially justified cases the court may adjudge from the losing party only part of costs or not burden it with costs at all.' One cannot agree that these regulations

⁷ Cf. Resolution of the Supreme Court of October 5th, 1994., III CZP 125/94, OSN I C 1995 no 2 item.33.

⁸ Cf. Decision of the Supreme Court of March 31st. 1955., I CZ 316/54, OSN 1955 no 4 item.89. Supreme Court decision of January, 25th, 1978., II CZ 122/77, OSPiKA 1979 no 4 item.73 and Supreme Court Resolution of October 17th 1991, II CZP 101 /91, OSNCP 1992 no 5 item.73.

constitute the basis for investigating into the purposefulness of representation costs in court proceedings. It is true that on the basis of these regulations the court may lower the burden imposed on the losing party; a reason for this decision, however, is different than in the case in which fees are considered as too high to be imposed on the losing party.

In this case in which the issue is to take into consideration the interest of the losing party, to be more exact its financial situation. By lowering the amount of costs, the court does not recognise at the same time that the costs of purposeful defence were much lower than declared by party or its attorney.

The Supreme Court dealt also a number of times with the issue of admissibility of by court examining the contract between client and his/her attorney or legal counsellor with a view to its compliance with Art. 58 of the Civil Code. Let us remind that pursuant to the content of this regulation, a legal act not compliant with the law or social norms is null and void.

The Supreme Court emphasises that the validity of contract between attorney and his/her client is a different issue than the scope of obligation of returning costs of court representation. We can agree entirely with this view. Another verdict of the Appeal Court in Białystok formulates a statement that a civil and legal contract, which is in fact commissioning a case to an attorney, is subject to court control from the point of view of its compliance with general rules of civil law. including with Art. 58 of the Civil Code (that is compliance of act of law with regulations and social rules).⁹ According to this view, the Court makes an assessment due to its official position, independently of possible Pleas submitted by parties. The grounds for this opinion is a statement that the court is entitled to examine any and all factors, which are supposed to constitute the basis for its verdicts. Thus, if a contract between attorney or legal counsellor and his/her client is to be the basis of a decision concerning costs, also this contract — pursuant to the above given rule — may be subject to court examination even if it is not directly related to the subject matter of the case.

We should notice that even if we assume that Art. 58 of the Civil Code can play a role in determination of attorney's fees and in binding the court with contractual remuneration, we have to assume that the Court of Appeal in its verdict wrongly interpreted the role of Art. 58 of the Civil Code in the matter of evaluation of the amount of attorney's fees: The Court of Appeal wanted to find a legal instrument, which would allow to submit a contract between a client and his/her attorney to verification and in consequence find a legal basis to lower costs of court representation in adjudication reimbursement of costs. It has, however, inappropriately used Art. 58 of the Civil Code, which foresees only the consequence of nullity. Even if we admitted that is admissible for the court — by the strength of its office — can examine a contract pursuant to Art. 58 of the Civil Code, such a contract — even if it fulfilled the provisions of this regulations this contract would become null and void, therefore there would be no legal basis to lower fees. An indirect consequence of invalidity would be only that in view of lack of contract the court itself would determine fees in compliance with the already mentioned decisions. In this case it would have an unquestioned right to use criteria quoted in the Ordinance for defining contractual fees.

⁹ Cf. Verdict of Court of Appeal in Białystok of August 16th, 1995, 1 ACZ 232 / 95; OSA 1995 no 9 item 64.

3. Criteria of evaluation of contract according to attorney code of ethics

The so far presented analysis shows that in view of the current legal state there are different types of criteria of evaluation of the amount and method of calculating fees. Ordinance tells to use — when making such an evaluation — the criteria of case type and level of complexity as well as the required work to be done by an attorney or a legal counsellor. The Code of Civil Procedure allows to examine fees indirectly with a view to the evaluation of purposefulness of costs which can possibly be adjudged and which were incurred by a party of the proceedings.

It seems, however, that both these legal acts lead to the evaluation of attorney or legal counsellor's remuneration with the same criteria, only in varying situations, that is: in concluding contract, in adjudging the costs and in examining the contract between attorney and his/her client from the point of view of Art. 58 of the Civil Code therefore also in examining this contract with a view of exploitation defined by Art. 388 of the Civil Code. What is more, it seems that the same criteria will also enter the scope of evaluation of the amount and method of fees' calculation from the point of view of attorney's and legal counsellor's ethics. Code of ethics of the aforementioned professions¹⁰ impose upon representatives of these professions an obligation of particular precision in financial settlements with clients. Apart from this, from the content of the attorney's code of ethics it results also that 'it is inadmissible to determine remuneration in an amount too high as compared to work input necessary for a correct conduct of a case'. This provision shows in an unambiguous way that we are dealing with the same type of criteria as those quoted in the aforementioned legal acts.

Code of ethics is not a universally binding law; there is no regulation, which would oblige or entitle courts to quote the provisions of the Code of ethics as the legal basis for verdicts. In this situation we can either recognise these codes as ones, which meet prerequisites to treat them as a set of rules, which belong to the so called 'social norms' or we can only apply these codes while vindicating disciplinary responsibility in Chambers associating attorneys and legal counsellors.

This decision has considerable consequences. Code of ethics, apart from the criterion of special scrupulousness characterised above, give some detailed hints, which define the character of remuneration for an attorney or legal counsellor who conducts the case of his/her client.

The first of these important hints is a provision that jest 'remuneration (of attorney/legal counsellor) is entirely open to the client'.¹¹ The openness of invoice issued by the lawyer to his/her client allows to control both his acts and fees for them. This article has an even greater importance in settlement in hourly systems, which is more and more often used in Poland, especially in larger attorney's offices. We shall come back to the problem of method of calculation remuneration for attorneys or legal counsellors.

Codes of ethics emphasise that an attorney or legal counsellor should not allow a situation, in which he/she would depend on a client and in particular he/she cannot take credit from the client or use his/her services for free.¹² This issue will be further considered while comparing a legal system permitting to conclude contracts for result

¹⁰ Cf. Legal Counsellors' Code of Ethics — art. 24 and Attorney's Code of ethics § 50.

¹¹ Cf. Legal Counsellors' Code of Ethics art. 25.

¹² Cf. Legal Counsellors' Code of Ethics art. 26.

with attorneys or legal counsellors to a system, which permits only contracts relating to conducting a case.

Therefore we should look closely at the first question appearing in the analysis of the discussed problems, that is a question about the application of provisions of Code of Ethics of attorneys and legal counsellors. It seems that in practice, as a result of the fact that courts deal with an evaluation of fees in cases relating to other matters only to a small extent, while there are almost no cases against attorneys which sue them for inappropriate calculation of fees, it is difficult to expect that criteria mentioned in the Code of Ethics will appear in court decisions as rules of social behaviour. We shall have to come to terms with the fact that Codes of Ethics will be applied in practice only in disciplinary proceedings, which are also rather rare. It is so probably because it does not happen often that a client asks for the basis of attorney's fee calculation. This state of things, however, undergoes a change. For this reason we should say that courts should use criteria listed in attorneys' and legal counsellors' Codes of Ethics since rules included therein can be treated as social norms. Law admits such a wide understanding of this term that treating the above-mentioned rules of ethics as included in its scope seems entirely admissible.

3.1 The rule of scrupulousness in settlements

Currently precise (scrupulous) settlements function in settlements between businesses and large attorney offices. This is connected with, among others, an increasingly popular practice of hourly-rate settlements. Companies, which render legal services more and more often also in Poland, introduce an hourly-rate system of settlements with clients. The price of one hour of lawyer's work depends on his/her experience defined in accordance with his/her employer's criteria and varies between USD 40 — 350, in foreign companies even up to USD 500."

Despite the fact that it seems that this type of settlement can be fully controlled as to exactness and in consequence the proportionality of remuneration depending on the input of work as well as type and complexity of a case, it is not entirely obvious. Let us look than at some possibilities of methods of calculating hours in a way which both in defiance of the Code of Ethics and of criteria imposed by other sources and methods of evaluating lawyers' fees. The examples presented below were discussed during a seminar devoted to attorneys' and legal counsellors' ethics. The seminar was conducted in the frames of the 'civil section' of the University Legal Advice Unit. The examples are therefore appended with voices from the discussion.

1. Let us assume that an attorney has to go to court to a town different from the one in which he runs his office. He/she has to see a dossier relating to the case of his/her first Client. On the way, in a train, during a three hours' trip the attorney works on a case of his second Client for one hour. Then he reads in court dossier connected with the case of the first Client (which takes two hours) — and comes back by train.

There is a question if this attorney, who settles with his client in an hourly fees system will break down his/her agenda and issue invoices for this day to both Clients. Let us assume that the first Client was charged two times three hours (return trip by train)

¹ Cf *Businessman magazine* 3/98 — 'Pomoc prawna dla firm' (Legal support for companies).

and two hours in the course of which he/she dealt with a case in court. The second Client was charged for one hour, which was spent on an analysis of dossier of his/her case during trip by train. Does this comply with all criteria, which were discussed so far, in particular, the ethical ones?

On the one hand we could argument (the first view in this discussion) that indeed, a good organisation of work time should be to the attorney's advantage. After all he could just read a newspaper on the train rather than work on the case of another client.

On the other hand, (second view) this behaviour is not in accordance with professional ethics because one should not receive money twice for the same hour of work. In order to decide which view is right, let us try to show what they lead to. Let us use the first example but with one element changed. The attorney, on his/her way to another town where he is to deal the case of the first Client, works on a case of the same client (not the second Client). In accordance with a view which tells to award an attorney for 'good organisation of working time', invoice to the first client — and in this case the only one — would be the following:

Two times three hours charged for the time of return train trip, two hours for dealing with a case in court plus... one hour devoted to analysis of documents on the train. On the one hand, it seems obviously unethical to charge a Client for two hours when only one hour was devoted to his/her case. On the other hand, this means that the first view cannot be adopted for invoicing both clients. If an attorney could charge both clients for one hour while he could not charge one customer for the same hour twice, at a given moment he would simply try organise time to work on a case which is not more urgent but which gives him a possibility to charge for the same hour twice. This is clearly against the formulated rule of attorney's ethics saying that an attorney cannot be involved in a case financially.¹⁴

Another problem, which appears in this case, has also been illustrated with an example.

2. A young attorney prepares an opinion for a rather complicated case, which is at the same time a test action. This takes him about eight hours. He adds the time to invoice according to an agreed hourly rate and presents it to his client. A copy of the opinion stays in his files. After some time a similar case to that test action appears. The attorney uses the opinion he had drafted earlier. The client is charged for eight hours, time he devoted to the text previously.

Why should this action arise doubts from the point of view of professional ethics of an attorney or legal counsellor? Why should he be accused of unethical conduct if he capitalises on his own, earlier performed work? He does the same if he writes a book about legal issues.

American lawyers resolve the issue in a clear way: if attorney has such a ready-made material which has remained after another case, the benefits resulting from these circumstances shall be received by the client.¹⁵ Hours devoted to the preparation of such a material cannot find their way to an invoice presented to the client.

However, in the Polish law we do not find any provision (including in professional codes of ethics) which would prescribe to use the American solutions in this area. Still, we have to consider what can happen if we adopt this point of view. An experienced

¹⁴ Cf. *Attorneys' Code of Ethics* § 21.

¹⁵ Cf. R. F. Cochran, jr; T.S. Collett, *The rules of the legal profession*, St. Paul 1996, pp. 254, 256.

attorney could add to each of his clients' invoices hours devoted — even in the beginning of his/her career — to the preparation of a flowchart of procedure in some types of cases. In this way one could — we shall use an extreme example to emphasise the role of the problem — include in the time devoted to a case also the time spent on studying for examinations at university.

4. Contract for result

In the European systems (as it is the case in Poland), attorney receives money for undertaking a case, then by conducting it independently of its result. The longer the trial lasts and the more complicated the case, the higher his/her fees. Attorney has no motivation (apart from the ethical one) to finish a case quickly and in the best way possible for his/her client since remuneration does not depend on it. The American model opposes the European system: the general model in force in most states is based on putting the whole case risk and its consequences onto attorney. An attorney will not receive any remuneration unless he/she wins the case. Moreover, the less he/she wins for client, the less he/she will receive.

The discussed system of attorney remuneration is supposed to serve the elimination of farce in proceeding, that is suing in a situation in which chances to win are almost none. No attorney shall undertake to conduct such a case since it is him/her who takes the risk.¹⁶

The American system seems to be more favourable to clients, especially for those who would have no possibilities to finance a court case if they were to pay for its conduct without any guarantees to cover this sum for example with damages. Attorneys take cases according to the rule that 'attorney's share amounts to between 15 and 35% of damages won.' It would seem that there is no reason to refuse attorney remuneration for the fact that he/she can win more for his/her customer. An argument in favour of this option is that an attorney would 'try harder.' Let us take, for example, a struggle to lower the bail for freeing from provisional custody and appearing in court while released on bail. There is a practice that the attorney receives half of the sum, which he/she has managed to lower." Thus, if bail equals PLN 5 000 and attorney lowers it by PLN 2 000, he/she receives for it half of the difference, that is PLN 1 000.

However, there are also negative effects of introduction of this system on a massive scale. The result is that lawyers sue everybody for everything'.¹⁸ Midwives in the USA became victims of an avalanche of claims — attorney offices sued them with standard suits for error in assisting at a birth 20 years earlier — before the 'crime' is limited. What are the consequences? Doctors' insurance keeps growing. The burden of financing insurance is — of course — transferred to patients."

Apart from this, it is the issue to prevent the introduction of rivalry in the style 'ratrace' to a client on whom one can earn the most. In the USA this is called a race with ambulances: going to accident sites hoping potential clients will commission lawyers to claim damages.

¹⁶ Cf. *Zabijmy wszystkich prawników*, (Let us kill all lawyers) letters in, *Rzeczpospolita* daily.

¹⁸ Cf. K. Kilijanek, *Adwokaci mazu (Mafia's Attorneys)* in *Sukces* no 4 of 1998.

¹⁷ Cf. J. Kalabiński, *Informacje*, 1998, 06. *Rzeczpospolita*.

¹⁸ Cf. *Zabijmy wszystkich prawników*, (Let us kill all lawyers) letters in. *Rzeczpospolita* daily.

In Poland a contract with attorney cannot be a contract of result: an attorney cannot assume an obligation that he/she will win a case. Although there is no regulation which openly forbids this type of contracts, the regulation of the aforementioned Ordinance on fees for conducting cases points in a clear way to the binding system of settlement between attorneys or legal counsellors and their clients.

The code of attorney ethics forbids them to conduct cases in which they have a personal or financial interest.²⁰ Cases connected with claims concerning a member of an attorney's family or joint for him and his/her party are an exception.

Ratio legis of this regulation is protection against financial involvement, which would entail dependence on client, even if a potential one.

Attorneys assume rules of game subject to struggle for victory. Such a decision can bring additional profits but it entails also some risks. An attorney from Gdańsk agreed for a certain sum which he was to receive on winning the case. He received the money in advance but with a reservation that in case of failure he must pay it back plus interest, which does not exceed... 2% per day.

There are attorneys, who receive fees for their readiness and care exceeding the frames of ordinary legal advice. Attorney ethics does not allow this — to co-operate with a client before the fact as his/her advisor: how to commit a crime without bearing its consequences.

The role of attorney should begin at the moment in which a client who needs defence approaches him/her. On the other hand, an attorney who receives fees for defending criminals cannot be identified with the cases, which he/she conducts.²¹ He/she should not be treated as serving criminal groups if he/she does not co-operate with them before the crime in order to 'make it more perfect'. This is the difference between an attorney of a criminal and a criminal attorney.²²

If we quote Supreme Court's verdicts in this paper, we shall also quote its opinion here. Pursuant to a decision of the Supreme Court of 1983 concerning establishment of paternity and financial claims related thereto, the solicitors' office can receive remuneration within the ordinance discussed, while no remuneration is due from financial claims lodged by the plaintiff, regardless of what party of the proceedings he/she represents. Thus the amount received from financial claims, stated in the list of costs submitted by the party represented by a lawyer does not constitute a necessary cost in the understanding of Art. 98 of the Code of Civil Procedure, even if paid to the solicitors' office. Therefore the party which has paid it is not entitled to its reimbursement by the party losing the case.²³

6. Instead of summary

The problems shown here, connected with the issue of attorneys' and legal counsellors' remuneration begin to become more and more important in practice. Preparation of theoretical background for their solution constitutes a serious task for the legal doctrine in the next few years. The problem of actual application of ethic norms for such legal professions as attorney or legal counsellor should take a special importance. It is important here that the lawmaker leaves such an important issue as lawyer's remuneration only to a contract between him/her and his/her client.

²⁰ Cf. Attorneys' Code of Ethics § 21.

²¹ Cf statement by Tadeusz de Virion, *Mafia's Attorneys*, in *Sukces* no 4 of 1998.

²² Cf. statements from article, *Mafia's Attorneys*, in *Sukces* no 4 of 1998.

²³ Cf Supreme Court verdict of March 11th, 1983, III CZP 40 / 90, OSNC 1991/2-3/27.

Анета Франь, Агнешка Гживачь
студентки V курса
Юридического Факультета

ВОЗНАГРОЖДЕНИЕ АДВОКАТОВ. ОЦЕНКА МЕТОДОВ РАСЧЕТА ВЕЛИЧИНЫ АДВОКАТСКИХ ГОНОРАРОВ И ИЧСУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ

1. Действующие нормы

В течении более чем трех лет, а именно с 15 сентября 1997 г. в нашем законодательстве действуют новые правила определения величины вознаграждения адвокатов и юрисконсульттов. В 16 статье новелизированного закона Право об адвокатуре находится основное правило, относящееся к этому втросу, гласящее, что „величина оплаты за деятельность адвокатов устанавливается на основании Договора с клиентом.“ Следовательно, это совершенная новостъ по сравнению с правовой ситуацией, существовавшей до того. Новые правила определения величины гонораров связаны с целым рядом других правил, которые были снова включены в польское право, после перемены политического строя. Имеется в виду, в первую очередь, принцип свободы договоров. Восстановление этого принципа привело к тому, что законодатель не урегулировал максимальную величину адвокатского вознаграждения. Остались только минимальные ставки, существование которых было продиктовано этическими соображениями, а также необходимостью Удержать равновесие между поведением, вытекающим из правил рыночных отношений и престижем профессии адвоката и юрисконсульта.

2. Пределы свободы расчета величины гонорара

2.1. Договор между адвокатом и клиентом

Отсутствие ограничений максимальной величины гонораров действует только в отношениях между клиентом и занимающимся его делом юристом. Следует отметить, что отсутствие договорных ограничений максимальной величины гонорара относится только к сумме гонорара, а не к ограничениям и критериям, на основании которых стороны (клиент и юрист) определяют величину вознаграждения. О проблеме существующих критериев и их интерпретации будет идти речь в Дальнейшем.

Следующей частью проблемы гонораров является вопрос судебного присуждения издержек в случае процессуального представительства, урегулированного в Декрете Министра юстиции Об оплатах за действия адвокатов и юрисконсультов,¹ изданном на основании статьи 16 §2 вышеупомянутого закона.²

Этот декрет регулирует не только минимальные ставки вознаграждения адвокатов и юрисконсультов в делах конкретного типа, но также определяет максимальную границу вознаграждения за процессуальные расходы, присуждаемые стороне.

2.2. Минимальные ставки установленные в декрете

Минимальные ставки являются наименьшим разрешенным законом вознаграждением адвокатов и юрисконсультов, за действия в конкретного типа делах. Следовательно, юрист не может принять дело, одновременно отказываясь от вознаграждения. Только в исключительных случаях, связанных со специфической материальной или семейной ситуацией клиента или со спецификой дела, законодатель разрешает снизить величину гонорара ниже уровня минимальной ставки или совершенно отказаться от вознаграждения — сравни 4 статью § 2 вышеупомянутого декрета. Согласно 1 пкт 5 статьи декрета, минимальные ставки устанавливаются на основании величины цены иска, а в случае принудительного исполнения решения — на основании цены принудительного притязания, разве что положения декрета предвидят иначе. В некоторых случаях, исчерпывающе перечисленных в декрете, применяются твердые ставки. К таким ситуациям относятся, например, дела по разводам, признанию брака недействительным, раздел недвижимости, отмены решения третейского суда или регистрации товарищества.

2.3. Присуждение судебных издержек

Вопрос присуждения судебных издержек урегулирован в первую очередь положениями гражданского процессуального кодекса. Согласно § 3 98 статьи гражданского процессуального кодекса „к необходимым процессуальным издержкам стороны, которую представляет адвокат, относится вознаграждение адвоката, в пределах, установленных в отдельных законоположениях³ и расходы одного адвоката, судебные издержки, а также расходы предписанного судом, личного присутствия на судебном заседании" ⁴ Дополнением этой статьи является статья 99, гласящая, что сторонам, интересы которых в процессе представляет юрисконсульт, возвращаются издержки в величине, предписанной на основании отдельных положений О вознаграждении адвокатов.⁵

¹ Сравни Декрет Министра Справедливости о оплатах за действия адвокатов и юрисконсультов от 12.12.97 (Законодательный Вестник 154 с 1997 г., поз. 1013).

² Сравни Закон об адвокатуре от 26.05.82 (Законодательный Вестник 16 с 1982 г., поз. 124), статья 16.

³ Сравни Декрет Министра Справедливости об оплатах за действия адвокатов и юрисконсультов от 12.12.97 (Законодательный Вестник 154 с 1997 г., поз. 1013).

⁴ Сравни Гражданский процессуальный кодекс (Законодательный Вестник 43 с 1964 г., поз. 296 с позднейшими изменениями), статья 98 § 3.

⁵ Сравни Гражданский процессуальный кодекс статья 99.

Именно таким отдельным положением, регулирующим эту проблему, является вышеупомянутый декрет, в 3 статье которого находится следующее положение: „оплаты, являющиеся основанием, согласно которому присуждаются издержки судебного представительства не могут быть выше, чем четырехкратная величина минимальной ставки, о которой говорится в главе 2-4 данного декрета, независимо от величины оплаты, которую стороны установили в договоре.“ Практически, предъявляя суду перечень издержек, присуждения которых адвокат требует от своего процессуального противника, он должен принимать во внимание ставки, предусмотренные вышеупомянутым декретом.

2.4. Спорный вопрос связи суда договором.

В доктрине ведется оживленная дискуссия о том, во власти ли суд изменить величину вознаграждения, установленного в договоре между адвокатом и клиентом, во время принятия решения о выступлении с требованием о возмещении издержек процесса. Существует несколько подходов к этой проблеме. Согласно первому подходу, суд связан договором, а скорее, предъявленным адвокатом перечнем издержек, при условии, что величина вознаграждения находится в границах, установленных декретом. В следствии такого подхода, суд не согласился бы возратить часть гонорара, превышающую максимальный предел, установленный декретом. С другой стороны существует мнение, что суд вообще не связан величиной гонорара, установленного договором и может оценивать величину гонорара даже тогда, когда она не выходит за установленные декретом пределы. В следствии такого подхода, суд оценивая величину гонорара, который, как в первом примере, превышает максимальный предел, может уменьшить его величину ниже максимального предела. Для того, чтобы решить какой из этих подходов является правильным, следует ответить на вопрос, какие критерии должен применить суд для оценки величины гонораров. Будут ли это те же критерии, которые декрет предусматривает для определения договорной величины гонорара, как например: тип и степень сложности дела, а также затрата труда адвоката. Для того чтобы ответить на этот вопрос, следует более подробно описать приведенные примеры.

Анализируя решения Верховного суда, можно проследить (хотя бы в некоторых решениях) развитие направления, которое можно назвать сверх-либеральным. Проявляется оно в утверждении, что суд, присуждая возврат судебных издержек, не проверяет наличие вышеупомянутых критериев в договоре, определяющем величину вознаграждения за действия адвоката. В таком случае, если величина гонорара не превышает установленных в декрете границ, то суд будет связан таким определением. Если же этот предел превышен, то суд может снизить гонорар, но только до величины наивысшей ставки, предусмотренной в декрете. Что касается суммы, превышающей допустимый предел, договор считается неэффективным и суд, принимающий решение о величине вознаграждения, не связан его положениями.⁶ Приверженцы менее радикального подхода, на основании положений декрета считают, что он дает суду полномочие оценки величины гонорара с точки зрения типа и степени сложности дела, только в том случае, если суд

⁶ Сравни Я. Гудовский, *Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу*, ред. Т- Эрчиньский, Варшава 1997, с. 188.

принимает во внимание возможность присуждения стороне возврата издержек, превышающих минимальную ставку в шесть раз. Такими полномочиями наделяет суд § 2 статьи 3 декрета. Недостатком первого подхода и его видоизмененной версии является то, что оба эти подхода не принимают во внимание положений 98 статьи гражданского процессуального кодекса, которая, наделяя суд полномочием оценки возможности возврата процессуальных издержек, предоставляет суду также полномочие оценки основания своего решения, а именно таким основанием является договор между адвокатом и клиентом. Согласно § 3 статьи 98, выигрывающей стороне спора следует возратить, на основании ее требования, только те издержки, которые были необходимы и целесообразны для защиты и удовлетворения ее прав. Следовательно, целесообразность, как один из элементов защиты стороны, также является критерием оценки вознаграждения адвоката или юрисконсульта. Из цитируемой статьи можно вывести подход, согласно которому суд во власти оценить величину вознаграждения с точки зрения целесообразности, даже если она находится в пределах установленных во 2 и 3 статьях декрета. Не понятно какие критерии будет применять суд для определения целесообразности расходов, а в данном случае — целесообразен ли гонорар конкретной величины.

Возникает вопрос, может ли суд (теоретически) применять те же самые критерии, на основании которых величину гонораров определяют стороны? Такими критериями являются: тип, степень сложности и необходимая затрата труда адвоката или юрисконсульта. Другим выходом из ситуации является оценка целесообразности на основании критериев, предоставленных суду статьей 3 §2 декрета, т.е. только критериев типа и степени сложности дела, которые суд может применять в ситуации повышения суммы присужденной выигрывающей стороне, до величины шестикратной минимальной ставки. Верховный суд, в одном из своих решений, высказался против первой представленной здесь возможности.⁷ Примечательно также то, что в начале 70-х и 90-х годов появились решения, в которых Верховный суд утверждал, что эти критерии суд может применять только в случае отсутствия договора или если представитель не сослался на его положения.⁸

В случае второй возможности законодатель четко указывает случай, в котором суд должен применять эти критерии. Таким случаем является случай повышения присужденной ставки. Однако если бы мы хотели отдать предпочтение первому подходу, то возникает вопрос: является ли суд (уполномоченный оценивать целесообразность защиты, согласно критерию § 2 статьи 3 декрета) одновременно уполномоченным применять критерии, которые служат договорному определению издержек. Следует помнить, что обе группы критериев включают в себя критерии типа и степени сложности дела, но в случае договора существует еще критерий затраты труда адвоката или юрисконсульта. Выбирая решение, следует скорее согласиться с первым подходом, поскольку он дает суду больше возможностей оценки требований стороны.

⁷ Сравни постановление Верховного суда от 5.10.1994, III CZP 125/94, OSN I C 1995, № 2 поз. 33.

* Сравни решение Верховного суда от 31.03.1955, I CZ 316/54, OSN 1955, № 4, поз. 89, постановление Верховного суда от 25.01.1978, II CZ 122/77, OSPiKA 1979, № 4, поз. 73, а также постановление Верховного суда от 17.10.1991, II CZP 101/91, OSNCP 1992, № 5, поз. 73.

Неправильным кажется также другой существующий подход, согласно которому к кругу положений, определяющих величину гонораров, относятся также положения статей 101 и 102 гражданского процессуального кодекса.

Согласно статье 101 „следует вернуть ответчику издержки, несмотря на удовлетворение иска, если ответчик не довел до начала процесса и признал правоту иска уже во время первого процессуального действия.“ Статья 102 гласит, что „в особо оправданных случаях суд может возложить на проигрывающую сторону обязательство возвращения только части издержек или вообще не возлагать на нее обязательство возвращения издержек.“ Нельзя согласиться, что эти положения являются основой оценки целесообразности издержек процессуального представительства. Действительно, на основании этих положений суд может снизить величину суммы, возвращение которой обременяет проигрывающую сторону, однако причина такого решения отличается от причины, на основании которой суд сочел гонорар (возвращение которого обременило бы проигрывающую сторону) слишком высоким.

В таком случае надо принять во внимание интерес проигрывающей стороны, а именно — ее материальную ситуацию. Снижая величину издержек суд не принимает решения одновременно о том, что издержки целесообразной защиты были гораздо ниже расходов, декларированных стороной или ее адвокатом.

Верховный суд еще несколько раз занимался вопросом возможности оценки судом также договора между клиентом и адвокатом или юрисконсультантом, с точки зрения его соответствия со статьей 58 гражданского кодекса. Припомним, что согласно этой статье, сделка несоответствующая закону или принципам общественного сосуществования, является недействительной.

Верховный суд подчеркивает, что надо отделить вопрос действительности Договора между адвокатом и клиентом от вопроса о пределах обязанности возвращения издержек процессуального представительства. С этим мнением следует согласиться. В другом судебном решении, принятом Апелляционным судом в Белостоке, сформулировано утверждение, что договор гражданского права, которым является поручение адвокату ведения дела, подлежит контролю суда с точки зрения его соответствия общим нормам гражданского права, в том числе и статье 58, т.е. соответствия принципам общественного сосуществования.⁹ Согласно представленному мнению, суд совершает оценку ex officio, вне зависимости от возможных возражений стороны. Основанием такого решения является утверждение, что суд властен принимать во внимание все факторы, которые войдут в основу его решения. Следовательно, если договор между адвокатом или юрисконсультантом и клиентом является основанием принятия решения об издержках, то этот договор, согласно вышеупомянутому принципу, подлежит оценке суда, несмотря на то, что не имеет непосредственной связи с существом дела.

Стоит отметить, что даже если принять, что статья 58 может играть некоторую роль в вопросе оценки величины вознаграждения адвоката и в вопросе связанности суда величиной установленного в договоре вознаграждения, то Апелляционный суд в своем решении ошибочно истолковал значение 58 статьи гражданского кодекса в вопросе оценки величины адвокатского гонорара. Апелляционный суд старался найти юридический инструмент, который позволил бы ему поддать оценке договор между клиентом и адвокатом, в следствии чего, найти

⁹ Сравни постановление Апелляционного суда в Белостоке от 16.08.1995, I ACZ 232/95; OSA 1995, № 9, поз. 64.

юридическую основу для потенциального снижения издержек процессуального представительства, в случае присуждения возврата издержек. Однако с этой целью Апелляционный суд ошибочно применил статью 58, которая предвидет только недействительность. Если даже принять, что суд может оценить договор с точки зрения 58 статьи ex officio, то договор, соответствующий условиям этой статьи, являлся бы недействительным. Следовательно, не было бы никакого юридически основания для снижения величины гонорара. Посредственным эффектом недействительности договора было бы только то, что вследствие отсутствия договора, суд сам мог бы определить величину гонорара. В этом случае, согласно вышеупомянутым решениям Верховного суда, суд имел бы неоспариваемое право применять критерии, установленные в декрете для определения в договоре величины вознаграждения.

3. Критерии оценки договора согласно кодексу адвокатской этики

Из представленного анализа следует, что на фоне действующего законодательства, существуют разные критерии оценки величины и метода расчета гонорара. Согласно декрету, оценку следует строить на основании критериев типа и степени сложности дела, а также затраты труда адвоката или юрисконсульта. Гражданский процессуальный кодекс посредственно разрешает исследовать гонорар, с точки зрения целесообразности понесенных стороной издержек, возврат которых может присудить суд.

Однако кажется, что оба законодательные акты ведут к оценке вознаграждения адвоката или юрисконсульта на основании тех же критериев, но в разных ситуациях. А именно: во время заключения договора; присуждения процессуальных издержек, при оценке договора между адвокатом и клиентом с точки зрения 58 статьи гражданского кодекса; при оценке договора с точки зрения проблемы эксплуатации, т.е. с точки зрения 388 статьи гражданского кодекса. Более того, вероятно, что те же критерии принадлежат к кругу критериев оценки величины гонорара, с точки зрения профессиональной этики адвокатов и юрисконсульты. Кодексы этики¹⁰ этих профессий обязывают их к соблюдению чрезвычайной тщательности в финансовых расчетах с клиентами. Кроме того, кодекс этики адвоката запрещает „устанавливать вознаграждение слишком высоким по сравнению с затратой труда, необходимой для правильного ведения дела." Это положение однозначно указывает на те же критерии, которые содержатся в приведенных выше законодательных актах.

Этические кодексы не являются источником права, имеющего всеобщее действие. Нет положения, обязывающего или уполномочивающего суды к использованию кодексов этики как юридической основы своих решений. В таком случае остается только принять эти кодексы как сборники норм, являющиеся „принципами общественного сосуществования" или применять их только во время дисциплинарных процессов, перед коллегами адвокатов и юрисконсульты.

Это решение имеет важные последствия, поскольку кодексы этики, кроме описанного выше критерия чрезвычайной тщательности, содержат еще несколько

¹⁰ Сравни Кодекс этики юрисконсульты — статья 24, а также Кодекс этики адвокатов §50.

подробных указаний, определяющих характер вознаграждения адвоката или юрисконсульта, ведущего дело своего клиента.

Первым важным указанием является положение, гласящее, что „вознаграждение (адвоката/юрисконсульта) должно быть клиенту известно.“¹¹ Явность счета дает клиенту возможность контролировать действия адвоката и его вознаграждение за эти действия. Этот принцип принимает еще большее значение в системе почасовых ставок, которая становится все более популярной также в Польше, особенно в больших юридических канцеляриях. К проблеме начисления адвокатами или юрисконсультами вознаграждения за свои действия, мы еще вернемся.

Кодексы профессиональной этики подчеркивают также, что адвокат или юрисконсульт не может допустить до ситуации, в которой он будет зависеть от клиента. В частности, юрист не может брать от клиента в долг или пользоваться бесплатно его услугами.¹² Об этой проблеме еще будет идти речь во время сравнения правовых систем, дающих возможность заключать с адвокатами и юрисконсультами договоров, направленных на получение результата, с системами, в которых юристы Действуют на основе договоров, направленных только на ведение дела.

Следует обратить внимание на проблему границ применения положений кодексов профессиональной этики адвокатов и юрисконсульты, появляющуюся во время анализа затронутых здесь проблем. Суды в минимальной степени занимаются оценкой гонораров в процессах, касающихся других проблем. С другой стороны, судебные разбирательства по поводу несоответствующего начисления адвокатами гонораров, не случаются слишком часто. Трудно ожидать, что вышеупомянутые кодексы профессиональной этики будут появляться в судебных решениях в качестве принципов общественного сосуществования. Следует смириться с тем, что в практике кодексы этики будут применяться только в дисциплинарных разбирательствах, число которых не слишком велико. Так наверняка случается потому, что клиенты редко интересуются каким образом насчитывается вознаграждение адвоката. Однако эта ситуация изменяется, поэтому суды должны начать применять нормы, содержащиеся в кодексах профессиональной этики, поскольку эти нормы можно сочесть как принципы общественного сосуществования. В юридической доктрине понимание этого понятия настолько широко, что такой подход к нормам профессиональной этики является допустимым.

3.1. Правило тщательного расчета

На сегодняшний день правило тщательных расчетов функционируют в отношениях между большими канцеляриями и коммерческими субъектами, с чем связана все более популярная практика почасовых ставок. Юридические фирмы, также в Польше, все чаще используют в расчетах с клиентами систему расчета за один час работы. Цена одного часа работы юриста зависит от его опыта, определяемого согласно критериям фирмы, и колеблется в границах от 40 до 350 Долларов, а в заграничных фирмах даже до 500.¹³

Казалось бы, что эти расчеты можно полностью контролировать с точки зрения тщательности, а также с точки зрения пропорциональности до затраты труда.

¹¹ Сравни Кодекс этики юрисконсульты — статья 25,

¹² Сравни Кодекс этики юрисконсульты — статья 26,

¹³ Сравни „Businessman magazine“ 3/98 — „Юридическая помощь фирмам“

типа и сложности дела. Однако все это не так уж и очевидно. Попробуем присмотреться к нескольким способам насчитывай™ вознаграждения за час работы, которые противоречат не только кодексам профессиональной этики, но также правилам оценки и расчета гонораров, вытекающих из других источников. Приведенные примеры являлись предметом дискуссии на тему этики адвокатов и юрисконсультов, проведенной на одном из занятий Секции гражданского права Университетской юридической консультации. В примерах появятся также мнения из дискуссии.

1. Предположем, что адвокат должен совершить поездку из города, в котором он живет и где находится его канцелярия, в другой город, чтобы ознакомиться с документами по делу Первого Клиента. По дороге, в поезде, который едет три часа, адвокат в течении часа работает над делом Второго Клиента. Потом посвящает два часа на ознакомление с документами по делу Первого Клиента, и поездом возвращается обратно.

Возникает вопрос, каким образом этот адвокат, который рассчитывается с клиентами на основании почасовой ставки, распределит распорядок дня и каковы будут счета, которые он предъявит за этот день обоим клиентам? Предположим, что Первому клиенту он посчитал дважды по три часа (проезд туда и обратно), плюс два часа, которые он провел в суде. Второму Клиенту посчитал один час, в течении которого анализировал его дело в поезде. Соответствует ли это всем критериям, О которых шла речь, а особенно соответствует ли это этическим критериям?

С одной стороны, можно аргументировать (Первое Мнение в дискуссии), что хорошую слаженность работы адвоката следует зачесть в его пользу. В конце концов, адвокат мог бы в то же время, вместо того, чтобы заниматься делом Второго Клиента, просто читать газету.

С другой стороны, (Второе Мнение) такое поведение несоответствует профессиональной этике, поскольку нельзя брать деньги два раза за одно и то же время труда. Для того чтобы разрешить эту проблему, попробуем показать к чему приведет выбор каждого из возможных решений. Для этого используем тот же пример, меняя в нем один элемент, а именно: адвокат во время поездки в другой город для ознакомления с документами по делу Первого Клиента, в поезде работает над делом того же, а не Второго, Клиента. Согласно подходу, оценивающему по достоинству хорошую слаженность работы адвоката, счет предъявленный Первому и единственному Клиенту выглядел бы следующим образом:

два раза по три часа за поездку поездом туда и обратно, два часа на ознакомление с документами в суде, а также... один час, посвященный анализу дела Клиента в поезде. С одной стороны, действительно неэтично предъявлять Клиенту счет за два часа, тогда как его делу был посвящен только один час. С другой стороны это значит, что нельзя принять такого решения также в случае предъявления счета двум клиентам. Поскольку, если бы адвокат мог посчитать один и тот же час обоим клиентам, но не мог посчитать два раза тот же час одному клиенту, то адвокат старался бы заниматься не делом, более важным в данный момент, но тем, которое дает возможность посчитать то же время два раза. Такая ситуация очевидно нарушает правило адвокатской этики, согласно которому адвокат не может быть финансово задействован в дело.¹¹

¹¹ Сравни Кодекс этики адвокатов § 21.

Другую проблему, появляющуюся в этой ситуации, мы также проиллюстрировали примером:

2. Молодой адвокат подготавливает юридическое заключение в довольно трудном и прецедентном деле. Это занимает ему около восьми часов. Он прибавляет это время к счету и предъявляет весь счет клиенту, оставляя копию заключения в своем архиве. Через некоторое время появляется дело, схожее с первым. Адвокат использует заключение, которое когда-то подготовил, а к счету снова прибавляет восемь часов, посвященных когда-то на подготовку этого текста.

Почему такой поступок является сомнительным, с точки зрения профессиональной этики адвоката или юрисконсульта? Почему адвокату предъявляется обвинение в том, что он поступил незачинно, если он собирает плоды раз сделанной работы, которые он использует, например тогда, когда напишет книгу на юридическую тему?

Американские юристы решают эту проблему однозначно: если юрист имеет готовый материал, который остался у него с предыдущего дела, то пользу из этой ситуации должен извлечь клиент.¹⁵ Время, которое адвокат посвятил подготовке этого материала, нельзя прибавить к счету.

Однако, как в польском законодательстве, так и в кодексах профессиональной этики нет положений, обязывающих применять в таких ситуациях американские решения. Следует однако подумать о том, каковы будут последствия принятия этой точки зрения. Опытный адвокат мог бы прибавлять к счетам предъявляемым клиентам часы работы, посвященные еще в начале своей карьеры на разработку схем поведения в конкретного типа делах. Придерживаясь такого хода мысли можно прийти к ситуации (иллюстрируя это крайним примером, чтобы подчеркнуть как важна эта проблема), в которой юрист будет прибавлять ко времени, посвященному работе над делом, также время, затраченное на подготовку к университетским экзаменам.

4. Договор, направленный на получение эффекта

В европейских системах (как например в Польше) адвокат взимает вознаграждение за то, что взялся вести какое-то дело, а затем — за само ведение этого дела, несмотря на конечный эффект. Чем дольше длится процесс и чем труднее дело, тем гонорар будет выше. Адвокат не имеет никакой мотивировки (кроме этической), чтобы закончить дело как можно быстрее и лучше для клиента, поскольку его вознаграждение от этого не зависит. Системой, противоположной европейской, является американская. Общая модель этой системы в большинстве штатов состоит в том, что всю ответственность, связанную с ведением дела и его последствиями, несет адвокат. Адвокат не получит даже части вознаграждения, если не выиграет Дела. Более того, чем меньше выиграет для клиента, тем меньше получит сам.

Эта система адвокатского вознаграждения должна предотвратить сутяжничество, чтобы никто не предъявлял иска, если его шансы на выигрыш минимальные. Ни один адвокат не возьмется вести такое дело, поскольку это он рискует.¹⁶

¹⁵ Сравни R.F. Cohorn, jr; T.S. Collet, *The rules of legal profession*, St. Paul 1996, с. 254, 256.

¹⁶ Сравни, *Давайте убьем всех юристов*, письма, Rzeczpospolita.

Американская модель фаворизирует клиентов, в частности тех, которые не имеют возможности сфинансировать ведение дела, особенно если им придется платить, не имея никакой гарантии получения этой суммы обратно (например как возмещение ущерба). Адвокаты принимают ведение дела согласно правилу, что „адвокат получает от 15 до 35 процентов полученного возмещения ущерба.“ Казалось бы, что нет ничего странного в премировании адвоката за то, что он вышрал большую сумму для клиента. Важным аргументом в пользу этого решения является то, что такая система мотивирует адвоката к „большим усилиям.“ Возьмем например поединок о меньшую сумму залога при освобождении от временного ареста, или добровольное участие в процессе. Согласно существующему обычаю, адвокат берет половину того, что „вытарговал.“¹⁹ Например, если изначально сумма залога равнялась 5000 злотых, а адвокату удалось снизить ее до 2000, то он получит половину того, что вытарговал, т.е. 1000 злотых. Однако глобальным негативным эффектом этой системы является то, что в результате юристы подают „иск на всех и из-за всего.“²⁰ Акушеры в Соединенных Штатах стали жертвами целой лавины исков — юридические канцелярии выслали им стандартные иски по делу о совершение врачебной ошибки, происшедшей двадцать лет назад — перед тем как „преступление“ наберет давности. Каковы были последствия? Возросли цены страховок для врачей, за что в конечном счете платили пациенты.“ Кроме того это ведет к нездоровой конкуренции и соперничеству из-за клиента, на котором можно больше заработать. В Соединенных Штатах это называется соперничеством с каретами скорой помощи — юристы приезжают на место происшествия несчастного случая, чтоб получить от потенциальных клиентов поручение ведения дела по возмещению ущерба.

В Польше договор с адвокатом не может иметь характер доровора, направленного на эффект, т.е. адвокат не может обязаться, что выиграет дело. Хотя нет буквального запрета по заключению договоров такого типа, то декрет о котором уже шла речь, однозначно говорит о действующей модели расчета адвокатов и юрисконсультов с клиентами.

Кодекс адвокатской этики запрещает адвокату заниматься делом, в котором он материально задействован.²⁰ Исключением из этого запрета является ситуация требований, касающихся члена его семьи или общих требований адвоката и клиента. Ratio legis этого законоположения является избежание (хотя бы потенциальной) зависимости адвоката от клиента.

Адвокаты принимают правила игры в борьбе за выигрыш. Это решение может принести дополнительные выгоды, но влечет за собой также некоторую опасность. Один адвокат из Тройгорода договорился с клиентом на высокую сумму гонорара, которую получил перед процессом, при условии, что выиграет процесс, а в случае проигрыша вернет целую сумму с процентами, в величине 2% за каждый день промедления.

Бывают и такие адвокаты, которые берут гонорар за саму готовность и за опеку, выходящую за границы обычной юридической консультации. Этика адвоката запрещает сотрудничать с клиентом еще до совершения преступления, в качестве советника: как совершить противозаконное деяние и избежать ответственности. Роль

¹⁹ Сравни К. Кшпянек, *Адвокаты мафии*, *Sukces* 4/1998.

²⁰ Сравни Я. Калябиньский, *Информации*, 6/1998 *Rzeczpospolita*.

²¹ Сравни, *Давайте убьем всех юристов*, письма, *Rzeczpospolita*.

²² Сравни Кодекс этики адвокатов § 21.

адвоката должна начинаться в тот момент, когда к нему приходит клиент, нуждающийся в защите. С другой стороны, нельзя приравнивать адвоката, который получает гонорар за защиту преступника, с делами, которые он ведет.²¹ Не следует относиться к нему как к слуге преступных групп, если адвокат не сотрудничает с ними до совершения преступления и чтобы совершить более „совершенное“ преступление. Этим отличается адвокат преступника от юриста преступника.²²

Поскольку в этой статье мы часто цитировали решения Верховного суда, то сделаем так и в заключении. Согласно постановлению Верховного суда с 1983 г. в деле по установлению отцовства и связанными с этим материальными притязаниями, адвокатская канцелярия может принять вознаграждение в границах, установленных декретом, однако канцелярия не имеет права на вознаграждение в связи с материальными притязаниями истца, несмотря на то по которой стороне спора она принимает участие. Следовательно, в представленном суде перечне издержек, сумма, заплаченная за материальные притязания, не является расходом необходимым, в понимании 98 статьи гражданского процессуального кодекса и поэтому сторона, которая заплатила эту сумму не может требовать ее возвращения от стороны проигравшей спор.²³

5. Вместо заключения

Проблемы связанные с вознаграждением адвокатов и юрисконсультов, как было показано, набирают все большего практического значения. Подготовка теоретической подпорки для решения этих проблем будет основной задачей доктрины в течении нескольких ближайших лет. Особенно большое значение должна приобрести проблема использования этических норм, именно в случае таких профессий как адвокат или юрисконсульт. Важным элементом здесь является то, что законодатель оставил такой существенный вопрос как вознаграждение юриста, почти исключительно только договору с клиентом.

²¹ Сравни высказывание Тадеуша де Вирьон в *Адвокаты мафии*, Sukces 4/1998.

²² Сравни из *Адвокаты мафии*, Sukces 4/1998.

²³ Сравни постановление Верховного суда от 11.03.1983, III CZP 40/90, OSNC 1991, 2-3, поз. 27.

Katarzyna Klehr
studentka III roku Prawa

WYBRANE ASPEKTY SKŁADANIA SKARGI INDYWIDUALNEJ DO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA I KOMITETU PRAW CZŁOWIEKA ONZ

1. Wstęp

W ramach Poradni Prawnej Uniwersytetu Jagiellońskiego prowadzi swoją działalność Sekcja Praw Człowieka. Jako uczestnik tego programu prowadziłam sprawę Pani i Pana X.¹ Sprawa ta nie znalazła jeszcze zakończenia przed żadnym z międzynarodowych organów ochrony praw człowieka, jednakże już teraz stanowi ona odpowiednie tło dla zobrazowania systemu ochrony praw człowieka w Europie, obowiązujących procedur oraz przeszkód, jakie pojawiają się przy sporządzaniu skargi do tych organów. Warto podkreślić, że stan faktyczny poznawałam stopniowo. Początkowo okoliczności były przedstawione bardzo powierzchownie i skrótowo. Zbieranie wszystkich informacji trwało rok i do dzisiaj nie znam odpowiedzi na niektóre pytania. Niniejsza sprawa stanowi dobry przykład tego, jak dużym problemem pojawiającym się przy pisaniu skargi jest zgromadzenie materiałów potrzebnych do sformułowania zarzutu. Udokumentowanie stanu faktycznego stanowi wyjątkową trudność, zwłaszcza że wymaga ono współpracy wielu osób i instytucji.

¹ Nazwiska klientów Sekcji Praw Człowieka Poradni Prawnej UJ objęte są tajemnicą ze względu na zagrożenie dla ich życia, zdrowia oraz ochronę ich dóbr osobistych.

2. Opis stanu faktycznego

Obywatel Turcji narodowości kurdyjskiej, ze względu na prześladowania w kraju pochodzenia, które spotkały go zarówno ze strony wojsk tureckich, jak i Partii Pracujących Kurdystanu (PPK), zdecydował się na ucieczkę z kraju wraz z rodziną: żoną i czwórką dzieci. Celem ich podróży były Niemcy, gdzie dotarli w październiku 1992 r. i złożyli wnioski o nadanie im statusu uchodźców. Po upływie dwóch i pół roku, w kwietniu 1995 r. uzyskali odpowiedź negatywną. Reprezentujący ich adwokat odwołał się od tej decyzji, ale druga decyzja była również negatywna i uznano wniosek o nadanie statusu za bezzasadny. Wielokrotna wymiana pism między adwokatem a urzędami i sądami niemieckimi nie przyniosła żadnych rezultatów. Adwokat natomiast zaniechał złożenia skargi do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Skarga ta byłaby ostatnim możliwym środkiem kontroli decyzji organu ostatniej instancji w postępowaniu w sprawach uchodźców. Ponieważ jest środkiem suspensywnym, wykonanie decyzji deportacyjnej zostałoby zawieszona do czasu wydania orzeczenia, a w razie stwierdzenia przez Trybunał naruszenia prawa przez sąd ostatniej instancji — do deportacji by nie doszło.

Pewnej nocy, w październiku 1995 r., do ich domu przyjechała policja. Wręczono im decyzję deportacyjną i natychmiast zostali przewiezieni do samolotu, który zabrał ich do Turcji. Organy państwa niemieckiego niewątpliwie miały świadomość, że Kurdowie są w Turcji prześladowani. Ten brak wątpliwości wynika z faktu, że Human Rights Watch oraz Amnesty International wielokrotnie przedstawiały w swoich raportach² sytuację, jaka panowała wówczas w Turcji i nastroje związane z zamieszkiwaniem Kurdów na jej terytorium. Zatem istniało bardzo duże prawdopodobieństwo, że powrót rodziny do kraju pochodzenia będzie zagrożeniem dla ich życia.

Po odebraniu ich z lotniska przez policję turecką zostali natychmiast zabrani na przesłuchanie. Po kilkugodzinnym pobycie na posterunku policji, podczas którego pytano ich przede wszystkim o kontakty z PPK w trakcie ich pobytu w Niemczech, odwieziono ich do domu.

W Turcji spędzili trzy lata od października 1995 do października 1998 r. Ten okres w ich życiu wiązał się z nieustającym strachem i staraniami, aby przetrwać. Byli wielokrotnie nachodzeni przez wojsko, które

² Na podst. Human Rights Watch World Report 1994, s. 243-246; 1993, s. 252-259; 1996, s. 239-245; Country Reports on Human Rights Practices for 1995, US Department of State, s.1060.

przeszukiwało dom, podejrzewając Pana X o współpracę z PPK. Z drugiej strony, oddziały PPK również „odwiedzały” rodzinę, żądając kwatery i jedzenia oraz grożąc, że w razie nieudzielenia pomocy rodzina będzie nadal nękana. Teść pana X został pobity, gdy próbował powstrzymać żołnierza od bicia synowej. Jej stan zdrowia bardzo się pogarszał.

Pan X i jego żona byli kilkakrotnie zabierani na przesłuchania przez wojsko. Przesłuchania trwały po kilka dni i podczas nich Pan X był bity i torturowany. Małżonków przetrzymywano w osobnych celach. Nie mogli się kontaktować. Stosowano wobec nich wymyślne tortury. Żona pana X została kilkakrotnie zgwałcona przez żołnierzy i przy tym dotkliwie pobita. Następnie wywożono ich poza miasto i porzucano na drodze. Sytuacje takie powtarzały się wielokrotnie.

Ich sytuacja życiowa stała się dramatyczna do tego stopnia, że rodzina X postanowiła podjąć ryzyko ponownej ucieczki. Opuścili kraj w październiku 1998 r. W ciągu kilku dni dojechali do granicy niemieckiej, ale zostali z niej cofnięci do Polski, gdyż państwo niemieckie wydało bezwzględny zakaz wjazdu tej rodziny na swoje terytorium.

Skutkiem tego znaleźli się na terytorium Polski, gdzie niezwłocznie złożyli wnioski o nadanie im statusu uchodźców. W pierwszej instancji Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji odmówił rodzinie X przyznania tego statusu. Uznał bowiem, że ich argumentacja i okoliczności nie są wystarczająco przekonujące i powołał się na negatywną decyzję władz państwa niemieckiego w tej samej sprawie, co stanowiło najsilniejszy argument w uzasadnieniu. Ponadto stwierdził, że wnioskodawca opuścił kraj pochodzenia prawdopodobnie ze względów ekonomicznych i w związku z tym nie spełnia kryteriów określonych w art. 1 A, pkt 2 Konwencji Genewskiej.³ Od decyzji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji państwo X odwołali się do drugiej instancji — Rady ds. Uchodźców, zarzucając ministrowi pominięcie szeregu okoliczności istotnych dla sprawy. Dołączono do materiałów sprawy artykuły prasowe i inne opracowania dokumentujące prześladowania osób narodowości kurdyjskiej wydalonych z Niemiec na terytorium Turcji. Rozpatrując odwołanie, Rada wzięła pod uwagę ustalenia dokonane przez organ I instancji oraz dodatkowe materiały. Zarządziła również przeprowadzenie dowodu

³ Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515; określenie terminu „uchodźca” w art. 1 A: „W rozumieniu niniejszej Konwencji termin «uchodźca» stosuje się do osoby, która: (...) na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa.”.

z opinii lekarskiej co do torturowania żony Pana X przez policję i wojsko tureckie. Dowód ten uprawdopodobnił twierdzenie wnioskodawczyni o tym, że była ona wielokrotnie zgwałcona. W tym stanie rzeczy Rada nie podzieliła opinii organu I instancji. Jej zdaniem działania podejmowane wobec rodziny wnioskodawcy noszą wszelkie znamiona prześladowania na tle narodowościowym i politycznym, a tym samym spełniają przesłanki określone w art. 1 A, pkt 2 ww. Konwencji. Dla decyzji w niniejszej sprawie — zdaniem Rady — bez znaczenia jest okoliczność podniesiona przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, że wnioskodawca złożył wniosek o nadanie statusu uchodźcy dopiero po przekazaniu go stronie polskiej przy próbie nielegalnego przekroczenia granicy, a nie natychmiast po przybyciu do Polski. Nie można również zgodzić się z posiłkowaniem się decyzją o wydaleniu z Niemiec i mającym z niej wynikać brakiem zagrożenia dla wnioskodawcy w razie jej zastosowania. Całokształt okoliczności wskazuje, że władze niemieckie, podejmując decyzję deportacyjną, błędnie oceniły grożące wnioskodawcy zagrożenie oraz że należy z wielką ostrożnością wykorzystywać decyzje w sprawach uchodźczych podejmowanych przez organy innych władz. Ostatecznie na początku 2000 r. rodzina X uzyskała status uchodźców w Polsce.

3. Zagadnienia prawne wynikające ze stanu faktycznego

3.1. Wyjaśnienie pojęcia „tortury”

Opisując to, co spotkało rodzinę X w Turcji, określiłam działania policji i wojska tureckiego jako „stosowanie tortur”. Pojęcie to jest terminem prawnym, który jest w różny sposób interpretowany w aktach prawa międzynarodowego i w orzecznictwie międzynarodowych organów kontroli przestrzegania praw człowieka.

Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania⁴ definiuje tortury jako wszelkie świadome czyny, poprzez które osobie zadawany jest dotkliwy ból lub cierpienie fizyczne lub psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, ukaranie jej za czyn, który ona lub osoba trzecia popełniła lub o którego popełnienie jest podej-

⁴ Dz.U. z 1989 r. Nr 63, poz. 837.

rżana, albo zastraszenie jej lub osoby trzeciej.⁵ Są to działania podejmowane także z jakiegokolwiek innej przyczyny opartej na jakiegokolwiek rodzaju dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie jest zadawane przez funkcjonariusza publicznego albo inną osobę działającą w oficjalnym charakterze, albo też za namową czy też za zgodą lub przyzwoleniem takiej osoby.⁶

Z kolei w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyróżnione są cztery pojęcia wynikające z art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC).⁷ Są to: tortury, poniżające traktowanie, nieludzkie traktowanie, poniżające karanie. W sprawie *Aksoy v. Turcja*⁸ tortury zostały określone jako traktowanie umyślne, okrutne i nieludzkie, powodujące bardzo poważne cierpienie, zadawane w sposób zamierzony. W sprawie greckiej⁹ Europejska Komisja Praw Człowieka zwróciła uwagę na tzw. tortury niefizyczne, które polegają na powodowaniu cierpienia psychicznego przez zadawanie bólu i wywoływanie stresu przy zastosowaniu środków innych, niż fizyczny atak na osobę (np. groźba zemsty na rodzinach). Orzeczenia *Aydin v. Turcja*¹⁰ oraz *Yagiz v. Turcja*¹¹ odnoszą się do gwałtu, który, jeżeli jest popełniony przez funkcjonariusza lub osobę mającą władzę nad więźniem, musi być uważany za traktowanie lub karanie o charakterze szczególnie poważnym. Trybunał zwrócił także uwagę na upadlający charakter gwałtu i wskazał na niemożność pogodzenia go z fundamentalnymi pojęciami godności ludzkiej i wolności. Gwałt, zwłaszcza dokonany przez osobę mającą władzę nad ofiarą, jest takim atakiem na integralność fizyczną i psychiczną, ponieważ jest szczególnie okrutny i wiąże się z ciężkim cierpieniem. Komisja uznała, że należy taki gwałt uznać za tortury.¹² Wydano wiele orzeczeń odnoszących się do pozostałych, wskazanych wyżej zachowań, które nie są torturami, ale naruszają art. 3 EKPC i także mają związek z opisywaną sprawą. Przykładem może być orzeczenie *Irlandia v. Wielka Brytania*,¹³ w którym Trybunał stwierdził, że traktowanie jest poniżające, jeżeli

⁵ Art. 1 Konwencji.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późniejszymi zmianami wprowadzonymi przez Protokół 11 z 5 maja 1994 r. (Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962); art. 3: „Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu.”.

⁸ Decyzja *Aksoy v. Turcja* (18.12.1996, Yearbook 1996, nr 39, s. 308); patrz także: decyzja *Irlandia v. Wielka Brytania* (18.1.1978, Yearbook 1978, nr 21, s. 250).

⁹ Decyzja *Aydin v. Turcja*, 7.3.1996.

¹⁰ Decyzja *Yagiz v. Turcja* (16.5.1995, Yearbook 1995, nr 38, s. 184).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Decyzja *Irlandia v. Wielka Brytania*, patrz: przypis 8 *in fine*.

powoduje poczucie strachu i poniżenia prowadzące do upodlenia mogącego doprowadzić do załamania fizycznego i psychicznego.¹⁴

O nieludzkim traktowaniu Komisja wypowiedziała się w sprawie Tekin v. Wielka Brytania.¹⁵ Jest to traktowanie powodujące uszkodzenia ciała lub poważne cierpienia fizyczne i psychiczne.

3.2. Zasada *non-refoulement*¹⁶ i absolutny charakter artykułu 3 EKPC

W sprawie rodziny X zachodzą wszelkie przesłanki, aby stwierdzić, że została naruszona zasada niewydalania cudzoziemców do kraju, gdzie może im grozić niebezpieczeństwo (tzw. *zasada non-refoulement*). Zasada ta rozwinęła się po pierwszej wojnie światowej, ale zasadą prawa uchodźczego stała się dopiero w okresie drugiej wojny światowej.¹⁷ Obecnie jest to zasada nie tylko prawa uchodźczego, ale także szerzej — prawa międzynarodowego. Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wywodzi zakaz niehumanitarnego wydalenia osoby z terytorium danego państwa z artykułu 3 EKPC. W 1949 r. został powołany przez Radę Ekonomiczno Socjalną ONZ Komitet *ad hoc*, który miał się zająć sprawdzeniem konieczności stworzenia konwencji dotyczącej statusu uchodźców i bezpaństwowców i ewentualnym jej przygotowaniem. Komitet ten uznał, że żadne państwo-strona nie powinno wydalić ani cofnąć uchodźcy w żadnym wypadku do granic terytoriów, gdzie jego życie lub wolność byłyby zagrożone z powodu jego rasy, religii, narodowości lub poglądów politycznych. To stwierdzenie wydawało się tak fundamentalne, że początkowo nie przewidziano od niego żadnych wyjątków. Dopiero w 1951 r., Konferencja Pełnomocników ONZ do dotychczasowej jego treści dodała paragraf, który brzmiał: „Nie może się powoływać na dobrodziejstwo niniejszego postanowienia uchodźca, co do którego istnieją podstawy, aby uznać go za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się on znajduje, lub który będąc skazanym prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie, stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa tego państwa.” To pierwsze, przytoczone wyżej stwierdzenie i klauzula wyłączająca od niego stanowią obecnie art. 33 Konwencji

¹⁴ Patrz także: decyzje w sprawach: greckiej (patrz przypis 9), Campbell i Cosans v. Wielka Brytania 25.2.1982, Tyrer v. Wielka Brytania (25.4.1978, Yearbook 1978, nr 21, s. 396).

¹⁵ Tekin v. Wielka Brytania (18.1.1978, Yearbook 1978, nr 21, s. 612).

¹⁶ Na podst.: G.S. Goodwin-Gill, *The refugee in international law*, Oxford 1996, s. 117-121.

¹⁷ Szerzej na ten temat: *ibidem*, s. 117-171.

Genewskiej dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r.¹⁸ Artykuł ten ma węższy zakres niż art. 3 EKPC, ponieważ stosuje się go tylko do uchodźców, a nie do wszystkich osób, a poza tym, ze względu na drugi jego ustęp zawierający wyjątki, nie ma on absolutnego zastosowania.

EKPC bezwzględnie zakazuje wydalenia cudzoziemca, niezależnie nawet od jego zachowania się. W odróżnieniu od innych materialnych przepisów Konwencji oraz jej Protokołów, art. 3 nie zawiera przepisu wprowadzającego wyjątki. Również na podstawie art. 15 ust. 2 państwo nie może uchylić się od obowiązku przestrzegania zakazu.¹⁹ Świadczy to o absolutnym charakterze artykułu 3 EKPC. Potwierdza go również szereg orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wśród których warto wskazać sprawy: Soering v. Wielka Brytania,²⁰ Cruz Varas v. Szwecja,²¹ Vilvarajah i inni v. Wielka Brytania²² czy Chahal v. Wielka Brytania.²³

W tej ostatniej sprawie Komisja nie mogła zaakceptować twierdzenia rządu, iż art. 3 Konwencji może zawierać dorozumiane ograniczenia upoważniające państwo do wydalenia osoby z powodu potrzeby dyktowanej względami bezpieczeństwa państwa, niezależnie od istnienia rzeczywistego ryzyka, że dana osoba może być poddana torturom, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu w państwie docelowym. Gwarancje te mają charakter absolutny, nie pozwalający na wyjątki. Trybunał stwierdził co prawda, że dla całej Konwencji charakterystyczne jest poszukiwanie równowagi między wymaganiami ogólnego interesu społeczności i potrzebą ochrony podstawowych praw jednostki,²⁴ ale w sprawie Chahal Komisja dodała, że „w razie ustalenia istnienia ryzyka poddania takiemu traktowaniu, nie ma podstaw do rozważania ryzyka dla bezpieczeństwa państwa i od tego uzależniania ochrony. W ten sposób poziom ochrony na podstawie Konwencji uległby poważnemu obniżeniu. W tym zakresie Konwencja zawiera szersze gwarancje, niż art. 33 Konwencji Genewskiej dotyczącej statusu uchodźców”.²⁵ Komisja zauważyła, że wprawdzie pewne niepożądane osoby znajdują schronienie na terytorium państwa-strony Konwencji, ale państwo to nie jest wobec nich bezbron-

¹⁸ Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515.

¹⁹ Decyzja w sprawie: Soering v. Wielka Brytania (7.7.1989, Yearbook 1989, nr 32, s. 179).

²⁰ *Ibidem*.

* Decyzja z dnia 20.03.1991, Yearbook 1991, nr 34, s. 196.

* Decyzja z dnia 30.10.1991, Yearbook 1991, nr 34, s. 236.

^ Decyzja z dnia 15.11.1996, Yearbook 1996, nr 39, s. 273.

Zob. przypis 19.

²⁵ Na podst. M. A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka, wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, s. 41-48, dalej: M. A. Nowicki [I].

ne. Ma do takich osób bowiem zastosowanie powszechnie obowiązujące prawo karne takiego kraju. Państwa mają wprawdzie prawo do kontrolowania wjazdu, pobytu i wydaleń cudzoziemców, jeżeli jednak zachodzą poważne podstawy do stwierdzenia, że wydalenie postawi uchodźcę w sytuacji rzeczywistego ryzyka zagrożenia jego życia lub wolności, to nie można go wywalić na terytorium takiego kraju. Niezależnie od tego, czy miałyby to być kraj pochodzenia czy też inny kraj trzeci. Wydalenie osoby w takich okolicznościach powoduje odpowiedzialność państwa przyjmującego na podstawie art. 3 EKPC.²⁶ Taka sytuacja miała miejsce w omawianej sprawie, gdy władze niemieckie podjęły decyzję o wydaleniu rodziny X ze swojego terytorium do państwa ich pochodzenia, gdzie byli poddani torturom i nieludzkiemu traktowaniu sprzecznemu z art. 3 EKPC, co implikuje odpowiedzialność Niemiec na podstawie tego artykułu oraz wskazanego orzecznictwa.

4. Organy ochrony praw człowieka

Biorąc pod uwagę podany stan faktyczny, można wskazać przynajmniej dwa organy międzynarodowej kontroli przestrzegania praw człowieka, do których skarga mogłaby być skierowana. Są to: ustanowiony na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka — Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Komitet Praw Człowieka ONZ, który jest organem sędziowskim i utworzony został na podstawie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.²⁷ W celu przedłożenia skargi tym organom nie jest wystarczające jedynie wskazanie naruszenia Konwencji Europejskiej czy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W obu przypadkach konieczne jest spełnienie dodatkowych warunków, aby skarga była przez te organy uznana za dopuszczalną i rozpatrzona co do *meritum*, a tym samym, aby zostało wydane orzeczenie.

²⁶ Na podst. decyzji w sprawach: *Soering v. Wielka Brytania*, *Cruz Varas v. Szwecja*, *Chahal v. Wielka Brytania*, patrz: przypisy 19, 21, 23.

²⁷ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167, załącznik, art. 28.

4.1. Skarga indywidualna do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (na podstawie art. 34 EKPC²⁸)

Dotychczas, przed przystąpieniem do sporządzania skargi, należało sprawdzić, czy skarżone państwo jest stroną Konwencji oraz czy i kiedy złożyło deklarację o uznaniu prawa do skargi indywidualnej i jurysdykcji Trybunału (art. 25 i 46 starego tekstu Konwencji²⁹). Było to konieczne, gdyż organy kontroli (Europejska Komisja Praw Człowieka i Trybunał Praw Człowieka) nie przyjmowały skarg przeciwko państwom, które nie były stronami Konwencji oraz skarg, które dotyczyły spraw sprzed ratyfikowania Konwencji lub sprzed złożenia deklaracji o uznaniu kompetencji tych organów w zakresie skarg indywidualnych.

1 listopada 1998 r. miała miejsce reforma systemu kontrolnego. Nastąpiło to na mocy Protokołu nr 11. W miejsce Komisji Praw Człowieka i Trybunału Praw Człowieka powstał Europejski Trybunał Praw Człowieka, który jest właściwy do rozpatrywania wszystkich spraw wniesionych w drodze skargi indywidualnej. Jurysdykcja Trybunału rozciąga się na wszystkie państwa-strony Konwencji, co oznacza, że aby złożyć skargę na dane państwo wystarczy fakt, że ratyfikowało Konwencję, przy zachowaniu innych wymogów, które zostaną opisane poniżej.

Trybunał jest właściwy do rozpatrzenia skargi indywidualnej przeciwko państwu niemieckiemu, ponieważ ratyfikowało ono Konwencję. To pozwoliło mi na sformułowanie zarzutu naruszenia przez Niemcy art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poprzez deportację Kurdów o obywatelstwie tureckim do kraju pochodzenia. Podkreślić należy, że naruszenie to nastąpiło na skutek zlekceważenia zakazu niewydalania cudzoziemców, gdy wiąże się to z ryzykiem prześladowań, rzeczywistym ryzykiem tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania lub karania na terytorium państwa, do którego mają być wydalen.

Niemcy, wydalając rodzinę Pana X, musiały być świadome zagrożenia, jakie spotka tę rodzinę w państwie, z którego przybyli. Human Rights Watch i Amnesty International³⁰ wielokrotnie wzywały rząd tu-

²⁸ Art. 34 Konwencji: „Trybunał może przyjmować skargi każdej osoby, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, która uważa, że stała się ofiarą naruszenia przez jedną z Wysokich Układających się Stron praw zawartych w Konwencji lub jej Protokołach. Wysokie Układające się Strony zobowiązują się nie przeszkadzać w żaden sposób skutecznemu wykonywaniu tego prawa.”

* Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

³⁰ Patrz przypis 2.

recki do podjęcia działań w celu zaprzestania stosowania tortur. Ale tortury wciąż mają miejsce, a rząd tego państwa zdaje się nie mieć pełnej kontroli nad siłami bezpieczeństwa. Zatem można sądzić, iż działania organów niemieckich, których skutkiem była deportacja rodziny X do Turcji, stanowiły naruszenie prawa międzynarodowego. W orzeczeniu Trybunału — Campbell i Cosans v. Wielka Brytania³¹ — stwierdzone zostało, iż zagrożenie torturami, pod warunkiem, że jest rzeczywiste i bezpośrednie, może rodzić cierpienie pozwalające uznać je za co najmniej niehumanitarne traktowanie. Natomiast w raporcie sprawy przeciwko Szwecji komisja ustaliła, że wydalenie do kraju, w którym wcześniej osoba podlegająca wydaleniu była — jak twierdzi — źle traktowana, może spowodować poważny szok psychiczny nie dający się pogodzić z art. 3 Konwencji.³²

4.1.1. Warunki dopuszczalności skargi

Po sformułowaniu i uzasadnieniu zarzutu można przystąpić do analizy warunków dopuszczalności skargi sformułowanych w EKPC.

Ze skargą do Trybunału Praw Człowieka może wystąpić każda osoba bezpośrednio lub pośrednio pokrzywdzona naruszeniem.³³

W decyzji Mendes Godinho e Filhos v. Portugalia³⁴ uznano, że „aby skarżący mógł domagać się uznania go za pokrzywdzonego, z powodu naruszenia Konwencji, musi być bezpośrednio nim dotknięty”. Według stanu faktycznego, strona skarżąca jest bezpośrednią ofiarą naruszenia Konwencji.

Oprócz pokrzywdzonego ze skargą może wystąpić również osoba, która według prawa krajowego ma prawo do reprezentowania poszkodowanego.³⁵ Wymagane jest wtedy, aby przedstawiciel przedłożył odpowiednie pełnomocnictwo skarżącego upoważniające go do złożenia skargi.³⁶ Zgodnie z art. 36 ust. 3 Regulaminu Trybunału po uznaniu skargi za dopuszczalną, skarżący musi być reprezentowany dla celów postępowania i podczas każdej rozprawy zwołanej przez Izbę, a jego przed-

³¹ Patrz: przypis 14.

³² Patrz: przypis 21.

³³ Art. 34, zd. 1 Konwencji.

³⁴ M.J. Nowicki [I], s. 579.

³⁵ Decyzja Skjoldager v. Szwecja, 17.5.1995, niepubl.; M.A. Nowicki [I], s. 587.

³⁶ Art. 36 ust. 1 i 4 w zw. z art. 45 ust. 1 Regulaminu ETPC, na podst. tłumaczenia M.A. Nowickiego z oryginału w języku angielskim i francuskim, z uwzględnieniem przekładów regulaminu byłego Trybunału; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka, wybór i opracowanie*, s. 99, dalej: M.A. Nowicki [III].

stawicielem jest adwokat. Inna osoba może reprezentować stronę tylko za zgodą Prezesa Izby. W obecnym stanie sprawy ja jestem pełnomocnikiem Pana X. Moja rola polegała dotychczas na napisaniu skargi i prowadzeniu korespondencji z Kanclerzem Trybunału. W sytuacji, gdyby skarga została uznana za dopuszczalną, zgodnie z art. 36 ust. 4 pkt a) Regulaminu ETPC, Pana X powinien reprezentować adwokat uprawniony do wykonywania praktyki w jednym z państw-stron Konwencji, chyba że Prezes Izby wyraziłby zgodę na to, abym nadal ja była pełnomocnikiem Pana X.

Skarga nie może być anonimowa, identyczna ze sprawą już wcześniej rozpatrzoną w Strasburgu lub sprawą, która została poddana innej międzynarodowej procedurze dochodzenia lub rozstrzygnięcia.³⁷ Aby warunek ten został spełniony, skarżący musi podać swoje imię i nazwisko do wiadomości Trybunału.³⁸ Ponadto Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, że jeśli skarga, nawet mimo braku nazwiska jej autora, zawiera elementy pozwalające na stwierdzenie jego tożsamości, to nie jest to skarga anonimowa.³⁹ Natomiast jeżeli skarżący nie chce ujawnić swej tożsamości z jakiegoś powodu (np. z obawy przed represjami ze strony pozwanego państwa), powinien wyraźnie to uzasadnić w skardze. Jest to bowiem odstępstwo od normalnej zasady publicznego dostępu do informacji w postępowaniu przed Trybunałem.

W przypadku Pana X, jego dane osobowe zostały podane w formularzu skargi.

Jeżeli chodzi o **niedopuszczenie do rozpatrzenia skargi, która została poddana innej międzynarodowej procedurze rozstrzygnięcia sporów** to, odwołując się do zdania Komisji, „byłoby sprzeczne z literą i duchem Konwencji, gdyby ten sam problem mógł być równocześnie przedstawiony do rozstrzygnięcia dwóm instytucjom międzynarodowym”.⁴⁰

Sprawa Pana X nie była rozstrzygnięta w żadnej innej procedurze międzynarodowej, zatem i ten warunek został spełniony.

Niedopuszczalne są skargi nieobjęte ochroną na podstawie Konwencji i nie mogą dotyczyć faktów sprzed ratyfikacji Konwencji Przez dane państwo.⁴¹ Przedmiot skargi Pana X — zagrożenie życia wskutek deportacji do Turcji — podlega ochronie Konwencji na podsta-

³⁷ Art. 35 ust. 2 pkt b) Konwencji.

³⁸ Art. 47 ust. 1 pkt a) Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

³⁹ Art. 47 ust. 3, M.A. Nowicki [III], s. 107.

* Decyzja w sprawie Pauer v. Austria, M.A. Nowicki [II], s. 620.

⁴¹ Art. 35 Konwencji.

wie art. 3. Natomiast, jak już wyżej zaznaczyłam, deportacja miała miejsce po ratyfikacji Konwencji przez Niemcy, zatem kolejny warunek jest spełniony. **Skarga nie może być w oczywisty sposób nieuzasadniona oraz nie może stanowić nadużycia prawa do skargi.**⁴²

Bardzo ważnym i często trudnym lub wręcz niemożliwym do spełnienia warunkiem jest **konieczność zachowania terminu 6 miesięcy od daty podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie.**⁴³ Przy ocenie, czy został zachowany termin, bierze się pod uwagę decyzje dotyczące środków, które mogą skutecznie doprowadzić do usunięcia skutków naruszenia Konwencji.⁴⁴ „Okres sześciu miesięcy rozpoczyna bieg od następnego dnia (...) po powiadomieniu o niej skarżącego lub jego adwokata (...). Bieg okresu sześciu miesięcy ulega przerwaniu przez pierwszy list skarżącego przedstawiający w skrócie przedmiot skargi, pod warunkiem, że nie następuje po tym długi okres oczekiwania na uzupełnienie skargi .”⁴⁵ Termin kończy się po upływie sześciu miesięcy kalendarzowych.

W przypadku skargi Pana X termin biegnie od dnia wręczenia powodowi decyzji deportacyjnej. Jak łatwo się zorientować, termin 6 miesięcy w tym przypadku został znacznie przekroczony. Jednakże, zgodnie z orzecznictwem Komisji i Trybunału, dopuszczenie do rozpatrzenia skargi mimo upływu 6 miesięcy jest możliwe, ale „wyłącznie po przedstawieniu jasnych i przekonujących dowodów wskazujących na istnienie nadzwyczajnych okoliczności, które zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami prawa międzynarodowego zwalniają z obowiązku dotrzymania terminu”.⁴⁶ Trybunał niezwykle rzadko dopuszcza do rozpatrzenia skargi, która została złożona z przekroczeniem wymaganego terminu.⁴⁷ Ponieważ termin w sprawie Pana X został przekroczony musiałam, powołując się na szczególne okoliczności sprawy, uzasadnić, że nie było możliwe złożenie skargi przed upływem sześciu miesięcy. Zwróciłam uwagę na to, że możliwość złożenia skargi w terminie istniała tylko w czasie, gdy rodzina X znalazła się w Turcji po dokonaniu deportacji. Żona Pana X jest niepiśmienna, a on również nie jest zbyt dobrze wykształcony. Najistotniejszym argumentem jednak jest to, że złożenie skargi wówczas, gdy

⁴² Art. 35 ust. 3 Konwencji.

⁴³ Art. 35 ust. 1 *in fine* Konwencji.

⁴⁴ Decyzja Boldt v. Szwecja, 6.11.1989, M.A. Nowicki [I], s. 614.

⁴⁵ Decyzja West v. Wielka Brytania, 20.10.1997, M.A. Nowicki [II], s. 613.

⁴⁶ Decyzja K. v. Irlandia, 17.5.1984, M.A. Nowicki [I], s. 616.

⁴⁷ Tak w sprawach: X v. Szwecja (13.6.1970, Yearbook 1970, nr 13, s. 156); X v. Niemcy (14.3.1969, Yearbook 1960, nr 3, s. 304); X. v. Niemcy (5.3.1962, Yearbook 1962, nr 5, s. 66); Soltikov v. Niemcy (5.4.1968, Yearbook 1968, nr 11, s. 170); H. v. Wielka Brytania (1983) na podst. A. Redelbach, *Strasbourg bliżej*, Poznań 1996, s. 39.

nieustannie byli inwigilowani przez służby bezpieczeństwa, zabierani na przesłuchania i torturowani, narażaliby ich na zbyt wielkie ryzyko.

Kolejnym bardzo ważnym warunkiem dopuszczalności skargi jest **obowiązek wykorzystania wszystkich dostępnych środków odwoławczych przewidzianych przez prawo w sprawach, których dotyczy skarga** (art. 35 ust. 1 Konwencji).

Mechanizm kontroli ustanowiony w Konwencji ma charakter subsidiaryny wobec systemów prawnych w państwach-stronach Konwencji. Zatem nie można traktować Trybunału jako instancji odwoławczej. Państwo pozwane powinno mieć szansę naprawienia szkody w ramach swego wewnętrznego systemu prawnego, zanim zajmie się nią ewentualnie Trybunał.⁴⁸ Innymi słowy, „obowiązek wykorzystania krajowych środków prawnych wymaga jedynie, aby skarżący w zwykły sposób skorzystał ze środków, które są, jak się wydaje, skuteczne, właściwe i dostępne”.⁴⁹

W analizowanej sprawie po ważnym zarzucie jest to, że nie zostały wykorzystane środki krajowe w Niemczech. Zarzut ten jest tym poważniejszy, że poparty orzeczeniem Trybunału z 1980 r. w sprawie *X v. Niemcy*, w którym Trybunał stwierdził, że aby spełnić warunek wyczerpania wszystkich krajowych środków prawnych w Niemczech, osoba zarzucająca naruszenie Konwencji musi wystąpić ze skargą do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Ten środek nie został wykorzystany przez rodzinę X. W tej sytuacji możliwe jest jedynie wskazanie na nadzwyczajne okoliczności uznane przez prawo międzynarodowe, uzasadniające niewykorzystanie krajowych środków odwoławczych. Powołanie się na błędną poradę adwokata lub na zaniechanie podjęcia odpowiednich środków nie jest wystarczającym argumentem, aby uznać, że szczególnie okoliczności usprawiedliwiają niewyczerpanie krajowych środków prawnych.⁵⁰ Podobny problem pojawia się w kwestii terminu 6 miesięcznego do złożenia skargi przedstawionej wyżej.

Analizując orzeczenia Trybunału, należy stwierdzić, że linia orzecznictwa idzie w kierunku wyraźnie restrykcyjnego interpretowania art. 35 ust. 1 Konwencji. Warto tu przytoczyć fragment orzeczenia *Bahaddar v. Holandia*:⁵¹ „Chociaż zakaz tortur lub niehumanitarnego lub poniżającego traktowania zawarty w art. 3 Konwencji jest absolutny w sprawach dotyczących wydaleń — tak samo jak we wszystkich innych sprawach — skar-

⁴⁸ Decyzja *Schouw Nielsen v. Dania* (2.9.1959, Yearbook 2/412); M.A. Nowicki [I], s. 600.

⁴⁹ Decyzja *Storksen v. Norwegia*, 5.7.1994, M.A. Nowicki [II], s. 602.

Orzeczenie *Soltikov v. Niemcy*, zob. przypis 47.

⁵⁰ Orzeczenie z 19.2.1998, M.A. Nowicki [II], s. 599.

żacy powołujący się na ten artykuł nie są z tego powodu zwolnieni z wykorzystania dostępnych i skutecznych środków w kraju". Wykazanie przez stronę skarżącą, że nie miała możliwości zgłoszenia się do odpowiednich organów w kraju pozwanym, tak aby Trybunał uznał to za wystarczające i właściwe uzasadnienie, jest dużym problemem. W formularzu skargi jest pytanie o to, czy istnieje dostępny dla skarżącego środek odwoławczy, który nie został wykorzystany i jeżeli tak jest, to należy wyjaśnić dlaczego.

W skardze rodziny X uzasadniłam to stwierdzeniem, że próba wykorzystania środka odwoławczego w czasie pobytu w Turcji była praktycznie niewykonalna. Nie znalazłby się prawnik, który podjąłby się pomocy rodzinie kurdyjskiej na terytorium tego państwa, gdyż groziłoby mu zbyt duże niebezpieczeństwo. Należy również pamiętać, że rodzina X to muzułmanie. Próba wykorzystania środków odwoławczych wiązałaby się z koniecznością ujawnienia, że Pani X została zgwałcona, a kobiety — ofiary gwałtu — są w środowisku islamskim traktowane jako zhańbione i są wyłączone ze społeczności. Żaden prawnik nie podjąłby się reprezentowania takiej kobiety, gdyż byłby narażony co najmniej na ostracyzm społeczny.

Podsumowując analizę warunków dopuszczalności, należy podkreślić, że skarga nie zostanie uznana za dopuszczalną i Trybunał nie zacznie rozpatrywać sprawy merytorycznie, jeżeli którykolwiek z warunków dopuszczalności nie zostanie spełniony. W takim przypadku postępowanie przed Trybunałem kończy się na etapie sprawdzania dopuszczalności skargi i zostaje wydana decyzja o jej niedopuszczeniu do dalszej procedury.

4.2. Zawiadomienie o naruszeniu przepisów Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, skierowane do Komitetu Praw Człowieka ONZ

Zawiadomienie to jest alternatywą dla systemu strasburskiego (na podstawie Protokołu Fakultatywnego,⁵² który umożliwił Komitetowi Praw Człowieka przyjmowanie i rozpatrywanie zawiadomień od jednostek twierdzących, że są ofiarami naruszenia praw wymienionych w Pakcie).

System ochrony praw człowieka przewidziany przez Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych i możliwość złożenia skargi indywidualnej

⁵² Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80.

do Komitetu Praw Człowieka jest znacznie mniej popularny, niż system przewidziany przez EKPC. Jednym z powodów może być fakt, że decyzje Europejskiego Trybunału mają charakter prawnie wiążący dla państw. Postępowanie Komitetu Praw Człowieka zakończone jest natomiast wyrażeniem poglądu w kwestii, czy nastąpiło naruszenie praw człowieka. Taki pogląd nie wiąże państw, ma jedynie formę zalecenia.⁵³

Tak samo, jak w przypadku skargi do Trybunału Praw Człowieka, należy sprawdzić, czy Niemcy są stroną Paktu Praw Obywatelskich Politycznych i czy ratyfikowały Protokół Fakultatywny.

Państwo niemieckie ratyfikowało Pakt i Protokół Fakultatywny, ale z zastrzeżeniem, że nie uznaje kompetencji Komitetu Praw Człowieka w sprawach, które już były rozstrzygnięte w innym postępowaniu międzynarodowym.

To zastrzeżenie może wzbudzać pewne kontrowersje. Przede wszystkim trzeba się zastanowić, co oznacza stwierdzenie, że sprawa została już rozstrzygnięta. Oznacza to, że organ kontroli międzynarodowej (np. Europejski Trybunał Praw Człowieka) orzekł już w danej sprawie na korzyść lub na niekorzyść strony skarżącej. Czy jednak należy również uważać za rozstrzygniętą przez ten organ sprawę, która była wprawdzie poddana innej międzynarodowej procedurze, ale ze względów proceduralnych została uchylona? Jeżeli skierowana do Trybunału w Strasburgu skarga zostanie uznana za nieuzasadnioną po merytorycznym jej rozstrzygnięciu, gdy organ orzeknie, że nie było naruszenia prawa, na które powoływała się strona skarżąca, czyli po pozytywnym przejściu kontroli formalnej dopuszczalności, wówczas strona poszkodowana nie może już wykorzystać żadnej innej procedury międzynarodowej w celu obrony swoich praw. Jeżeli natomiast skarga zostanie odrzucona z przyczyn proceduralnych, wówczas jest możliwe skorzystanie z innej międzynarodowej procedury, jeżeli tylko państwo pozwane jest stroną odpowiedzialnej konwencji i ewentualnych do niej protokołów.

W sprawie *Casanovas v. Francja*, Komitet Praw Człowieka w Genewie uznał za dopuszczalną skargę, którą wcześniej odrzuciła Europejska Komisja Praw Człowieka ze względu na to, że Konwencja nie przewidywała ochrony prawa, którego naruszenie zarzucano w skardze. Członkowie Komitetu Praw Człowieka zgadzają się, że niedopuszczalność z przyczyn wyłącznie proceduralnych nie przeszkadza Komitetowi w zbadaniu sprawy.

⁵³ Na podst. A. Michalska, *Skarga o naruszenie praw człowieka do Komitetu Praw Człowieka*, Warszawa 1995, s. 6.

Wracając do analizowanego stanu faktycznego, państwo niemieckie nie może stwierdzić, że nie uznaje kompetencji Komitetu w tej sprawie do momentu, kiedy nie zostanie ona skreślona przez Trybunał z listy spraw z przyczyn innych niż proceduralne.⁵⁴ Odrzucenie jej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka ze względów proceduralnych nie będzie oznaczało, że została już poddana procedurze międzynarodowej, zatem można będzie skierować do innego organu kontroli międzynarodowej, np. do Komitetu Praw Człowieka.

Zarzut przeciwko państwu niemieckiemu w zasadzie się nie zmienia. Inna jest tylko podstawa prawna.

Artykuł 7 PPOP zawiera zakaz tortur i niehumanitarnego, okrutnego bądź poniżającego traktowania lub karania — tak samo, jak art. 3 EKPC.⁵⁵ Podobieństwo występuje również w odniesieniu do warunków dopuszczalności skargi do Komitetu Praw Człowieka w porównaniu ze skargą do Trybunału w Strasburgu. Prawo do skargi przysługuje wyłącznie jednostkom. Skarga może być złożona na rzecz ofiary, jeśli wydaje się, że jest ona niezdolna do złożenia skargi.⁵⁶ Skarga nie może być anonimowa. Autor skargi musi podlegać jurysdykcji państwa, przeciwko któremu jest ona skierowana, ale dopuszczalna jest skarga skierowana przeciwko państwu, którego jurysdykcji podlegał autor w momencie naruszenia jego praw. Niedopuszczalne jest nadużycie prawa do skargi lub sytuacja, gdy skarga jest sprzeczna z postanowieniami Paktu albo dotyczy naruszeń praw nieustanowionych w Pakcie. Konieczne jest również wyczerpanie krajowych środków odwoławczych.

Jak dotąd warunki dopuszczalności się nie różnią od opisanych przeze mnie wyżej warunków w procedurze Trybunału Praw Człowieka.

Zasadnicza różnica natomiast pojawia się w kwestii terminu dopuszczalności skargi. W procedurze badania dopuszczalności skargi do Komitetu Praw Człowieka nie jest przewidziany żaden termin, który ograniczałby pod względem czasowym możliwość jej wniesienia. Można to uznać za ułatwienie w stosunku do sześciomiesięcznego terminu wniesienia skargi do Trybunału Praw Człowieka. To ułatwienie można wykorzystać w dwóch przypadkach. Po pierwsze wtedy, gdy wszystkie warunki dopuszczalności zostały spełnione, ale upłynął termin do złożenia skargi do Trybunału w Strasburgu. Po drugie, w sytuacji, gdy skarga złożona do Trybunału Praw Człowieka zostanie skreślona ze względów proceduralnych.

⁵⁴ Art. 37 ust. 1 Konwencji.

⁵⁵ Szerszy zakres tego artykułu wynika z zakazu przeprowadzania eksperymentu medycznego.

⁵⁶ Regulamin Komitetu Praw Człowieka, art. 90.

W sprawie rodziny X nadal problematyczne jest niewykorzystanie środków krajowych, które jest niezbędne do tego, aby skarga została przyjęta przez Komitet. W razie odrzucenia jej przez Trybunał i ewentualnego złożenia do Komitetu argumentacja uzasadniająca niemożność spełnienia tego warunku byłaby taka sama, jaką wyżej opisałam.

5. Uwagi końcowe

Podsumowując całość rozważań, należy jeszcze raz podkreślić, że system kontroli przestrzegania praw człowieka w Europie jest systemem subsydiarnym wobec systemów krajowych państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich. Oznacza to, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu i Komitet Praw Człowieka ONZ nie mogą być traktowane jako instancja odwoławcza od wyroków sądów krajowych. Złożenie skargi do tych organów jest bardzo sformalizowane. Przygotowując skargę, należy zawsze dokładnie sprawdzić, czy spełnione zostały warunki dopuszczalności, ze szczególnym uwzględnieniem **terminu** (w przypadku Europejskiego Trybunału) oraz kwestii **wykorzystania dostępnych środków krajowych**. Duża liczba spraw dotyczących naruszeń praw człowieka nie jest dopuszczana do rozpatrzenia przez Trybunał lub Komitet właśnie z powodów proceduralnych, co często jest uważane za niesprawiedliwe, biorąc pod uwagę cierpienia osób, których prawa zostały naruszone. Takie ukształtowanie procedury wydaje się jednak konieczne ze względu na sprawność przeprowadzanej przez te organy kontroli oraz wewnętrzną stabilność systemów sądowych państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

Katarzyna Klehr
3rd year student
of the faculty of law

SELECTED ASPECTS OF LODGING INDIVIDUAL COMPLAINT WITH THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

1. Introduction

The Human Rights Section is one of the units of the Jagiellonian University Law Clinic. My participation in the work of this body consisted in managing the case of Mr. and Mrs. X.¹ Although the case has not yet been finalised before any of the international human rights protection agencies, it already constitutes a fitting background for an overview of the human rights protection system as it works in Europe, its effective procedures and the obstacles that appear while preparing a complaint to be lodged with those agencies. It may be worth mentioning that my acquisition of the knowledge pertaining to the facts of the case has been a gradual process and that initially they were presented in a significantly superficial manner and very briefly. It took me almost a year to collect all the data and I still do not know answers to some questions. This case constitutes a good example of how difficult it is to gather the material required for the complaint articulation while editing such a complaint. Most painstaking is documentary recording of the facts of a case, not least because this calls for co-operation of numerous persons and institutions.

2. The Description of the Facts of the Case

A Turkish citizen of the Kurdish nationality decided to flee the country, together with his wife and four children as a result of persecution in his country of origin, from both the Turkish army and the Kurdistan Workers Party. The projected destination was Germany where they came in October 1992 and submitted applications for granting them the status of refugees. After two and a half years, in April 1995, they received a negative answer. The lawyer who represented them appealed against that verdict but the second

¹ The names of clients of the Human Rights Section of the Jagiellonian University Law Clinic are confidential due to threat to their life or health and protection of their goods and chattels.

verdict was also negative and the application for granting the refugee status was considered ill-founded. An exchange of correspondence between the lawyer and German authorities and courts gave no results. The lawyer, however, desisted from lodging a complaint with the Federal Constitutional Court, which would have been the last possible means of controlling the verdict of the last resort authority in proceedings in the refugee cases. As this is a suspensive measure, the execution of the order of deportation would have been suspended until a ruling has been given or the deportation would not have taken place if the Court had declared a breach of law by the court of last resort.

One night of October 1995, the police arrived at the place where they were staying, they were served a deportation order and immediately taken to an airplane which carried them back to Turkey. The German state authorities were undoubtedly aware of the fact that Kurds were persecuted in Turkey. That conviction is based in the fact that the Human Rights Watch and the Amnesty International had at numerous occasions reported the situation in Turkey at the time as well as the sentiments concerning the Kurdish presence on the country's territory. Thus, the likelihood of the family return to the country of origin posing a threat to their lives was markedly high.

After the Turkish police took the family from the airport, they were immediately interrogated at a police station. The questioning lasted a couple of hours and they were asked mostly about their contacts with the Kurdistan Workers Party during their stay in Germany. After the interrogation, the family were taken home.

They spent three years in Turkey (October 1995-October 1998). This period of time meant constant fear and striving for survival. On many occasions they were visited by soldiers, who searched the house as Mr. X was suspected of collaboration with the Kurdistan Workers Party. Also, the Party's troops „visited" them demanding room and board and making threats of further harassment, should the family refuse to help. Mr. X's father-in-law was beaten while trying to stop a soldier from beating his daughter-in-law whose health was badly deteriorating.

Mr. X and his wife were taken away for interrogation by the army several times. The questioning lasted a couple of days and Mr. X was beaten and tortured. The couple were detained in two isolated cells so as to prevent them from getting information about each other. The torture used was varied. Mrs. X was raped and painfully beaten by soldiers a number of times. After the interrogation, they would be taken away beyond the city outskirts and abandoned on the road. Such situations were recurrent.

Their life became so unbearable that they decided one more time to take the risk and flee the country, which they did in October 1998. It took them a few days to reach the German border but they were refused entry as a consequence of an absolute ban issued by the German state authorities.

As a result, the family found themselves in Poland where immediately they submitted applications for granting them the status of refugees. In the first instance, Minister of Interior and Administration declined to grant the family the desired status. The Minister concluded that their argument and circumstances were not convincing enough and also quoted the negative decision of the German state authorities in their case, which constituted the strongest point in the decision justification. It was additionally stated that the applicant had possibly left the country of origin for economic reasons, thus failed to satisfy the requirements set forth in Article 1A, item 2 of the

² Based on *Human Rights Watch World Report 1994*, p. 243-246; 1993, p. 252-259; 1996, p. 239-245; *Country Reports on Human Rights Practices for 1995*, US Department of State, p. 1060.

Convention of Geneva.³ The Xs appealed against the decision of Minister of Interior and Administration to the second instance, the Council on Refugees, charging the Minister with the omission of a number of facts pertinent to the case. To the case files they attached press articles and other publications documenting persecution of persons of the Kurdish nationality expelled from Germany to Turkey. Considering the appeal, the Council also took into account the findings of the first instance agency and the additional material. It also ordered proving on the medical opinion as for torturing Mrs. X by the police and Turkish soldiers. This evidence added truthvalue to the applicant's claim of having been raped on numerous occasions. Thus, the Council did not support the opinion of the first instance agency. In the Council's view, the action taken in relation to the applicants' family bore all attributes of persecution for nationality and political reasons and as such fulfilled the conditions set forth in Article 1 A, item 2 of the aforementioned convention. According to the Council, the decision in this case could not be influenced by the fact discussed by the Minister of Interior and Administration that the applicant had submitted the application for granting them the status of a refugee only after presenting it to the Polish party at the attempt at illegal border crossing and not immediately on arrival to Poland. Also, there could be no support for justifying the decision with the one on extradition from Germany and the consequent lack of danger for the applicant, should it be applied. All the facts of the case prove that while ruling on deportation, the German state authorities had wrongly assessed the danger present to the applicant and that decisions in refugee cases made by agencies of other authorities should be referred to only with great caution. Finally, the X family were granted the status of refugees at the beginning of 2 000.

3. Legal Issues Arising from the Facts of the Case

3.1. The Explanation of the Term „Torturę”

While describing what happened to the X family in Turkey, I named the action taken by the Turkish police and army as 'applying torture.' This concept is a legal term, interpreted in a variety of ways in the acts of international law and the jurisdiction of international human rights observance supervision agencies. The Convention against Torture and Other Crimes, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment' defines torture as any conscious act through which a person is afflicted with great pain or suffering, physical or mental, in order to elicit from them or a third party information or confession, to punish them for an act committed by them or a third party of which they are suspected to have committed or to intimidate them or a third party.⁴ Such actions are also taken for any other reason based on any kind of discrimination if such pain or suffering is inflicted

³ Dz.U. No 119, item 515; the definition of the term refugee in Article 1A: „In this Convention the term 'refugee' shall be construed as concerning a person, who: (...) as a consequence of fear of persecution because of their race, religion, nationality, belonging to a given social group or because of their political beliefs sojourns outside the country of which they are a citizen and due to such fear cannot or does not wish to enjoy the protection of that state”.

⁴ Dz.U. 1989, No 63, item 387.

⁵ Article 1 of the Convention.

on a person by a public officer or other person acting in an official manner or by instigation or with permission or acceptance of such a person.⁶

As for the jurisdiction of the European Court of Human Rights, it defines for concepts arising from Article 3 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECPHR).⁷ In the case of *Aksoy v. Turkey*,⁸ torture was defined as deliberate, cruel and inhuman treatment resulting in grave suffering, administered on purpose. In the Greek Case,⁹ the European Commission of Human Rights pointed to the so-called 'non-physical torture,' which consisted in causing physical suffering through inflicting pain and causing distress by using other measures than physical attack (e.g. threatening revenge on families). The verdicts in the cases of *Aydin v. Turkey*¹⁰ and *Yagiz v. Turkey*¹¹ pertain to rape, which, if committed by a public officer or a person holding power over a victim, must be considered as treatment or punishment of a most serious kind. The Court also pointed at the humiliating nature of rape and the impossibility of reconciling it with the fundamental notions of human dignity and freedom. Rape, in particular, if committed by a person holding power over their victim, is a markedly cruel attack on physical or mental integrity and is accompanied by grave suffering. The Commission considered such a rape to be torture.¹² A number of verdicts have been given that concern the other aforementioned acts, which are not torture but violate Article 3 of ECPHR and also are related to the case being described here. One example is the verdict in the case of *Ireland v. Great Britain*¹³ in which the Court ruled that a treatment was degrading if it caused the feeling of fear and intimidation leading to humiliation which might have physical and mental breakdown as its consequence.¹⁴

The Commission spoke on inhuman treatment in the case of *Tekin v. Great Britain*.¹⁵ Such treatment causes bodily damage or serious physical and mental suffering.

3.2. The Non-Refoulement Principle¹⁶ and the Absolute Character of Article 3 of ECPHR

In the case of the X family, all conditions have been fulfilled to claim that the principle of non-expulsion of foreign nationals to a country where they might be threatened (the so-called non-refoulement principle) has been violated. This principle developed after World War I but it did not become a principle of the refugee law until the times of

⁶ *Ibidem*.

⁷ Dz.U. 1993, No 61, item 284 with later amendments introduced by the Protocol 11 of 11 May 1994, Dz.U. 1998, No 147, item 962; Article 3: no one shall be subject to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.

⁸ The verdict in the *Aksoy v. Turkey* case (18 December 1996, *Yearbook* No 39/1996, p. 308); see also: the verdict in the *Ireland v. Great Britain* Case (18 January 1978, *Yearbook* 21/1978, p. 250).

⁹ The verdict in the Greek Case (5 November 1969, *Yearbook* 12/1969).

¹⁰ The verdict in the *Aydin v. Turkey* Case, 7 March 1996.

¹¹ The verdict in the *Yagiz v. Turkey* Case (16 May 1995, *Yearbook* 38/1995, p. 184).

¹² *Ibidem*.

¹³ The verdict in the *Ireland v. Great Britain* Case, see: footnote 8 *in fine*.

¹⁴ See also verdicts in the cases: Greek (see footnote 9), *Campbell and Cosans v. Great Britain* 25 February 1982, *Tyler v. Great Britain* (25 April 1978, *Yearbook* 21/1978, p. 396).

¹⁵ *Tekin v. Great Britain* (18 January, 1978, *Yearbook* 21/1978, p. 612).

¹⁶ Based on: G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford 1996, p. 117-121.

World War EL" Today it is a principle not only of the refugee law but also, in a wider sense the international law. The Strasbourg Court of Human Rights attributes the ban on non-humanitarian expulsion of a person from the territory of a given country to Article 3 of ECPHR. In 1949, the United Nations Economic and Social Council established *ad hoc* commission which was designed to examine the necessity of drafting a convention concerning the status of refugees and stateless persons and possible preparations thereof. The commission decided that under no circumstances should a country — party to the convention — expel or redirect a refugee to the borders of territories where life or freedom might be threatened on the grounds of race, religion, nationality or political views. That assertion seemed to be so fundamental that initially there were no exceptions provided for. It was only in 1951 that the Conference of United Nations Representatives added a paragraph to it, which read as follows: 'the provisions of this regulation shall not be invoked by a refugee, in whose case there are grounds to consider them a threat to the security of the state in which they sojourn or one who, having been validly sentenced for grave crimes, constitutes a threat to the society of this state.'¹⁷ The first assertion quoted above and its exclusion clause represent today Article 33 of the Convention of Geneva of 1951 pertaining to the refugee status.¹⁸ This article has a narrower scope than Article 3 of ECPHR as it applies only to refugees and not to all persons; also, because of its second paragraph that includes exceptions, it has no absolute application.

The ECPHR absolutely prohibits expelling a foreign national, even regardless of their conduct. In contrast to other material provisions of the Convention and its Protocols, article 3 does not include a provision introducing exceptions. Also, as regulated by Article 15 paragraph 2, a country cannot evade the obligation of observing this ban.¹⁹ This reveals the absolute character of Article 3 of ECPHR, which has been confirmed by a number of verdicts of the European Court of Human Rights, most notably: Soering v. Great Britain,²⁰ Cruz Varas v. Sweden,²¹ Vilvarajah et al v. Great Britain²² or Chahal v. Great Britain."

In the last case mentioned above, the Commission could not support the government's claim that Article 3 of the Convention might contain implied restrictions that authorise a country to expel a person on the grounds of the need based on considerations of state security, regardless of the existence of an actual risk that a given person might be subjected to torture, inhuman or degrading treatment in the destination country. These guaranties are absolute in nature and do not allow for any exceptions. Although the Court ruled that it was characteristic for the whole Convention to seek balance between the requirements of the general interest of a community and the need for protection of fundamental rights of an individual,²⁴ in the case of Chahal, the Commission added that 'in the case of confirming the presence of the risk of being subjected to such treatment, there are no grounds to contemplate a threat to the state security and to take safety measures on its basis. In this way, the protection standard as provided by the Convention would significantly decrease. In this respect, the Convention includes

¹⁷ More on this issue: *ibidem*, p. 117-171.

¹⁸ Dz.U. 1991, No 119, item 515.

¹⁹ The verdict in the Soering v. Great Britain case (7 July 1989, *Yearbook* 32/1989, p. 179).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Verdict of 20 March 1991, *Yearbook* 34/1991, p. 196.

²² Verdict of 30 October 1991, *Yearbook* 34/1991, p. 236.

²³ Verdict of 15 November 1996, *Yearbook* 39/1996, p. 273.

²⁴ See footnote 19.

guarantees that are wider than Article 33 of the Convention of Geneva on the status of a refugee.²⁵ The Commission pointed to the fact that although some undesirable persons found refuge on the territory of a country — signatory of the Convention — such a country is not vulnerable to them as in the case of such persons the generally binding criminal law of this country is applicable. States have the right to control entries, sojourns and expulsions of foreign nationals but should it be well-grounded to claim that the consequences of expulsion will pose an actual threat to their life or freedom, such a person cannot be expelled to the territory of such a country, whether the country of origin or another third country. The expulsion of a person in such circumstances places the responsibility on the receiving state on the basis of Article 3 of ECPHR.²⁶ Such a situation took place in the case under discussion when the state of Germany decided to expel the X family from its territory to their country of origin where they were subject to torture and inhuman treatment in conflict with Article 3 of ECPHR. This implies the responsibility of the state of Germany on the grounds of that article and the expedient jurisdiction.

4. Human Rights Protection Agencies

Taking into consideration the presented facts of the case, at least two international human rights observance supervision agencies could be named to which a complaint could be directed. These are the European Court of Human Rights established on the basis of the ECPHR and the United Nations Commission on Human Rights, which is a quasi-court body established on the basis of the International Pact of Civil and Political Rights.²⁷ To submit a complaint to these agencies, it is not sufficient only to point to violations of ECPHR or the International Pact of Civil and Political Rights. In both cases, it is required to fulfil additional conditions if the complaint is to be considered admissible by these agencies and examined as to its substance, thus enabling to issue a verdict.

1. Individual Complaint to the European Court of Human Rights in Strasbourg (on the basis of Article 34 of ECPHR²⁸)

To date, before proceeding to complaint drafting, it had to be reviewed if the accused state is a party to the Convention and whether and when it submitted a declaration on recognising the right to lodge individual complaints and the jurisdiction of the Court (Articles 25 and 46 of the original version of the Convention²⁹). That was necessary since the supervision agencies (the European Commission of Human Rights and the Court of Human Rights) did accept complaints against these states which were not parties to the Convention and those that concerned matters of the time prior to ratification of the Convention or prior to submitting declarations on recognising the competence of these agencies as for individual complaints.

²⁵ Based on M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka, wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, p. 41-48, and: M. A. Nowicki [1].

²⁶ Based on verdicts in the following cases: Soering v. Great Britain, Cruz Varas v. Sweden, Chahal v. Great Britain, see: footnotes 19, 21, 23.

²⁷ Dz.U. 1977, No 38, item 167, appendix, Article 28.

²⁸ Article 34 of the Convention: the Court may receive applications from any person, NGO or group of individuals claiming to be the victims of violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the exercise of this right.

²⁹ Dz.U. 1993, No 61, item 284.

On 1 November 1998, a reform of the supervision system took place, by virtue of Protocol 11. In the place of the Commission of Human Rights and the Court of Human Rights, the European Court of Human Rights was established which is competent to examine all claims lodged as individual complaints. The jurisdiction of the Court encompasses all states — parties to the Convention, which means that in order to lodge a complaint against a given state, it is sufficient that that state has ratified the Convention with due observance of other requirements that are described below.

The Court is competent to examine an individual complaint against the state of Germany because it has ratified the Convention. This fact has allowed me to formulate a charge of violation by Germany of Article 3 of E C P H R by deporting Kurds of the Turkish citizenship to their country of origin. It should be noted that the violation is a consequence of ignoring the ban of not expelling foreign nationals if this could lead to persecution, an actual risk of torture, inhuman and degrading treatment or punishment on the territory of the country to which they are to be deported.

While expelling the X family, Germany must have been aware of the danger lurking for the family in their country of origin. The Human Rights Watch and the Amnesty International³⁰ have on many occasions called upon the Turkish government to take action aimed at cessation of torture administration. However, torturing is still practised and the government of this country seems not to have full control over its security forces. Thus, it can be inferred that the action of German authorities that resulted in the deportation of the family X to Turkey constituted a violation of the international law. In the verdict of the Court in the case of Campbell and Cosans v. Great Britain,³¹ it was stated that a risk of torture, if actual or direct, might result in suffering that allows for its definition as inhuman treatment. Also, in the report of the case of Sweden, the Commission stated that the expulsion from the country in which the person subject to expulsion had earlier been mistreated, might cause a severe mental shock which cannot be reconciled with Article 3 of the Convention.³²

Conditions of Complaint Admissibility

Having formulated and justified the charge, the analysis of the conditions of complaint admissibility formulated in E C P H R can begin.

A complaint to the Court of Human Rights may be lodged by any person directly or indirectly injured by a violation.³³ In the verdict of Mendes Godinho e Filhos v. Portugal case,³⁴ it was decided that 'in order for the applicant to demand being considered injured, on the grounds of violation of the Convention, they must be directly affected by the violation.' According to the facts of the case, the applicant is a direct victim of violation of the Convention.

Apart from the applicant, a person who under the state law has the right to represent the injured party³⁵ may also lodge a complaint. In this case, the representative

³⁰ See footnote 2.

³¹ See: footnote 14.

³² See footnote 21.

³³ Article 34, the first sentence of the Convention.

³⁴ See M.A. Nowicki, [I], p. 579.

³⁵ The verdict in the *Skjoldager* v. Sweden Case, 17 May 1995, unpublished, M.A. Nowicki [I], p. 587.

must provide an appropriate proxy right from the applicant which authorises them to lodge a complaint.³⁶ As ruled by Article 36 paragraph 3 of the Court Regulations, after a complaint has been considered admissible, the applicant must be represented for proceedings and during every hearing convened by the Chamber, a lawyer being their representative. Other person may represent a party only if approved by the President of the Chamber. Currently, I am the representative of Mr. X and so far my duties have included drafting a complaint and maintaining correspondence with the Chancellor of the Court. Should the complaint be considered admissible, as ruled by Article 36 paragraph 4 item a) of the Regulations of the European Court of Human Rights, Mr. X should be represented by a lawyer allowed to practise in one of the states — parties to the Convention, unless the President of the Chamber permitted me to continue representing Mr. X.

A complaint may not be anonymous, or substantially the same as a matter that has already been examined by the Court or has already been submitted to another procedure of international investigation or settlement³⁷ To meet this requirement, the applicant must submit their first name and surname to the Court.³⁸ Additionally, the European Commission of Human Rights decided that if a complaint, even in the absence of the name of its author, contains elements that make it possible to define their identity, such a complaint is not anonymous.³⁹ Should the applicant wish not to reveal their identity for some reason (e.g. out of fear of repression from the defendant state), they should clearly justify such a wish in the complaint as this constitutes abandonment of the usual principle of public access to information in the court proceedings.

In the case of Mr. X, his personal data were submitted in the complaint form.

As for the **inadmissibility of the examination of a complaint which has been submitted to another international procedure of settlement** referring to an opinion of the Commission, 'it would be in conflict with the letter of the law and the spirit of the Convention if the same problem could be submitted for settlement to two international institutions simultaneously'.⁴⁰

The case of Mr. X has not been settled within any other international procedure, hence this condition has also been fulfilled.

Inadmissible are complaints not protected as ruled by the Convention and that pertain to facts from before the ratification of the Convention by a given state⁴¹

The subject of Mr. X's complaint, i.e. a threat to life as a consequence of deportation to Turkey, is under protection of the Convention under Article 3. As, which has been noted before, the deportation took place following the ratification of the Convention by Germany, another requirement has been met. **A complaint shall not**

* Article 36, paragraphs 1 and 4 in connection with Article 45, paragraph 1 of the *Regulations of the European Court of Human Rights*, based on the translation by M.A. Nowicki from the English and French original, with the translations of the regulations of the former Court recognised; M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka, wybór i opracowanie*, p. 99, and: M.A. Nowicki [II].

³⁷ Article 35, paragraph 2, item b) of the Convention.

³⁸ Article 37, paragraph 1, item a) of the *Regulations of the European Court of Human Rights*.

³⁹ Article 47, paragraph 3, M.A. Nowicki [III], p. 107.

⁴⁰ Verdict in the case of Pauer v. Austria, M.A. Nowicki [I], p. 620.

⁴¹ Article 35 of the Convention.

be manifestly ill-founded and shall not constitute an abuse of the right of application.⁴²

Another requirement, critical and frequently difficult or even impossible to meet, is keeping the deadline of six months from the date of the last verdict given in a case.⁴³ In the assessment whether the deadline has been kept, the verdicts concerning the measures which may effectively lead to the elimination of consequences of a violation of the Convention.⁴⁴ 'The period of six months shall begin on the next day (...) following reporting the verdict to the applicant or their lawyer (...) The course of six months shall be considered disrupted by the first letter of the applicant that briefly presents the subject matter of the complaint, providing a long period of waiting for complaint supplementing does not follow it'.⁴⁵ A lapse of six calendar months marks the deadline.

In the case of Mr. X's complaint the term runs from the day when the deportation order has been submitted to the plaintiff. It is easily noticeable that in this case the term of six months has been markedly overrun. However, according to the jurisdiction of the Commission and of the Court allowing a complaint to be examined despite the lapse of six months is possible but 'exclusively after unambiguous and convincing evidence has been presented, which points to the existence of the extraordinary circumstances that according to the generally recognised principles of international law lift the obligation of keeping the deadline'.⁴⁶ It is uncommon for the Court to allow the examination of a complaint that has been submitted with the overrun of the required term.⁴⁷ Since the term in the case of Mr. X was overrun, I was forced, invoking the extraordinary circumstances of the case, to substantiate that it was not possible to submit a complaint before the lapse of six months. I highlighted the fact that a possibility of complaint submission on time had existed only at the time when the X family found themselves in Turkey following the deportation. Mr. X's wife is illiterate and he is not highly educated, either. The critical argument is, however, that complaint submission at the time when they were constantly kept under surveillance by the state security, taken for interrogation and tortured, would have created to high a risk for them.

Another crucial requirement for a complaint to be admissible is the obligation of exhausting all accessible appeal measures provided by the law in the matters to which a complaint pertains (Article 35, paragraph 1 of the Convention).

The mechanism of supervision established in the Convention is subsidiary in relation to the legal systems in the states — parties to the Convention, thus the Court cannot be treated as an appeal instance. The defendant state should have an opportunity to redress the damage within its internal legal system before it might be examined by the Court.⁴⁸ In other words 'the obligation of exhausting home legal measures requires only

⁴² Article 35, paragraph 3 of the Convention.

⁴³ Article 35, paragraph 1 in fine of the Convention.

⁴⁴ Verdict in the *Boldt v. Sweden* Case, 6 November 1989, M.A. Nowicki [I], p.614.

⁴⁵ Verdict in the *West v. Great Britain* Case, 20 October 1997, M.A. Nowicki [I], p. 613.

⁴⁶ Verdict in the *K. v. Ireland* Case, 17 May 1984, M.A. Nowicki [I], p. 616.

⁴⁷ In the following cases: *X. v. Sweden* (13 June 1970, *Yearbook* 1970/13, p. 156), *X. v. Germany* (14 March 1969, *Yearbook* 3/1960, p. 304), *X. v. Germany* (5 March 1962, *Yearbook* 5/1962, p. 66), *Soltikov v. Germany* (5 April 1968, *Yearbook* 1968/11, p. 170), *H. v. Great Britain* (1983; based on A. Redelbach, *Strasbourg bližej*, Poznań 1996, p. 39.

⁴⁸ Verdict in the *Schouw Nielsen v. Denmark* Case (2 September 1959, *Yearbook* 1959/12), M.A. Nowicki [I], p. 600.

that the applicant in ordinary manner use the measures that seem effective, right and available'.⁴⁹

In the case under discussion, it is a grave charge that the home measures in Germany were not exhausted. This charge is made even more serious by the support of the verdict of the Court of 1980 in the case of *X. v. Germany*, in which the Court ruled that in order to meet the requirement of the exhaustion of all home legal measures in Germany, a person alleging a Convention violation had to move for complaint before the Federal Constitutional Court, yet, this measure was not used by the X family. In the circumstances, the only possibility is to indicate the extraordinary circumstances recognised by the international law which justify the failure in using home appeal measures. Invoking wrong advice from a lawyer or desisting from taking appropriate measures is not an efficient reason to decide that extraordinary measures justify the failure to exhaust domestic legal measures.⁵⁰ A similar problem appears as for the aforementioned term of six months following complaint submission.

In the analysis of the Court verdict, it must be stated that interpretation, in particular of Article 35 paragraph 1 of the Convention, tends to be clearly restrictive. Worth quoting is an excerpt from the verdict of the *Bahaddar v. the Netherlands case*:⁵¹ 'Although the absolute ban on torture or inhuman or degrading treatment included in Article 3 of the Convention is an absolute in matters related to expulsion, the applicant invoking this article is not, as is the case with any other matters, freed from utilising available and effective home measures'. It is a serious problem for the applicant to prove that they have not had a possibility of responding to competent agencies in the defendant state in a manner that would make the Court consider this as a sufficient and appropriate justification. In the complaint form, there is a question whether there is any appeal measure accessible to the applicant that has not been used and if so, it must be explained why.

In the complaint of the X family, I have justified this by stating that an attempt at utilising an appeal measure during their sojourn in Turkey was virtually bound to fail. It would have been impossible to find a lawyer who would have undertaken helping a Kurdish family on the territory of this country because of the high risk involved. It must also be remembered that the X family are Muslim. An attempt at using appeal measures would have meant the necessity of revealing that Mrs. X was raped and women who are rape victims are treated as shamed in the Muslim community and consequently excluded from it. No lawyer would have undertaken to represent such a woman as they would have been exposed to at least social ostracism.

To Sum up the above analysis of admissibility conditions, one must point out the fact that a complaint will not be considered admissible and the Court will not begin examining it as to the substance unless all of the admissibility conditions are fulfilled. In such a case, the proceedings before the Court are ended at the stage of examining complaint admissibility and a decision is issued not to allow for further procedure.

2. Submission of a notice of a violation of the provisions of the Pact of Civil and Political Rights to the United Nations Commission on Human Rights constitutes an alternative for the Strasbourg system (on the grounds of the Facultative

⁴⁹ Verdict in the *Storksén v. Norway Case* 5 July 1994, M.A. Nowicki [I], p. 602.

⁵⁰ Verdict in the *Soltikov v. Germany Case*, see footnote 47.

⁵¹ Verdict of 19 February 1998, M.A. Nowicki [I], p. 599.'

Protocol,⁵² which has enabled the Commission acceptance and examination of notices from individuals claiming that they are victims of violation of the rights specified in the Pact).

The system of human rights protection, as provided for by the Pact of Civil and Political Rights, as well as the possibility of submitting individual complaints to the Commission on Human Rights are significantly less popular than that provided for by ECPHR. One of the reasons may be that verdicts of the European Court of Human Rights are legally binding for states. The proceedings before the Commission on Human Rights, however, are finalised by expressing an opinion as to whether a violation of human rights has taken place. Such an opinion is not binding for states and is only a recommendation."

Like in the case of the complaint submitted to the Court of Human Rights, it should be examined if Germany is a party to the Pact of Civil and Political Rights and whether it has ratified the Facultative Protocol.

The state of Germany has ratified the Pact and the Facultative Protocol, yet with the reservation that it does not recognise the competence of the Commission on Human Rights in the matters that has already been settled in other international procedures.

That clause might be viewed as controversial. First and foremost, it must be considered what the meaning of the phrase 'a case has already been settled' means. It means that an agency of international supervision (e.g. the European Court of Human Rights) has already given a verdict in a given case to the benefit or to the prejudice of the applicant. However, should a case be considered settled by that agency if it has been submitted to some other international procedure but has been struck for procedural reasons? If a complaint submitted to the Court in Strasbourg has been deemed ill-founded following its settlement as for substance, when the agency rules that no violation of a right has taken place to which the applicant refers, i.e. after a positive outcome of the control procedure as for its formal admissibility, then the applicant cannot utilise any other international procedure to protect their rights. If, however, a complaint has been struck for procedural reasons, it is possible to utilise another international procedure provided that the defendant state is a party to the applicable convention and possible protocols thereto.

In the *Casanovas v. France* case, the Commission on Human Rights in Geneva ruled that the case was admissible which had previously been struck by the European Commission on Human Rights due to the fact that the Convention did not provide for the protection of the law the violation of which was alleged in the complaint application. The members of the Commission on Human Rights support the view that inadmissibility for exclusively procedural reasons does not hinder examination of a case by the Commission.

As for the facts of the case under discussion, the state of Germany cannot declare that it does not recognise the competence of the Commission in the case until it has been struck by the Court on its list of cases for reasons other than procedural.⁵³ Striking of the case by the European Court of Human Rights for procedural reasons will not mean then that it has already been submitted for some other international procedure, thus, it may be referred to another agency of international control, e. g. to the Commission on Human Rights.

⁵² Dz.U. 1994, No 23, item 80.

⁵³ Base d on: A. Michalska, *Skarga o naruszenie praw czlowieka do Komitetu Praw Czlowieka*, Warsaw 1995, p. 6.

⁵⁴ Article 37, paragraph 1 of the Convention.

In principle, the charge against the state of a Germany has not been altered but the legal basis thereof is different.

Article 7 of the Pact of Civil and Political Rights contains a ban on torture and inhuman, cruel or degrading treatment, which is also the case of Article 3 of ECPHR.⁵⁵ There is also similarity in reference to the conditions of admissibility of a complaint to the Commission on Human Rights as compared with a complaint submitted to the Court in Strasbourg. A right to apply is restricted to individual persons. A complaint may be submitted on behalf of a victim, should it seem that they are incapable of submitting a complaint.⁵⁶ A complaint cannot be anonymous. It is required that the author of a complaint be subject to the jurisdiction of the state against which the complaint is charged but it is admissible to lodge a complaint against a country to whose jurisdiction the author was subject at the time of the violation of their rights. It is inadmissible to abuse the right to apply or a situation when a complaint is in conflict with the provisions of the Pact or pertains to violations of rights not specified therein. It is also required to exhaust home appeal measures.

So far, the conditions of admissibility have not deviated from those required in the proceedings before the Court of Human Rights described above.

Yet, the crucial difference pertains to the question of the **term** of complaint admissibility. In the procedure of examination of a complaint admissibility to the Commission on Human Rights, there is no term provided for which might be posed time restrictions on the possibility of the submission thereof. This may be interpreted as a facilitating factor in relation to the six-month term of the submission of a complaint to the Court of Human Rights. This facilitation may be utilised in two cases. First, when all conditions of admissibility has been met but the term of the submission of a complaint to the Court in Strasbourg has lapsed. Second, when a complaint submitted to the Court of Human Rights has been struck for procedural reasons.

In the case of the X family, a still problematic issue is not exhausting home measures which is required if a complaint is to be accepted by the Commission. In the case of striking thereof by the Court and a possible submission of the case to the Commission, the argumentation that justifies the impossibility of meeting this requirement would be identical with that described above.

5. Closing Remarks

To summarise this discussion, it should be emphasised once more that the system of human rights observance supervision in Europe is subsidiary in relation to the home systems of the states — parties to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Pact of Civil and Political Rights. This means that the European Court of Human Rights in Strasbourg and the United Nations Commission on Human Rights cannot be treated as instances of appeal against verdicts of home courts. Submission of a complaint to those agencies is extremely formalised. In the process of preparation of a complaint, it should at all times be examined whether the conditions of application admissibility have been fulfilled with special consideration for the **term** (in the case of the European Court) and the question of the

⁵⁵ A wider applicability of this article results from a ban on conducting a medical experiment.

⁵⁶ *The Regulations of the Commission of Human Rights*, article 90.

exhaustion of the available home measures. A great number of cases pertaining to the violation of human rights are considered inadmissible for examination by the Court and the Commission precisely for procedural reasons, which is often considered unfair taking into consideration the suffering on the part of persons whose rights have been violated. However, such a development in the procedure seems necessary for the benefit of the efficiency of the supervision carried out by those agencies and the internal stability of the court systems of the states — parties to the European Convention of Human Rights and the Pact of Civil and Political Rights.

Катажина Клер
студентка III курса
Юридического Факультета

ИЗБРАННЫЕ АСПЕКТЫ ВНЕСЕНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНОЙ ЖАЛОБЫ В ЕВРОПЕЙСКИЙ ТРИБУНАЛ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И КОМИТЕТ ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

I. Введение

Одной из секций Юридической Консультации Йегеллонского Университета является Секция прав человека. Во время моего участия в этой программе мне Довелось заниматься делом Господина и Госпожи Х.¹ Несмотря на то, что ни один международный орган, занимающийся правами человека еще не довел производства по этому делу до конца, оно уже является подходящим примером для наглядного представления европейской системы защиты прав человека, действующих процедур, а также барьер, появляющихся во время приготовления жалобы. Примечательно то, что я ознакомилась с фактами постепенно. Сначала ситуация была представлена поверхностно и сокращенно. Я собирала информацию почти год и до сих пор мне не ясны некоторые вопросы. Это дело является хорошим примером того, какой серьезной проблемой во время составления жалобы может быть сборка информации, необходимых для формулировки аргументов. Документация фактов это трудная задача, особенно потому что требует сотрудничества многих людей и институций.

II. Факты

Турецкий гражданин, курд по национальности, в связи с преследованиями, которым подвергся в стране происхождения, как со стороны турецких войск, так и со стороны Партии Трудящихся Курдыстана (ПТК), решил покинуть страну вместе со своей женой и четырьмя детьми. Они направились в Германию, куда попали в октябре 1992 г. и подали заявление о предоставлении статуса беженца. По истечении двух с половиной лет получили отказ. Представляющий их юрист внес апелляцию, но решение второй инстанции также было отрицательное, а заявление

¹ Имена клиентов Секции прав человека засекречены, чтобы уберечь их от угрозы потери жизни, здоровья, а также чтоб защитить их личные блага.

было узнано безосновательным. Долгая переписка между адвокатом и немецким судом не принесла результатов и адвокат не использовал возможности внесения жалобы в Федеративный Конституционный Трибунал. В производстве по делам беженцев жалоба является последним средством проверки решения второй инстанции. Поскольку жалоба имеет суспензионное действие, исполнение решения о депортации было бы приостановлено до момента решения Трибунала, а если бы Трибунал пришел к выводу, что суд последней инстанции нарушил право, то депортации не было бы вообще.

Однажды ночью, в октябре 1995 г., к ним домой явилась полиция, вручила решение о депортации и немедленно забрала всю семью на самолет, который привез их в Турцию. Немецким властям наверняка было известно о том, что курды в Турции подвергаются преследованиям. Рапорты¹ Human Rights Watch и Amnesty International многократно представляли ситуацию и настроения, господствующие в то время в Турции, в связи с проживанием курдов на ее территории. Следовательно, в случае их возвращения, существовала высокая вероятность угрозы для жизни целой семьи.

Сразу же из аэропорта турецкая полиция забрала их на допрос. Во время допроса, который длился несколько часов, их спрашивали о контактах с представителями ПТК в Германии, а потом отвезли домой.

Они провели в Турции три года — с октября 1995 г., до октября 1998 г. Этот период в их жизни был связан с постоянными опасениями и борьбой за выживание. Армия часто устраивала облавы и обыски в их доме, подозревая Господина X в сотрудничестве с ПТК. С другой стороны, отделы ПТК тоже „проедывали„ семью, требуя предоставления жилья и еды, угрожая, что в случае отказа семья будет преследована. Тестя Господина X избили, когда он пытался защитить свою невестку от избиения. Состояние ее здоровья ухудшалось.

Господина X и его жену несколько раз допрашивала армия. Допросы длились по несколько дней, Господина X били и пытали. Супругов держали в отдельных камерах и они не знали ничего о судьбе друг друга. По отношению к ним применялись изощренные пытки. Жену Господина X несколько раз изнасиловали солдаты, при этом сильно ее избивая. После допросов их вывозили за город и оставляли на дороге. Эти ситуации многократно повторялись.

Их жизнь была настолько невыносима, что семья еще раз решила рискнуть бежать. Они покинули страну в октябре 1998 г. Через несколько дней они очутились на немецкой границе и были отосланы в Польшу, поскольку немецкие власти безоговорочно запретили им возвращаться на территорию Германии.

Вследствие чего, они очутились на территории Польши, где немедленно подали заявление по предоставлению статуса беженца. В первой инстанции Министр Внутренних Дел и Администрации отказал предоставить семье X статус беженцев, ссылаясь на недостаточную убедительность обстоятельств и приводя пример отказа немецких властей, как основной аргумент своего обоснования. Министр к тому же отметил, что вероятной причиной бегства семьи были экономические причины

¹ На основании Human Rights Watch World Report 1994, с. 243-246; 1993, с. 252-259; 1996, с. 239-245; Country Reports on Human Rights Practices for 1995, US Department of State, с. 1060.

и поэтому она не исполняет критериев статьи 1 А, пункт 2 Женевской Конвенции.³ Господа Х внесли апелляцию в Совет по делам беженцев, возражая, что Министр не принял во внимание ряд важных обстоятельств. К апелляции были приложены статьи из газет и другие документальные источники, свидетельствующие о гонениях, которым в Турции подвергаются депортированные из Германии курды. Рассматривая апелляцию Совет учел точку зрения органа первой инстанции и дополнительные материалы; потребовал проведения медицинского обследования, как доказательства, что жена Господина Х подвергалась пыткам. Это доказательство подтвердило показание Госпожи Х об изнасилованиях. В этой ситуации Совет не согласился с решением органа первой инстанции и пришел к выводу, что действия направленные против семье Х носят все характеристики преследования по национальным причинам, а следовательно она исполняет предпосылки статьи 1 А, пункт 2 Женевской конвенции. С точки зрения решения, принятого Советом в этой ситуации, не имеет значения, что заявление было подано только после передачи беженцев польской стороне, во время попытки нелегального пересечения границы, а не немедленно после приезда на территорию Польши. Необоснованной была также вспомогательная ссылка на решение немецких властей о депортации и сделанный на этом основании вывод, что опасности не существует. Совокупность всех обстоятельств свидетельствует о том, что немецкие власти, принимая решение о депортации, неправильно оценили степень грозящей беженцам опасности, а к решениям других властей надо относиться с большой осторожностью. В конце концов, в начале 2000 г. семья Х получила статус беженца в Польше.

III. Правовые вопросы вытекающие из фактов

1. Объяснение понятия „пытка“

Описывая то, что происходило с семьей Х в Турции, я назвала действия армии и полиции „применением пыток“. Это понятие является юридическим термином, который по-разному интерпретируется в международноправовых документах и практике международных органов, контролирующих соблюдение прав человека.

Конвенция против пыток и другого бесчеловечного или унижительного обращения и наказания⁴ определяет пытки как всяческие осмысленные действия, причиняющие лицу сильную физическую или психическую боль или страдание, чтобы получить от него или от третьего лица информацию или признание, наказать его за поступок который оно или третье лицо совершило, или о совершении которого подозревается, или запугать его или третье лицо.⁵ Это действия, которые предпри-

³ Законодательный вестник 119 с 1991 г., поз. 515. Определение понятия беженца в статье 1А: „В настоящей Конвенции под термином „беженец“ подразумевается лицо, которое (...) в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений.“

⁴ Законодательный вестник 63 с 1989 г., поз. 378.

⁵ 1 статья Конвенции.

нимаются по каждой другой причине, основанной на дискриминации любого типа, если боль или страдание причиняет должностное лицо или другое лицо, действующее в официальном характере или по подстрекательству, разрешению или поручению такого лица.⁶

Из практики Европейского Трибунала прав человека можно выделить четыре понятия, вытекающие из содержания 3 статьи Европейской конвенции о защите прав человека (ЕКПЧ).⁷ Это пытки, унижительное обращение, бесчеловечное обращение, унижительное наказание. В деле *Aksoy v. Турция*⁸ пытки определено как сознательное, жестокое и бесчеловечное обращение, приводящее к очень сильным страданиям, причиняемое преднамеренно. В греческом деле⁹ Европейская комиссия по правам человека обратила внимание на так называемые „нефизические пытки“, которые состоят в причинении психических страданий, причиняя боль и вызывая стресс при помощи средств иных, чем физическое посягательство на человека (например угроза мести семье). Решения Трибунала в делах *Aydin v. Турция*¹⁰ и *Yagiz v. Турция*¹¹ относятся к изнасилованию, которое, если совершено должностным лицом или лицом имеющим власть над заключенным, является обращением или наказанием, имеющим чрезвычайно серьезный характер. Трибунал также обратил внимание на унижительный характер изнасилования, которое противоречит фундаментальным понятиям человеческого достоинства и свободы. Изнасилование, особенно совершенное лицом имеющим власть над жертвой—это исключительно жестокое посягательство на физическую и психическую целостность и связано с тяжелым страданием. Комиссия пришла к выводу, что такое изнасилование является пыткой.¹² Было также много решений на тему других, упомянутых выше действий, которые не являются пытками, но нарушают 3 статью ЕКПЧ и связаны с описанным случаем. Примером может послужить решение *Ирландия v. Великобритания*,¹³ в котором Трибунал пришел к выводу, что обращение является унижительным, если вызывает чувство страха и унижения, которое может закончиться психической или физической болезнью.¹⁴

В деле *Tekin v. Великобритания*¹⁵ Комиссия представила свое мнение на тему бесчеловечного обращения. Это такое обращение, которое причиняет серьезные телесные повреждения, физические или психические страдания.

⁶ *Ibidem.*

⁷ Законодательный вестник 61 с 1993 г., поз. 284, с изменениями, введенными 11 Протоколом от 11.05.1994 г., Законодательный вестник 147 с 1998 г., поз. 926. Статья 3: Никто не может быть подвержен пыткам и другому бесчеловечному или унижительному обращению или наказанию.

* Решение *Aksoy v. Турция* (18.12.1996, *Yearbook* 39/1996, с. 308); см. также решение *Ирландия v. Великобритания* (18.01.1978, *Yearbook* 21/1978, с. 250).

⁹ Решение по греческому делу (*Greek Case*), (5.11.1969, *Yearbook* 12/1969)

¹⁰ Решение *Aydin v. Турция* 7.03.1996.

¹¹ Решение *Yagiz v. Турция* (16.05.1995, *Yearbook* 38/2995, с. 184).

¹² *Ibidem.*

¹³ Решение *Ирландия v. Великобритания*, см. *in fine*

¹⁴ См. также решения по делам: греческому (сноска 9) *Campbell & Cosans v. Великобритания* 25.02.1982, *Tyler v. Великобритания* (25.04.1978, *Yearbook* 21/1978, с. 396).

¹⁵ *Tekin v. Великобритания* (18.01.1978, *Yearbook* 21/1978, с. 612).

2. Правило *non-refoulement*¹⁷ и категоричный характер 3 статьи ЕКПЧ

В деле семьи X выступают все предпосылки, свидетельствующие о том, что был нарушен запрет депортации беженцев в страну, где им грозит опасность (так называемое правило *non-refoulement*). Это правило появилось и было использовано уже во время первой мировой войны, но только во время второй мировой войны превратилось в норму права беженцев.¹⁷ Теперь оно является не только нормой права беженцев, но и международного права в целом. На основании 3 статьи ЕКПЧ Штрасбургский трибунал прав человека сформулировал норму, запрещающую Депортировать беженца с территории данного государства. В 1949 г. Экономический и Социальный Совет ООН учредил Специальный комитет, который должен был исследовать необходимость создания конвенции о статусе беженцев и апатридов, а также приготовить проект такой конвенции. Комитет пришел к выводу, что ни одно государство не имеет права депортировать беженца или возвращать беженца на границу государства, в котором его жизни или свободе угрожает опасность вследствие его расы, религии, национальности или политических убеждений. Эта норма считалась настолько фундаментальной, что изначально не допускала никаких исключений. Только в 1951 г. во время Конференции Уполномоченных Представителей ООН, в эту норму был включен второй параграф, который гласил: „Это постановление, однако, не может применяться к бженцам, которые в силу уважительных причин угрожают безопасности страны, в которой они находятся, или осужденным вошедшим в силу приговором в совершении особо тяжкого преступления и представляющим общественную угрозу.“ Обе вышеупомянутые нормы (принцип и исключение) в данный момент являются содержанием 33 статьи Женевской конвенции о статусе беженцев с 1951 г.¹⁸ Эта статья имеет более ограниченное применение, чем 3 статья ЕКПЧ, поскольку относится только к беженцам, а не ко всем людям, к тому же из-за существующих исключений не имеет категоричного характера.

ЕКПЧ безоговорочно запрещает депортировать иностранца, не связывая этого запрета с его поведением. В отличие от других материальных статей Конвенции и дополняющих ее Протоколов, 3 статья не предусматривает исключений. 15 статья пкт 2 также не дает государству оснований для несоблюдения этого запрета,¹⁹ что также свидетельствует о категоричном характере 3 статьи ЕКПЧ. Это подтверждено также целым рядом решений Европейского Трибунала, как на пример: *Soering v. Великобритания*,²⁰ *Cruz Varas v. Швеция*,²¹ *Vilvarajah* и другие *v. Великобритания*,²² *Chahal v. Великобритания*.²³

В последнем из приведенных примеров Комиссия не согласилась с утверждением государства, согласно которому в 3 статье можно найти подрозумеваемые ограничения, позволяющие депортировать беженца из соображений государственной безопасности, несмотря на существование реальной угрозы, что

¹⁷ На основе: G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford 1996, с. 117-121.

¹⁸ Шире на эту тему: *ibidem*, с. 117-171.

¹⁹ Законодательный вестник 119 с 1991 г., поз. 515.

²⁰ Решение по делу: *Soering v. Великобритания* (07.07.1989, Yearbook 32/1989, с. 179).

²¹ *Ibidem*.

²² Решение от 20.03.1991, Yearbook 34/1991, с. 196.

²³ Решение от 30.10.1991, Yearbook 34/1991, с. 236.

²⁴ Решение от 15.11.1996, Yearbook 39/1996, с. 273.

в стране назначения беженец может быть подвергнут пыткам, бесчеловечному или унижительному обращению или наказанию. Эти гарантии абсолютны и не предусматривают никаких исключений. Несмотря на то, что Трибунал признал существование в Конвенции тенденции поиска равновесия между всеобщими общественными требованиями и защитой основных прав индивидуума,²⁴ то в слушании по делу *Chahal* Комиссия подчеркнула, что: „если существует вероятность пыток, нет оснований чтоб связывать предоставление защиты с соображениями о государственной безопасности, поскольку это значительно снизит уровень защиты, гарантируемый Конвенцией. В этом отношении Конвенция предусматривает более широкую защиту, чем 33 статья Женевской Конвенции о статусе беженцев.“²⁵ Комиссия также отметила, что несмотря на то, что некоторые нежеланные лица воспользуются защитой государства-стороны Конвенции, то это не означает бессилия государства, так как по отношению к этим лицам применимо всеобщее уголовное право. Каждое государство имеет право контролировать въезд и выезд иностранцев на свою территорию, однако, если существуют серьезные основания предполагать, что депортация поставит жизнь или свободу беженца перед реальной опасностью, то депортировать его в такое место нельзя. Несмотря на то, является ли такое место страной происхождения или другой третьей страной. Депортация беженца в таких обстоятельствах обуславливает ответственность государства на основании 3 статьи ЕКПЧ.²⁶ Именно такими были обстоятельства, в которых Германия депортировала семью X на территорию государства их происхождения, в котором они были подданы пыткам и бесчеловечному обращению. Следовательно, Германия нарушила 3 статью ЕКПЧ, что обуславливает ее ответственность на основании этой статьи и описаной практики Трибунала.

IV. Органы защиты прав человека

С точки зрения фактов описанной ситуации, существуют как минимум два международных органа защиты прав человека, которые могли бы рассмотреть жалобу. Это Европейский Трибунал Прав Человека, учрежденный на основании Европейской Конвенции о защите прав человека, а также Комитет по правам человека ООН, который является органом quasi-судебным, учрежденным на основании Международного Пакта гражданских и политических прав.²⁷ Для того, чтобы внести жалобу, надо не только указать нарушение Международного Пакта гражданских и политических прав или Европейской Конвенции, необходимо также обосновать существование дополнительных предпосылок допустимости жалобы.

²⁴ См. сноску 19.

²⁵ На основе М.А. Новицкий, *Европейская конвенция по правам человека. Избранные решения Трибунала*, Варшава 1999, с. 41-48, в дальнейшем приводится как: М.А. Новицкий [J],

²⁶ На основе решения по делу *Scoring v. Великобритания*, *Cruz Varas v. Швеция*, *Chahal v. Великобритания*, см. сноски 19, 21, 23.

²⁷ Законодательный вестник 38 с 1977 г. поз. 167, приложение, 28 статья.

1. Индивидуальная жалоба, направленная в Европейский трибунал прав человека (на основании 34 статьи Европейской конвенции о защите прав человека²⁸).

До сих пор, до приготовления жалобы, надо было проверить является ли государство-ответчик стороной Конвенции, а также когда (если вообще) подписало Декларацию о признании юрисдикции Трибунала и права индивидуальной жалобы (статьи 25 и 26 старого текста Конвенции²⁹). Это было необходимо, поскольку контролирующие органы (Европейская комиссия по правам человека и Трибунал прав человека) не принимали жалоб против государства, которое не являлось стороной Конвенции; если ситуация произошла до ратификации Конвенции или; если государство, являясь стороной Конвенции, не подписало декларации признающей юрисдикцию Трибунала и право индивидуальной жалобы.

1 ноября 1998 г., на основании II Дополнительного протокола, наступила реформа контролирующей системы. Вместо Комиссии и Трибунала был учрежден единый Европейский трибунал прав человека, который компетентен рассматривать все индивидуальные жалобы. Его юрисдикция растягивается на все государства-стороны Конвенции, то есть жалобу можно внести против любого государства, которое ратифицировало Конвенцию, при условии выполнения остальных требований, которые будут описаны в дальнейшем.

Трибунал компетентен рассматривать индивидуальные жалобы направленные против Германии, поскольку она ратифицировала конвенцию. Это дало мне основания для формулировки обвинения Германии в нарушении 3 статьи Европейской конвенции в связи с депортацией курдов, имеющих турецкое гражданство, в страну происхождения. Стоит отметить, что причиной этого нарушения было небрежное отношение Германии к запрету депортации иностранцев в страну, где они могут быть преследованы, подвергнуты пыткам, бесчеловечному или унижительному обхождению или наказанию. Депортируя семью X в Турцию, Германия имела представление о грозящей им опасности. Human Rights Watch и Amnesty International³⁰ многократно призывали турецкое правительство к прекращению использования пыток. Несмотря на это пытки применяются и кажется, что правительство не до конца контролирует поведение службы безопасности. Следовательно, можно считать, что действия немецких властей и депортация семьи X в Турцию является нарушением международного права. В решении по делу Campbell и Cosans v. Великобритания³¹ Трибунал пришел к выводу, что реальная и непосредственная угроза пыток, может причинять настолько сильное страдание, что его можно считать обращением как минимум бесчеловечным. В рапорте по делу против Швеции Комиссия пришла к выводу, что депортация кого-либо в страну, в которой с данным лицом (как оно само утверждает) плохо обращались, может быть причиной серьезного психического потрясения, которое невозможно совместить с содержанием 3 статьи Конвенции.³²

²⁸ 34 статья Конвенции: Трибунал может принимать жалобы от каждого индивидуального лица, внесправительственной организации или группы лиц, которые считают себя жертвами нарушения одним из Высоких Договаривающихся Сторон, прав гарантированных в Конвенции или в Протоколах. Высокие Договаривающиеся Стороны обязываются ни коим образом не мешать эффективной реализации этого права.

²⁹ Законодательный вестник 61 с 1991 г. поз. 284.

³⁰ См. сноску 2.

³¹ См. сноску 14.

³² См. сноску 21.

Условия допустимости жалобы

После того как обвинение сформулировано и обосновано, можно анализировать установленные в Конвенции условия допустимости жалобы.

Жалобу в Трибунал может направить каждое лицо, непосредственно или посредственно затронутое нарушением." В решении по делу *Mendes Godinho e Filhos v. Португалия*³⁴ Трибунал пришел к выводу, что „для того, чтобы истец мог требовать признания себя потерпевшим, в результате нарушения Конвенции, это нарушение должно касаться его непосредственно." Факты свидетельствуют о том, что истец (Господин Х) является непосредственно потерпевшим по поводу нарушения Конвенции.

Кроме потерпевшего жалобу может направить также лицо, которое, на основании внутреннего законодательства страны, имеет право представлять интересы потерпевшего.³⁵ В этом случае необходимо, чтобы представитель оказал полномочие на внесение жалобы от имени потерпевшего.³⁶ Согласно 36 статье пкт 3 Устава Трибунала, если жалоба допустима, то интересы потерпевшего для блага процедуры и на каждом заседании Палаты Трибунала должен представлять адвокат. Любое другое лицо может представлять интересы потерпевшего только в том случае, если Председатель Палаты выразит свое согласие. В данной ситуации я, являясь представителем Господина Х, приготовила жалобу и вела официальную переписку с Канцлером Трибунала. Если жалоба будет допустимой, то на основании статьи 36 пкт 4 а) Устава дело должен будет вести адвокат, имеющий лицензию на юридическую практику в одном из государств-сторон Конвенции, разве что председатель Палаты разрешит мне вести дело Господина Х также в дальнейшем.

Дело не может быть анонимным, тождественным с делом уже рассмотренным Трибуналом или с делом, которое рассматривается или решается на основании другой международной процедуры.³⁷ Для того, чтобы это условие было выполнено истец должен известить Трибунал о своем имени и фамилии."³⁸ Более того, Европейская комиссия считает, что даже если в жалобе нет фамилии ее автора, но на основании содержащихся в ней фактов можно установить его личность, то жалоба не является анонимной."³⁹ Однако, если истец по каким-либо причинам (например опасаясь преследований государства-ответчика) не желает огласки своей личности, то должен это четко обосновать в жалобе. Засекречивание данных является нарушением правила публичного доступа к информации на тему судебных разбирательств Трибунала.

В жалобу Господина Х были включены его данные.

По поводу недопустимости рассмотрения жалобы, которая находится в рассмотрении другой международной процедуры по решению споров,

³⁴ ЕКПЧ, 34 статья, 1 предложение.

³⁵ М.А. Новицкий [I], с. 579, *op. cit.*

³⁶ Решение *Skjoldager v. Швеция* не опубликованное, М.А. Новицкий [I], с. 587.

³⁷ 36 статья, пкт 1 и 4 в связи с 45 статьей пкт 1 Устава Европейского трибунала прав человека. Перевод с английского и французского оригиналов, с учетом переводов устава старого Трибунала, М.А. Новицкий, Европейская конвенция прав человека, т. II, с. 99, далее цитируемое как М.А. Новицкий [II].

³⁸ 35 статья, пкт 2, б) Конвенции.

³⁹ 47 статья, пкт 1 а) Устава Европейского трибунала прав человека.

⁴⁰ 47 статья, пкт 3, М.А. Новицкий [III].

Комиссия сочла, что „ это противоречило бы букве и духу Конвенции, если бы одной и той же проблемой одновременно занимались два различные международные Учреждения".⁴⁰

Дело господина X не было поддано никакой другой международной процедуре, в связи с чем вышеупомянутое условие выполнено.

Недопустимы жалобы неподлежащие защите Конвенции или относящиеся к фактам, происшедшим до ратификации Конвенции.⁴¹ Предметом жалобы Господина X была угроза нарушения его права на жизнь (вследствие депортации в Турцию) гарантированного 3 статьей Конвенции. Поскольку депортация (как уже говорилось) произошла после ратификации Германией Конвенции, то это условие тоже выполнено. Жалоба не может быть очевидным образом необоснована и не может быть следствием злоупотребления права внесения жалобы.⁴²

Очень важным и часто трудным для реализации условием является необходимость соблюдения 6 месячного срока на внесение жалобы, с момента выдачи последнего решения по делу.⁴³ Оценивая соблюдение срока надо принять во внимание сроки относящиеся к решениям, которые могли бы предотвратить последствия нарушения Конвенции.⁴⁴ „Действие 6 мес. срока начинается со следующего дня (...) после ивещения о таком решении истца или его адвоката. Течение 6 мес. срока прекращается в моменте внесения первого письма, в котором истец описывает свою жалобу, при условии, что после этого не наступает долгий период ожидания дополнительных информации".⁴⁵ По прошествии 6 календарных месяцев срок истекает.

В случае жалобы Господина X течение срока началось с момента вручения ему решения о депортации. Нетрудно заметить, что в этом случае условие соблюдения 6 мес. срока было значительно нарушено. Однако по решению Комиссии и Трибунала принятие жалобы, с нарушением 6 мес. срока возможно, при условии „если будут представлены ясные и убедительные доказательства существования чрезвычайных обстоятельств, которые, согласно с общепринятыми правилами международного права, освобождают от обязанности соблюдения срока".⁴⁶ Трибунал очень редко соглашается рассматривать жалобы, которые внесены с нарушением предвиденного срока.⁴⁷ Поскольку в деле Госпадина X срок на внесение жалобы был нарушен, мне пришлось, ссылаясь на чрезвычайные обстоятельства, доказать, что внесение жалобы в течении 6 месяцев было невозможным. Я обратила внимание Трибунала на то, что такая возможность существовала только после депортации семьи в Турцию. Господин X не является особенно образованным человеком, а его жена неграмотна. Однако самым важным аргументом было то, что внесение жалобы в то время как их семья была под

* Решение по делу *Rauger v. Австрия*, М.А. Новицкий [I], с. 107.

⁴¹ 35 статья Конвенции.

⁴² 35 статья, пкт 3 Конвенции.

⁴³ 35 статья пкт 1 in fine Конвенции.

⁴⁴ Решение *Boldt v. Швеция*, 06.11.1989, М.А. Новицкий [I], с. 614.

⁴⁵ Решение *West v. Великобритания*, 20.10.1997, М.А. Новицкий [I], с. 613.

⁴⁶ Решение *K. v. Ирландия*, 17.05.1984, М.А. Новицкий [I], с. 616.

⁴⁷ В решениях: *X v. Швеция* (13.06.1970, *Yearbook* 13/1970, с. 156), *X v. Германия* (14.03.1960, *Yearbook* 3/1960, с. 304), *X v. Германия* (05.03.1962, *Yearbook* 5/1962, с. 66), *Soltikov v. Германия* (05.04.1968, *Yearbook* 11/1968, с. 170), *H v. Великобритания* (1983), на основе: *A. Redelbach, Штрассбург ближе*, Познань 1996, с. 39.

постоянным наблюдением специальных служб — на частых допросах и пытках — было слишком опасным.

Следующим, очень важным условием допустимости жалобы является использование всех возможных апелляционных мер, предвиденных правом для данного случая (35 статья пкт 1 Конвенции).

Контрольный механизм установленный Конвенцией имеет вспомогательный характер, по отношению к правовым системам государств-сторон Конвенции и, поэтому, нельзя рассматривать Трибунал как апелляционную инстанцию. Государство должно иметь возможность исправить свои ошибки до того, как дело будет передано Трибуналу.⁴⁸ Иначе говоря, „требование использования всех апелляционных мер, доступных в стране, означает только то, что истец должен нормальным образом прибегнуть к мерам, которые на первый взгляд являются эффективными, соответствующими и доступными“.⁴⁹

В анализируемой ситуации важным аргументом против допустимости является то, что доступные в Германии апелляционные меры не были использованы. Этот аргумент является очень важным, особенно потому, что Трибунал придерживается такого мнения в своих решениях. Например в деле *X v. Германия* с 1980 г. Трибунал заявил, что для исполнения требования по исчерпанию всех доступных в Германии юридических мер, лицо, утверждающее, что Конвенция была нарушена, должно внести жалобу в Федеративный Конституционный Трибунал. Семья X не использовала эту меру. В такой ситуации необходимо указать существование чрезвычайных обстоятельств, признанных международным правом, которые бы обосновывали неиспользование апелляционных мер, доступных в стране. Неправильный совет адвоката или отказ от внесения апелляции еще не являются достаточными аргументами, обосновывающими существование чрезвычайных обстоятельств, оправдывающих невнесение апелляции.⁵⁰ Похожая проблема появляется также в связи с 6 мес. сроком внесения жалобы.

На основании анализа решений Трибунала прослеживается тенденция ограничивающей интерпретации 35 статьи пкт 1 Конвенции. Стоит в этом месте процитировать фрагмент решения по делу *Bahaddar v. Голландия*:⁵¹ „Несмотря на то, что находящийся в 3 статье запрет пыток и бесчеловечного обращения, в делах относящихся к депортации (также как и во всех остальных делах), имеет категоричный характер, лица, вносящие жалобы на основании этой статьи, не освобождены от обязанности использования апелляционных мер, доступных и эффективных в данной стране.“ Для истца обоснование, что он не имел возможности обращения в соответствующие органы государства-ответчика, таким образом, чтоб Трибунал сочел это достаточным, всегда является большой проблемой. В бланке жалобы содержится вопрос о существовании апелляционных мер, которых истец не использовал. Если такая ситуация имела место, то следует объяснить почему так произошло.

В жалобе семьи X я объяснила это тем, что попытка использования апелляционной меры во время пребывания в Турции была практически невозможна. Нет такого юриста, который согласился бы помочь курдской семье на территории

⁴⁸ Решение *Schouw Nielsen v. Дания* (02.09.1959, Yearbook 2/412), М.А. Новицкий [I], с. 600.

⁴⁹ Решение *Storksen v. Норвегия*, 05.07.1994, М.А. Новицкий [I], с. 602.

⁵⁰ Решение *Soltikov v. Германия*, см. сноску 47.

⁵¹ Решение с 19.02.1998, М.А. Новицкий [I], с. 599.

этого государства, поскольку ему грозила бы слишком большая опасность. Стоит также помнить о том, что семья X — это мусульмане. Для использования апелляционных мер пришлось бы обнаружить, что Госпожу X изнасиловали. Женщины-жертвы насилия в исламском обществе считаются опозоренными и исключаются из общества. Ни один юрист не решился бы защищать такую женщину, поскольку был бы подвергнут как минимум общественному изгнанию.

В заключении анализа условий допустимости следует отметить, что жалоба не будет считаться допустимой и Трибунал не перейдет к рассмотрению дела по существу, если хотя бы одно из условий допустимости не будет исполнено. В этом случае процесс заканчивается на этапе проверки допустимости жалобы и выдаче решения о недопустимости к дальнейшей процедуре.

2. Заявление о нарушении положений Пакта гражданских и политических прав, направленное в Комитет по правам человека ООН является альтернативой для штрассбургской системы (на основании Факультативного Протокола,⁵² который дал Комитету по правам человека возможность приема и рассмотрения заявлений лиц, утверждающих, что они являются жертвами нарушения находящихся в Пакте прав).

Система защиты прав человека, предусмотренная Пактом гражданских и политических прав и возможность внесения индивидуальной жалобы в Комитет по правам человека гораздо менее популярны, чем система установленная ЕКПЧ. Одной из причин этого является факт, что решения Европейского трибунала имеют юридическую силу для государств, тогда как производство в Комитете по правам человека заканчивается выражением мнения по поводу нарушения прав человека. Такое мнение ни к чему не обязывает государства и имеет только форму рекомендации.⁵³

Также как и в случае жалобы, направленной в Трибунал прав человека, следует проверить, является ли Германия стороной Пакта гражданских и политических прав и ратифицировала ли Факультативный протокол.

Германия ратифицировала Пакт и Протокол, но с оговоркой, что не узнает компетенции Комитета по правам человека в случае дел, по которым было вынесено решение на основании другой международной процедуры.

Эта оговорка является причиной разногласий в первую очередь из-за значения понятия решения дела на основании другой международной процедуры, то есть, что другой контролирующей орган (например Европейский трибунал прав человека) вынес по данному делу решение в пользу или против истца. В таком случае, как следует оценить дело, которое находилось под рассмотрением другой международной процедуры и было отброшено по формальным причинам? Если Европейский трибунал прав человека, после проведения существенной оценки жалобы, придет к выводу, что не имело место нарушение права (то есть если стадия формальной проверки завершится положительно), тогда истец уже не может использовать для защиты своих прав никакую другую форму международного контроля. Однако если жалоба была отброшена по формальным причинам, то истец может прибегнуть к другой международной процедуре, при условии, что

⁵² Законодательный вестник 23 с 1994 г., поз. 80.

⁵³ На основе А. Михальская, *Жалоба на нарушение прав человека, внесенная в Комиссию по правам человека*, Варшава 1995, с. 6.

государство-ответчик является стороной данной конвенции и соответствующих протоколов.

В деле *Casanovas v. Франция* Женевский комитет по правам человека принял к рассмотрению жалобу, которую Европейский трибунал отбросил, так как Конвенция не гарантировала права, на нарушение которого жаловался истец. Члены Комитета по правам человека сошлись во мнении, что недопустимость по чисто формальным причинам не мешает Комитету принять жалобу на рассмотрение.

Возвращаясь к анализируемому случаю Германия не может отклонять компетенцию Комитета по этому делу, пока оно не будет вычеркнуто из списка дел Трибунала по поводу любых других причин, кроме формальных.⁵⁴ Отклонение жалобы по формальным причинам не будет означать, что жалоба была рассмотрена международным органом, следовательно, ее можно будет направить в другой орган международного контроля, например в Комитет по правам человека.

Аргументы, направленные против Германии, в принципе, остаются без изменений. Меняется только юридическое основание.

7 статья ПГПП содержит запрет пыток и бесчеловечного, жестокого или унижительного обращения или наказания — аналогично 3 статье ЕКПЧ.⁵⁵ Существует также подобие между условиями допустимости внесения жалобы в Комитет по правам человека и в Европейский трибунал прав человека. Право внесения жалобы имеют только индивидуальные лица. Можно внести жалобу от имени жертвы нарушения, если существуют основания предполагать, что она не в состоянии сделать этого самостоятельно.⁵⁶ Жалоба не может быть анонимной. Автор жалобы должен подпадать под юрисдикцию государства, против которого вносит жалобу, но допустимо также внесение жалобы против государства, под юрисдикцию которого истец подпадал в моменте нарушения его прав. Недопустимо злоупотребление права внесения жалобы, а так же жалоба, противоречащая положениям Пакта или относящаяся к нарушениям прав, не установленных в Пакте. Необходимо также использование внутригосударственных апелляционных мер.

Описанные мною до сих пор условия внесения жалобы в Комитет по правам человека не отличаются от условий внесения жалобы в Трибунал прав человека.

Принципиальная разница существует в вопросе срока допустимости жалобы. Процедура рассмотрения жалобы Комитетом по правам человека не предвидит никакого срока, ограничивающего во времени возможность внесения жалобы, что можно сочесть значительным облегчением по сравнению с 6 мес. сроком внесения жалобы в Трибунал прав человека. Такое облегчение можно использовать в двух случаях. Во-первых, тогда, когда все формальные условия выполнены, но прошел срок внесения жалобы в Штрасбургский трибунал. Во-вторых, в том случае, если жалоба внесенная в Трибунал, будет отброшена по формальным причинам.

8 деле семьи X проблемой является неиспользование внутригосударственных апелляционных мер, что необходимо для принятия жалобы Комитетом. Если Трибунал отбросит жалобу и придется внести ее в Комитет, то обоснование неисполнения этого условия будет такое же, как вышеупомянутое.

⁵⁴ Конвенция, статья 37, пкт 1.

⁵⁵ Более широкие границы этой статьи объясняются запретом проведения медицинских экспериментов.

⁵⁶ Устав Комитета по правам человека, 90 статья.

V. Заключительные замечания

В заключении еще раз следует отметить, что контрольная система соблюдения прав человека в Европе является системой вспомогательной по отношению ко внутригосударственным правовым системам сторон Европейской конвенции о защите прав человека и Пакта гражданских и политических прав. Это означает, что нельзя рассматривать Европейский трибунал прав человека и Комитет по правам человека ООН как апелляционную инстанцию от решений внутригосударственных судов. Процесс внесения жалобы в эти органы очень формальный. При подготовке жалобы всегда надо тщательно проверить исполнены ли условия допустимости жалобы, обращая особое внимание на срок (в случае Европейского трибунала) и условия использования доступных в стране апелляционных мер. Трибунал и Комитет отбрасывают большее количество дел по нарушению прав человека именно по поводу процессуальных причин, что часто воспринимается со стороны жертв нарушения прав человека как несправедливость, особенно, принимая во внимание их мучения. Однако такая постановка процедуры кажется необходимой с точки зрения слаженности проводимого этими органами контроля, а также с точки зрения внутренней стабильности судебной системы государств-сторон Европейской Конвенции о защите прав человека и Пакта гражданских и политических прав.

В. ЯКИВИЧУК

В статье 37 Конституции СССР... В законе не предусмотрено... Комитет по правам человека... Судебная система... Государственные органы...

нарушения, если существующие... Жалоба не может быть... Автор жалобы должен написать... не допустимо так как... не является в смысле...

Описанные выше... Комитет по правам человека не рассматривает...

Понимая различия... Процедура рассмотрения... Комитет по правам человека не принимает... в двух случаях. Во-первых... во-вторых...

В деле семьи Х... исполнением... государственных... международных... жалоба Комитету. Если... будет ответом по формальным...

18 Конвенция, статья 37, пункт 1

19 Более широкие границы этой статьи объясняются... международным...

20 Комитет по правам человека, 90 статья.



Monika Zacny
Uniewersytet Jagielloński
Uniwersytecka Poradnia Prawna

TYMCZASOWA OCHRONA UCHODźCÓW W EUROPIE

1. Wstęp

Na jednym z plakatów publikowanych przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców, widzimy przejście podziemne, w którym na ścianie napisano sprayem napis: „Uchodźcy do domu”. Hasło u dołu plakatu brzmi: „poszedłby gdyby mógł”.¹ Uchodźcy to nie imigranci ekonomiczni, amatorzy przygód lub zmiany otoczenia. Nie wdając się w szczegółową definicję, uchodźcy to osoby, które zostały zmuszone do opuszczenia kraju swojego pochodzenia, obawiając się o życie swoje i swoich bliskich. Współcześnie państwa powszechnie przyjęły zobowiązanie do objęcia ochroną takich osób w sytuacji, gdy państwo, którego są obywatelami, nie chce lub nie może takiej ochrony zapewnić.

Do Europy trafiają uchodźcy nawet z najbardziej odległych części globu jak również ofiary konfliktów na naszym kontynencie. Udzielana im ochrona z prawnego punktu widzenia najczęściej opiera się na tzw. statusie uchodźcy nadawanym na podstawie Konwencji Genewskiej z 1951 r.² Konwencja ta została przyjęta przez większość państw na świecie oraz wzmocniona humanitarnymi tradycjami współczesnego świata, jest podstawą do udzielania międzynarodowej ochrony uchodźcom. Ta forma ochrony pociąga jednakże ogromne obciążenia finansowe oraz koszty społeczne wynikające z braku powszechnej akceptacji społecznej

¹ W języku angielskim: „Refugee go home, He would if he could.”

² Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 514, Konwencja dotycząca statusu uchodźców, Genewa 28 lipca 1951 r.

stwa dla dużego napływu cudzoziemców.³ Te czynniki oraz ciągle zmieniający się charakter samych uchodźców i okoliczności, w jakich przybywają sprawiają, że międzynarodowe prawo uchodźcze podlega ciągłej ewolucji. Przejawia się to poprzez interpretację samej Konwencji, zmiany w prawie wewnętrznym oraz działalność prawodawczą organizacji międzypaństwowych.

Wszelkie dyskusje nad rozwiązywaniem problemów uchodźców nabierają szczególnie wyrazistego i tragicznego wymiaru w sytuacji występowania konfliktów zbrojnych skutkujących masowym napływem uchodźców do krajów sąsiednich lub lepiej rozwiniętych ekonomicznie. Taka sytuacja jest częsta w Afryce, a w Europie najbardziej wyraziście ujawniła się w związku z wojną w Jugosławii. Ten niedawny konflikt w sercu Europy uświadomił, że w chwili obecnej brak jest w Europie woli politycznej, aby państwa solidarnie dzieliły między sobą obciążenia wynikające z dużych ruchów uchodźczych.⁴

W kontekście masowego napływu uchodźców opuszczających tereny objęte wojną, znaczenia praktycznego nabrała dyskusja nad alternatywnym względem Konwencji Genewskiej i formami ochrony uchodźców. W całej Europie powszechne stało się przekonanie, że uchodźcy z byłej Jugosławii nie spełniają przesłanek nadania statusu uchodźcy na podstawie Konwencji,⁵ należy więc udzielać im ochrony na innych zasadach. Niektóre z państw europejskich stanęły wobec napływu tak gwałtownego, że zastosowanie przyjętych w prawie wewnętrznym procedur o nadanie statusu uchodźcy stało się w praktyce trudne do wykonania. Z tych właśnie powodów powszechne zastosowanie znalazła tzw. tymczasowa ochrona uchodźców (ang. *temporary protection*), która jakkolwiek wcześniej znana, nigdy dotąd nie przybrała tak szerokich rozmiarów. Z prawnego punktu widzenia wymagało to bezwłocznego wprowadze-

³ W 1993 r. w Niemczech zanotowano 17 zgłoszonych przypadków zabójstw i 2000 rannych cudzoziemców spowodowanych przez ekstremistycznych Skinheadów. Dane za K.E. McCarron, *The Schengen Convention as a Violation of International Law and the Need for Centralized Adjudication on the Validity of National and Multilateral Asylum Policies for Members of European Union*, Boston College International and Comparative Law Review 1995, Vol. 18, s. 405.

⁴ W konsekwencji, największą liczbę uchodźców z krajów UE, około 350 000 przyjęły Niemcy, następnie w kolejności były Włochy, Szwajcaria i Austria od ok. 35 000 do ok. 25 000. W sumie na początku 1995 r. w Europie tymczasową ochroną objęto 700 000 osób z byłej Jugosławii. UNHCR, „The State of the World's Refugees: in Search of Solutions”, Geneva 1995, s. 86.

⁵ Jednak na przykład Kanada w 1995 r. rozstrzygnęła pozytywnie 97% wniosków o nadanie statusu uchodźcy od obywateli Bośni- Hercegowiny. Za: J.C. Hathaway, R.A. Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: a Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, Harvard Human Rights Journal 1997, Vol. 10, s. 169.

nia do ustawodawstwa wewnętrznego państw ją stosujących nowych regulacji lub zasadniczych poprawek w już obowiązujących, a tempo i skala tych zmian wyprzedziły dyskusję na forum międzynarodowym nad pożądanymi elementami koncepcji tymczasowej ochrony.

Jakkolwiek nie ma legalnie wiążącej w prawie międzynarodowym definicji tymczasowej ochrony, to jednak w oparciu o przeważający w doktrynie pogląd można wprowadzić charakterystykę tej formy ochrony. Polegać ona więc będzie na objęciu prowizorycznym zabezpieczeniem przed wydaleniem uchodźców, przybywających do jakiegoś kraju w ramach masowego napływu spowodowanego wojną lub innym konfliktem. Wśród osób przybywających w takich okolicznościach, część będzie spełniać przesłanki Konwencji Genewskiej, stąd tymczasowa ochrona jest stosowana wobec osób, które w innych okolicznościach otrzymałyby status uchodźcy. Chwilowe niestosowanie tej ostatniej jest uzasadnione właśnie szczególną sytuacją nagłego przyjęcia i dużej grupy uchodźców, problematyczne staje się jednak, na jaki okres czasu należy wyłączyć stosowanie Konwencji. Tymczasowa ochrona zapewnia bowiem mniejszy katalog uprawnień niż gwarantowane przez Konwencję i prawo praw człowieka.⁶

Tymczasowa ochrona ma spełniać trzy cele:

- a) zmniejszenie obciążenia finansowego państwa gospodarza przez uniknięcie kosztownej procedury uchodźczej i zastosowanie w zamian kwalifikacji grupowej;
- b) ułatwienie repatriacji uchodźcy do kraju pochodzenia, zarówno z punktu widzenia prawa, jak również z powodów psychologicznych, przez uświadomienie mu, od samego początku, że jego pobyt w państwie przyjmującym ma charakter tymczasowy;
- c) zastosowanie systemu tymczasowej ochrony jest liczącym się sygnałem dla opinii publicznej, którą w ten sposób informuje się, że przyjmowanie uchodźców ma wyłącznie wymiar humanitarny i nie zwiększy grupy imigrantów stale przebywających w danym państwie.⁷

Należy jeszcze wspomnieć o istnieniu innych uzupełniających względem Konwencji Genewskiej form ochrony uchodźców. Mają one zastosowanie w sytuacji, gdy uchodźcy nie spełniają przesłanek nadania

⁶ Poruszono również: D. Joly, *The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties*, *International Journal of Refugee Law* 1994, Vol. 6, No. 2, s. 182.

⁷ Więcej na ten temat: M. Kjaerum, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law*, 1994, Vol. 6, No. 3, s. 451.

statusu uchodźcy na postawie Konwencji, ale nie można ich wydalic do kraju pochodzenia z szeroko pojętych względów humanitarnych. Przyjmują one na przykład formę zgody na pozostanie cudzoziemca lub ochrony przed wydaleniem, które gdyby nastąpiło, mogłoby spowodować naruszenie artykułu 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.⁸

2. Rozwój historyczny

2.1. Powojenny rozwój ochrony uchodźców do Konwencji Genewskiej z 1951 r.

Aby zrozumieć współczesne miejsce ochrony uchodźców w systemie prawa międzynarodowego oraz podłoże, z jakiego wyrosła tymczasowa ochrona, należy pokusić się o chociażby skrótowne omówienie historii. Ochrona uchodźców, jako część polityki państw wobec cudzoziemców, była przez całe wieki postrzegana jako element wewnętrznej strategii postępowania suwerennego państwa. Dopiero w XX w., w następstwie dwóch wojen o światowym zasięgu, które spowodowały ogromne ruchy migracyjne, dała się zaobserwować zmiana w tym nastawieniu. Wkrótce po zakończeniu I wojny światowej, pod auspicjami Ligi Narodów podjęto próby takiego określenia statusu uchodźców, aby objąć uciekających podstawową ochroną.⁹ Podczas II wojny światowej sformułowano definicję uchodźcy, jako osoby, która została zmuszona do opuszczenia państwa swojego zamieszkania na skutek zagrożenia swoich praw i wolności z powodu rasy, wyznawanej religii lub przekonań politycznych.¹⁰ Koncepcja ta po zakończeniu wojny uległa dalszej konkretyzacji, co uwiocznilo się w Konstytucji Międzynarodowej Organizacji dotyczącej Uchodźców, potem w Statucie Wysokiego Komisarza Narodów Zjedno-

⁸ Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, art. 3: „Nikt nie będzie poddany torturom lub innemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu bądź karaniu”.

⁹ W 1921 r. Liga Narodów powołała Urząd Wysokiego Komisarza do Spraw Uchodźców, a na konferencji w Genewie, 28 października 1933 r. przyjęta została Konwencja Dotycząca Międzynarodowego Statusu Uchodźców (1933 Convention Relating to the International Status of Refugees, 159 LNTS No. 3663), więcej J. Hathaway, *The Evolution of Refugee Status in International Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 1984, Vol. 33, s. 343.

¹⁰ Definicja ta pochodzi z Konferencji na Bermudach w kwietniu 1943 r., G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, s. 5.

czonych do spraw Uchodźców, a wreszcie dało swój wyraz w Konwencji sporządzonej w Genewie 28 lipca 1951 r.

Konwencja Genewska, dotycząca statusu uchodźców, do dnia dzisiejszego stanowi podstawę prawa uchodźczego, określając uniwersalną definicję uchodźcy oraz gwarantując minimalny katalog praw przysługujących osobom uznanym na jej podstawie za uchodźców. Konwencja miała stworzyć jednolity standard ochrony, który nie nakładałby na państwa nadmiernych zobowiązań, przy założeniu, że sami uchodźcy nie są zainteresowani powrotem do swojego kraju pochodzenia. Stąd też Konwencja Genewska zawiera rozbudowane zasady przyznające prawa socjalne, gospodarcze i społeczne, które miały za zadanie ułatwienie integracji uchodźców. W ciągu dekad swojego obowiązywania Konwencja objęła ochroną wiele osób uciekających z za „żelaznej kurtyny” i dlatego udzielana ochrona straciła swój doraźny charakter, stając się trwałym rozwiązaniem.

Istotnym dopełnieniem Konwencji jest podpisany w Nowym Jorku 31 stycznia 1967 r. Protokół dotyczący statusu uchodźcy,¹² który zlikwidował ograniczenie czasowe i terytorialne obowiązania Konwencji. Od momentu wejścia w życie,¹³ oba te dokumenty są traktowane łącznie jako podstawa prawa uchodźczego o powszechnym zasięgu. Pomimo upływu wielu dekad obowiązywania obu umów międzynarodowych, zasadniczej zmiany w sytuacji politycznej i ekonomicznej dzisiejszego świata, wciąż pozostają one żywym instrumentem prawnym. Zasięg obowiązywania Konwencji Genewskiej i Protokołu Nowojorskiego stale się rozszerza, w miarę jak nowe państwa przystępują do nich.¹³

Jak już wspomniano, Konwencja Genewska i Protokół Nowojorski określają definicję uchodźcy. Zgodnie z nią, uchodźcą jest osoba, która „na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się, na skutek podobnych zdarzeń poza państwem

¹² Protokół dotyczący statusu uchodźcy z 31 stycznia 1967 r., Dz.U. 1991 r. Nr 119, poz. 617.

¹³ Konwencja Genewska weszła w życie w dniu 22 kwietnia 1954 r., Protokół Nowojorski wszedł w życie 4 października 1967 r., natomiast w stosunku do Polski Konwencja Genewska weszła w życie 26 grudnia 1991 r., a Protokół Nowojorski 27 września 1991 r.

¹⁴ Stan na marzec 1999 r. Całkowita liczba państw-stron Konwencji Genewskiej wynosi 133 państwa, a liczba stron obu dokumentów wynosi 128 państw — Refugee Survey Quarterly 1999, Vol. 18, No. 1, s. 216.

swojego stałego zamieszkania, nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa".¹⁴ W kontekście rozważań dotyczących tymczasowej ochrony należy wspomnieć o zawartej w Konwencji zasadzie zakazu wydalania lub zawracania noszącej w piśmiennictwie nazwę/icw-*refoulement*. Według artykułu 33, „żadne (...) państwo nie wywali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne”. Zasada ta doznaje wyjątków w odniesieniu do sytuacji, gdy istnieją podstawy, aby uznać uchodźcę „za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się znajduje, lub który będąc skazany prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie, stanowi zagrożenie dla społeczeństwa tego państwa”. Obok Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, która w artykule 3 zakazuje tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, zasada *non-refoulement* ogranicza możliwość arbitralnego wydalania uchodźców z terenów objętych wojną lub konfliktem wewnętrznym.

W Europie, wobec braku własnego, regionalnego systemu ochrony uchodźców, jak to ma miejsce w Ameryce Łacińskiej i Afryce,¹⁵ wyłącznie konstrukcja statusu uchodźcy w oparciu o Konwencję Genewską znalazła bezpośrednie i powszechne zastosowanie. Na kontynencie europejskim nie prowadzono też jednolitej polityki wobec uchodźców. Dopiero od pewnego czasu w materię tę wkroczyła Unia Europejska, regulując i harmonizując politykę państw członkowskich wobec cudzoziemców. Oprócz Unii aktywność na tym polu przejawiają regionalne organizacje międzyrządowe, przykładowo Rada Europy, oraz organizacje pozarządowe, takie jak ECRE (Europejska Rada Uchodźców¹⁶). Szczególne miejsce w systemie ochrony zajmuje Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców specjalnie powołany do ochrony uchodźców.

W ocenie wielu badaczy ochrona uchodźców w Europie przybiera coraz bardziej restrykcyjne formy, co czasem jest określane jako „Euro-

¹⁴ Art. 1, pkt A, ust. 2 Konwencji Genewskiej z 1951 r.

¹⁵ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1969 r., art. I § 2 oraz Cartagena Declaration, 1984 r. W systemie Konwencji OAU uchodźcy spełniający wyłącznie kryteria dodatkowej definicji, a nie definicji zawartej w Konwencji Genewskiej, otrzymują tymczasową ochronę. Por. J.B. Cooper, *Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*, New York University Environmental Law Journal 1998, Vol. 21, s. 491, oraz J.M. Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, International Studies in Human Rights 1995, s. 105

¹⁶ Ang. European Council for Refugees and Exiles.

pa-forteca".¹⁷ Bezspornie, powszechnie są dzisiaj stosowane konstrukcje ograniczające wjazd cudzoziemców, takie jak: bezpieczne państwo trzecie, bezpieczne państwo pochodzenia,¹⁸ wprowadzanie wymogu wizjazdowych, regulacje wynikające z konwencji z Dublina i Schengen. Są jednak odmienne głosy i tak na przykład K. Hailbronner¹⁹ polemizuje z tezą określającą politykę europejską w stosunku do uchodźców i imigrantów jako nieprzystępną. Powołuje się on na statystyki dowodzące, że w 1993 r. w Unii Europejskiej zarejestrowało się 553 000 uchodźców (z tego 322 600 w samych Niemczech), dla porównania z liczbą 130 000 osób w tym samym czasie zarejestrowanych w Stanach Zjednoczonych.

2.2. Rozwój koncepcji tymczasowej ochrony

Należy podkreślić, że mimo iż próby koncepcyjnego i materialnoprawnego uregulowania tymczasowej ochrony mają krótką historię, biorąc swój początek w latach 80., to praktyka przyjmowania i udzielania tymczasowej ochrony uchodźcom sięga wielu dekad wstecz. Już w Konwencji Genewskiej można doszukać się poparcia dla tezy, że to na społeczności międzynarodowej spoczywa ciężar poszukiwania trwałych rozwiązań problemów uchodźców,²⁰ z czego można wywieść zasadę solidarnego dzielenia obciążeń między państwami. W razie przyjęcia przez jedno państwo znacznej liczby uciekinierów, mogło ono oczekiwać pomocy od innych w duchu międzynarodowej współpracy.²¹ Zgodnie z tym,

¹⁷ Por. J.W. Dacyl, *Europe Needs a New Protection System for Non Convention Refugees*, *International Journal of Refugee Law* 1995, Vol. 7, No. 4, s. 589 oraz ogólnie J.Y. Carlier, D. Vanheule, *Belgian Bricks for Fortress Europe: Comment on the New Refugee Law After a Judgment of the Court d'Arbitrage*, *International Journal of Refugee Law* 1994, Vol. 6, No. 3.

¹⁸ Koncepcje bezpiecznego państwa pochodzenia i państwa trzeciego znalazły zastosowanie w systemach prawnych w Europie. Polegają one na tworzeniu listy państw, które są uznawane za bezpieczne. W sytuacji, gdy uchodźca pochodzi z państwa znajdującego się na liście, stanowi to przesłankę odrzucenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy jako bezzasadnego (bezpieczne państwo pochodzenia). Jeżeli natomiast w toku postępowania zostanie stwierdzone, że uchodźca po drodze przekroczył granicę bezpiecznego państwa trzeciego (nie będącego ani państwem pochodzenia, ani docelowym) stanowić to również może przesłankę odrzucenia wniosku. Obie koncepcje znalazły się w prawie polskim w ustawie o cudzoziemcach z 1997 r.

¹⁹ K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, s. 82.

²⁰ Takiemu nastawieniu daje wyraz preambula do Konwencji Genewskiej w słowach: „zadawalające rozwiązanie problemu uchodźców nie może być osiągnięte bez międzynarodowej współpracy”.

²¹ Por. M. Kjaerum, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law*, 1994, Vol. 6, No. 3, s. 445 oraz podobnie G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, s. 196.

państwa „pierwszego kontaktu” przyjmowały duże liczby osób wymagających międzynarodowej ochrony, ale było to uwarunkowane możliwością dalszego przesiedlenia uchodźców do innych państw.²² Taką politykę prowadziły przykładowo Stany Zjednoczone, Kanada i Australia w stosunku do osób uciekających z krajów Europy Środkowo-Wschodniej, którzy znajdowali azyl w krajach Europy Zachodniej. W Europie taka polityka została na przykład zastosowana w stosunku do uchodźców z Węgier w latach 1956-57,²³ a status uchodźcy zaoferowany tej grupie przez Austrię i Jugosławię miał w rzeczywistości charakter tymczasowy, gdyż w ciągu 18 miesięcy 170 000 z nich zostało przesiedlonych do innych państw. Powodów hojnego nadawania statusu uchodźcy osobom, którym w większości brakowało przesłanek, należy się doszukiwać w trwaniu w owym czasie zimnej wojny oraz w większej solidarności międzynarodowej.

3. Regulacje dotyczące tymczasowej ochrony w Europie

W tej części artykułu zostaną omówione najistotniejsze zasady nadawania tymczasowej ochrony w niektórych państwach Europy celem wskazania różnic i podobieństw w rozumieniu i stosowaniu tej formy ochrony. Oprócz rozwiązań wewnątrzpaństwowych zostanie przedstawiony system międzynarodowy Unii Europejskiej i Rady Europy, które to organizacje czynią wysiłki zharmonizowania prawodawstwa swoich państw członkowskich w kierunku stworzenia europejskiego ustroju tymczasowej ochrony o wspólnych cechach charakterystycznych. Na koniec omówione zostaną najważniejsze elementy stanowiska, jakie w tej dziedzinie reprezentuje UNHCR.

3.1. Republika Federalna Niemiec

Niemcy, z racji swojego centralnego w Europie położenia geograficznego i wysokiego poziomu rozwoju gospodarczego, są atrakcyjnym

²² Por. G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, s. 196.

²³ G. Tessenyi, *The Genesis of a Domestic Regime: The Case of Hungary*, York Lanes Press, Inc. Toronto 1994, s. 94.

celem dla cudzoziemców, w tym imigrantów ekonomicznych i uchodźców. Kraj ten ma również długą historię przyjmowania cudzoziemców.

Tymczasowa ochrona w systemie niemieckim przyjęła kształt „tolerowanego zamieszkania” (tzw. *tolerated residence* — *Duldung*). Tą formą ochrony zostało objętych około 345 000 uchodźców z Bośni-Hercegowiny (jest to więcej uchodźców niż przyjęły Francja, Wielka Brytania i Belgia razem wzięte).²⁴ Tak rozumiana tymczasowa ochrona polegała na wydawaniu zezwoleń na pobyt ze względów humanitarnych (co przewiduje sekcja 32 niemieckiej ustawy o cudzoziemcach²⁵) lub zawieszeniu deportacji (sekcja 54 ustawy o cudzoziemcach).

Pierwsza konstrukcja (z sekcji 32 ustawy) ma zastosowanie, gdy w związku z zaistnieniem zdarzeń, które wymagają podjęcia działań o charakterze humanitarnym należy wydać zgodę na przedłużenie pobytu cudzoziemca na terytorium Niemiec. Zgoda ta wydawana jest przez najwyższe władze kraju związkowego, na podstawie uzgodnienia z Federalnym Ministrem Spraw Wewnętrznych. Podstawą zastosowania procedury wobec konkretnej osoby jest posiadanie określonego obywatelstwa lub przynależność do jakiejś grupy społecznej²⁶

Druga konstrukcja (sekcja 54 ustawy) odnosi się do sytuacji, gdy wobec uchodźcy istnieją podstawy do jego wydalenia, ale w razie powrotu do kraju pochodzenia byłby on narażony na pozbawienie życia, tortury lub naruszenie innych praw człowieka zagwarantowanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Na tej podstawie wydawane jest zezwolenie na zamieszkanie na okres trzech miesięcy, po upływie których ochrona może zostać zakończona lub przedłużona.²⁷ Ta procedura może zostać zastosowana w drodze decyzji najwyższych organów landów, z tym że jeżeli ma obejmować okres dłuższy niż 6 miesięcy, to wymagane jest wydanie zezwolenia przez Federalnego Ministra Spraw Wewnętrznych. Według J. Fitzpatricka, z końcem 1992 r. tymczasową ochroną na tej zasadzie zostało objętych w Niemczech 640 000 uchodźców.²⁸

²⁴ The Federal Ministry of Interior, *Survey of the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany*, 1998, s. 114.

²⁵ Ustawa ta weszła w życie 1 stycznia 1991 r.

²⁶ The Federal Ministry of Interior: *Survey of the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany*, 1998. Ta instytucja była stosowana wobec licznych grup uchodźców, przykładowo uciekinierów z byłego bloku wschodniego.

²⁷ H. Lambert, *Seeking Asylum, Comparative Law in Practice in Selected European Countries*, *International Studies in Human Rights* 1995, Vol. 37, s. 134.

²⁸ J. Fitzpatrick, *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary „Refuge” And Local Responses To Forced Migrations*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, s. 21.

W 1993 r. do ustawy o cudzoziemcach dodano sekcję 32(a), która miała dotyczyć nowej formy tymczasowej ochrony. Przepis ten stworzył możliwość objęcia ochroną uchodźców wojennych, gdyż na mocy niemieckiej ustawy o cudzoziemcach uchodźcy ci są wykluczeni z możliwości ubiegania się o status uchodźcy. Nadzwyczajne okoliczności uzasadniające takie zezwolenie obejmowały pochodzenie z obszaru objętego wojną domową lub agresją zewnętrzną. Instytucja ta przez długi czas niestosowana,²⁹ została użyta w związku z przyjęciem grupy 10 000 uchodźców z Kosowa w 1999 r. W wyniku wydania decyzji o zastosowaniu przepisu 32(a) co do całej grupy uchodźców, poszczególne osoby otrzymały nadzwyczajne zezwolenie na pobyt, początkowo na okres 3 miesięcy przy maksymalnej, ustawowej granicy trwania tego statusu w wysokości dwóch lat. Wydaje się, że dopiero ta ostatnia konstrukcja jest w najczystszej postaci tymczasową ochroną.

Cechą wspólną konstrukcji niemieckich jest wykluczenie możliwości równoległego starania się o status uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej przez osoby objęte tymczasową ochroną. *Duldung* jest nadawany dopiero, gdy procedura o nadanie statusu została zakończona decyzją odmowną, a utrzymują się okoliczności uniemożliwiające powrót cudzoziemca do kraju pochodzenia. Procedura z artykułu 32(a) wymaga wcześniejszego wycofania wniosku o nadanie statusu na podstawie Konwencji, jednak w razie uchylecia decyzji o stosowaniu tymczasowej ochrony uchodźcy będą mieli możliwość wnieść wnioski o status.³⁰

W związku z przyjęciem tak ogromnej liczby osób uciekających z byłej Jugosławii, Republika Federalna Niemiec przez wiele lat zmagala się z problemem sposobu wygaśnięcia tymczasowej ochrony.³¹ Repatriacja uchodźców z terenów Niemiec wzbudzała ogromne kontrowersje i sprzeciwy organizacji międzynarodowych i pozarządowych głównie dlatego, iż dotyczyła około 320 000 osób, których bezpieczeństwo w kraju

²⁹ Regulacja ta wywołała konflikt pomiędzy organami federalnymi w kwestii kosztów utrzymania i opieki zdrowotnej uchodźców nią objętych. J. Fitzpatrick, *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary „Refuge” And Local Responses To Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, s. 20 oraz K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, s. 91.

³⁰ The Federal Ministry of Interior, *Survey of the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany*, 1998, s. 86 oraz materiały własne.

³¹ Więcej na temat repatriacji uchodźców z Niemiec: G. Noll, *The Non-Admission and Return of Protection Seekers in Germany*, International Journal of Refugee Law 1997, Vol. 9, No. 3.

pochodzenia wciąż było zagrożone.³² Procesu repatriacji nie ułatwił fakt, że kwestie osób korzystających z tymczasowej ochrony w Niemczech zostały przekazane do kompetencji poszczególnych landów, które podchodziły do tego problemu w zróżnicowany sposób. Proces dobrowolnej repatriacji i wydalania uchodźców z Bośni-Hercegowiny oraz z Kosowa objętych tymczasową ochroną, do dnia dzisiejszego nie został w całości zakończony.

3.2. Wielka Brytania

Brytyjski system ochrony uchodźców, poza statusem uchodźcy nadawanym na podstawie Konwencji Genewskiej, opiera się na tzw. nadzwyczajnym zezwoleniu na pozostanie (ang. *exceptional leave to remain* — *ELR*). Praktyka jego udzielania sięga 1974 r., gdy był stosowany wobec uchodźców greckiego pochodzenia uciekających z Cypru po inwazji tureckiej. Procedura *ELR* pozwalała przyjmować na zasadach humanitarnych i tymczasowych uchodźców z powodu zaistnienia niebezpiecznej sytuacji w kraju pochodzenia.³³ Pobyt uchodźców w Wielkiej Brytanii na podstawie *ELR* łączy się z nadaniem im zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. Ochrona ta zostanie uruchomiona, gdy po negatywnym rozpatrzeniu złożonego przez uchodźcę wniosku o nadanie statusu uchodźcy, zostanie stwierdzone istnienie przesłanek pozytywnych nadania nadzwyczajnego zezwolenia na zamieszkanie. Oprócz tego jest jeszcze możliwe określenie przez rząd brytyjski listy państw, których obywateli, z powodu zaistniałej sytuacji humanitarnej, należy objąć *ELR*.

Podobnie jak inne państwa Europy, również Wielka Brytania udzielała tymczasowej ochrony uchodźcom z byłej Jugosławii. W największej liczbie zostali oni przyjęci na zasadzie wspomnianego nadzwyczajnego zezwolenia na pozostanie,³⁴ natomiast pewna część z nich była ponadto chroniona przed wydalaniem poprzez pozostawanie przez bardzo długi

³² Więcej oraz przemówienia m.in. Sadako Ogata, podkreślające brak warunków do zakończenia tymczasowej ochrony wobec uchodźców z Bośni: Collen v. Thoues, *New Direction in Refugee Policy*, 22-Fletcher Forum of World Affairs 89, 1998, s. 99.

³³ Pozwoliło to na przyjęcie uciekinierów z Polski po 1981 r., Kurdów i Tamilów po 1986 r., osoby przemieszczone z byłej Jugosławii po 1991 r., za: H. Lambert, *Seeking Asylum, Comparative Law in Practice in Selected European Countries*, *International Studies in Human Rights* 1995, Vol. 37, s. 139.

³⁴ Pomiędzy sierpniem 1993 a lutym 1994 r. na 155 spraw dotyczących uchodźców z byłej Jugosławii 5 otrzymało status uchodźcy, 100 *ELR*, a w 55 sprawach odmówiono ochrony, *ibidem*, s. 140.

czas w procedurze uchodźczej.³⁵ Według K. Hailbronnera, w grudniu 1993 r. stworzono ponadto specjalne programy, w wyniku których około 4000 uchodźców objęto formą tymczasowej ochrony.³⁶ Należy jeszcze dodać, że korzystanie z tymczasowej ochrony w Wielkiej Brytanii nie pozbawia możliwości ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej. Warunkiem koniecznym uzyskania takiego statusu jest jednak wcześniejsza rezygnacja z ochrony tymczasowej.

3.3. Szwecja

Szwedzki system tymczasowej ochrony rozwinął się w reakcji na masowy napływ uchodźców w wyniku wojny w Bośni i Hercegowinie.³⁷ Już tydzień po wybuchu wojny, 15 kwietnia 1992 r., rząd szwedzki powołał ekspertów dla opracowania opinii na temat stopnia przygotowania na wypadek masowego napływu cudzoziemców i koniecznych zmian w procedurze uchodźczej. W ciągu kolejnych kilku tygodni w ramach ruchu bezwizowego do Szwecji dotarło kilka tysięcy cudzoziemców posiadających obywatelstwo państw byłej Jugosławii, a w ciągu tylko 1992 r. do Szwecji przybyło ponad 84 000 osób w większości narodowości bośniackiej.

Tymczasowa ochrona w sposób normatywny została wprowadzona w ustawie z 25 listopada 1993 r., która weszła w życie 1 czerwca 1994 r., w formie nowego paragrafu do ustawy o cudzoziemcach. Podstawowym założeniem tej reformy było umożliwienie osobom korzystającym z tymczasowej ochrony pozostanie w Szwecji na zasadach zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony przy równoczesnym zapewnieniu im możliwości powrotu do kraju pochodzenia. Ponadto zmieniono definicję uchodźcy w ten sposób, że państwo przestało być jedynym źródłem prześladowania, wystarczyło, że nie udziela faktycznej ochrony. W konsekwencji większa liczba cudzoziemców została uznana za uchodźców i otrzymała ochronę już nie w formie tymczasowej ochrony, ale taką, jaką gwarantuje Konwencja Genewska.

³⁵ M. Kjaeruin, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law* 1994, Vol. 6 No. 3, s. 452.

³⁶ K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, s. 99.

³⁷ Więcej: J. Dacyl, *The Shaping of the Swedish Model of Temporary Protection in the Context of Reception of Protection Seekers from Bosnia-Herzegovina*, CEIFO, Stockholm University 1997, s. 2-3.

Model szwedzki nie wprowadził żadnych ograniczeń w rozpatrywaniu wniosków o nadanie statusu uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej przez osoby korzystające z tymczasowej ochrony. Zastosowanie tymczasowej ochrony nie wyklucza więc możliwości rozpatrywania indywidualnie zgłaszanych przez cudzoziemców wniosków o nadanie im statusu uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej.

3.4. Polska

Zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym w chwili obecnej w Rzeczypospolitej Polskiej, ochrona może zostać przyznana uchodźcom wyłącznie na podstawie statusu uchodźcy³⁸ nadawanego na podstawie ustawy o cudzoziemcach z dnia 25 czerwca 1997 r.³⁹ Brak jest rozwiązań dotyczących tymczasowej ochrony, statusu B⁴⁰ czy też tzw. uchodźcy humanitarne. Tę i inne luki w prawie o cudzoziemcach ma wypełnić przygotowywana nowelizacja ustawy.

Wybuch wojny w Jugosławii zastał Polskę w sytuacji przemian gospodarczych, stąd też państwa europejskie nie mogły oczekiwać pełnego uczestnictwa naszego kraju w przyjęciu fali uchodźczej. Nadto zdawano sobie sprawę, że obowiązująca wtedy ustawa o cudzoziemcach z 1963 r. nie zapewnia ochrony prawnej zgodnej z międzynarodowymi standardami prawa uchodźczego.⁴¹ Polska nie była również pożądanym celem ucieczki samych uchodźców. Co więcej — dopiero w 1991 r. zaczęła obowiązywać w stosunku do naszego kraju Konwencja Genewska, stąd też była ona nowym instrumentem prawnym. Na polepszenie się obrazu naszego kraju wpłynęły trwające równoległe prace legislacyjne nad nową ustawą o cudzoziemcach, uchwaloną w 1997 r.

Opisana sytuacja prawna i faktyczna spowodowała, że w wyniku wojny w Jugosławii do Polski nie dotarła duża fala uchodźców. Niemniej jednak, wobec tych, którzy przybyli na terytorium Polski i zwrócili się o status uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej, została formal-

³⁸ Więcej na ten temat: M. Zacny, *Wybrane zagadnienia dotyczące statusu uchodźcy w polskim systemie prawnym*, Klinika, Czasopismo Uniwersyteckiej Poradni Prawnej UJ 1999, nr 1.

³⁹ Ustawa weszła w życie 26 grudnia 1997 r. Dz.U. z 1997 r. Nr 114, poz. 739.

⁴⁰ Status B lub C jest konstrukcją tymczasowej ochrony istniejącą w państwach skandynawskich. *Parliamentary Assembly „Debates-Asylum” Council of Europe Publishing 1995, s. 98.*

⁴¹ Tekst jednolity Dz.U. z 1992 r. Nr 7, poz. 30.

nie wszczęta procedura o nadanie statusu uchodźcy.⁴² Uchodźcy ci w znacznej większości otrzymali status uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej lub też procedura uchodźcza została w ich przypadku przedłużona aż do momentu ustania konieczności zapewnienia im ochrony.

Odmierna sytuacja miała miejsce podczas kryzysu w Kosowie w 1999 r., który wywołał ogromną falę uchodźczą, stanowiąc humanitarne wyzwanie dla państw europejskich. Polskim wkładem do międzynarodowego podziału obciążeń była decyzja Rady Ministrów o przyjęciu 1000 uchodźców pochodzenia albańskiego. W konsekwencji, został stworzony program mający charakter tymczasowej ochrony mimo braku ustawowych uregulowań tego statusu. Podstawą prawną przyjęcia tej grupy uchodźców była Uchwała Rady Ministrów z 13 kwietnia 1999 r.⁴³ Tą drogą rząd zobowiązał się do przyjęcia co najmniej 1 000 uchodźców z Kosowa przebywających aktualnie w państwach graniczących z Prowincją i zapewnienia im czasowej opieki, aż do momentu ustania zagrożenia dla ich życia i zdrowia.⁴⁴

Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji otrzymało na pokrycie kosztów przyjęcia i pobytu uchodźców w Polsce środki z ogólnej rezerwy finansowej,⁴⁵ ale bezpośrednie sprawowanie opieki nad tymi uchodźcami powierzono Polskiemu Czerwonemu Krzyżowi. Zostali oni umieszczeni w specjalnych ośrodkach, gdzie zapewniono im wyżywienie i podstawową opiekę medyczną. Należy zaznaczyć, że do Polski przybyły w ogromnej większości całe rodziny, chociaż zdarzały się też pojedyncze przypadki małoletnich przybyłych bez opieki dorosłych członków rodziny, którzy z powodu braku w prawie polskim instytucji łączenia rodzin mieli znaczne trudności z odnalezieniem bliskich.

Praktyka, którą przyjęto wobec uchodźców z Kosowa, była ogromnie interesująca z prawnego punktu widzenia, gdyż oparła się na istniejących przepisach prawnych przy jednoczesnym założeniu ich liberalnej interpretacji. Wszystkim przybyłym wydano zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony, ale mimo wymogu indywidualnego rozpatrywa-

⁴² Na podstawie nieoficjalnych informacji Rządu RP Polska udzieliła ochrony ok. 700 uchodźcom z Bośni-Hercegowiny.

⁴³ Uchwała nr 31/99 Rady Ministrów, z 13 kwietnia 1999 r. w sprawie udzielania czasowej opieki na terytorium RP uciekinierom z Kosowa. Kancelaria Prezesa Rady Ministrów RM-111-32-99 (niepublikowana).

⁴⁴ Paragraf 1 uchwały.

⁴⁵ Kwota, o którą zwiększono wydatki budżetowe, wynosiła 4 mln zł. Uchwała Rady Ministrów nr 32/99 z 13 kwietnia 1999 r. w sprawie przyznania MSWiA, z ogólnej rezerwy budżetowej, środków finansowych, z przeznaczeniem na pokrycie kosztów przejazdu i czasowego pobytu na terytorium RP uciekinierów z Kosowa. Kancelaria Prezesa Rady Ministrów RM-111-33-99.

nia wniosków oraz spełniania szeregu przesłanek, zezwolenia te zostały wydane automatycznie oraz bez większych formalności. W ten sposób uchodźcy albańscy zostali niejako *de iure* uznani za spełniający przesłanki „zachodzenia okoliczności uzasadniających [ich] zamieszkiwanie na terytorium RP”. Przykładowo, część z przyjętych osób nie posiadała żadnych dokumentów tożsamości i w takiej sytuacji już na terytorium Polski otrzymywali z Urzędu Wojewódzkiego tymczasowy dokument podróży wydany na okres 7 dni.⁴⁶ Do tego tymczasowego dokumentu podróży wklejano wizję wjazdową właściwą dla osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy, co również nie było adekwatne do ich sytuacji. Następnie, na podstawie tych dokumentów, wydano wszystkim uchodźcom zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony — rok,⁴⁷ wydano też karty czasowego pobytu. Warto zaznaczyć, że wydawane zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony (rok), dają złudne poczucie stabilności, szczególnie dla tych uchodźców, którzy nie mogą lub nie chcą wracać do kraju pochodzenia. Zezwolenie takie może zostać praktycznie w każdym momencie cofnięte, gdy — jak mówi ustawa — ustaną przyczyny, z powodu których zostało udzielone.⁴⁸ Powoduje to stan dużej niepewności i braku stabilności, co jest szczególnie niekorzystne dla wielodzietnych rodzin przybyłych wraz z całym dobytkiem i nie mających do czego wracać.

Wydaje się więc, że w przypadku uchodźców z Kosowa władze Polski zrobiły wszystko, aby mimo braku stosownych przepisów ustawy o cudzoziemcach, umożliwić im wjazd i pobyt na terytorium RP. Po bardziej wnikliwej analizie widoczne są jednak istotne mankamenty zastosowanego rozwiązania. Szczególnie w świetle rozwiązań zastosowanych w innych krajach Europy, gwarancje udzielone uchodźcom w Polsce

⁴⁶ Tymczasowy dokument podróży na podstawie art. 30 ustawy o cudzoziemcach może zostać wydany cudzoziemcowi nie posiadającemu dokumentu paszportowego, w celu umożliwienia mu wyjazdu z terytorium Polski. Druga sytuacja ma miejsce (art. 29), gdy cudzoziemiec posiadający zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony lub na osiedlenie się i który podczas pobytu za granicą utracił swój dokument paszportowy. Wtedy wydany mu zostaje tymczasowy dokument podróży, uprawniający go do wjazdu na terytorium Polski. Obie przedstawione sytuacje wydają się nie mieć zastosowania do przypadku uchodźców z Kosowa.

⁴⁷ Zezwolenie na zamieszkanie na czas oznaczony może zostać wydane na podstawie ustawy o cudzoziemcach w ściśle oznaczonych przypadkach i tylko na wniosek cudzoziemca (art. 17). Cudzoziemiec musi wykazać istnienie okoliczności uzasadniających jego zamieszkanie w RP przez okres dłuższy niż 12 miesięcy. Okolicznościami takimi mogą być w szczególności: 1) uzyskanie zezwolenia na zatrudnienie lub wykonywanie innej pracy zarobkowej, 2) prowadzenie działalności zarobkowej, 3) podjęcie nauki, 4) zawarcie związku małżeńskiego z obywatelem polskim. Zezwolenie to wydaje właściwy wojewoda.

⁴⁸ Art. 22 §2 ustawy o cudzoziemcach.

okazują się bardzo nikle. Dotyczy to przede wszystkim zakresu praw ekonomicznych i socjalnych, jakimi objęto uchodźców. Uchodźcy, jak już zostało wspomniane, umieszczeni zostali w ośrodkach PCK rozmieszczonych w kilku miejscach w całym kraju, głównie we wsiach i małych miasteczkach. W stosunku do tych osób zastosowano dobrze znaną z praktyki, wobec osób znajdujących się w procedurze o nadanie statusu uchodźcy, metodę maksymalnego „ubezwłasnowolnienia” i zmuszania do bezczynności.⁴⁹

Niejasny w polskiej konstrukcji jest również stosunek tak pojętej tymczasowej ochrony do statusu uchodźcy nadawanego na podstawie Konwencji Genewskiej. Uchodźcy z Kosowa w ogromnej większości spełniali warunki Konwencji Genewskiej,⁵⁰ nie byli więc typowymi uchodźcami wojennymi, którzy uciekają przed generalnym poczuciem zagrożenia i niewygód spowodowanych wojną domową.⁵¹ Wydawać by się więc mogło, że nie ma przeszkód prawnych dla ubiegania się przez nich o status uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej, ale z powodu niedoinformowania oraz chęci jak najszybszego powrotu do Kosowa tylko niewielka grupa zdecydowała się wystąpić z wnioskiem. Nastąpiło to dopiero po zakończeniu ochrony na zasadach tymczasowych, zaferowanych przez rząd Polski, i to w stosunku do grup należących do mniejszości narodowych lub etnicznych nie zainteresowanych powrotem w ramach przeprowadzonej repatriacji.⁵²

Przyjmowanie i rozstrzyganie wniosków o nadanie statusu uchodźcy również odbyło się z założeniem korzystnej interpretacji ustawy o cudzoziemcach. Wprowadza ona bowiem ograniczenia czasowe dla zło-

* Uchodźcy mieli zapewniane schronienie, pożywienie, ubrania. W niektórych ośrodkach pozwolono kobietom prowadzić kuchnię, a mężczyznom wykonywać drobne prace techniczne. Niewiele jednak zrobiono, aby ułatwić im znalezienie pracy, czy też zajęcia odpowiadającego ich umiejętnościom i wykształceniu. Pozytywnym elementem było, we współpracy z biurem Wysokiego Komisarza, zapewnienie uchodźcom opieki psychologicznej w celu zmniejszenia stresu wynikającego z traumatycznych przeżyć, jakie były ich udziałem.

⁴⁹ Jako mniejszość albańska byli oni indywidualnie prześladowani i zagrożone było ich życie i zdrowie.

⁵⁰ Uchodźcy wojenni są najczęściej uważani za niespełniających przesłanek Konwencji, właśnie z powodu braku zindywidualizowanej obawy przed prześladowaniem.

⁵¹ Repatriacja była organizowana od początków sierpnia 1999 r. i oparta była na zasadzie dobrowolności. Uchodźcy, którzy nie skorzystali z tej możliwości, powoływali się na swoją osobistą sytuację zdrowotną (przykładowo kalectwo lub choroba) lub, wywodząc się z grupy pochodzenia romskiego, nie mieli zapewnionego bezpieczeństwa w razie powrotu do Kosowa (na podstawie obserwacji w ośrodkach dla uchodźców w Rabce, Mszanie Dolnej, Muszynie i Zawoi, w lipcu i sierpniu 1999).

żeniem wniosku o nadanie statusu uchodźcy.⁵³ Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji w przyjętej przez siebie interpretacji określał te terminy jako zawite, a wniosek o nadanie statusu, złożony po bezskutecznym ich upływie, podlegał odrzuceniu ze względów formalnych.⁵⁴ Jednak w przypadku uchodźców z Kosowa, którzy nie zdecydowali się na powrót lub którzy składali wniosek o nadanie statusu uchodźcy w trakcie trwania tymczasowej ochrony, MSWiA wszczynał postępowanie, opierając się na oświadczeniach uchodźców, że informacje o złej sytuacji w kraju pochodzenia otrzymali w ciągu ostatnich 14 dni.⁵⁵ Ta sztuczna konstrukcja pozwalała na zbadanie wniosku pod względem materialnym.

Można powiedzieć, że uchodźcy z Kosowa zostali w Polsce przyjęci na dwóch różnych zasadach, gdyż oprócz grupy przyjętej na podstawie omówionej uchwały Rady Ministrów, część przybyła indywidualnie. Wobec tej ostatniej grupy uchodźców, po złożeniu przez nich wniosków o nadanie statusu uchodźcy, wszczęto postępowanie administracyjne o nadanie statusu uchodźcy. Postępowanie to w stosunku do większości z nich nadal trwa (bądź w pierwszej, bądź w drugiej instancji), stąd utrzymana jest ochrona przed wydaleniem do kraju pochodzenia. Można oczekiwać, że w momencie uznania sytuacji w kraju pochodzenia za bezpieczną uchodźcy zdecydują się na powrót lub MSWiA zacznie wydawać decyzje odmawiające nadania statusu uchodźcy i przeprowadzi proces wydalania.

Aktualnie ustawodawca polski prowadzi prace nowelizujące ustawę o cudzoziemcach. Mają one na celu wypełnienie luk prawnych i zbliżenie ustawy do *acquis communautaire*. Projekt ustawy, który miałam możliwość przeglądać,⁵⁶ wprowadza do polskiego systemu instytucje łą-

⁵³ Art. 37 ustawy o cudzoziemcach: „§ 1. Wniosek o nadanie statusu uchodźcy składa się podczas przekraczania granicy, z zastrzeżeniem ust 2-4. § 2. Cudzoziemiec, który prawdopodobnie, że nie złożył wniosku podczas przekraczania granicy z powodu uzasadnionej obawy o swoje życie lub zdrowie, powinien złożyć go w terminie 14 dni od przekroczenia granicy. § 3. Cudzoziemiec, który nielegalnie przybył na terytorium RP, powinien złożyć wniosek niezwłocznie po przekroczeniu granicy (...). § 4. Cudzoziemiec przebywający legalnie na terytorium RP powinien złożyć wniosek w terminie 14 dni od uzyskania wiadomości o zaistnieniu w jego kraju okoliczności uzasadniających nadanie mu statusu uchodźcy.”.

⁵⁴ Przepis ten był wielokrotnie krytykowany zarówno przez organizacje pozarządowe, jak i przez UNHCR z powodu sprzeczności z Konwencją Genewską oraz z *acquis communautaire*. Również NSA wypowiedział się krytycznie wobec uznania tych terminów jako terminy zawite. Wyroki NSA z dnia 3 czerwca 1998 r., V SA 44/98 i 67/98.

⁵⁵ Dzięki zastosowaniu takiej interpretacji uchodźcy formalnie spełniali warunek ograniczenia czasowego na złożenie wniosku z art. 37 ust. 4 ustawy o cudzoziemcach.

⁵⁶ Był to projekt przyjęty przez komisję sejmową. Czytanie odbyło się w komisji na początku sierpnia 2000.

czenia rodzin oraz czasowej ochrony uchodźców.⁵⁷ Ochrona czasowa, gdyż taką nazwę przyjęto w projekcie, będzie obejmować cudzoziemców uciekających z powodu obcej inwazji, wojny, w tym wojny domowej, konfliktów etnicznych lub rażących naruszeń praw człowieka. Przybycie do Polski, w ramach masowego napływu, nie zostało w tym projekcie określone jako wymóg objęcia uchodźcy ochroną czasową, co jest trudne do zrozumienia z perspektywy koncepcji, jaka zwyciężyła w Europie. System polski wprowadza zawieszenie rozpatrywania wniosków o nadanie statusu uchodźcy na czas trwania ochrony czasowej, ale maksymalnie na rok. Podsumowując, o ile ogólna ocena projektu jest dobra, to tak sformułowana ochrona czasowa tworzy w moim mniemaniu potencjalnie niebezpieczną sytuację dla standardu ochrony uchodźców w naszym kraju. Może bowiem spowodować zamykanie drogi do ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy dla osób, którym się ten status należy, ale zostały automatycznie objęte ochroną czasową.

3.5. Unia Europejska

Unia Europejska, nie będąc jeszcze organizacją międzynarodową, jest jednak formą współpracy międzynarodowej, która ma największy potencjał do stworzenia regionalnego systemu tymczasowej ochrony. Prowadzi ona aktywną politykę mającą na celu harmonizację prawa swoich państw członkowskich również w dziedzinie prawa uchodźczego i azylowego. Już w Traktacie o Unii Europejskiej, podpisanym 7 lutego 1992 r. w Maastricht,⁵⁸ czytamy, że do celów nowo powstałej Unii będzie należeć „rozwijanie bliskiej współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych”.⁵⁹ Aby te zamierzenia mogły zostać zrealizowane, do spraw wspólnego zainteresowania została zaliczona polityka azylowa⁶⁰ oraz polityka imigracyjna i polityka dotycząca ogólnie obywateli krajów trzecich.

⁵⁷ Polski ustawodawca przyjął tłumaczenie angielskiego terminu *temporary protection* jako ochrona czasowa.

* Traktat o Unii Europejskiej. *Dokumenty Europejskie*, tom I, oprac. T. Przyborowska-Klimczak, Morspol, Lublin 1996, s. 295.

⁵⁹ Art. B Traktatu o Unii Europejskiej.

⁶⁰ Art. K.1 pkt 1) Traktatu o Unii Europejskiej. Tej tematyki dotyczą również art. K.2 i K.3 Traktatu o Unii Europejskiej.

W oparciu o umocowanie zawarte w artykule K. 1, Unia Europejska kilkakrotnie zajmowała się problemem uregulowania tymczasowej ochrony.⁶¹

W rozwoju koncepcji tymczasowej ochrony w prawie Unii Europejskiej bardzo ważne miejsce zajmuje propozycja Komisji Europejskiej,⁶² skierowana 20 marca 1997 r. do Rady Unii Europejskiej, dotycząca uchwalenia „wspólnego działania na temat tymczasowej ochrony osób przemieszczonych”.⁶³ Z prawnego punktu widzenia, proponowane „wspólne działanie” jest dokumentem wiążącym, ale nie tworzącym praw indywidualnych i nie będącym bezpośrednio stosowanym.⁶⁴ Państwa nie są związane tym dokumentem w tym sensie, że w razie wystąpienia masowego napływu mogą zastosować inne rozwiązania aniżeli proponowane, z tym że taka dowolność może mieć miejsce tylko do czasu uchwalenia przez Radę ustroju tymczasowej ochrony. Procedura ustanowienia ustroju tymczasowej ochrony następuje w drodze decyzji Rady, która może zostać podjęta w sytuacji wystąpienia masowego napływu uchodźców, po zbadaniu, czy w kraju pochodzenia nie można zapewnić odpowiedniej ochrony. Rada, działając na wniosek państwa członkowskiego lub Komisji, podejmie decyzję kwalifikowaną większością głosów.⁶⁵ Decyzja powinna określić zakres podmiotowy tymczasowej ochrony oraz czas na jaki jest udzielana. Parlament Europejski bierze udział w procedurze tylko w ten sposób, że otrzymuje od Komisji raport na temat sytuacji w kraju pochodzenia, co do którego może przedstawiać swoje opinie i rekomendacje.⁶⁶

⁶¹ Jednym z pierwszych ważniejszych dokumentów było Council Resolution on burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis, Official Journal No C 262, przyjęta 7 października 1995, p. 14., oraz Decision on Alert and Emergency Procedure for Burden-Sharing With Regard to Admission and Residence of Displaced Persons, Official Journal 1996 L 63, 10. Więcej na ten temat: K. Kerber, *Temporary Protection: an Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States*, 1997, Vol. 9, No. 3, s. 456.

⁶² Zgodnie z procedurą konsultacyjną, propozycja Komisji została przedstawiona Parlamentowi, który 23 października 1997 r. przedstawił swoją opinię wraz z postulatami poprawek. Niektóre z nich Komisja uwzględniła, przedstawiając 24 czerwca 1998 r. poprawioną propozycję dotyczącą „wspólnego działania”. Propozycja ta ponownie znalazła się pod obradami Parlamentu, który przedstawił swoją opinię 20 listopada 1998 r. Poprawiona propozycja znajduje się obecnie w Radzie w celu końcowego przyjęcia.

⁶³ Commission's Proposal to the Council for a Joint Action based on Article K.3 (2)(b) of the Treaty of European Union concerning Temporary Protection of Displaced Persons (20 March 1997); COM (97) 93 final 97/0081 (CNS), Official Journal C106, 04.04.1997.

⁶⁴ K. Kerber, *Temporary Protection: An Assessment of the Harmonization Policies of European Union Member States*, 1997, Vol. 9 No. 3, s. 463.

⁶⁵ Decyzja ma być publikowana w Official Journal of the European Communities.

⁶⁶ Art. 4 proponowanego „wspólnego działania”.

Zakres podmiotowy proponowanego wspólnego działania objął osoby będące obywatelami państwa trzeciego lub bezpaństwowcami, których powrót zachowaniem ludzkich warunków nie jest możliwy z powodu sytuacji panującej w kraju pochodzenia, bez względu na to, czy spełniają one czy nie kryteria Konwencji Genewskiej. Do przyczyn opuszczenia przez uchodźcę swojego państwa należą — oprócz sytuacji ogólnie uzasadniających międzynarodową ochronę — również: konflikt militarny, sytuacja zagrożenia spowodowana systematycznymi lub masowymi przypadkami łamania praw człowieka, a w szczególności zmuszanie do opuszczenia domów w konsekwencji prześladowań etnicznych lub religijnych oraz inne sytuacje uzasadniające międzynarodową ochronę.

Zakres przyznanych uprawnień został okrojony w porównaniu do katalogu zawartego w Konwencji, ale i tak określony bardziej korzystnie, niż to ma miejsce w praktyce wielu krajów. „Wspólne działanie” natomiast stanęło na stanowisku zawieszenia rozpoznawania indywidualnych wniosków o nadanie statusu uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej, na czas trwania ustroju tymczasowej ochrony, ale maksymalnie na 5 lat. Zakończenie tymczasowej ochrony następuje według określonej procedury przeprowadzonej przez Radę przy współudziale Parlamentu i Komisji.⁶⁷

Omówiona propozycja „wspólnego działania” nie jest jedynym dokumentem dotyczącym tymczasowej ochrony, nad którym pracowała i pracuje Komisja. Jeszcze kilka lat temu komentatorzy stwierdzali, że jakakolwiek przyszła konceptualizacja tymczasowej ochrony nie może nałożyć prawnego nakazu przyjęcia uchodźców humanitarnych oraz szczegółowych zasad ich pobytu w państwie członkowskim Unii Euro-

-
- Komisja została zobowiązana do przedkładania Parlamentowi Europejskiemu i Radzie corocznego raportu o sytuacji w państwie pochodzenia, o sposobie implementacji ustroju w poszczególnych państwach Unii oraz o konsekwencjach finansowych. Podobny raport powinien zostać sporządzony również na 6 miesięcy przed upływem terminu, na który wprowadzono tymczasową ochronę. W oparciu o raport oraz na trzy miesiące przed zakończeniem ustroju, Rada podejmie decyzję albo o zrewidowaniu swojej wcześniejszej decyzji o przedłużeniu okresu obowiązywania tymczasowej ochrony, albo zdecyduje o wycofaniu ustroju i o repatriacji do kraju pochodzenia. Repatriacja może się odbyć tylko, gdy sytuacja w kraju pochodzenia pozwala na „bezpieczny powrót w ludzkich warunkach”. Znaczenie tego ostatniego terminu zostało wyjaśnione przez Komisję. Obejmuje prawo do powrotu do kraju pochodzenia, w którym zapewnione jest bezpieczeństwo zarówno fizyczne, jak i psychiczne, niedyskryminacja oraz poszanowanie podstawowych wolności (takich jak prawo do przemieszczania się, do respektowania prawa do rodziny, wolności wyrażania opinii itp.). Ponadto zostało dodane prawo do zabezpieczenia podstawowych potrzeb osób repatriowanych włącznie ze schronieniem oraz utrzymywanie kontaktu z repatriowanymi uchodźcami w celu kontroli procesu reintegracyjnego.

pejskiej".⁶⁸ Obecnie jednak zauważalne jest znaczne zwiększenie zainteresowania tą materią przez Unię Europejską. Prawdopodobnie następuje to pod presją wywieraną przez Niemcy, które chcą uniknąć powtórzenia się sytuacji nieproporcjonalnego rozłożenia obciążeń, jaka zaistniała w Europie w kontekście wojny w Jugosławii.⁶⁹

Należy jeszcze nadmienić, że można oczekiwać kolejnych zmian w związku z wprowadzeniem Traktatu Amsterdamskiego, podpisanego w październiku 1997 r., który wszedł w życie 1 maja 1999 r.⁷⁰ Wprowadził on istotną reformę struktury Unii Europejskiej. Kwestie dotyczące wiz, azylu, imigracji i innych zagadnień obejmujących swobodę poruszania się, zostały umieszczone w osobnym Tytule IV, mającym na celu „stopniowe tworzenie obszaru swobody, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”. Tytuł IV został umieszczony w pierwszym filarze obejmującym znowelizowane Traktaty, co powoduje uznanie kwestii azylowych i uchodźczych jako bezpośrednio należące do zainteresowania Wspólnot.⁷¹ Tymczasowa ochrona i środki tymczasowe, jakie mogą zostać podjęte w sytuacji masowego napływu uchodźców, są regulowane przez — odpowiednio — artykuł 63(2)(a) i artykuł 64(2) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Na tej podstawie Rada powinna uchwalić minimalne standardy udzielania uchodźcom tymczasowej ochrony. Beneficjanci tej formy ochrony zostali określani jako osoby przemieszczone z krajów trzecich, które nie mogą powrócić do krajów pochodzenia. Zakres podmiotowy został w porównaniu do dotychczasowego stanowiska Unii poszerzony o otwartą klauzulę „osób, które z innych powodów wymagają międzynarodowej ochrony”.⁷² Zauważalny jest brak przesłanki masowego napływu uchodźców, jako jednego z warunków uruchomienia systemu tymczasowej ochrony, niemniej można się spodziewać doprecyzowania tej definicji w kolejnych instrumentach opracowanych w oparciu o Traktat.⁷³

Traktat Amsterdamski przewiduje możliwość zastosowania środków tymczasowych, gdy w stosunku do jednego lub więcej państw człon-

⁶⁸ Przykładowo K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*. *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, s. 90.

⁶⁹ Chodzi tu o przyjęcie w 1992 i 1993 r. 70% uchodźców z Bośni-Hercegowiny.

⁷⁰ *Official Journal* NO. C 340, 10/11/1997 P. 0308.

⁷¹ We wcześniejszym uregulowaniu na podstawie Traktatu z Maastricht kwestie te należały do „trzeciego filaru” odnoszącego się do wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych. Zob. D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1995, s. 38. Traktat Amsterdamski przewiduje również inkorporację konwencji z Schengen do *acquis communautaire*.

⁷² Art. 63 (2) (a) *in fine* Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

⁷³ Również *ECRE Guarding Standards-Shaping the Agenda*, May 1999, www.ecre.org s. 15.

kowskich dojdzie do masowego napływu uchodźców pochodzących z państwa trzeciego.⁷⁴ Rodzaje tych środków nie zostały sprecyzowane, mają być korzystne dla tego państwa członkowskiego. Organem właściwym do ich podjęcia jest Rada działająca z inicjatywy Komisji. Środki tymczasowe podlegają kilku ograniczeniom, w tym określone maksymalne okresowi na jaki mogą zostać uchwalone, który nie może przekraczać sześciu miesięcy. Ponadto, podjęte działania nie mogą pozostawać w sprzeczności z zobowiązaniami przyjętymi przez państwa członkowskie na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa uchodźczego.

3.6. Rada Europy

Rada Europy jest najstarszą organizacją, która zajmowała się problemami azylu i uchodźstwa na poziomie regionalnym. Od początku swojej działalności prawodawczej zachęcała państwa członkowskie do jak najbardziej humanitarnego traktowania uchodźców i promowała liberalne zasady dotyczące przyjmowania i udzielania ochrony uciekinierom. Nastawienie to było szczególnie widoczne w latach sześćdziesiątych, w których nie istniał system ochrony uchodźców, który można by było określić jako europejski. Na forum Rady Europy dyskusja nad nowymi rozwiązaniami dotyczącymi prawa uchodźczego jest kontynuowana pod auspicjami Komitetu *ad hoc* Ekspertów do spraw Prawnych Aspektów Uchodźstwa (CAHAR).⁷⁵ Teksty prawne przygotowywane przez przedstawicieli państw-członków w ramach CAHAR są następnie uchwalane na sesjach Komitetu Ministrów Rady Europy. Daje to gwarancję, że państwa będą się stosować do tak przyjętych rekomendacji, mimo ich formalnie niewiążącego charakteru.

Już w rekomendacjach⁷⁶ uchwalonych w 1993 r. poruszano kwestie związane z tymczasową ochroną uchodźców.⁷⁷ Kulminacja prac nad

* Art. 64 (2) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

⁷⁴ Skrót pochodzi od francuskiej nazwy: *Comite Ad Hoc sur les Aspects Juridiques de l'Asiles, des Refugies et les Apatrides*. Komitet został powołany w 1977 r. i jego zadania obejmują tworzenie projektów instrumentów prawnych przedkładanych do dyskusji i przyjęcia przez Komitet Ministrów, poszukiwanie rozwiązań i proponowanie działań harmonizujących prawo i praktykę.

⁷⁶ Teksty Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy: *Selected texts concerning territorial asylum and refugees adopted within the Council of Europe*. Strasbourg March 1998, Vol. 1, s. 44 oraz www.coe.int.

⁷⁷ Por. również H. Lambert, *Seeking Asylum, Comparative Law in Practice in Selected European Countries*, *International Studies in Human Rights* 1995, Vol. 37, s. 129.

regulacją tymczasowej ochrony nastąpiła oczywiście w wyniku wojny w Jugosławii oraz konieczności reakcji na szybko powstające narodowe koncepcje tymczasowej ochrony. Rada zarówno poprzez rekomendacje i rezolucje Komitetu Ministrów oraz Zgromadzenia Parlamentarnego zachęcała państwa do stosowania form tymczasowej ochrony w sytuacjach nadzwyczajnych (1993⁸⁰ i 1994⁸¹ r.) oraz odnosiła się do sposobu jej udzielania.⁸⁰ W tych i kolejnych dokumentach wspólnym elementem było pojmowanie tymczasowej ochrony jako koniecznego systemu uzupełniającego, a nie zastępującego Konwencję Genewską. Zwracano też uwagę na niekorzystny brak powszechnych i jednolitych w Europie podstaw tej koncepcji, a tym bardziej szczegółowych zasad udzielania ochrony oraz zakresu uprawnień. Stąd wypływa bezwzględna konieczność stworzenia wspólnych, regionalnych standardów tymczasowej ochrony. W swej Rekomendacji z 1993 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy zwróciło się do Komitetu Ministrów o przyjęcie aktu, dotyczącego wspólnych dla wszystkich państw członkowskich zasad systemu tymczasowej ochrony⁸¹ Ponadto zaproszono Unię Europejską do skorzystania z doświadczeń Rady Europy w celu koordynacji — we współpracy z UNHCR — systemu tymczasowej ochrony na skalę regionalną.

Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy na temat tymczasowej ochrony przyjęta 3 maja 2000 r.,⁸² poprzedzona była wielomiesięcznymi konsultacjami na forum CAHAR. Okazało się bowiem, że w związku z niedawnymi doświadczeniami podczas konfliktów w byłej Jugosławii i w Kosowie, pomimo ich formalnego zakończenia, temat pozostał kontrowersyjny i nadal trudno było osiągnąć międzynarodowy kon-

⁸⁰ Recommendation 1205 (1993) on the Situation of Refugees and Displaced Persons in Several Countries of the Former Yugoslavia; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its Forty-Fourth Ordinary Session, CAHAR, *Selected Texts concerning...* Vol. II, s. 62.

⁸¹ Resolution 1034 (1994)I on the Activities of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) from 1990 to 1993; The Parliamentary Assembly of The Council Of Europe, at its 1994 Session, CAHAR, *Selected Texts concerning...* Vol. II, s. 95. Również: Resolution 1019 (1994)I on the Humanitarian Situation and Needs of the Refugees, Displaced Persons and Other Vulnerable Groups in the Countries of the Former Yugoslavia; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its 1994 Session, CAHAR, *Selected texts concerning...*, Vol. II, s. 88 oraz Resolution 1077 (1996)I on Albanian Asylum-Seekers from Kosovo; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its 1996 Ordinary Session, CAHAR, *Selected texts concerning...*, Vol. II, s. 133.

⁸² Recommendation 1348 (1997) on the Temporary Protection of Persons Forced to Flee Their Country. Tekst przyjęty 7 listopada 1997 r.. CAHAR, *Selected texts concerning...* Vol. II, s. 153.

⁸¹ Art. 9 iii Rekomendacji 1205 z 1993 r.

⁸² Recommendation No. R (2000) 9 of the Committee of Ministers on temporary protection.

sensus. W przyjętym po wielu trudach dokumencie podkreślono komplementarny względem Konwencji Genewskiej charakter tymczasowej ochrony, która, co więcej, ma być tylko praktycznym i krótkotrwałym instrumentem stosowanym wyłącznie w sytuacji masowego napływu uchodźców. Podstawowym celem tymczasowej ochrony jest szybkie i bez nadmiernej biurokracji przyjęcie masowego i nagłego napływu osób do bezpiecznego kraju udzielającego im schronienia. Rekomendacja ustanawia minimalne standardy ochrony tych uchodźców oraz określa wspólne ramy koncepcyjne. Jednym z założeń tymczasowej ochrony jest objęcie nią osób, które mogłyby być uznane za uchodźców w rozumieniu Konwencji Genewskiej. Stąd więc objęcie tymczasową ochroną nie może naruszać prawa do nadania statusu uchodźcy.⁸³ Nie znaczy to niestety, że Rekomendacja nie dopuszcza możliwości zawieszenia rozpatrywania wniosków o nadanie statusu. Jest to akceptowane tylko na uzasadniony okres czasu, maksymalnie do zakończenia tymczasowej ochrony. Rekomendacja porusza inny bardzo istotny problem — dzielenie obciążeń pomiędzy państwami. Ta tak zwana „solidarność międzynarodowa” (czy „duch solidarności międzynarodowej”), który ułatwił przyjmowanie uchodźców zza „żelaznej kurtyny”, nie znalazła większego zastosowania podczas wojny w Jugosławii, co spowodowało bardzo nierównomierne rozłożenie obciążeń związanych z napływającymi wtedy uchodźcami. Rekomendacja więc zachęca do solidarności między państwami w celu dobrowolnego przejmowania części uchodźców przybywających do danego kraju. Państwo „szczególnie dotknięte” może zgłosić się do Komitetu Ministrów o konsultację. Jeżeli chodzi o wspomnianą już listę uprawnień, jakie powinni otrzymywać uchodźcy, Rekomendacja za minimum uznaje prawo do zakwaterowania, wyżywienia, opieki medycznej, edukacji dla dzieci oraz prawa do pracy w zakresie przewidzianym przez prawo wewnętrzne, pozostałe przywileje pozostawia do uznania państw.⁸⁴ Dokument ten, podobnie jak i inne przyjęte w ramach Rady Europy, zachęca państwa przyjmujące do współpracy i konsultowania swoich decyzji z Biurem Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców.

⁸³ Preambula Rekomendacji.

⁸⁴ Paragraf 3 Rekomendacji.

3.7. Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców

Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców (UNHCR) jest organem pomocniczym Zgromadzenia Ogólnego ONZ i został powołany do życia 1 stycznia 1951 r.⁸⁵ Mandat UNHCR obejmuje „zapewnianie międzynarodowej ochrony uchodźcom”,⁸⁶ działanie na rzecz trwałego rozwiązania kwestii uchodźczych oraz nadzorowanie stosowania Konwencji Genewskiej. W 1958 r. w ostatecznej formie wyodrębnił się organ pomocniczy Wysokiego Komisarza w postaci Komitetu Wykonawczego.⁸⁷

Począwszy od 1956 r. Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych rozszerzało zakres działania Komisarza, także wobec ofiar konfliktów zbrojnych, wojen domowych i innych zagrożeń.⁸⁸ Zdarzenia te rodziły potrzebę obejmowania nowych grup uchodźców ochroną, a Konwencja Genewska nie zawsze mogła mieć zastosowanie. Już w 1979 roku UNHCR zwrócił uwagę na coraz większą złożoność problemów uchodźczych oraz na konieczność zapewnienia tym osobom przynajmniej tymczasowej ochrony. W tym samym roku Komitet Wykonawczy w Konkluzji nr 15 na temat międzynarodowej ochrony stwierdził, że „w sytuacji masowego napływu, osoby starające się o status uchodźcy powinny przynajmniej otrzymać tymczasową ochronę”.⁸⁹ Podobne stanowisko było przedstawiane w kolejnych latach.⁹⁰

Konkluzje powołanej specjalnie w tym celu grupy ekspertów, dotyczące międzynarodowej solidarności, dzielenia obciążeń oraz minimalnych standardów, zostały przyjęte przez Komitet Wykonawczy na XXXII sesji?

⁸⁵ Zgromadzenie Ogólne przyjęło statut UNHCR w 1950 r. jako aneks do Rezolucji 428 (V), w której także zwraca się do rządów o współpracę z urzędem Wysokiego Komisarza.

⁸⁶ Statut, § 1

⁸⁷ Executive Committee zostało powołane przez Radę Gospodarczą i Ekonomiczną w miejsce poprzednio (w 1951 i 1955 r.) powołanych organów doradczych. UNGA Res. 1166 (XII), 26 listopada 1957 r. i ECOSOC res. 627(XXV), 30 kwietnia 1958 r. por. Guy Godwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, s. 215.

⁸⁸ Szczegółowy przebieg procesu rozszerzania mandatu UNHCR przedstawia J. Fitzpatrick, *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary „Refuge” And Local Responses To Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, s. 41.

⁸⁹ Report on the 30th Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme, U.N. Doc. A/AC.96/572, § 72(f) (1979), Refworld 1999.

⁹⁰ Przykładowo na sesji w 1980 r., Conclusion No. 19 (XXXI) 1980, Report of the 31st Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme UN Doc. A/AC.96/588, § 48(4), Refworld 1999.

⁹¹ Conclusion no. 22, Report of the 32nd Session of the United Nations High Commissioner for Refugees 1981 U.N. doc. A/AC.96/601, § 57(2), Refworld 1999.

i później potwierdzone przez Rezolucję Zgromadzenia Generalnego ONZ.⁹² Ta tzw. Konkluzja nr 22 zawiera listę podstawowych praw i standardów traktowania uchodźców i z tego powodu jest często określana przez UNHCR jako podstawowe źródło minimalnych standardów dla osób korzystających z tymczasowej ochrony. Nie jest to jednak katalog pełny, brak w nim między innymi ustosunkowania się do praw przewidzianych przez Konwencję Genewską, takich jak: prawo do otrzymania dokumentu tożsamości, prawo dostępu do edukacji i do możliwości zatrudnienia.

W Konkluzji nr 22 zostało podkreślone, że w przypadku masowego napływu uchodźcy powinni zostać przyjęci przez państwo, do którego w pierwszej kolejności zwrócą się o ochronę. Gdyby państwo to nie było w stanie przyjąć uchodźców na stałych zasadach, powinni oni mieć przynajmniej zagwarantowaną tymczasową ochronę. Podkreślono bezwarunkowe obowiązywanie zasady zakazu wydalania, włącznie z zakazem wydalania na granicy państwa. W tej Konkluzji Komitet Wykonawczy po raz pierwszy zwrócił uwagę na fakt, że w dużych grupach uciekinierów znajdują się również osoby spełniające wymogi uznania za uchodźcę w rozumieniu Konwencji Genewskiej.

W Konkluzji przypomniano, że uchodźcy objęci tymczasową ochroną powinni mieć zapewnione podstawowe prawa i wolności i powinni być traktowani bez dyskryminacji ze względu na płeć, rasę itp. Do minimalnych uprawnień zaliczono zapewnienie schronienia, wyżywienia, respektowania prawa do jedności rodziny poprzez stosowanie zasady łączenia rodzin oraz prawo do wymiaru sprawiedliwości i występowania przed władzami. Za nadrzędny cel tymczasowej ochrony uznano powrót uchodźcy do kraju pochodzenia i dlatego państwa powinny umożliwić repatriację, gdy tylko pozwolą na to warunki. Konkluzja rozwija zasadę dzielenia obciążeń w duchu międzynarodowej solidarności, podkreślając absolutną konieczność współpracy między państwami, z UNHCR, organizacjami międzynarodowymi i pozarządowymi.

Do 1985 r. UNHCR w pełni zaakceptował i rozwinął koncepcję tymczasowej ochrony powiązanej z zakazem wydalania do miejsca, w którym uchodźcy mogliby spotkać się z zagrożeniem życia lub zdrowia. W ciągu następnej dekady zasady te były wielokrotnie powtarzane zarówno w raportach rocznych, jak i w streszczeniach z sesji Komitetu Wykonawczego. Na pierwszej sponsorowanej przez UNHCR konferencji dotyczącej byłej Jugosławii, która odbyła się 29 lipca 1992 r., Wysoki Komisarz (pani Sadako Ogata) zwróciła się z oficjalną prośbą o zapew-

⁹² General Assembly Resolution 36/125 (14 Grudnia 1981). Refworld 1999.

nianie przynajmniej tymczasowej ochrony osobom uciekającym w wyniku wojny w Jugosławii.⁹³

Kolejnym krokiem milowym w umocnieniu koncepcji była Nota na temat międzynarodowej ochrony,⁹⁴ przedstawiona przez Wysokiego Komisarza w 1994 r. Jej część dotyczyła tymczasowej ochrony, określonej jako narzędzie często używane w sytuacji kryzysu wywołanego masowym napływem uchodźców wymagających międzynarodowej ochrony. Definicja tymczasowej ochrony, jaką można z niej wywieść, stanowi, że jest to środek krótkotrwały, o mniejszym zakresie uprawnień niż to przewiduje Konwencja Genewska, niemniej którego stosowanie musi zapewniać poszanowanie praw człowieka. Taką ochroną powinny zostać więc objęte osoby, które uciekły z terytorium Jugosławii bezpośrednio dotkniętego wojną oraz osoby, wobec których dokonano naruszeń praw człowieka, w tym również ofiary prześladowań etnicznych lub religijnych oraz osoby, które z innych indywidualnych powodów wymagają międzynarodowej ochrony.⁹⁵

Urząd Wysokiego Komisarza, we wspomnianych, a także innych dokumentach poruszających problem tymczasowej ochrony, podkreślał rolę tego instrumentu, jako minimalnego standardu ochrony uchodźców, do zapewniania jakiego państwo może się ograniczyć w nadzwyczajnej sytuacji pojawienia się dużego napływu uchodźców. Na podstawie omówionych najważniejszych dokumentów widoczne jest, że Wysoki Komisarz oraz Komitet Wykonawczy wielokrotnie starali się wpływać na podniesienie standardu pobytu oferowanego uchodźcom i uregulowania tej ochrony. Z pewnością UNHCR, będąc organem o ugruntowanej pozycji międzynarodowej, który ma za cel działania ochronę uchodźców, będzie nadal zajmował się pozakonwencyjnymi formami ochrony uchodźców, w tym również tymczasową ochroną.

⁹³ **Statement of the United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia, Geneva, 29 July 1992, UNHCR, Refworld 1999.**

⁹⁴ „Nota na temat Międzynarodowej Ochrony” jest raportem sporządzonym przez Wysokiego Komisarza NZ do Spraw Uchodźców dotyczącym stanu międzynarodowej ochrony uchodźców. Dokument ten jest przyjmowany przez Komitet Wykonawczy, a następnie za pośrednictwem Rady Gospodarczo Ekonomicznej otrzymuje go Zgromadzenie Ogólne. *Note on International Protection*, UN doc. A/AC.96/830, 7 September 1994, Refworld 1999.

⁹⁵ Punkt 47, IV, B, „Nota na temat Międzynarodowej Ochrony” 1994.

4. Czy Konwencja Genewska straciła na aktualności? Krytyka koncepcji tymczasowej ochrony

Przedstawiona analiza systemów tymczasowej ochrony w poszczególnych krajach oraz przyjęta przez różne organizacje nie jest pełna i ma na celu jedynie nakreślenie zarysu rozwoju tej nowej formy ochrony uchodźców. Popularny jest obecnie pogląd, że taka ewolucja w kierunku alternatywnych form ochrony uchodźców została spowodowana utratą aktualności przez Konwencję Genewską. Zgodnie z tym poglądem, tymczasowa ochrona miałaby być odpowiedzią na potrzebę ochrony współczesnych uchodźców, których nie obejmuje przestarzała Konwencja⁹⁶. Pomimo iż tak postawiona teza nie jest całkiem pozbawiona słuszności, należy być świadomym pewnych jej błędów i niebezpieczeństw idących za jej przyjęciem.

4.1. Nieadekwatna definicja „konwencyjnego” uchodźcy

Najpoważniejszym argumentem na poparcie tezy o utracie aktualności przez Konwencję, podnoszonym przez niektórych autorów, jest przestarzałość zawartej w niej definicji uchodźcy. Z pozoru ten zarzut wygląda na prawdziwy, bowiem faktycznie część osób, które uważają się za uchodźców i wymagają międzynarodowej ochrony nie jest uznawana za uchodźców w rozumieniu Konwencji. Do takich należą na przykład uchodźcy wojenni, uciekający przed ogólnym zagrożeniem wojny. W takim przypadku według przeważających opinii, status uchodźcy na podstawie Konwencji nie przysługuje. Alternatywą mogłoby być stworzenie nowej Konwencji międzynarodowej lub regionalnej, która objęłaby jakąś formą ochrony również uchodźców wojennych. Aktualnie wyjściem z tej sytuacji jest nadawanie różnego typu statusów humanitarnych, czy po prostu objęcie tych uchodźców zakazem wydalania. Należy się również zastanowić, czy występujące luki w systemie ochrony uchodźców nie są częściowo spowodowane przyjmowaniem przez większość krajów europejskich restrykcyjnej interpretacji definicji „konwencyj-

⁹⁶ Na przykład K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law, 1994, Vol. 35, s. 9. Również J.C. Hathaway, A.R. Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal For Collectivized And Solution-Oriented Protection*, Harvard Human Rights Journal 1997, Vol. 10.

nej" i czy wewnątrz krajowe rozszerzenie definicji nie rozwiązałoby tego problemu.

W zagadnieniu tymczasowej ochrony nie chodzi jednak o zapewnienie pomocy uchodźcom wojennym. Tymczasowa ochrona powinna dotyczyć tylko nadzwyczajnych sytuacji masowego napływu uciekinierów, wśród których są uchodźcy konwencyjni. Dlatego ci uchodźcy, którzy uprawnieni są do ochrony przewidzianej przez Konwencję, powinni mieć jak najszybszą możliwość ubiegania się o status, a ci z nich, u których przesłanki nadania nie są spełnione, powinni otrzymać ochronę humanitarną. Rzekoma czy prawdziwa nieaktualność definicji uchodźcy na podstawie Konwencji nie ma więc fundamentalnego znaczenia dla koncepcji tymczasowej ochrony.

4.2. Masowy napływ — sytuacja nadzwyczajna?

Nieadekwatność Konwencji podnosi się również w stosunku do szczególnej sytuacji masowego napływu uchodźców.⁹⁷ Taka sytuacja faktyczna powoduje, że indywidualne badanie wniosków o nadanie statusu uchodźcy, w celu ustalenia, czy spełnione zostają przesłanki Konwencji, jest trudne do zrealizowania chociażby z powodów praktycznych. Masowy napływ osób poszukujących ochrony może spowodować poważne problemy o charakterze administracyjnym i porządkowym zagrażające stabilności państwa.

Związany jest z tym zarzut, że Konwencja była obliczona na małą skalę wydarzeń i jednostkowe badanie występowania obawy przed prześladowaniem. Masowy napływ uchodźców natomiast kreuje rzeczywistość sytuację nadzwyczajną i stawia duże wyzwania organizacyjne i prawne państwom przyjmującym. Stąd wydaje się uzasadnione stosowanie tymczasowej ochrony na krótki okres czasu w celu przyjęcia uchodźców i zdecydowania, czy należy się im status humanitarny czy też „konwencyjny” status uchodźcy. Należy być świadomym niebezpieczeństwa, że tymczasowa ochrona może przerodzić się w wygodny i tańszy sposób zajmowania się uchodźcami bez stosowania rozbudowanej konstrukcji „konwencyjnego” statusu uchodźcy. Za kroki właśnie w tym, niekorzystnym kierunku należy uznać odchodzenie od bezwzględnego powiązania

⁹⁷ Por. K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, s. 9.

tymczasowej ochrony z masowym napływem uchodźców, widoczne chociażby w Traktacie Amsterdamskim i w projektach zmiany polskiej ustawy o cudzoziemcach. Trudno określić, jak trwały będzie ten kierunek, ale może on spowodować niebezpieczeństwo automatycznego umieszczenia uchodźców w mniej dla nich korzystnej tymczasowej ochronie przy jednoczesnym zamknięciu im drogi ubiegania się o status uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej.

Obawy, że statusu uchodźcy nie uda się zastosować w przypadku masowego napływu, opierają się w części na fałszywej przesłance, że konieczne jest indywidualne rozpatrywanie wniosków o nadanie statusu. Jakkolwiek jest to rzeczywiście rozwiązanie prawne powszechnie przyjęte w Europie, to należy zauważyć, że Konwencja Genewska nie zawiera takiego wymogu. Możliwe jest przyjęcie tak zwanej kwalifikacji grupowej, polegającej na założeniu *prima facie*, że każda osoba z całej grupy uchodźców spełnia warunki Konwencji Genewskiej. Grupa ta może zostać określona przez pewne kryteria (przykładowo pochodzenie z danego kraju objętego wojną, określona narodowość lub przynależność społeczna) i przy braku dowodów przeciwnych, przyjmuje się, że każdy członek grupy doświadczył zindywidualizowanych prześladowań oraz spełnia pozostałe kryteria zawarte w Konwencji Genewskiej.⁹¹¹ Ta konstrukcja została użyta wobec uchodźców doby zimnej wojny, natomiast w przypadku wojny w Jugosławii w latach 1991-1995 nie znalazła zastosowania.

4.3. Dzisiejsi uchodźcy chcą wracać?

Do kolejnej grupy argumentów odmawiających Konwencji Genewskiej aktualności należy twierdzenie, że rzekomo uchodźcy ci nie są zainteresowani długotrwałą ochroną i zależy im na jak najszybszym powrocie do krajów pochodzenia. Należy jednak zauważyć błąd takiego rozumowania zakładający, że ochrona zapewniana przez Konwencję Genewską w postaci statusu uchodźcy ma na celu stałe osiedlenie się w państwie gospodarza. Natomiast z prawnego punktu widzenia, Konwencja Genewska przewiduje możliwość utraty przez uchodźcę statusu w sytuacji, gdy dobrowolnie zwróci się on o ochronę do państwa pochodzenia lub ustaną warunki, dla których został udzielony status uchodźcy

⁹¹¹ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Genewa 1992, s. 16.

(tzw. klauzula wyłączająca).⁹⁹ Status uchodźcy jest więc w swoim założeniu formą ochrony tymczasowej. Trudno jednak nie zauważyć, że w rzeczywistości status uchodźcy przekształcał się w pobyt stały, z tym że wynikało to raczej z niechęci państw do stosowania klauzuli wyłączającej, a w przeszłości z sytuacji politycznej panującej w okresie zimnej wojny.¹⁰⁰

5. Podsumowanie

W ciągu ostatniego dziesięciolecia byliśmy w Europie świadkami procesu, który spowodował zmianę rozumienia ochrony uchodźców. Katalizatorem tej ewolucji okazała się wojna na Bałkanach, której konsekwencją było wystąpienie fal uchodźczych o niespotykanej dotychczas w Europie skali. W tej sytuacji oraz w związku z pogarszającymi się warunkami ekonomicznymi oraz falą ksenofobii i nacjonalizmu, państwa zaczęły poszukiwać innych rozwiązań.¹⁰¹ Takim „złotym środkiem” miała być tymczasowa ochrona.

Zastanawiając się nad oceną tej instytucji, w pierwszym rzędzie należy zapytać o prawdziwy jej cel. Czy rzeczywiście chodzi o jedynie możliwy sposób zapewnienia ludziom bezpieczeństwa w szczególnych okolicznościach? Czy nie jest to raczej kwestia niechęci państw do poniesienia kosztownych konsekwencji nadania tym osobom należnego im statusu uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej? Jedna grupa komentatorów krytycznie ocenia pojawienie i umocnienie się jej w Europie, wskazując na zagrożenie dla Konwencji Genewskiej poprzez tworzenie

⁹⁹ Art. 1 C Konwencji Genewskiej: „Niniejsza Konwencja przestaje obowiązywać w stosunku do [...osoby], jeżeli: 1) dobrowolnie zwróciła się ona ponownie o ochronę państwa, którego jest obywatelem lub 2) utraciwszy swoje obywatelstwo ponownie je przyjęła, lub 3) przyjęła nowe obywatelstwo i korzysta z ochrony państwa, którego obywatelstwo przyjęła, lub 4) ponownie i dobrowolnie osiedliła się w państwie, które opuściła lub poza którego granicami przebywała z powodu obaw przed prześladowaniem, lub 5) nie może dłużej odmawiać korzystania z ochrony państwa swego obywatelstwa, albowiem ustaly warunki w związku z którymi została uznana za uchodźcę.”

¹⁰⁰ J. Thorburn, *Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden Sharing in Europe*, *International Journal of Refugee Law* 1995, Vol. 7, No 3, s. 461.

¹⁰¹ Rene de Fabbro opisuje liczne przypadki podpaleń, pobic i innych zorganizowanych akcji wymierzonych przeciwko cudzoziemcom w Niemczech, dokonywanych przy obojętności obserwatorów. Podaje przykład, że 24 stycznia 1994 r. na uniwersytecie w Münster, pojawiły się napisy nad dwoma wejściami na uniwersytet: „cudzoziemcy” i „Niemcy”. Była to akcja mająca na celu zbadanie reakcji studentów. Okazało się, że 95% nie zaprotestowało przeciw takiej dyskryminacji i używało „własnych” drzwi; R. de Fabbro, *Germany — a Victory of the Street, New Xenophobia in Europe*, Bernard Boumgartl ed., The Hague, London-Boston 1995, s. 133.

nowego standardu ochrony i dopuszczanie przyjmowania uchodźców na mniej korzystnych zasadach. Z tego względu istnieje niebezpieczeństwo, że państwa te będą dążyć do stosowania tymczasowej ochrony, nawet w przypadkach, gdy należałoby zastosować status „konwencyjny”.

Natomiast druga grupa komentatorów zwraca uwagę na humanitarny aspekt tymczasowej ochrony, który zachęca państwa do przyjmowania i zapewnienia bezpieczeństwa znacznie większej ilości uchodźców, niżby to było możliwe przy zastosowaniu procedur Konwencji Genewskiej. Plusem jest również to, że tymczasowa ochrona kreuje bezsprzecznie korzystną sytuację, w której państwa są bardziej zainteresowane przywróceniem spokoju w regionie. Dołożenie wszelkich starań, zarówno dyplomatycznych, jak i militarnych, aby przywrócić pokój i stabilną sytuację, tym samym umożliwi repatriację uchodźców, a to jest równoznaczne ze zdjęciem z tych państw ciężaru zapewnienia ochrony.

Przedstawiona praktyka europejska dowodzi, że nie ma już odwrotu od instytucji tymczasowej ochrony uchodźców. Pozostaje natomiast otwarte pytanie o ostateczny kształt tej formy ochrony, o rolę, jaką w jej kształtowaniu odegra Unia Europejska i co najważniejsze — jakie będą dalekosiężne skutki upowszechnienia się pozakonwencyjnej formy ochrony, która jednak może obejmować osoby spełniające przesłanki Konwencji Genewskiej. Do jednej z najistotniejszych kwestii będzie należeć to, jak zostanie określony stosunek tymczasowej ochrony do statusu uchodźcy,¹⁰² czy pozostanie mechanizmem komplementarnym — jak zakładającej zwolennicy — czy zacznie zastępować Konwencję Genewską, tworząc drugi, gorszy standard ochrony.

¹⁰² Według raportu UNHCR, państwa europejskie udzieliły tymczasowej ochrony około 600 uchodźcom z krajów byłej Jugosławii, zamykając w tym samym czasie dostęp do procedury o nadanie statusu uchodźcy na podstawie Konwencji Genewskiej. Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. GAOR, 48th Sess., Supp. No. 12, at 35, U.N. Doc. A/48/12 (1993), Refworld 1999.

TEMPORARY PROTECTION OF REFUGEES IN EUROPE

1. Introduction

One of posters published by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees shows an underground passage with a graffiti on its wall: 'Refugee go home.' The line at the bottom of the poster says: 'He would if he could.' Refugees are not economic immigrants, amateurs of adventure or persons who love to change places. Without going into too much detail in the definition, we can say that refugees are persons who were forced to leave their country of origin fearing for their lives and the lives of their relatives. Contemporarily, countries have commonly accepted an obligation to cover these persons with protection in a situation in which the state, of whose citizens they are, does not want to or cannot ensure them such protection.

Refugees from even the remotest parts of the globe as well as victims of conflicts on our continent arrive to Europe. Legal protection granted to them, from the legal point of view, is most often based on the so-called refugee status granted on the basis of the so-called Geneva Convention of 1951.¹ This convention, approved by most countries in the world and reinforced with humanitarian traditions of the modern world, constitutes the basis for granting international protection to refugees. However, this form of protection entails a huge financial burden and social costs resulting from the lack of common social approval for a considerable inflow of foreigners.² These factors and the constantly changing character of refugees and circumstances in which they arrive cause that the international refugee law is subject to an on-going evolution. This is visible also in the very interpretation of the Convention, change in the domestic law and the law-making activities of interstate organisations.

Any and all discussions on solving refugees' problems receive an especially clear and tragic dimension in a situation in which armed conflicts result in a mass inflow of refugees to the neighbouring or economically better-developed countries. Such a situation

¹ Polish reference number: Dz.U. no 119 of 1991, item 514, Convention of the status of refugees, Geneva July 28th 1951.

² In 1993 in Germany there were 17 registered cases of murders and 2,000 injuries suffered by foreigners caused by extreme skinhead groups. Data quoted after Kerry E. Mc Carron, *The Schengen Convention as a Violation of International Law and the Need for Centralized Adjudication on the Validity of National and Multilateral Asylum Policies for Members of European Union*, Boston College International and Comparative Law Review 1995, Vol. 18, p. 405.

is common in Africa, while in Europe it was most clearly seen in relation to the war in Yugoslavia. This recent conflict in the heart of Europe has shown that at present there is no political will in Europe for countries to share solidarily among themselves burdens caused by refugee movements.³

In the context of mass inflow of refugees leaving areas covered by war activities, a practical dimension was given to a discussion on forms of refugee protection, alternative to the Geneva Convention. In the entire Europe a belief became common that refugees from the former Yugoslavia do not meet requirements for granting them the status of a refugee on the basis of the Convention,⁴ therefore, they should be granted protection according to different rules. Some European states have faced such a sudden inflow that practical application of procedures of refugee-granting status used in the domestic law became difficult. It is for these reasons that the so-called temporary protection of refugees has found its application. Although previously known, never before has it taken on such wide dimensions. From the legal point of view, it required an instant introduction into the domestic legal system of countries which applied its new regulations or basic amendments in the law already in force. The rate and scale of these changes have come in advance of a discussion in an international forum about the desired components of the concept of temporary protection.

Even though in the international law there is no binding definition of temporary protection, based on a view dominating in the doctrine, we can introduce a description of this form of protection. It will be based on a provisional protection against deportation of refugees who come to a given country in a mass inflow caused by a war or a different type of conflict. Some of those persons who arrive in these circumstances, would meet the criteria of the Geneva Convention; hence temporary protection is applied towards persons who in other circumstances would have received the status of a refugee. A momentary failure to apply the latter is justified by a special situation of a sudden admission of a large group of refugees. However it becomes problematic for what period of time the application of the Geneva Convention should be suspended. Temporary protection grants a smaller catalogue of rights than those guaranteed by the Convention and the law of human rights.⁵

Temporary protection must meet three objectives. The first one is to decrease the financial burden of the hosting country by means of avoiding a costly refugee procedure and application of a collective (group) qualification instead. The second objective is to facilitate repatriation of a refugee to his/her country of origin both from the legal point of view and for psychological reasons by making him/her realise since the very beginning of the temporary protection that his/her stay in the hosting country has a temporary character. Thirdly, the application of the system of temporary protection is an important

³ As a consequence, the largest number of refugees was hosted by the following countries: about 350,000 by Germany, then by Italy, Switzerland and Austria between 35,000 and about 25,000. Altogether, in the beginning of 1995 in Europe there were 700,000 persons from the former Yugoslavia covered by temporary protection. UNHCR, *The Slate Of The World's Refugees: in Search of Solutions*, Geneva 1995, p. 86.

⁴ Nevertheless, in 1995 Canada considered positively 97% of applications for granting a refugee status from citizens of Bosnia-Herzegovina. Quoted after: James C. Hathaway, R. Alexander Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: a Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, Harvard Human Rights Journal 1997, Vol. 10, p. 169.

⁵ Discussed also in: Daniele Joly, *The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties*, International Journal of Refugee Law 1994, Vol. 6, no 2, p. 182.

signal for the public opinion. In this way, it is informed that receiving refugees has only a humanitarian dimension and that it shall not enlarge the group of immigrants who live permanently in a given country.⁶

The existence of other auxiliary in relation to the Geneva Convention forms of refugee protection should also be mentioned. They are applied in a situation, in which refugees do not meet the requirements to be granted the refugee status on the basis of the Convention but cannot be deported to their country of origin for humanitarian reasons. They assume, for example, a form of consent for the stay of a foreigner or protection against deportation which — if occurred — could breach Article 3 of the European Convention of Human Rights.⁷

2. Historical Development

2.1. Post-War Development of Refugee Protection until the Geneva Convention of 1951

In order to understand the contemporary place of refugee protection in the system of international law as well as the basis from which the temporary protection originated, we should remind its history. Refugee protection, as part of state policy towards foreigners, has been perceived for ages as an element of an internal strategy of action of a sovereign state. Only in the 20th century, as a consequence of two world wars, which have caused huge migration movements, a change in this attitude has been observed. Soon after the end of World War I, under the auspices of the League of Nations, attempts to define such a status of refugees were undertaken so as to supply the refugees with basic protection.⁸ During World War II a definition of a refugee was formulated. It said that a refugee is a person who was forced to leave the country of his/her residence on the grounds that his/her rights and liberties have been threatened due to race, religion or political views.⁹ This concept, after the end of the war was made more concrete and noticeable in the Constitution of the International Organisation Relating to Refugees than in the Status of the UN High Commissioner for Refugees and finally expressed on the Convention drafted in Geneva on July 28th, 1951.

The Geneva Convention relating to the status of refugees constitutes until now the basis of the refugee law by constituting a universal definition of a refugee and guaranteeing a minimum catalogue of rights granted to persons who have been recognised as refugees on its basis. The Convention was supposed to create a single standard of

⁶ More in: Morten Kjaerum, 'Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion', International Journal of Refugee Law 1994, Vol. 6, No. 3, p. 451.

⁷ European Convention of Human Rights and Basic Liberties (Polish reference number: Dz.U. no 61 of 1993, item 284. Art. 3: 'Nobody shall be subject to torture or other inhuman or humiliating treatment or punishment.')

⁸ In 1921 the League of Nations has set up the office of the High Commissioner for Refugees, during the Geneva conference on October 28th, 1933, the Convention Relating to the International Status of Refugees was passed (1933, 159 LNTS No. 3663), cf. James Hathaway, *The Evolution of Refugee Status in International Law*, International and Comparative Law Quarterly 1984, vol. 33, p. 343.

* This definition comes from a conference in the Bermuda Islands in April 1943, Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, p. 5.

protection which would not impose excessive obligations upon states with the assumption that refugees are not interested in returning to their country of origin. Hence, the Geneva Convention includes extended rules granting social, economic and civil rights, which were aimed at facilitating refugee integration. In the course of decades of the Convention being in force, it covered with protection many persons who took refuge from behind the Iron Curtain. Therefore, the protection granted lost its temporary character and became a permanent solution.

An important addition to the Convention is the *Protocol Relating to the Status of Refugee* signed in New York on January 31¹⁰, 1967,¹⁰ which liquidated the time and territorial limitation within which the Convention was binding. Since the moment of their coming into effect,¹¹ both these documents are treated together as the basis for the refugee law of universal character. Despite many decades in which these international agreements have been in force, the basic change in the political and economic policy of the contemporary world, they remain a living legal instrument. The scope of the Geneva Convention and the New York Protocol being in force is constantly broadening as new states accede to them.¹²

As it has already been mentioned, the Geneva Convention and the New York Protocol define the term 'refugee.' According to this definition, a refugee is a person, who as a result of a justified fear of persecution on the grounds of race, religion, nationality, belonging to a social group or due to political beliefs remains outside the borders of a country, of which he or she is a citizen, and cannot or does not want to — because of these fears — use the protection of that state, or a person with no nationality and having found oneself as a result of similar events outside the country of permanent residence cannot or does not want to — because of these fears — come back to that state.¹³ In the context of discussion concerning temporary protection, we should mention the rule of ban on deportation or turning back included in the Convention and referred to as *non-refoulement*. Pursuant to Article 33 no (...) state shall deport or return in any way a refugee to the border of territories, where his or her life would be threatened with danger due to his or her race, religion, nationality, belonging to a social group or political beliefs. This rule has exceptions in reference to situations, in which there are bases to consider a refugee dangerous to the security of the state in which he or she is or if sentenced with a valid verdict for serious crimes he or she constitutes a threat to the society of that state. Apart from the European Convention of Human Rights, which in Article 3 prohibits the use of tortures and inhuman or humiliating treatment, the *non-refoulement* rule limits a possibility of arbitrary deportation of refugees from areas covered by a war or a domestic conflict.

¹⁰ *Protocol Relating to the Status of Refugee, or January 31*“, 1967, Polish reference numbers Dz.U. 1991, No. 119, item 617.

¹¹ The Geneva Convention came into effect on April 22nd, 1954, the New York Protocol came into effect on October 4th 1967. In Poland the Geneva Convention has been in force since December 26th 1991, while the New York Protocol since September 22nd 1991.

¹² The state for March 1999: the total number of states-parties of the Geneva Convention is 133, while the number of signatory parties of both documents is 128 states. Refugee Survey Quarterly 1999, Vol. 18, No. 1, p. 216.

¹³ Art. 1, item A, point 2 of the Geneva Convention of 1951.

In Europe, as a result of a lack of own, regional system of refugee protection, as it is the case of Latin America and Africa,¹⁴ only the construction of a refugee status based on the Geneva Convention has found a direct and common application. On the European continent there was also no single policy towards refugees. Only for some time the European Union has entered this area to regulate and harmonise its member states' policy towards foreigners. Apart from the Union, activities in this field are demonstrated by regional intergovernmental organisations as for example the Council of Europe and NGOs such as the ECRE. "A special place in the system of protection is held by the Office of the UN High Commissioner for Refugees set up especially to protect refugees.

According to many researchers the protection of refugees in Europe takes on more and more restrictive forms, which is sometimes referred to as the 'Europe-fortress'.¹⁵ Undoubtedly, today concepts limiting the inflow of foreigners are commonly used, such as safe third country, safe country of origin¹⁷ the introduction of obligation to possess entry visas, regulations resulting from the Dublin and Schengen conventions. There are, however, other voices as well. Hailbronner¹⁸ for example argues against the thesis defining the European policy towards refugees and immigrants as unfriendly. He quotes statistics proving that in 1993 in the European Union 553,000 refugees have registered themselves (herein 322,600 in Germany); for comparison in the USA, in the same time the number of 130,000 were registered.

2.2. Development of Concept of Temporary Protection

We should emphasise the fact that although attempts of conceptual, material and legal regulation of temporary protection has a short history and originated in the 80's, the practice of receiving and granting temporary protection goes back to many past decades. Already in the Geneva Convention we can find support for the thesis that it is the

¹⁴ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1969, art. I § 2 and Cartagena Declaration, 1984. In the system of OAU conventions, refugees who meet only the criteria of an additional definition and not the definition of the Geneva Convention receive temporary protection. Cf. Jessica B. Cooper, *Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*, New York University Environmental Law Journal 1998, Vol. 21, s. 491, and Jean Marie Henckaerts, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, International Studies in Human Rights 1995, p. 105.

¹⁵ European Council for Refugees and Exiles.

¹⁶ Cf. Janina W. Dacyl, *Europe Needs a New Protection System for Non-Convention Refugees*, International Journal of Refugee Law 1995, Vol. 7, No. 4, p. 589 and generally Jaean-Yves Carlier, Dirk Vanheule, *Belgian Bricks for Fortress Europe: Comment on the New Refugee Law After a Judgement of the Court d'Arbitrage*, International Journal of Refugee Law 1994, Vol. 6, No. 3.

¹⁷ Concepts of a safe country of origin have found their application in legal systems in Europe. They are based on drafting a list of states which are considered safe. In a situation in which a refugee originates from a state on the list, it constitutes a reason to reject an application to grant a refugee status as a groundless motion (safe country of origin). On the other hand if, in the course of proceedings it is established that the refugee on his/her way has crossed the border of a safe third country (neither the country of origin nor the one to which he/she wants to go) this may also constitute grounds to reject the application. Both concepts have been included in the Polish Act on Foreigners of 1997.

¹⁸ Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 82.

international society which has the burden of looking for permanent solutions of refugee problems. " From this we can draw the rule of a solidary cost-sharing between the states. In the case in which one country receives a considerable number of refugees, it could expect aid from others in the spirit of international co-operation.²⁰ In accordance with that assumption, the states of 'the first contact' have accepted big numbers of persons who required international protection; however, this, was conditioned by a possibility of further transfer of refugees to other countries.²¹ This type of policy was conducted for example by the USA, Canada and Australia in relation to persons escaping from Central and Eastern Europe who found asylum in the countries of Western Europe. In Europe this policy was applied for example towards refugees from Hungary in the years 1956-57,²² while the status of refugee offered to this group by Austria and Yugoslavia in reality had a temporary character, since in the course of 18 months 170,000 of them were transferred to other states. Reasons for generous granting of the refugee status to exiles, in the cases of whom in most cases there were no prerequisites, should be looked for in the on-going Cold War and greater international solidarity.

3. Regulations Concerning Temporary Protection in Europe

In this part of the article we shall discuss the rules of granting temporary protection in some European states in order to show the differences and similarities in understanding and application of this form of protection. Apart from domestic solutions, the international system of the European Union and the Council of Europe will be presented. These organisations make efforts to harmonise the jurisdiction of their member states so as to establish a European system of temporary protection with common characteristic features. Finally, the most important components of position presented in this area by the UNHCR will be discussed.

3.1. Federal Republic of Germany

Germany, due to its central geographical location in Europe and a high level of economic development is an attractive destination for foreigners, including economic immigrants and refugees. This country has also a long history of receiving foreigners.

Temporary protection in the German system has taken the form of the so-called *tolerated residence*. About 345,000 refugees from Bosnia-Herzegovina have been covered with this form of protection (that is more refugees than the aggregate number of

" Such an approach is expressed by the preamble to the Geneva Convention: 'a satisfactory solution of the problem (...) of refugees cannot be achieved without international aid.'

²⁰ Cf. Morten Kjaerum, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law* 1994, Vol. 6, No. 3, s. 445, and alike, Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, p. 196.

²¹ Cf. Guy Goodwin-Gill, *Who? Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, p. 196.

²² Geza Tessenyi, *The Genesis of a Domestic Regime: The Case of Hungary*, York Lanes Press, Inc. Toronto 1994, p. 94.

those hosted by France, UK and Belgium).²³ The thus understood temporary protection was based on issuing permits for sojourn due to humanitarian reasons (which is foreseen by section 32 of the German Act on Foreigners²⁴) or suspending deportation (section 54 of Act on Foreigners).

The first construct (from section 32 of the Act) has application, if in relation with the occurrence of events, which require taking up activities of humanitarian character, a permit should be issued to prolong the stay of a foreigner on the territory of Germany. Such a permit is issued by the highest authorities of the federal country, on the basis of agreement with the Federal Minister of Interior. The basis for application of a procedure in relation to a specific person is the possession of a defined citizenship or belonging to a defined social group.²⁵

The second construct (section 54 of the Act) refers to a situation, in which there are grounds to deport a refugee but in the case of his/her return to his/her country of origin he/she would be exposed to life-threat, tortures or a breach of other human rights guaranteed in the European Convention of Human Rights and Basic Liberties. On this basis a permit for sojourn for three months is issued, after the end of which the protection may be terminated or prolonged.²⁶ This procedure may be applied by means of a decision of the highest authorities of lands. However, if it is expected to cover a period exceeding 6 months, the permit must be issued by the Federal Minister of Interior. According to Fitzpatrick, at the end of 1992 in Germany 640,000 refugees were covered by temporary protection on this basis.²⁷

In 1993 the Act on Foreigners was appended by section 32(a), which was to refer to the new form of temporary protection. This regulation has created a possibility to cover with protection war refugees as, on the basis of the German Act on Foreigners, these refugees are excluded from a possibility to apply for the status of refugee. Extraordinary circumstances justifying such a permit cover refugees originating from an area suffering from a civil war or external aggression. This regulation, not applied for a long time,²⁸ was used in relation to receiving a group of 10,000 refugees from Kosovo in 1999. As a result of issuing a decision on the application of regulation 32(a) towards the whole group of refugees, individual persons received extraordinary permit for stay, originally for maximum 3 months the act-defined limit of this status being two years. It seems that only this last construct is temporary protection in the purest form.

²³ The Federal Ministry of Interior: Survey of the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany 1998, p. 114.

²⁴ This act came into effect on January 1st, 1991.

²⁵ The Federal Ministry of Interior: Survey of the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany 1998. This institution was applied towards numerous groups of refugees of the former Eastern bloc.

²⁶ Helene Lambert, *Seeking Asylum Comparative Law in Practice in Selected European Countries*, International Studies in Human Rights 1995, Vol. 37, p. 134.

²⁷ Joan Fitzpatrick, *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary "Refuge" And Local Responses To Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 21.

²⁸ This regulation has caused a conflict between federal bodies in the issue of maintenance and health care costs of refugees. Joan Fitzpatrick, *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary "Refuge" And Local Responses To Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 20, and Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses To Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 91.

The common feature of German constructs is the exclusion of a possibility of parallel applying for the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention by persons covered with temporary protection. *Duldung* is granted only when the procedure of granting the refugee status has been terminated with a negative decision while circumstances continue and make it impossible for the foreigner to go back to his/her country of origin. The procedure from Article 32(a) requires an earlier withdrawal of motion to grant the status on the basis of the Convention, however, in the case in which the decision of the application of temporary protection is quashed, refugees shall have a possibility to apply for a status.²⁹

In relation to reception of such a huge number of refugees from the former Yugoslavia, the Federal Republic of Germany has for a number of years struggled with the problem of extinction of temporary protection.³⁰ Repatriation of refugees from the territory of Germany has caused strong controversies and protests of international organisations as well as NGOs mainly because it has referred to about 320,000 persons, whose safety in their country of origin was still threatened.³¹ The process of repatriation was not facilitated by the fact that issues of persons who used temporary protection in German were transferred to the competence of individual lands, which approached this problem in different ways. The process of voluntary repatriation and expulsion of refugees from Bosnia-Herzegovina and Kosovo so far covered with temporary protection has not been entirely terminated until today.

3.2. United Kingdom

The British system of refugee protection, apart from the status of refugee granted on the basis of the Geneva Convention, is based on the so-called *exceptional leave to remain* — *ELR*. The practise of granting it goes back to 1974, when it was applied towards refugees of Greek origin escaping from Cyprus after the Turkish invasion. The *ELR* procedure allowed to receive refugees on humanitarian and temporary grounds due to the occurrence of a dangerous situation in the country of origin.³² The stay of refugees in Great Britain on the basis of *ELR* is connected with granting them permit for sojourn for a defined period of time. This protection will be launched when, after a negative consideration of a motion submitted by a refugee to grant the status of a refugee, the existence of positive prerequisites to grant an *exceptional leave to remain* is found. Apart from this, it is also possible to define by the British government a list of states whose citizens — due to the existing humanitarian situation — should be covered by *ELR*.

²⁹ The Federal Ministry of Interior: Survey of the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany, 1998, p. 86 and own materials.

³⁰ More on repatriation of refugees from Germany: Gregor Noll, *The Non-Admission and Return of Protection Seekers in Germany*, International Journal of Refugee Law 1997, Vol. 9, No. 3.

³¹ More on this topic as well as speeches of among others Sadako Ogata, emphasising the lack of conditions to terminate temporary protection towards refugees from Bosnia: Collen v. Thoues, 'New Direction in Refugee Policy', 22-Fletcher Forum of World Affairs 89, 1998, p. 99.

³² This has allowed receiving refugees from Poland after 1981, Kurds and Tamils after 1986, persons displaced from the former Yugoslavia after 1991. Quoted after: Helene Lambert, 'Seeking Asylum' *Comparative Law in Practice in Selected European Countries*, International Studies in Human Rights 1995, Vol. 37, p. 139.

Similarly as other countries of Europe, also the United Kingdom has granted temporary protection to refugees from the former Yugoslavia. The largest number of them was received on the basis of the exceptional leave to remain.³³ On the other hand, a certain part of them was also protected against deportation by remaining a very long time in the refugee procedure.³⁴ According to Hailbronner, in December 1993 special programmes were set up as a result of which about 4,000 refugees were covered with temporary protection.³⁵ It should also be added that in Great Britain the use of temporary protection does not deprive refugees of a possibility to apply for the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention. However a necessary condition to obtain such a status, is earlier resignation from temporary protection.

3.3. Sweden

The Swedish system of temporary protection developed as a reaction to a mass inflow of refugees as a result of the war in Bosnia and Herzegovina.³⁶ Already one week after the outbreak of war, on April 15\ 1992, the Swedish government has appointed experts to prepare an opinion on the level of preparation in case of a mass inflow of foreigners and necessary changes in the refugee procedure. In the course of the following few weeks in the frames of visa-free movement, a few thousand foreigners of ex-Yugoslavian nationality arrived to Sweden. In the course of 1992, more than 84,000 persons of the Bosnian nationality arrived to Sweden.

Temporary protection was introduced in a normative way by the Act of November 25\ 1993, which came into effect on June 1st, 1994, in the form of a new paragraph added to the Act on Foreigners. The basic assumption of this reform was to enable persons using temporary protection to remain in Sweden on the basis of permission to live for a definite period of time, at the same time ensuring them a possibility to return to their country of origin. Moreover, the definition of a 'refugee' was amended in such a way that the state ceased to be the only source of persecution. It was sufficient if the state did not grant actual protection. As a consequence, a greater number of foreigners was considered refugees and received protection, no longer in the form of temporary protection but protection guaranteed by the Geneva Convention.

The Swedish model did not introduce any limitations in considering applications for granting the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention by persons who took advantage of temporary protection. The use of temporary protection, therefore, does not exclude a possibility to consider applications individually submitted by foreigners to grant them the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention.

³³ Between August 1993 and February 1994 from among 155 cases relating to refugees from the former Yugoslavia 5 were granted the status of a refugee, 100 ELR while in 55 cases protection was refused, *ibidem*, p. 140.

³⁴ Morten Kjaerum, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law* 1994, Vol. 6, No. 3, p. 452.

³⁵ Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, p. 99.

³⁶ More in: Janina Dacyl, *The Shaping of the Swedish Model of Temporary Protection in the Context of Reception of Protection Seekers from Bosnia-Herzegovina*, CEIFO, Stockholm University 1997, p. 2-3.

3.4. Poland

In accordance with the state of law currently in force in the Republic of Poland, protection may be granted to refugees only on the basis of the status of a refugee" assigned on the basis of the Act on Foreigners of June 25\ 1997.³⁸ There is the lack of solutions referring to temporary protection, the B status,³⁹ or the so-called humanitarian refugee. This and other shortcomings of the law on foreigners are to be improved by the drafted amendment of the Act.

The outbreak of the war in Yugoslavia found Poland in a situation of economic transformations. Hence, European countries could not expect a full participation of Poland in reception the wave of refugees. It was also realised that the Act on Foreigners dating back to 1963 then in force did not ensure protection compliant with the international standards of the refugee law.⁴⁰ Poland was not the desired direction of escape for refugees. What is more, the Geneva Convention came into force in reference to Poland only in 1991; it was therefore, a new legal instrument. The improvement of the image of Poland was influenced by parallel legislative work on the new Act on Foreigners passed in 1997.

The described legal and actual situation caused that as a result of the war in Yugoslavia no big wave of refugees reached Poland. Nevertheless, towards those who arrived at the territory of Poland and applied for the status of a refugee based on the Geneva Convention, the refugee procedure was initiated.⁴¹ Most of these refugees were granted the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention or the refugee procedure was prolonged in their cases until a need to ensure them protection expired.

A different situation occurred during the 1999 Kosovo crisis. It caused such a huge refugee wave that it constituted a humanitarian challenge for European states. The Polish contribution into international burden-sharing was a decision of the Council of Ministers to receive 1,000 refugees of the Albanian origin. As a consequence, a program was created aimed to ensure temporary protection despite the lack of act-defined regulations of this status. The legal basis to receive the said group of refugees was the Ordinance of the Council of Ministers of April 13\ 1999.⁴² In this way the government accepted an obligation to host at least 1,000 refugees from Kosovo who stayed at that time in the countries neighbouring with the Province and to ensure them temporary protection until the moment in which their lives and health are no longer at risk.⁴³

The ministry of Interior and Administration received financial means from the financial reserve to cover the costs incurred due to receiving and stay of refugees in

³⁸ More in: Monika Zacny, *Wybrane zagadnienia dotyczące statusu uchodźcy w Polskim systemie prawnym*, Klinika, Czasopismo Uniwersyteckiej Poradni Prawnej UJ 1999, no 1.

³⁹ The Act came into force on December 26\ 1997. Polish reference number: Dz.U. of 1997, No. 114, Item 739.

⁴⁰ Status B or C is a construct of temporary protection which exists in the Scandinavian countries. Parliamentary Assembly "Debates-Asylum", Council of Europe Publishing 1995, p. 98.

⁴¹ Single text with Polish reference number: Dz.U. 1992, No. 7, item 30.

⁴² On the basis of unofficial information of the Government of Poland, Poland granted shelter to about 700 refugees from Bosnia-Herzegovina.

⁴³ Ordinance no 31/99 of the Council of Ministers of April 13\ 1999 referring to granting temporary protection on the territory of the Republic of Poland to Kosovo refugees. The Chancellery of the President of the Council of Ministers RM-111-32-99 (unpublished).

⁴⁴ § 1 of the Ordinance.

Poland.⁴⁴ The direct care over these refugees was entrusted to the Polish Red Cross. Refugees were placed in special centres where they received food and basic medical care. It should be noticed that the majority of refugees were whole families. There were also cases of under-age persons who arrived without the care of adult members of their families. Due to the lack of a family-finding institution they had problems with seeking their relatives.

Practice used in relation to Kosovo refugees was extremely interesting from the legal point of view. It was based on the existing legal regulations and at the same time it assumed their liberal interpretation. All persons who arrived were granted residence permits for a limited time. Despite a requirement of individual consideration of these motions and the fulfilment of a number of prerequisites, permits were granted automatically and without extensive formalities. In this way the Albanian refugees were as *habeas corpus* considered as fulfilling the requirements of occurrence of circumstances justifying [their] residence on the territory of the Republic of Poland.⁴⁵ Some persons hosted had no ID cards; in these situations — already on the territory of Poland — they received from the Voivodship Offices a temporary travel document issued for 7 days.⁴⁶ To this temporary travel document an entrance visa was added, appropriate for persons applying for the status of a refugee; this also seems adequate for their situation. What follows, on the basis of these documents, all refugees were granted residence permits for a limited time of one year.⁴⁶ Temporary stay cards were also issued. It is worth noticing that the residence permits issued for one year give a misleading sense of stability, especially for those refugees who cannot or who do not want to return to their country of origin. Such a permit may be withdrawn practically at any moment if — pursuant to the Act — reasons, due to which it was issued, expire.⁴⁷ This causes a feeling of insecurity, and of lack of stability, which is disadvantageous especially for families with many children who have arrived with all their possessions and who have no place to return to.

It seems therefore that in the case of Kosovo refugees, the Polish authorities did everything so as to — despite in appropriate regulations of the Act on Foreigners — enable them entrance and stay on the territory of the Republic of Poland. However, after a more detailed analysis, important shortcomings of the solutions applied are visible. In

⁴⁴ The amount by which budgetary expenditure was increased equalled PLN 4,000,000. Ordinance of the Council of Ministers no 32/99 of April 13th 1999 on granting the Ministry of Interior and Administration financial means from the budgetary reserve, to be directed to cover the costs of travel and temporary stay of Kosovo refugees on the territory of Poland. The Chancellery of the President of the Council of Ministers RM-111-33-99.

⁴⁵ Temporary travel document issued on the basis of Art. 30 of Act on foreigners can be issued to a foreigner who has no passport so as to enable him/her leaving the territory of Poland. The second situation (Art. 29) takes place if a foreigner holds residence permit for limited time or permit to settle who lost his/her passport abroad. A temporary travel document is issued to him/her giving right to enter the territory of Poland. Both these situations seem to have no application in the case of Kosovo refugees.

⁴⁶ Residence permit for limited time may be issued on the basis of Act on foreigners in strictly defined cases and only if the foreigner concerned submits such an application (Art. 17). The foreigner must prove the existence of circumstances justifying his/her residence in the Republic of Poland for a period longer than 12 months. These circumstances may be in particular: (1) receiving work permit or other income-earning work, (2) conducting income-earning activities, (3) beginning education, (4) marrying a Polish citizen. The permit is issued by an appropriate voivod.

⁴⁷ Art. 22 § 2 of Act on foreigners.

particular, in the light of solutions used in other European countries, guarantees granted to refugees in Poland seem to be very limited. This refers mainly to the scope of economic and social rights granted to refugees. Refugees, as it has already been said, were located in Red Cross Centres, in a number of places in Poland, mainly in villages and little towns. In relation to these persons who underwent the procedure of refugee status granting, the methods of maximum incapacitation and enforcing inactiveness — well — known in practice — were used.⁴⁸

In the Polish construct also the relation of this temporary protection to the status of a refugee granted on the basis of the Geneva Convention is not clear. The majority of Kosovo refugees fulfilled the requirements of the Geneva Convention⁴⁹ therefore, they were not typical war refugees who run away from a general feeling of threat and inconveniences caused by civil war.⁵⁰ It could seem, therefore, that there were no legal obstacles for them to apply for the status of refugee on the basis of the Geneva Convention. Nevertheless due to a lack of information and a will to return to Kosovo as soon as possible only a small group decided to submit an application. This took place after the expiry of temporary protection offered by the Polish government in relation to groups belonging to national or ethnic minorities not interested in returning home in the frames of the organised repatriation.⁵¹

Reception and consideration of applications to grant the status of refugees took place with the assumption of an advantageous interpretation of the Act on Foreigners. It introduces time limitations for applying for the status of a refugee.⁵² The Minister of Interior and Administration in the interpretation he applied called these terms 'preclusive' and an application to grant the status submitted after their ineffective expiry was subject

⁴⁸ Refugees received shelter, food and clothing. In some centres women were allowed to work in the kitchen and men perform small technical works. Not much was done, however, to facilitate them finding work or activity corresponding to their qualifications and education. A positive factor was that — in co-operation with the Office of High Commissioner — psychological care was ensured so as to decrease the stress resulting from the traumatic events in which they participated.

⁴⁹ As the Albanian minority, they were individually persecuted; their life and health was threatened.

⁵⁰ War refugees are most often treated as persons who do not meet the requirements of the Convention due to a lack of individualised fear of persecution.

⁵¹ Repatriation was organised since the beginning of August 1999, based on a voluntary agreement. Refugees, who did not take advantage of this possibility pointed to their personal health situation (for example disability or illness) or in the case of persons of the Gypsy origin, they had no safety guarantees if returned to Kosovo (on the basis of observations in refugee centres in Rabka, Mszana Dolna, Muszyna and Zawoja in July and August 1999).

⁵² Art. 37 of Act on foreigners: '§ 1. Application to grant the status of a refugee shall be submitted while the border is crossed, except for paragraphs 2-4. § 2. Foreigners, who can prove that they did not submit the application while crossing the border due to a justified fear for life or health, should submit it within 14 days of crossing the border. § 3. A foreigner, who has illegally arrived to the territory of the Republic of Poland, should submit an application immediately on crossing the border (...). § 4. Foreigner who resides legally on the territory of the Republic of Poland should submit an application within 14 days of receiving information about the occurrence of circumstances in his or her country which justify granting him the status of a refugee.'

to rejection for formal reasons.⁵³ However, in the case of refugees from Kosovo, who did not decide to go back home or who applied for granting them the status of a refugee while covered by temporary protection, the Ministry of Interior and Administration launched — based on refugees' statements that information about the bad situation in their country of origin was received within the last 14 days.⁵⁴ This artificial construct allowed examining the applications in their material respect.

It can be said that refugees from Kosovo were received in Poland on two different bases since, apart from the group received on the basis of the aforementioned Ordinance of Council of Ministers, some arrived individually. In respect to the latter group of refugees, after they submitted a motion to grant them the status of a refugee, an administrative procedure was launched to grant them the status of refugees. This procedure is still continued in connection with most of them either in the first or the second instance. This causes retaining protection against repatriating them to their country of origin. It can be expected that when the situation in the country of origin is considered as safe, refugees will decide to return to their country or the Ministry of Interior and Administration will start issuing decisions refusing to grant them the status of refugee and it will proceed with the process of deportation.

Currently, the Polish legislator conducts works to amend the Act on Foreigners. They are aimed to remove legal loopholes and to make the Act closer to the *acquis communautaire*. Draft of the new act, which I have had an opportunity to read,⁵⁵ introduces into the Polish system an institution of family-finding and of temporary protection of refugees.⁵⁶ Temporary protection will relate to foreigners escaping due to a hostile invasion war, including civil war, ethnic conflicts or breach of human rights. Arrival to Poland with a wave of mass inflow has not been defined as a requirement to cover a refugee with temporary protection: a difficult solution from the perspective of the concept prevailing in Europe. The Polish system, which was highly expected, introduced a suspension of consideration of motions to grant the status of a refugee for the time of coverage with temporary protection but no longer than for one year. To sum up, while the general evaluation of the project is good, the thus formulated temporary protection creates — in its understanding — a potentially dangerous situation for the protection of refugees in our country. It may cause closing the possibility to apply for the status of a refugee for persons, who are to this status but who have been automatically covered with temporary protection.

3.5. European Union

The European Union, not yet an international organisation, is a form of an international co-operation with a much higher potential to create a regional system of

⁵³ This provision was often criticised both by NGOs and the UNHCR due to a contradiction with the Geneva Convention and the *acquis communautaire*. Also the High Administrative Court opposed to considering these terms as preclusion. Verdicts of the High Administrative Court of June 3rd, 1998; reference: V SA 44/98 and 67/98.

⁵⁴ Owing to this interpretation, refugees formally fulfilled a condition of time limit to submit a motion of Art. 37, Item 4 of Act on foreigners.

⁵⁵ This was the draft passed by the *Sejm* Commission. Its reading took place in the Commission in the beginning of August 2000.

⁵⁶ The Polish lawmaker accepted the Polish term *ochrona czasowa* as translation of the English *temporary protection*.

temporary protection. It conducts an active policy aimed to harmonise the law of its member states also in the field of refugee law and the asylum law. Already in the Treaty on the European Union signed on February 7th 1992 in Maastricht,⁵⁷ we can read that one of tasks of the newly established Union is to 'develop close co-operation in the fields of justice and home affairs'.⁵⁸ In order to realise those plans, the asylum policy was added to matters of joint interest⁵⁹ as well as immigration policy and policy concerning third countries citizens.

Based on authorisation granted by Article K. 1, the European Union a number of times dealt with the problem of regulation of the temporary protection.⁶⁰

In the development of the concept of temporary protection in the law of the European Union, a very important place is occupied by a proposal of the European Commission⁶¹ directed on March 20th, 1997 to the Council of the European Union, referring to passing 'joint action concerning Temporary Protection of Displaced Persons'.⁶² From the legal point of view, the proposed 'joint action' is a binding document but it does not create individual rights and is not applied directly.⁶³ Countries are not bound by this document in the sense that in the case of a massive inflow of refugees, other solutions than the proposed ones may be used. This liberty, however, can take place only until the time in which the Council passes a regulation on the system of temporary protection. The procedure of establishment temporary protection takes place by means of Council decision which may be taken in a situation of a massive inflow of refugees, after examination if temporary protection can be ensured to them in their country of origin. The council, acting on motion of a Member State or the Commission will take a decision with a qualified majority.⁶⁴ The decision should define the scope of temporary protection and the time for which it is granted. The European Parliament takes part in this procedure only in this way, that it receives a report from the Commission

⁵⁷ *Treaty on the European Union*. Polish translation published in *Dokumenty Europejskie*, Volume I, ed. Teresa Przyborowska-Klimczak, Morpol, Lublin 1996, p. 295.

⁵⁸ Art. B, of the Treaty on the European Union.

⁵⁹ Art. K. 1 point 1 of the Treaty on the European Union. This issue is also referred to by Art. K. 2 and K. 3 of the said treaty.

⁶⁰ One of the first and more important documents was Council Resolution on burdensharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis, Official Journal No. C 262, passed on October 7th 1995, p. 14., and Decision on Alert and Emergency Procedure for Burden-Sharing With Regard to Admission and Residence of Displaced Persons, Official Journal 1996, L 63. 10. More on this topic: Karoline Kerber, *Temporary Protection: an Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States*, 1997, Vol. 9, No. 3, p. 456.

⁶¹ In compliance with the consultation procedure, the proposal of the Commission was presented to the Parliament who on October 23rd, 1997 presented its opinion together with postulated amendments. Some of them were considered by the Commission, which on July 24th 1998 presented the amended proposal concerning the 'joint action'. This proposal was discussed again by the Parliament which expressed its opinion on November 20th 1998. The amended proposal is currently in the Council before its final acceptance.

⁶² The Commission's Proposal to the Council for a Joint Action based on Article K. 3 (2)(b) of the Treaty of the European Union concerning Temporary Protection of Displaced Persons (20 March 1997); COM (97) 93 final 97/0081 (CNS), Official Journal C106, 4.04.1997.

⁶³ Karoline Kerber, *Temporary Protection: An Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States*, 1997, Vol. 9 No. 3, p. 463.

⁶⁴ Decision will be published in the Official Journal of the European Communities.

on the situation in the country of origin. In relation to the said it can express its opinions and recommendations.⁶⁵

The scope of the proposed joint action referred to persons who are citizens of a third country or stateless whose return in humanitarian conditions is not possible due to the situation in the country of origin, regardless of whether they meet the criteria of the Geneva Convention or not. Reasons behind leaving by a refugee his/her country are — apart from situations generally justifying international protection — also: a military conflict, a situation of threat caused by systematic or mass cases of breaking human rights and, in particular, forcing people to leave their homes as a consequence of persecution on ethnic or religious grounds as well, as other situations justifying international protection.

The scope of rights granted has been limited in comparison to the catalogue of the Convention, still, it was more advantageous than it is in the practice of many countries. On the other hand 'joint action' offered suspension of consideration of individual motions on the basis of the Geneva Convention for the time of temporary protection but maximally for five years. The termination of temporary protection takes place according to a defined procedure conducted by the Council with the co-operation of the Parliament and the Commission.⁶⁶

The discussed 'joint action' is not the only document concerning temporary protection over which the Commission has been still working. Only a few years ago, commentators said, 'any future conceptualisation of temporary protection cannot impose a legal obligation to receive humanitarian refugees as well as detailed rules of their stay in a Member State of the European Union'.⁶⁷ However, currently, there is a noticeable considerable interest in this issue in the European Union. Probably it happens under the pressure exerted by Germany in order to avoid a repetition of the situation of disproportional financial burden which took in place in Europe in the context of the war in Yugoslavia.⁶⁸

It should also be mentioned that we can expect further changes in connection with the introduction of the Amsterdam Treaty, signed in October 1997, which came into effect on May 1st, 1999.⁶⁹ It introduced an important reform of the structure of the European Union. Issues, which concern visas, asylum, immigration and other matters referring to the freedom of movement were assigned to a separate Title IV aimed to

⁶⁵ Art. 4 of the proposed 'joint action'.

⁶⁶ The Commission was obliged to present yearly reports to the European Parliament and the Council concerning the situation in the country of origin, method of the system implementation in individual EU Member States as well as financial consequences. A similar report should be drafted also 6 months before the deadline for which a temporary protection was introduced. Based on the report, three months before the end of the regime, the Council shall make a decision either on changing its earlier decision or on the prolongation of temporary protection or change of the regime and repatriation into the state of origin. Repatriation may take place only when the situation in the country of origin allows for a 'safe return in humanitarian conditions.' The meaning of the last term was earlier explained by the Commission. It includes the right to return to the country of origin in which both physical and psychological security is ensured, non-discrimination and respect for basic liberties (such as the right to move, to have family, freedom of expression, etc.). Moreover, the right to ensured basic needs of repatriated persons was added, including shelter and maintaining contact with repatriated refugees in order to control the reintegration process.

⁶⁷ For example, Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 90.

⁶⁸ The issue here is receiving 70% of refugees from Bosnia-Herzegovina in 1992 and 1993.

⁶⁹ Official Journal No. C 340, 10/1/1997, p. 0308.

'gradual creation of area of freedom, security and justice.' Title IV shall be put into the first pillar covering the amended Treaties, which causes recognition of the asylum and refugee issues as directly belonging to the interest of the Communities.⁷⁰ Temporary protection and temporary means which may be undertaken in a situation of a mass inflow of refugees are regulated by Article 63(2)(a) and Article 64(2) of the Treaty on the European Union respectively. On this basis, the Council should define minimal standards of granting refugees temporary protection. Beneficiaries of this form of protection have been defined as displaced persons from third countries who cannot return to their countries of origin. The scope of the regulation was — in comparison with the current position of the EU — broadened by an open clause of 'persons,' who for other reasons require international protection.⁷¹ A lack of prerequisite of a mass inflow of refugees is noticeable as one of conditions for launching a system of temporary protection. Nevertheless, we can expect making this definition more precise in successive instruments construed on the basis on the Treaty.⁷²

The Treaty of Amsterdam foresees a possibility to apply temporary means when in one or more Member States a massive inflow of refugees from a third country occurs.⁷³ Types of these measures were not made precise; they are supposed to be advantageous for the Member State. The body authorised to undertake them is the Council acting on initiative of the Commission. Temporary means are subject to some limitations, including the maximum period for which they may be passed. It may not exceed six months. Moreover, activities undertaken cannot remain in contradiction to obligations accepted by Member States on the basis on the international humanitarian and refugee law.

3.6. Council of Europe

The Council of Europe is the oldest organisation which dealt with the problems of asylum and refugees on a regional level. Since the beginning of its law-making activities it persuaded member states to practise the most humanitarian treatment of refugees possible and promoted liberal rules concerning receiving refugees and granting them aid. This approach was visible in particular in the 60's when there was no system of refugee protection which could be called European. In the forum of the Council of Europe a discussion on new solutions concerning the refugee law is being continued under the auspices of an *ad hoc* committee of experts for legal aspects of a refugee, the CAHAR.⁷⁴ Legal texts prepared by representatives of member states in the frames of CAHAR are then passed on to sessions of the Committee of Ministers of the Council

⁷⁰ In the earlier regulation on the basis of the Treaty of Maastricht these issues belonged to the 'third pillar' referring to jurisdiction and internal affairs. See: Dominik Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1995, p. 38. The Treaty of Amsterdam foresees also incorporation of convention of Schengen into the *acquis communautaire*.

⁷¹ Art. 63 (2) (a) in *Jine* of the Treaty on the European Community.

⁷² Also *ECRE Guarding Standards-Shaping the Agenda* May 1999, www.ecre.org, p. 15.

⁷³ Art. 64 (2) of the Treaty on the European Community.

⁷⁴ The acronym is French and comes from: *Comite Ad Hoc sur les Aspects Juridiques de l'Asiles, des Refugies et les Apatrides*. The Committee was established in 1977 and its tasks include preparing drafts of legal instruments submitted for discussion and approval by the Committee of Ministers, looking for solutions and proposing activities harmonising the law and its practice.

of Europe. This gives a guarantee that states will comply with the thus passed recommendations, despite their non-binding character.

Already in recommendations⁷⁵ passed in 1993 issues connected with temporary refugee protection were mentioned.⁷⁶ A climax of works on the regulation of temporary protection took place as a result of the war in Yugoslavia and a need for a quick reaction to national concepts of temporary protection. The Council, both by recommendations and resolutions of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly invited states to apply the forms of temporary protection in extraordinary situations (1993⁷⁷ and 1994⁷⁸) and referred to the methods of granting it.⁷⁹ In these and successive documents, the common element was the understanding of temporary protection as a necessary system additional, rather than replacing, the Geneva Convention. Attention was also paid to a disadvantageous lack of common and uniform foundations of this concept in Europe, all the more to detailed rules of granting protection and the scope of rights. Hence arises a need to create joint, regional standards of temporary protection. In its Recommendation of 1993, The Parliamentary Assembly of the Council of Europe requested the Committee of Ministers to adopt an act on rules of the system of temporary protection common for all member states.⁸⁰ Moreover, the European Union was invited to take advantage of experiences of the Council of Europe in order to co-ordinate — in co-operation with the UNHCR — the system of temporary protection on a regional scale.

Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Ministers on temporary protection adopted on May 3rd, 2000⁸¹ was preceded by long months of consultations on the forum of the CAHAR. It turned out that in connection with recent experiences during conflicts in the former Yugoslavia and in Kosovo, despite their formal termination, the topic remained controversial and it was difficult to achieve an international consensus. In a document adopted after many efforts, the complementary character of temporary protection in relation to the Geneva Convention was emphasised; it is supposed to be only a practical and short-term instrument used uniquely in a situation

⁷⁵ Texts of Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe: *Selected texts concerning territorial asylum and refugees adopted within the Council of Europe* Strasbourg March 1998, Vol. 1, p. 44. and www.coe.int.

⁷⁶ Por. również Helene Lambert, "Seeking Asylum" *Comparative Law in Practice in Selected European Countries*, International Studies in Human Rights 1995, Vol. 37, p. 129.

⁷⁷ Recommendation 1205 (1993) on the Situation of Refugees and Displaced Persons in Several Countries of the Former Yugoslavia; The Parliamentary Assembly of the Council Of Europe, at its Forty-Fourth Ordinary Session, CAHAR *Selected Texts concerning...*, Vol. II, p. 62.

⁷⁸ Resolution 1034 (1994)1 on the Activities of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) from 1990 to 1993; The Parliamentary Assembly Of The Council Of Europe, at its 1994 Session, CAHAR *Selected Texts concerning...*, Vol. II, s. 95. Also: Resolution 1019 (1994)1 on the Humanitarian Situation and Needs of the Refugees, Displaced Persons and Other Vulnerable Groups in the Countries of the Former Yugoslavia; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its 1994 Session, CAHAR *Selected Texts concerning...* Vol. II, p. 88 and: Resolution 1077 (1996)1 on Albanian Asylum-Seekers from Kosovo; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its 1996 Ordinary Session, CAHAR *Selected Texts concerning...*, Vol. II, p. 133.

⁷⁹ Recommendation 1348 (1997) on the Temporary Protection of Persons Forced to Flee Their Country. Text adopted on November 7th, 1997, CAHAR *Selected Texts concerning...*, Vol. II, p. 153.

⁸⁰ Art. 9 iii of Recommendation 1205 of 1993.

⁸¹ Recommendation No. R (2000) 9 of the Committee of Ministers on temporary protection.

of a mass inflow of refugees. The basic objective of protection is quick, without excessive bureaucracy receiving a mass and sudden inflow of persons to a safe country granting shelter. The recommendation establishes minimal standards of protection of these refugees and defines common conceptual frames. One of assumptions of temporary protection is to cover persons, who could be considered refugees in the understanding of the Geneva Convention. Hence, covering with temporary protection cannot violate the right to the status of a refugee.⁸² Unfortunately, this does not mean that the Recommendation does not allow for a possibility to suspend consideration of applications to grant the status of a refugee. This is acceptable only for a justified period of time, maximally until the termination of temporary protection. The Recommendation touches upon another very important problem of sharing burden between states. This so-called 'international solidarity' (or the 'spirit of international solidarity'), that has facilitated receiving refugees from behind the Iron Curtain has not found any considerable application in the time of the Yugoslavian war. This caused a very unbalanced spread of burden connected with refugees arriving at that time. The Recommendation encourages therefore solidarity between states so that countries receive refugees arriving to their countries voluntarily. A country 'especially afflicted' can refer to the Committee of Ministers for consultations. As concerns the already mentioned list of rights which should be given to refugees, the Recommendation considers as the minimum the right to shelter, food and medical care, education for children and the right to work in a scope foreseen by the domestic law; the other privileges are left at the discretion of states.⁸³ This document, similarly as other ones adopted by the Council of Europe, encourages states which receive refugees to co-operate and consult their decisions with the Office of United Nations High Commissioner for Refugees.

3.7. United Nations High Commissioner for Refugees

The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) is an auxiliary body to the UN General Assembly; it was established on January 1st, 1951.⁸⁴ The UNHCR mandate includes 'ensuring international protection to refugees,⁸⁵ acting to promote permanent solution of refugee issues and supervision of application of the Geneva Convention. In 1958 the auxiliary body of the High Commissioner was formed as the Executive Committee.⁸⁶

Beginning with 1956, the UN General Assembly broadened the scope of activities of the Commissioner, also towards victims of armed conflicts, civil wars and other threats.⁸⁷

⁸² Preamble of the Recommendation.

⁸³ Par. 3 of the Recommendation.

⁸⁴ General Assembly adopted the statute of UNHCR in 1950 as appendix to Resolution 428 (V), in which it also asks governments to co-operate with the office of the High Commissioner.

⁸⁵ Statute, paragraph 1.

⁸⁶ Executive Committee was established by the Economic and Social Council to replace the formerly established (in 1951 and 1955) advisory bodies. UNGA Res. 1166 (XII), November 26th, 1957 and ECOSOC res. 627(XXV), April 30th, 1958. Cf. Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, p. 215.

⁸⁷ Detailed description of the process of expanding the UNHCR mandate is presented by Joan Fitzpatrick, *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary "Refuge" And Local Responses To Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 41.

These events gave rise to the need to cover new groups of refugees with protection while the Geneva Convention not always can be applied. Already in 1979, the UNHCR turned attention to a growing complexity of refugee problems and to a need to ensure these persons at least temporary protection. In the same year, the Executive Committee in its Conclusion no 15 on international protection claimed that 'in situation of mass inflow, persons applying for the status of a refugee should receive at least temporary protection.'⁸⁸ Similar position was presented in the successive years.⁸⁹

Conclusions of a group of experts on international solidarity, burden-sharing and minimal standards, established for this purpose were adopted by the Executive Committee on its 32nd session⁹⁰ and later confirmed by the Resolution of the UN General Assembly.⁹¹ The so-called Conclusion no 22 includes a list of basic rights and standards of refugee treatment. For this reason it is often referred to by the UNHCR as the basic source of minimal standards for persons taking advantage of temporary protection. This, however, is not a full catalogue. It does not include, among others, relation to the basic rights foreseen by the Geneva Convention such as: the right to obtain ID, the right to education and possibility of employment.

Conclusion no 22 emphasised the fact that in the case of a mass inflow of refugees, they should be received by the state to which they first apply for protection. If this country could not receive refugees on permanent rules, they should have a guarantee of at least temporary protection. Unconditional obligation of the rule of ban on deportation was emphasised, including a ban on deporting on the border of a state. In this conclusion, the Executive Committee paid attention for the first time to the fact that among large groups of refugees there are also persons who meet the requirements to be considered refugees in the understanding of the Geneva Convention.

It was reminded in the Conclusion that refugees covered with temporary protection should have basic rights and freedoms assurance and that they should be treated without discrimination with regards to sex, race, etc. The minimal rights also include the right to shelter, food, respecting the right to unity of family by application of the rule of putting families together as well as right to jurisdiction and moving before authorities. The superior objective of temporary protection was defined as the return of refugees to the country of origin and therefore, states should enable them repatriation only when conditions allow for this. The conclusion develops the rule of burden-sharing in the spirit of international solidarity, emphasising an absolute necessity of co-operation with states, the UNHCR, international organisations and NGOs.

Until 1985, the UNHCR has fully accepted and developed a concept of temporary protection connected with a ban on deporting to a place in which refugees should be faced with a threat to life or health. In the course of the next decade these rules were repeated a number of times, both in yearly reports and in minutes of the Executive Committee Sessions. In the course of the first UNHCR-sponsored conference referring to the former Yugoslavia, which took place on July 29th, 1992, the High Commissioner,

• Report on the 30th Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme, U.N. Doc. A/AC.96/572, § 72(0) (1979), Refworld 1999.

⁸⁸ For example on a session in 1980, Conclusion No. 19 (XXXI) 1980, Report of the 31st Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme UN Doc. A/AC.96/588, § 48(4), Refworld 1999.

⁸⁹ Conclusion no. 22, Report of the 32nd Session of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1981 U.N. doc. A/AC.96/601, para.57(2), Refworld 1999.

⁹⁰ General Assembly Resolution 36/125 (December 14th 1981), Refworld 1999.

Mrs. Sadako Ogata, filed an official request to ensure refugees, who escaped as a result of the war in Yugoslavia, at least temporary protection.¹²

Another milestone in reinforcing the concept was a Note on international protection¹³ presented by the High Commissioner in 1994. A part of it referred to temporary protection defined as a tool often in a situation of crisis caused by a mass inflow of refugees who require international protection. A definition of temporary protection, which can be derived from it, states that it is a short-term mean with smaller range of rights than foreseen by the Geneva Convention. Nevertheless, its application must ensure the respect of human rights. This protection should, therefore, cover persons, who escaped from the territory of Yugoslavia directly afflicted by war as well as persons, in relation to whom human rights were violated, including ethnic or religious persecution victims who for different reasons require international protection.¹⁴

The High Commissioner office in the above-mentioned as well as other documents dealing with the problem of temporary protection emphasised the role of this instrument as a minimal standard of refugee protection, to ensure which country can limit itself in an extraordinary situation of a massive inflow of refugees. On the basis of the above-described documents it is visible that the High Commissioner and the Executive Committee have tried a number of times to increase the standard of stay offered to refugees and regulations of this protection. Certainly, the UNHCR, as a body with a strong international position, with an aim to protect refugees will continue to deal with extra-Convention forms of refugee protection, including temporary protection.

4. Is the Geneva Convention Outdated? Criticism of the Concept of Temporary Protection

The presented analysis of systems of temporary protection in individual countries as well as the one adopted by different organisations is not a complete and is aimed only to outline a form of development of this new form of refugee protection. Currently, there is a popular view that such an evolution in the direction of alternative forms of refugee protection has been caused by the fact that the Geneva Convention has become outdated. In accordance with this view, temporary protection was supposed to be an answer to a need of protection of modern refugees, currently not protected by the outdated Convention.¹⁵ Although this, so narrowly defined thesis is not entirely deprived of reason, we should be aware of its mistakes and threats following from adoption thereof.

¹² Statement of the United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia, Geneva, 29 July 1992, UNHCR, Refworld 1999.

¹³ 'Note on International Protection' is a report drafted by the United Nations High Commissioner for Refugees and refers to international protection of refugees. This document is adopted by the Executive Committee, then via intermediary, Economic and Social Council, is it sent to the General Assembly. Note on International Protection UN doc. A/AC.96/830,7 September 1994, Refworld 1999.

¹⁴ Point 47, IV, B, Note on international protection 1994.

¹⁵ For example: Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, p. 9. also Hathaway James C., Neve Alexander R., *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal For Collectivized And Solution-Oriented Protection*, Harvard Human Rights Journal 1997, Vol. 10.

4.1. Inadequate Definition of 'Conventional Refugee'

The most serious argument against the thesis of the Convention being on time raised by some authors is the outdated definition of a refugee included in it. This accusation may seem true since some persons who consider themselves refugees and require international protection indeed are not recognised as refugees in the understanding of the Convention. These are, for example, war prisoners escaping from a general threat resulting from war. In this case, the status of a refugee on the basis of the Convention in most cases is not due. An alternative could be drafting a new international or regional convention which would cover war prisoners with some form of protection. Currently, a way out of this situation is granting different type of statuses of humanitarian refugees or simply covering them with a ban on deportation. We would also think if loopholes in the refugee protection system are not caused partly by adoption by most European countries of a restrictive interpretation of the Convention definition if internal extension of this definition would not resolve the problem.

In the issue of temporary protection the idea is not to ensure aid to war prisoners. Temporary protection should relate only to a situation of a massive inflow of refugees among whom there are also Convention-definition refugees. Therefore, these refugees who are entitled to protection foreseen by the Convention should have the fastest possible possibility to apply for this status. Those, in whose case prerequisites to grant this status are not met, should receive humanitarian aid. Therefore, stipulated or real inadequacy to current terms of the definition of a refugee proposed by the Convention has no fundamental meaning for the concept of temporary protection.

4.2. Massive Inflow — Extraordinary Situation?

Inadequacy of the Convention is mentioned also in relation to a specific situation of a massive inflow of refugees.* This actual situation results in the fact that individual examination of applications to grant the status of refugees, aimed to verify if individual investigation of applications to grant the status of refugees to see if the prerequisites of the Convention have been fulfilled is difficult to realise for — among others — practical reasons. A massive inflow of persons looking for protection may cause serious administrative problems and problems with public order threatening the stability of a state.

There is an accusation associated therewith which refers to the fact that the Convention was to regulate events of a small scale and individual verification of occurrence of fear of persecution. On the other hand massive inflow of refugees, creates an extraordinary situation and poses great organisational and legal challenges to hosting countries. Therefore, it seems justified to apply temporary protection for a short period of time aimed to receive refugees and decide if the humanitarian status, or rather the 'convention' status of a refugee, is due to them. We should be aware of the danger that temporary protection may change into a more convenient and cheaper way of dealing with refugees without applying the complex structure of the 'convention' status of refugees. Any steps taken in this disadvantageous direction should be considered moving away from a direct connection between temporary protection and a massive inflow of refugees. This is visible, among others, in the Treaty of Amsterdam and in drafts of

* Cf. Kay Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, p. 9.

amendments to the Polish Act on foreigners. It is difficult to say how long-lasting this direction may be; nevertheless, it can cause a risk of automatic placement of refugees in the less advantageous for them temporary protection, simultaneously closing them a possibility to apply for the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention.

Dangers that the status of a refugee cannot be applied in the case of a mass inflow come usually from a false assumption that individual consideration of applications to grant the status is necessary. Although, it is indeed a legal solution adopted in Europe, it should be pointed out that the Geneva Convention does not include such a requirement. It is possible to adopt such a group qualification which is based on *a prima facie* assumption that every person from the whole group of refugees meets the criteria of the Geneva Convention. This group may be defined by some criteria (for example origin from a given country in the state of war, given nationality or social group) and with a lack of evidence to the contrary, it is assumed that every member of this group has experienced individual persecution and that he/she fulfils the other criteria of the Geneva Convention.¹⁷ This construct was used towards the refugees of the Cold War but it was not applied to those from the Yugoslavian war of 1991-1995.

4.3. Today's Refugees Want to Return?

Another group of arguments which refuse the Geneva Convention its on-time status is a claim that supposedly refugees are not interested in long-lasting protection and that they may want to go back to their country of origin as soon as possible. However a mistake in this reasoning should, be pointed out. It assumes that the protection ensured by the Geneva Convention in the form of the status of a refugee is aimed at settling for good in a hosting country. From the legal point of view, the Geneva Convention foresees a possibility of losing this status in a situation in which he or she applies of his/her own will for protection to his/her country of origin or when conditions, due to which the status of refugee has been granted, expire (the so-called exclusion clause).¹⁸ The status of a refugee is, therefore, in its assumption a form of temporary protection. It is difficult not to notice that in reality the status of a refugee changes into a permanent stay. This, however, results further from unwillingness of states to apply the exclusion clause and in the past from the political situation during the Cold War."

¹⁷ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva 1992, p. 16.

* According to Art. 1 C of the Geneva Convention: This Convention shall cease to be in force in relation to [...] person], if: 1) applied of his/her own will for the protection of the state of whose citizen she/he is, or 2) having lost its citizenship adopted it again or 3) adopted new citizenship and uses the protection of the country whose citizenship he/she adopted or 4) settled again of his/her own will in the state, which he/she left or remained outside its territory for fear of persecution or 5) can no longer refuse to use the protection of the state of which citizen he/she is as a result of termination of conditions due to which he/she was considered a refugee.

¹⁸ Joanne Thornburn, *Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden Sharing in Europe*, *International Journal of Refugee Law* 1995, Vol. 7, No. 3, p. 461.

5. Summary

In the course of the last ten years we have witnessed in Europe a process which brought about a change in understanding of the protection of refugees. A catalyst for this evolution was the Balkan war. Its consequence was the occurrence of refugee waves on a scale so far unprecedented in Europe. In this situation and in connection with the aggravating economic conditions and a wave of xenophobia and nationalism, states have begun search for new solutions.¹⁰⁰ This "golden mean" was supposed to be temporary protection.

Thinking about the assessment of this institution first of all we should ask what its real objective is. Is it really aimed at ensuring people security in special circumstances in the only way possible? Or is it not rather a question of reluctance of states to incur the costly consequences of granting these persons the status of a refugee rightly due to them on the basis of the Geneva Convention? One group of commentators assesses critically its appearance and reinforcement in Europe, pointing at a threat to the Geneva Convention arising from creation of a new standard of protection and allowing to receive refugees according to less advantageous rules. For this reason, there is a risk that these countries will want to use temporary protection even in cases in which the 'convention' status should be applied.

On the other hand, another group of commentators points out at the humanitarian aspect of temporary protection which encourages countries to receive much larger numbers of refugees than it were possible with the application of procedures of the Geneva Convention. Another advantage is also the fact that temporary protection creates an unarguably beneficial situation, in which states are more interested in restoring peace in the afflicted region. Making all efforts, both diplomatic and military, to restore peace and a stable situation will make the repatriation of refugees possible. This is equal to removing the burden of ensuring protection from these states.

The above-presented European practice proves that there is no return from the institution of temporary protection of refugees. It remains an open question what will be the final shape of this form of protection and what role in shaping thereof will be played by the European Union. The crucial question is: what will be the far-going consequences of popularisation of this form of extra-convention protection which may refer to persons who fulfil the requirements of the Geneva Convention? One of the most important issues will be what will be the definition of relation of temporary protection to the status of a refugee.¹⁰¹ Will it remain a complementary mechanism—as understood by its advocates— or will it replace the Geneva Convention by creating a second, weaker standard of protection.

¹⁰⁰ Rene de Fabbro describes numerous cases of arsons beating and other organised actions directed against foreigners in Germany, perpetrated with indifference of observers. He gives an example that on January 24th 1994 at the Munster University, an inscription over the two main entrances to the university: 'foreigners' and 'Germans' was placed. This was an action aimed to test the reaction of students. It turned out that 95% did not protest against this discrimination and used their 'appropriate' door; Rene de Fabbro "Germany — a Victory of the Street", *New Xenofobia in Europe*, Bernard Boumgartl ed., The Hague-London-Boston 1995, p. 133.

¹⁰¹ According to a UNHCR report, European states granted temporary protection to about 600,000 refugees from the former Yugoslavia. At the same time, they closed access to a procedure of granting the status of a refugee on the basis of the Geneva Convention. Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. GAOR, 48th Sess., Supp. No. 12, at 35, U.N. Doc. A/48/12 (1993), Refworld 1999.

ВРЕМЕННАЯ ЗАЩИТА БЕЖЕНЦЕВ В ЕВРОПЕ

1. Введение

На одном из плакатов, изданных Бюро Верховного Комиссара ООН по делам беженцев показан подземный переход. На стене виднеется написанная краской (в аэрозоли) надпись: „Беженец, иди домой." Комментарий внизу плаката гласит: „Пошел бы, если бы мог".¹ Беженцы - это не экономические иммигранты, искатели приключений или любители путешествий. Не углубляясь в детали определения беженцы — это лица, которые вынуждены были покинуть страну своего происхождения, боясь за свою жизнь, или жизнь своих близких. В настоящее время многие страны всеобщее приняли на себя обязательство защиты таких лиц в случае, если государство, которого гражданами они являются, не хочет или не может гарантировать им защиту.

В Европу пребывают беженцы из самых отдаленных частей земного шара, а также жертвы конфликтов на нашем континенте. Предоставляемая им защита, с юридической точки зрения, основана на так называемом статусе беженца, определенном в Женевской Конвенции с 1951 г.² Эта конвенция, принятая большинством государств, и укрепленная гуманитарными традициями современного мира, является основой признания беженцам международной защиты. Однако предусмотренная в Конвенции форма защиты влечет за собой огромную финансовую и общественную нагрузку, как следствие отсутствия общественного одобрения для приезда большого количества беженцев.³ Эти условия, а также постоянно изменяющийся состав самих беженцев и обстоятельства сопровождающие их прибытие, способствуют тому, что международное право беженцев постоянно изменяется. Изменения отражаются в интерпретации самой конвенции, а также во внутреннем законодательстве государств и деятельности международных организаций.

¹ В оригинальном английском тексте: „Refugee go home. He would if he could."

² Законодательный вестник 119, с. 1991 г., поз. 514, Конвенция о статусе беженцев, Женева 28 июля 1951 г.

³ В 1993 г. в Германии экстремистская группа Скинхед (Skinhead) совершала нападения на иностранцев, из чего зарегистрировано 17 случаев убийств и 2000 ранений. Информация зачерпнута из: К.Е. Mc Carron, *The Shengen Convention as a Violation of International Law and the Need of Centralized Adjudication on the Validity of National and Multilateral Asylum Policies for Members of European Union*, Boston College International and Comparative Law Review 1995, Vol. 18, с. 405.

Дискуссии о проблеме беженцев принимают яркий и трагический характер в случае вооруженных конфликтов, следствием которых является массовое бегство в соседние или экономически более развитые государства. С такой ситуацией часто сталкиваются африканские страны, а в Европе самым ярким примером была война в Югославии. Этот недавний конфликт в самом сердце Европы привлек внимание общественности к отсутствию среди европейских государств воли совместно нести бремя, связанное с большими перемещениями беженцев.⁴

С перспективы массового наплыва беженцев, покидающих территории охваченные войной, практическое значение имеет дискуссия на тему альтернативных (по отношению к Женевской Конвенции) средств защиты беженцев. Во всей Европе общепринята уверенность в том, что беженцы из бывшей Югославии не соответствуют условиям признания статуса беженца, установленным в Женевской Конвенции,⁵ следовательно надо им признать защиту на основании других предпосылок. Некоторые европейские государства столкнулись с так резким взростом количества беженцев, что трудно было использовать внутренние процедуры по признанию статуса беженца. Именно поэтому всеобщее применение получила временная защита беженцев (англ. *temporary protection*), которая хоть и была уже известна, никогда еще не была так широко использована. С законодательной точки зрения это влекло за собой необходимость введения во внутреннее законодательство применяющих ее государств, новых регуляций или значительного изменения уже существующих, а темп и масштабы этих перемен опередили международную дискуссию на тему необходимых элементов понятия временной защиты.

Несмотря на отсутствие в международном праве юридически обязывающего определения временной защиты, ее характеристику можно вывести на основании преобладающего мнения доктрины. Заключается она в объятии временными мерами, которые уберегут от депортации беженцев, которые прибыли в какое-то государство с массовой волной беженцев, спасающихся от войны или другого конфликта. Некоторая часть этих людей будет соответствовать предпосылкам Женевской Конвенции, следовательно, временная защита применяется по отношению к тем лицам, которые в других обстоятельствах получили бы статус беженца. Временное отступление от применения статуса обусловлено именно специфической ситуацией неожиданного принятия большой группы беженцев. Однако проблема появляется уже в моменте ответа на вопрос — на какой срок слеует отступить от применения Конвенции. По сравнению с Женевской Конвенцией и правом прав человека в целом, временная защита гарантирует более скромный каталог прав.⁶

⁴ В результате, самое большое количество беженцев из всех стран Европейского Союза приняла Германия (ок. 350 000), а в дальнейшей последовательности — Италия, Швейцария и Австрия, соответственно от ок. 35 000 до 25 000. Всего, в начале 1995 г. в Европе временной защитой было охвачено 700 000 человек из бывшей Югославии. UNHCR, *The State of the World's Refugees: in Search of Solutions*, Geneva 1995, с. 86.

⁵ Несмотря на это в 1998 г. Канада приняла положительные решения в 97% просьб граждан Боснии и Герцеговины по признанию статуса беженца. Из: J.C. Hathaway, R. Alexander Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: a Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection*, Harvard Human Rights Journal 1997, Vol. 10, с. 169.

⁶ Тема затронута также в: D. Joly, *The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in Nineties*, International Journal of Refugee Law 1994, Vol. 10, с. 182.

Временная защита должна решать три задачи. Уменьшить финансовую нагрузку принимающего государства, используя групповую квалификацию, вместо дорогостоящей процедуры. Следующая задача — это облегчение репатриации беженцев, как с юридической, так и психологической точки зрения, так как с самого начала дает беженцу понять, что его пребывание в принимающем государстве имеет временный характер. В-третьих, использование временной защиты является важным сигналом для общественного мнения, дающим понять, что принятие беженцев имеет исключительно гуманитарный характер и не увеличит числа эмигрантов, постоянно находящихся в данном государстве.⁷

Следовало бы еще вспомнить о существовании других, дополнительных, по отношению к Женевской Конвенции, форм защиты беженцев. Применяются они в тех случаях, когда беженцы не отвечают предпосылкам признания им статуса на основании Женевской Конвенции, но нельзя их депортировать, исходя из широко понятых гуманитарных соображений. Такая защита принимает форму, например, разрешения на пребывание иностранца в государстве или защиты от депортации, которая, если бы произошла, могла бы нарушить 3 статью Европейской Конвенции Прав Человека.⁸

2. Историческое развитие

2.1. Послевоенное развитие защиты беженцев до Женевской Конвенции с 1951 г.

Для того, чтобы понять какое место в международном праве занимает в наши дни защита беженцев, а также каковы были основы развития временной защиты, стоит описать, хотя бы в сокращении, историю этих понятий. Защита беженцев, как часть политики государства по отношению к иностранцам, на протяжении веков считалась элементом внутренней стратегии суверенного государства. Только в XX в., в следствии двух войн международного масштаба, которые были причиной огромных переселений, произошла перемена в подходе к этой проблеме. После окончания I Мировой Войны, под покровительством Лиги наций были предприняты попытки такого определения статуса беженцев, который позволил бы охватить их самой основной защитой.⁹ Во время II Мировой Войны было сформулировано понятие беженца, как лица, которое вынуждено покинуть свою страну, опасаясь нарушения прав и свобод, в связи со своей расой, вероисповеданием или политическими убеждениями.¹⁰ После завершения II Мировой Войны концепция

⁷ Более подробно на эту тему см.: М. Кjaer'um, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law* 1994, Vol. 6, No. 3, с. 451.

⁸ Европейская Конвенция по защите прав человека и основных свобод, Законодательный вестник 61, с 1993 г., поз. 284. Статья 3: „Никто не будет подвержен пыткам или другому бесчеловечному или унижительному обхождению или наказанию.“

⁹ В 1921 г. Лига наций создала должность Верховного Комиссара по делам беженцев, а во время Женевской Конференции 1933 г. была подписана Конвенция о международном статусе беженцев (1933 Convention Relating to International Status of Refugees, 159 LNTS No. 3663), шире на эту тему см. J. Hatheway, *The Evolution of Refugee Status in International Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 1984, Vol. 33, с. 343.

¹⁰ Это определение было дано на конференции в Бермудах в апреле 1943 г., G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, с. 5.

подверглась дальнейшим усовершенствованиям и проявилась в конституции Международной организации по делам беженцев, а также в уставе Верховного Комиссара по делам беженцев, принимая свою окончательную форму в конвенции, подписаной в Женеве 28 июля 1951 г.

Женевская Конвенция по сей день является фундаментом права беженцев, устанавливает общепринятое определение беженца и гарантирует минимальный каталог прав лицам, которые признаны беженцами на основании ее положений. Конвенция должна была создать однородный стандарт защиты, который не возлагал бы на принимающие государства слишком больших обязанностей, принимая во внимание, что беженцы не собираются возвращаться в страну своего происхождения. Именно поэтому в Конвенции содержатся развитые механизмы присуждения социальных, экономических и общественных прав, облегчающих интеграцию беженцев. В течении декад своего действия, Конвенция охватила защитой много беженцев из стран за железным занавесом, что привело к потере временного характера защиты, которая превратилась в постоянное решение.

Важным дополнением Конвенции является Протокол о Статусе Беженцев, подписанный в Нью-Йорке 31 января 1967 г.,¹² который ликвидировал ограничения действия конвенции во времени и пространстве. С моментом введения в действие¹³ эти два документа вместе взятые, являются основанием права беженцев, о всеобщем действии. Несмотря на то, что прошло много лет со дня введения в жизнь этих международных договоров и несмотря на имевшие в это время место изменения в экономической и политической обстановке современного мира, они остаются реальным юридическим орудием. Сфера действия Женевской Конвенции и Нью-Йоркского Протокола постоянно расширяется в меру того, как новые государства становятся сторонами этих документов.¹³

Как уже говорилось, в Женевской Конвенции и Нью-Йоркском Протоколе дано определение беженца. Согласно этому определению, беженцем является лицо, которое „в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений; или, не имея никакого гражданства, и находясь вне страны своего обычного местожительства, в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в эту страну в следствие таких опасений".¹⁴ С точки зрения рассуждений на тему временной защиты, стоит вспомнить о содержащемся в конвенции принципе запрещения выдворения, или депортации, который в доктрине называется принципом „*non-re/ou/lemen*Г. Согласно 33 статье „государства[...]не будут никоим образом высылать или возвращать беженца на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность в следствие

¹² Протокол о статусе беженцев от 31 января 1967 г., Законодательный Вестник 119 с 1991 г., поз. 617.

¹³ Женевская Конвенция вошла в действие 22 апреля 1951 г., а Нью-Йоркский Протокол вошел в действие 4 октября 1967 г., по отношению к Польше Женевская Конвенция вошла в действие 26 декабря 1991 г., а Нью-Йоркский Протокол — 27 сентября 1991 г.

¹⁴ Ситуация с марта 1999 г. Общее число государств-сторон Женевской Конвенции равно 133, а сторонами обоих документов является 128 государств, *Refugee Survey Quarterly* 1999, Vol. 18, No. 1, с. 216.

¹⁵ Статья 1 А, § 2 Женевской Конвенции с 1951 г.

их расы, религии, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений". Исключения от этого принципа допустимы в тех случаях, когда существуют основания полагать, что беженец представляет собой „угрозу безопасности страны, в которой он находится, или осужден вошедшим в силу приговором в совершении особо тяжкого преступления и представляет собой общественную угрозу для страны". Наряду с Европейской Конвенцией по правам человека, принцип *non-refoulement* ограничивает возможность арбитражного выдворения беженцев с территорий, охваченных войной или внутренним конфликтом.

В связи с отсутствием в Европе собственной региональной системы защиты беженцев (такой, как например в Латинской Америке, или Африке¹⁵) только основанный на Женевской Конвенции статус беженца, пользуется непосредственным и всеобщим применением. На европейском континенте не было также единой политики по отношению к беженцам. Только через некоторое время Европейский Союз заинтересовался этой областью, ввел регуляции и сгармонизировал политику государств-членов Союза по отношению к иностранцам. Кроме Европейского Союза заинтересованные этой областью проявляют региональные международные организации, как Совет Европы, а также неправительственные организации такие как ECRE (Европейский Совет Беженцев).¹⁶ Особое место в этой системе защиты занимает Верховный Комиссар Организации Объединенных Наций по делам беженцев. Эта должность была создана специально для защиты прав беженцев.

Многие исследователи считают, что защита беженцев в Европе принимает все более ограничительные формы. Для описания этого явления иногда используется понятие „Европа-крепость". Нет никаких сомнений, что сейчас все чаще используются механизмы ограничивающие въезд иностранцев, такие как концепции безопасного третьего государства и безопасного государства происхождения,¹⁸ введение въездных виз, а также регуляции Дублинской и Шенгенской конвенций.

¹⁵ OAU Convention governing the Specific Aspects of Refugee Problem in Africa, 1969 г., статья 1, § 2, а также Cartagena Declaration, 1984 г. В системе конвенций, тем беженцам, которые соответствуют только критериям дополнительного определения, и не соответствуют критериям основного определения Женевской Конвенции, предоставляется временная защита. См. J.B. Cooper, *Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*, New York University Environmental Law Journal 1998 г., Vol. 21, с. 491, а также J.M. Henckaerts. *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, International Studies in Human Rights 1995, с. 105.

¹⁶ Англ. European Council for Refugees and Exiles.

¹⁷ С М. J.W. Dacyl, *Europe Needs a New Protection System for Non-Convention Refugees*, International Journal of Refugee Law 1995, Vol. 7, No. 4, с. 589, а также Jean-Yves Carlier, D. Vanheule, *Belgian Bricks for Fortress Europe: Comment on the New Refugee Law after the Judgment of Court d'Arbitrage*, International Journal of Refugee Law 1994, Vol. 6, No. 3.

¹⁸ Концепции безопасного третьего государства и безопасного государства происхождения используются в правовых системах европейских государств. Они заключаются в составлении списка государств, которые считаются безопасными. Если беженец прибыл из государства, находящегося в списке, то это достаточная предпосылка для отклонения ходатайства, как обосновательного (безопасное государство происхождения). Если во время разбирательства окажется, что беженец по пути пересек границу безопасного третьего государства (которое не являлось ни государством происхождения, ни государством назначения), это также может быть предпосылкой отклонения ходатайства. Обе концепции находятся также в польском законе об иностранцах с 1997 г.

Существуют однако и противоположные мнения. И так, Хейльброннер¹⁹ полемизирует с подходом, определяющим европейскую политику по отношению к беженцам и иммигрантам как неприступную. Приводит он статистики, свидетельствующие о том, что в 1993 г. в Европейском Союзе зарегистрировалось 553 000 беженцев (из того 322 600 в самой Германии), по сравнению с количеством 130 000 беженцев, зарегистрированных в то же самое время в Соединенных Штатах Америки.

2.2. Развитие понятия временной защиты

Стоит отметить, что несмотря на попытки урегулирования этого понятия на основании концепционных и материально-правовых особенностей, временная защита имеет короткую историю, возникшую в начале 80-х годов. Однако практика предоставления беженцам временной защиты была известна уже много лет тому назад. Уже в Женевской Конвенции можно найти обоснование утверждения, что это международное общество обязано искать решение проблемы беженцев,²⁰ из чего можно вывести принцип солидарного раздела обязанностей между государствами. Если одно государство приняло большую группу беженцев, оно может ожидать поддержки со стороны других государств, в духе международного сотрудничества.²¹ И так, государства „первого контакта“ принимали много лиц, нуждающихся в международной защите, но это было обусловлено возможностью дальнейшего переселения беженцев в другие государства.²² Такую политику проводили, например, Соединенные Штаты, Канада и Австралия по отношению к беженцам из стран Центральной и Восточной Европы, которым признавалось убежище в государствах Западной Европы. В Европе такая политика применялась по отношению к беженцам из Венгрии в 1956-57гг.,²³ а статус беженца, предоставленный этой группе Австрией и Югославией, действительно имел временный характер: 18 месяцев спустя 170 000 человек было переселено в другие страны. Причины такого щедрого предоставления защиты следует искать в делящейся в то время холодной войне, а также в большей международной солидарности.

3. ЕВРОПЕЙСКИЕ РЕГУЛЯЦИИ ВРЕМЕННОЙ ЗАЩИТЫ

В этой части статьи будут описаны основные принципы предоставления временной защиты в некоторых европейских государствах, чтобы показать разницы

¹⁹ K. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, с. 82.

²⁰ Это утверждение обосновано преамбулой Женевской Конвенции, которая гласит: „Удовлетворительное решение проблемы [...] беженцев] не может быть достигнуто без международного сотрудничества“.

²¹ Сравни: M. Kjaerum, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Option*, International Journal of International Law 1994, Vol. 6, No. 3, с. 445, а также Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, с. 196.

²² Сравни: G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, с. 196.

²³ G. Tesseyi, *The Genesis of a Domestic Regime: The Case of Hungary*, York Lanes Press, Inc. Toronto 1994, с. 94.

и сходства в понимании и применении этой формы защиты. Кроме внутрегосударственных решений будут представлены системы применяемые Европейским Союзом и Советом Европы, поскольку обе эти организации прикладывают много усилий для гармонизации законодательства государств-членов, таким образом, чтобы создать европейскую модель временной защиты, имеющую общие характеристики. В заключении будут описаны основные элементы временной защиты, с точки зрения Комиссара ООН по делам беженцев.

3.1. ФЕДЕРАТИВНАЯ РЕСПУБЛИКА ГЕРМАНИЯ

Германия, с точки зрения своего центрального географического положения в Европе и высокоразвитого экономического уровня, является государством притягивающим иностранцев, в том числе экономических иммигрантов и беженцев. Эта страна также имеет долгую историю приема иностранцев.

Временная защита в германской системе приняла форму „дозволенного проживания" (*tolerated residence — Duldung*). Такой формой защиты было охвачено 345 000 беженцев из Боснии и Герцеговины (это больше, чем количество беженцев принятых Францией, Великобританией и Бельгией вместе взятыми).²⁴ Так понимаемая временная защита заключается в выдаче разрешений на пребывание, по гуманитарным причинам (что допустимо 32 статьей немецкого закона об иностранцах)²⁵ или отсрочки депортации (54 статья закона об иностранцах).

Первая конструкция применяется тогда, когда, в связи с существующей ситуацией требующей принятия гуманитарного решения, следует согласиться на продление пребывания иностранца на территории Германии. Решение выдают верховные власти федеративной земли, на основании консультации с Министром Внутренних Дел Федерации. Эта процедура применяется по отношению к конкретному лицу в том случае, если оно является гражданином какого-либо государства или принадлежит к определенной общественной группе.²⁶

Другая конструкция применяется тогда, когда существуют основания для депортации беженца, но в случае возвращения в страну происхождения ему грозит смерть, пытки или нарушение прав человека, гарантируемых Европейской Конвенцией Прав Человека. На этом основании выдается разрешение на проживание сроком на три месяца, по истечению которых защита может быть завершена или возобновлена.²⁷ Эту процедуру можно применять на основании решения верховных властей федеративной земли, причем, если существуют основания предполагать, что защита может продлиться больше 6 месяцев, то решение принимает Министер Внутренних Дел Федерации. Согласно Фитцпатрик, к концу 1992 г. в Германии на этом основании защиту получило 640 000 беженцев.²⁸

²⁴ The Federal Ministry of Interior „Survey on the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany", 1998, с. 114.

²⁵ Закон вошел в действие 1 января 1991 г.

²⁶ The Federal Ministry of Interior: „Survey on the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany", 1998. Эта форма использовалась по отношению ко многим группам беженцев, например к беженцам из стран бывшего восточного блока.

²⁷ H. Lambert, *Seeking Asylum, Comparative Law in Practice in Selected European Countries, International Studies in Human Rights* 1995, Vol. 37, с. 134.

²⁸ J. Fitzpatrick, *Flight from Asylum: Trends Toward Contemporary „Refugee" and Local Responses to Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, с. 21.

В 1993 г. в закон об иностранцах была введена статья 32(a), которая урегулировала новую форму временной защиты, создавая предпосылки предоставления защиты также военным беженцам (согласно закону об иностранцах, эта категория лиц не имеет права ходатайствовать о получении статуса беженца). Предоставление этим лицам защиты обусловлено чрезвычайными обстоятельствами, такими, как происхождение с территории охваченной гражданской войной или подвергшейся нападению другого государства. Эта институция долгое время не применялась,¹⁹ о ней снова вспомнили в связи с приемом группы 10000 беженцев из Косова в 1991 г. Так как было принято решение о применении по отношению ко всей группе статьи 32(a), некоторые лица получили чрезвычайное разрешение на пребывание, сроком на 3 месяца (максимальное предусмотренное законом время длительности этого статуса — два года). Кажется, что именно эта последняя конструкция представляет собой чистейшую форму временной защиты.

Общей чертой немецких конструкций является то, что лицо, получившее временную защиту, не может одновременно ходатайствовать о предоставлении ему статуса беженца, на основании Женевской Конвенции. *Düding* может быть признан только тогда, когда процедура предоставления статуса беженца завершилась отказом, но существуют условия, которые препятствуют возврату иностранца в страну происхождения. Для возбуждения процедуры из статьи 32(a) необходим предварительный отказ от ходатайства по предоставлению статуса беженца, но в случае отмены решения о предоставлении временной защиты, беженцы опять могут попробовать получить статус.²⁰

В связи с приемом такого большого количества беженцев из бывшей Югославии, Федеративная Республика Германия много лет старалась решить проблему споров завершения временной защиты.²¹ Репатриация беженцев с территории Германии возбуждала много разногласий и возражений со стороны международных и неправительственных организаций, поскольку охватывала группу 320000 человек, которым в стране происхождения все еще угрожала опасность.²² Репатриации не облегчило то, что дела лиц, находящихся под временной защитой, были переданы федеративным землям, которые по разному подходили к этой проблеме. Процесс добровольной репатриации и выдворения беженцев из бывшей Боснии-Герцеговины и Косова, находящихся под временной защитой, по сей день не доведен до конца.

¹⁹ Эта регуляция была причиной конфликта между федеративными органами о том, кто должен нести расходы, связанные с содержанием и медицинской помощью для беженцев, охваченных этой формой защиты. J. Fitzpatrick, *Flight from Asylum: Trends Toward Contemporary „Refugee“ and Local Responses to Forced Migrations*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, с. 20, а также K. Hailbronner, *Temporary and Local responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, с. 91.

²⁰ The Federal Ministry of Interior: „Survey on the Policy and Law Concerning Foreigners in the Federal Republic of Germany“, 1998, с. 86, а также собственные материалы.

²¹ Шире на тему репатриации беженцев из Германии: G. Noll, *The Non-Admission and Return of Protection Seekers in Germany*, *International Journal of Refugee Law* 1997, Vol. 9, No. 3.

²² Шире на эту тему в выступлениях Садако Огата, подчеркивающих отсутствие условий для прекращения временной защиты беженцев из Боснии: C. v. Thoues, *New Direction in Refugee Policy*, 22-Fletcher Forum of World Affairs 89, 1998, с. 99.

3.2. Великобритания

Британская система защиты беженцев, не считая статуса беженца, основана на так называемом исключительном разрешении на пребывание (англ. exceptional leave to remain — ELR). Этот механизм был впервые использован в 1974 г., по отношению к беженцам греческого происхождения, которые бежали из Кипра, во время турецкого вторжения. Благодаря процедуре ELR можно принимать беженцев на гуманитарных и временных основаниях, если в стране происхождения возникла опасная ситуация.³³ Беженцы пребывающие в Великобритании на основании ELR получают разрешение на временное проживание. Этот механизм защиты применяется после отказа в предоставлении статуса беженца, если существуют положительные обстоятельства, обосновывающие предоставление временной защиты. Кроме того, андийское правительство может установить список государств, гражданам которых следует предоставить ELR, в связи с гуманитарными обстоятельствами, существующими в этих государствах.

Также как и другие европейские государства, Великобритания предоставляла временную защиту беженцам из бывшей Югославии. Подавляющее большинство из них было принято на основании вышеупомянутого исключительного разрешения на пребывание,³⁴ а некоторая часть беженцев была предохранена от депортации, посредством специально растянутой процедуры по предоставлению статуса беженца.³⁵ Как утверждает Хейльброннер, в декабре 1993 г. были установлены специальные програмы, благодаря которым почти 4 000 беженцев получило временную защиту.³⁶ Стоит отметить, что лицо, пользующееся в Великобритании временной защитой, не лишено возможности подать заявление о предоставлении статуса беженца, на основании Женевской Конвенции. Необходимым условием получения статуса является предварительный отказ от временной защиты.

3.3. Швеция

Развитие шведской системы временной защиты было реакцией на массовый приезд беженцев, в связи с войной в Босьнии и Герцеговине.³⁷ Уже через неделю после начала войны, 15 апреля 1992 г., шведское правительство созвало экспертов для разработки рапорта на тему уровня подговки к массовому прибытию

³³ Это дало возможность принять беженцев из Польши после 1981 г., Курдов и Тамильцев после 1986 г., а также переселенцев из бывшей Югославии после 1991 г., см.: Н. Lambert, *Seeking Asylums Comparative Law in Practice in selected European Countries*, *International Studies in Human Rights* 1995, Vol. 37, с. 139.

³⁴ В период с августа 1993 по февраль 1994, из 155 заявлений беженцев из бывшей Югославии 5 получило статус беженца, 100 получило ELR, а в 50 случаях было отказано предоставления защиты, *ibidem*, с. 140.

³⁵ М. Кјаерум, *Temporary Protection in Europe in the 1990s — Opinion*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 6, No. 3, с. 452.

³⁶ К. Хейльброннер, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, с. 99.

³⁷ Шире на эту тему см.: Jio Dacyl, *The Shaping of the Swedish Model of Temporary Protection in the Context of Reception of Protection Seekers for Bosnia-Herzegovina*, CEIFO, Stockholm University 1997, с. 2-3.

иностранцев, а также необходимых изменений в процедуре по делам беженцев. В течении следующих нескольких недель, на основании безвизового въезда, в Швецию приехало несколько тысяч граждан государства бывшей Югославии. В 1992 г. в Швецию прибыло свыше 84000 лиц боснийской национальности.

Правовая регулировка временной защиты была введена отдельным законом от 25 ноября 1993 г., вошедшим в действие 1 июня 1994 г., в качестве новой статьи в законе об иностранцах. Основой этой реформы было предоставление лицам, пользующимся временной защитой, возможности пребывания в Швеции, на основании временного разрешения на пребывание и параллельном предоставлении им возможности возврата в страну происхождения. Более того, определение беженца было изменено таким образом, что государство перестало быть единственным источником преследований, достаточным был факт, что государство не гарантирует защиты. В результате, большее количество иностранцев было признано беженцами и получило защиту в форме, предусмотренной Женевской конвенцией.

Шведская модель не предусматривала никаких ограничений по отношению к возможности рассмотрения заявлений лиц, пользующихся временной защитой, о предоставлении статуса беженца на основании Женевской Конвенции.

3.4. Польша

Согласно правовой ситуации, существующей в Польше в данный момент, беженцам может быть предоставлена защита только на основании статуса беженца,³⁸ признаваемого на основании закона об иностранцах от 25 июня 1997 г.³⁹ Отсутствуют правовые решения по временной защите, статусу B, или так называемому гуманитарному статусу беженца. Эти и другие пробелы в законе об иностранцах должна восполнить подготавливаемая новеллизация закона.

Когда началась война в Югославии Польша находилась в состоянии экономических перемен, поэтому европейские государства не могли ожидать, что наша страна будет полностью участвовать в приеме беженцев. Очевидным было так же то, что действующий в то время закон об иностранцах от 1963 г. не гарантировал беженцам правовой защиты, соответствующей международным стандартам.⁴¹ Польша не являлась также желаемой целью для самих беженцев. Более того, только в 1991 г. в нашей стране вошла в действие Женевская конвенция и была совершенно новым юридическим инструментом. В то же время длилась разработка нового закона об иностранцах, который вошел в действие в 1997 г. и положительно изменил представление о нашей стране.

Описанная правовая и фактическая ситуация была причиной того, что в следствии войны в Югославии, в Польшу приехало незначительное количество

³⁸ Шире на эту тему М. Зацны, *Избранные проблемы статуса беженца в польской правовой системе*, *Klinika, Czasopismo Uniwersyteckiej Poradni Prawnej UJ 1999, nr 1*.

³⁹ Закон вошел в действие 26 декабря 1997 г., *Законодательный Вестник* 114 с 1997, позиция 739.

⁴⁰ Статусы типа В и С это конструкции временной защиты, выступающие в скандинавских государствах. *Parliamentary Assembly „Debates-Asylum” Council of Europe Publishing 1995, с. 98*.

⁴¹ Единый текст закона: *Законодательный вестник* 7 с 1992, позиция 30.

беженцев. Несмотря на это, по отношению к прибывшим беженцам, которые обратились с просьбой о предоставлении статуса на основании Женевской Конвенции, формально было начато производство.⁴³ В большинстве случаев эти беженцы получили статус, или же процедура была растянута до момента исчезновения необходимости защиты.

Ситуация выглядела иначе во время коссовского кризиса в 1999 г., который, вызывая огромную волну беженцев, был гуманитарной проверкой для европейских государств. Польским вкладом в раздел международных обязанностей было принятие, на основании решения Совета Министров, 1000 беженцев албанского происхождения. В результате, несмотря на отсутствие законодательных оснований, образовалась программа, носящая характеристики временной защиты. Правовой основой для принятия этой группы беженцев был декрет Совета Министров от 13 апреля 1999 г.⁴⁴ Таким образом, польское правительство приняло на себя обязательство приема как минимум 1000 коссовских беженцев, которые в данный момент находятся в государствах граничащих с этой провинцией, и предоставления им временной опеки, до момента исчезновения угрозы для их жизни и здоровья.⁴⁵

Денежные средства на расходы связанные с приемом и пребыванием беженцев в Польше получило Министерство Внутренних Дел и Администрации, из общих денежных резервов,⁴⁶ однако непосредственная опека над беженцами была передана Польскому Красному Кресту. Беженцев поместили в особых лагерях и обеспечили им питание и основную медицинскую помощь. Следует отметить, что в Польшу прибыли в основном целые семьи, хотя были также случаи несовершеннолетних детей, прибывших без сопровождения взрослых членов семьи. Этим детям, в связи с отсутствием в польском законодательстве институции соединения семей, трудно было отыскать своих родственников.

Решение, принятое по отношению к беженцам из Коссова было чрезвычайно интересно с юридической точки зрения, поскольку было основано на существующих нормах, с одновременным принятием их либеральной интерпретации. Все прибывшие, несмотря на существующее в законе требование индивидуального рассмотрения дел и удовлетворения определенным предпосылкам, получили разрешение на временное проживание. Разрешения выдавались автоматически и без специальных формальностей. Таким образом албанские беженцы как бы *de iure* удовлетворяли предпосылке, согласно которой „существуют обстоятельства, обосновывающие [их] проживание на территории Республики Польша". Например, некоторая часть принятых лиц не имела при себе никакого удостоверения личности и уже на территории Польши получила в Бюро Воеводы временный проездной

⁴³ Из неофициальных информации Совета Министров следует, что Польша предоставила защиту почти 700 беженцам из Боснии и Герцеговины.

⁴⁴ Декрет Совета Министров номер 31/99, от 13 апреля 1999 г. по предоставлению беженцам из Коссова временной помощи на территории Республики Польша. Канцелярия Председателя Совета Министров RM-11-32-99 (неопубликованный).

⁴⁵ 1 статья декрета.

⁴⁶ Бюджетные расходы увеличено на сумму 4 000 000 польских злотых. Декрет Совета Министров номер 32/99 от 13 апреля 1999 г. по предоставлению МВДиА финансовых средств из общего бюджетного резерва, предназначенных на расходы связанные с приемом и временным проживанием в Польше беженцев из Коссова. Канцелярия Председателя Совета Министров RM-111-33-99.

документ, действительный 7 дней.⁴⁶ К этому документу прикреплялась въездная виза, предназначенная для лиц, ходатайствующих о предоставлении статуса беженца, что также не было адекватным в данной ситуации. В последствии, на основании этих документов все беженцы получили разрешение на временное проживание, сроком на один год⁴⁷ и соответствующие этому разрешению удостоверения временного пребывания. Стоит отметить, что выданные беженцам разрешения на временное проживание дают иллюзию стабилизации, особенно тем беженцам, которые не хотят или не могут возвращаться в страну своего происхождения. Однако в действительности такое разрешение можно в любой момент аннулировать, если, как гласит закон, перестанут существовать обстоятельства, обуславливающие его предоставление.⁴⁸ Эта ситуация приводит к неуверенности в завтрашнем дне, что особенно нежелательно в случае больших семей, которые убегая забрали все свое имущество и им некуда возвращаться.

На первый взгляд можно сказать, что в случае коссовских беженцев польские власти сделали все, что было в их силе, чтобы несмотря на отсутствие соответствующих законоположений, обеспечить им возможность приезда и пребывания на территории Республики Польша. Однако, более глубокий анализ показывает серьезные недостатки предпринятых действий. Особенно по сравнению с мерами, предпринятыми в других европейских государствах, гарантии, предоставленные беженцам в Польше, можно назвать незначительными. Это относится в первую очередь к сфере социальных и экономических прав, обеспеченных беженцам. Как уже говорилось, беженцы были помещены в лагерях красного креста, находящихся в нескольких местах на территории всей страны, в основном в малых местностях. К ним применили политику, часто применяемую по отношению к лицам ожидающим решения по предоставлению статуса беженца — в наибольшей степени лишая их дееспособности и принуждая к бездействию.⁴⁹

⁴⁶ Согласно статье 30 закона об иностранцах, временный проездной документ можно выдать иностранцу не имеющему паспорта, чтобы он мог выехать из Польши. Другая ситуация (статья 29) возникает тогда, когда иностранец, имеющий в Польше разрешение на временное проживание или вид на жительство, потерял свой паспорт во время пребывания за границей. В таком случае ему выдается временный проездной документ, чтобы позволить ему въезд на территорию Польши. Оба случая, в принципе, не имеют никакого отношения к беженцам из Коссова.

⁴⁷ На основании закона об иностранцах разрешение на временное проживание может быть выдано только в четко установленных обстоятельствах и по просьбе самого иностранца (статья 17). Иностранец должен доказать существование обстоятельств, обосновывающих его проживание на территории Республики Польша дольше чем 12 месяцев. Такими обстоятельствами могут быть в особенности: (1) приобретение трудового права, или права на иную форму трудоустройства, (2) ведение хозяйственной деятельности, (3) учеба, (4) заключение брачного союза с польским гражданином. Разрешение выдает компетентный Воевода.

⁴⁸ Статья 22, параграф 2 закона об иностранцах.

⁴⁹ Беженцы были обеспечены жильем, едой и одеждой. В некоторых лагерях женщины могли готовить пищу, а мужчины заниматься небольшими техническими работами. Однако не предпринято никаких мер, чтобы облегчить им поиски работы, или обеспечить занятие соответствующее их образованию или квалификации. Положительным элементом было предоставление беженцам, в сотрудничестве с бюро Верховного Комиссара, помощи психологов, с целью облегчения стресса, который был следствием их травматических переживаний.

В польском праве все еще остается нерешенным вопрос взаимоотношения статуса беженца, предоставляемого на основании Женевской Конвенции, и временной защиты. Коссовские беженцы в основном отвечали условиям Женевской Конвенции,⁵⁰ следовательно, они не являлись типичными военными беженцами, которые покидают страну из-за гражданской войны, которая была причиной всеобщих неудобств и опасений за свою безопасность.⁵¹ Казалось бы, что с юридической точки зрения ничто не препятствует им в получении статуса беженца на основании Женевской Конвенции, но из-за недостаточной осведомленности и желания как можно быстрее вернуться в Косово, только небольшое количество беженцев решило обратиться с просьбой о предоставлении статуса. Это наступило только после окончания защиты, которую на временных началах обеспечило им польское правительство и затронуло некоторые национальные и этнические меньшинства, которые не были заинтересованы репатриацией.⁵² Заявления о предоставлении статуса беженца также рассматривались с принятием либеральной интерпретации закона об иностранцах, который ограничивает во времени возможность внесения заявления.⁵³ В своей интерпретации Министр Внутренних Дел считает предусмотренные в законе сроки пресекаемыми, а заявления, внесенные после их истечения, отклоняются по формальным причинам.⁵⁴ Однако в случае коссовских беженцев, которые не хотели репатрироваться или вносили заявления о предоставлении статуса во время действия временной защиты, МВДиА возбуждал производство на основании утверждения беженцев, что информация о плохой ситуации в стране своего происхождения была ими получена в течении последних 14 дней.⁵⁵ Эта искусственная конструкция давала возможность исследования заявлений с точки зрения их обоснованности.

⁵⁰ Как представители албанского меньшинства они подвергались преследованиям и их жизнь и здоровье были в опасности.

⁵¹ В основном не считается, что военные беженцы соответствуют предпосылкам Конвенции, именно из-за отсутствия индивидуального опасения перед преследованием.

⁵² С началом августа 1999 г. организовывалась репатриация на добровольных началах. Беженцы, не использовавшие этой возможности, ссылались на состояние своего здоровья (например болезнь или инвалидность) или, являясь членами группы цыганского происхождения, не могли бы чувствовать себя в безопасности, в случае возвращения в Косово (на основании наблюдений в лагерях для беженцев в Рабке, Мушане Дольной, Мушине и Завое, в июле 1999 г.)

⁵³ 37 статья закона об иностранцах, „§ 1. Внесение заявления о предоставлении статуса беженца должно наступить во время пересечения границы, с оговоркой в пунктах 2-4. § 2. Иностранец, который приведет достоверные подтверждения, что не внес заявления во время пересечения границы, имея основания опасаться за свою жизнь или здоровье, должен внести заявление в течении 14 дней со дня пересечения границы. § 3. Иностранец, который нелегально прибыл на территорию Республики Польша, должен внести заявление немедленно после пересечения границы (...). § 4. Иностранец легально пребывающий на территории Республики Польша должен внести заявление в течении 14 дней от момента получения информации о существовании в стране его происхождения обстоятельство, обосновывающих предоставление ему статуса беженца.".

⁵⁴ Это законоположение часто критикуют как неправительственные организации, так и УВКБ, поскольку оно противоречит Женевской Конвенции и *acquis communautaire*. Верховный Административный Суд также критиковал интерпретацию этих сроков как пресекаемых. Решение Верховного Административного Суда от 3 июня 1998 г., нумерация дела V S.A. 44/98 и 67/98.

⁵⁵ Благодаря применению такой интерпретации с формальной точки зрения беженцы удовлетворяли условие, связанное со сроком внесения заявления из § 4 статьи 37 закона об иностранцах.

Можно сказать, что существовало два основания для принятия коссовских беженцев в Польше, так как кроме беженцев, принятых на основании декрета Совета Министров, были также беженцы приехавшие индивидуально. По отношению к последним, по внесении заявления о предоставлении статуса беженца, возбуждено административное производство. Это производство, в большинстве случаев, все еще длится в первой или во второй инстанции, а следовательно, длится и защита от депортации. Можно считать, что если ситуация в стране происхождения придет в норму, то беженцы решат вернуться или МВДиА будет выдавать негативные решения в предоставлении статуса беженца и будет приводить в исполнение процедуру депортации.

В данный момент польский законодатель работает над новелизацией закона об иностранцах, которая заполнит существующие пробелы и приблизит закон к *acquis communautaire*. Проект закона, с которым мне довелось ознакомиться,⁵⁶ вводит институции соединения семей и временной защиты беженцев.⁵⁷ Временная защита, а именно такое название принято в проекте, будет охватывать иностранцев бежавших от вражеского нападения, войны (также гражданской), этнических конфликтов или грубых нарушений прав человека. Массовый наплыв беженцев не считается в этом проекте обосновывающим распространение на беженцев временной защитой, что трудно понять, особенно с европейской точки зрения. Более вероятно, что польская система введет конструкцию преостановления производства по предоставлению статуса, во время действия временной защиты, но максимум на 1 год. В заключении стоит отметить, что несмотря на положительную оценку проекта, мне кажется, что конструкция временной защиты потенциально создает ситуацию, опасную для уровня защиты беженцев в нашем государстве. Так как может заблокировать возможность получения статуса беженца лицам, которым полагается статус, но которые автоматически попадут под действие временной защиты.

3.5. Европейский Союз

Несмотря на то, что Европейский Союз еще не является международной организацией, но является формой сотрудничества с наибольшими шансами урегулирования временной защиты в региональном масштабе. ЕС проводит активную политику по гармонизации правовых систем государств-членов, также в области прав беженцев и политического убежища. Уже в Трактате о Европейском Союзе, подписанном 7 февраля 1992 г. в Маастрихте,⁵⁸ говорится, что одной из задач Союза будет „развитие близкого сотрудничества в области осуществления правосудия и внутренних дел”.⁵⁹ Чтобы эти намерения можно было реализовать, к делам общего интереса будет принадлежать также политика в области беженцев,⁶⁰ иммигрантов и в отношении граждан третьих государств в целом.

* Проект был принят комиссией Сейма. Чтение в комиссии было в начале августа.

⁵⁶ Польский законодатель принял перевод английского термина „temporary protection” как „ochrona czasowa”.

⁵⁷ Трактат о Европейском Союзе. *Европейские Документы*, т. I, Т. Пшиборовска-Климчак, Морнол, Люблин, 1996, с. 295.

⁵⁸ Статья Б, Трактата о Европейском Союзе.

⁵⁹ Статья К. 1 пункт 1), Трактата о Европейском Союзе. Эту тематику затрагивают также статьи К.2 и К.3 Трактата о Европейском Союзе.

На основании полномочия, включенного в статью К.1, Европейский Союз уже неоднократно занимался проблемой урегулирования временной защиты.⁶¹

Большое значение для развития понятия временной защиты в законодательстве Европейского Союза имеет предложение Европейской Комиссии,⁶² о принятии „совместных мер по временной защите перемещенных лиц," направленное 20 марта 1997 г. в Совет Европейского Союза.⁶³ С юридической точки зрения документ о „совместных мерах" имеет силу, но не создает индивидуальных прав и не имеет непосредственного применения.⁶⁴ Государства не связаны этим документом, то есть в случае массового наплыва беженцев они не обязаны применять решения предлагаемые в резолюции. Однако такая свобода может существовать только до момента принятия Советом режима временной защиты. В случае массового наплыва беженцев решение по применению режима временной защиты принимает Совет, предварительно проверяя не осталось ли возможностей защиты беженцев в государстве их происхождения. Действуя по предложению членского государства или Комиссии, Совет принимает решение необходимым большинством голосов.⁶⁵ Это решение определяет пределы субъективного действия временной защиты, а также срок, на который она будет предоставлена. Европейский Парламент получает рапорты Комиссии о ситуации в стране происхождения, может представить свои предложения и рекомендации, и таким образом принимать участие в процедуре.⁶⁶

Действием совместных мер охвачены граждане третьих государств или лица, не имеющие гражданства, несмотря на их соответствие критериям Женевской Конвенции, если их возвращение в страну происхождения в условиях, достойных человека, невозможно, из-за существующей там ситуации. К причинам, из-за которых беженцы покидают свою страну, кроме ситуаций обуславливающих международную защиту вообще, относятся также: милитарный конфликт, массовые или систематические нарушения прав человека (особенно, принудительные выселения, связанные с этническими и религиозными преследованиями), а также другие ситуации обуславливающие международную защиту.

⁶¹ Одним из первых важных документов была *Council resolution on burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis*, *Official Journal* No C 262, принятая 7 октября 1995 г., пункт 14, а также *Decision on Alert and Emergency Procedure for Burden-Sharing With Regards to Admission and Residence of Displaced Persons*, *Official Journal* 1996, L 63. 10. Шире на эту тему см.: *Karoline Kerber, Temporary Protection and Assessment of the Harmonisation Policies of European Union Member States*, 1997, Vol. 9, No. 3, с. 456.

⁶² Согласно консультационному процессу предложение Комиссии было представлено Парламенту, который 23 октября 1997 г. представил свое заключение, вместе с предложением изменений. Некоторые изменения комиссия приняла во внимание представляя 24 июня 1998 г. поправленное предложение по „общим мерам". Это предложение снова попало на заседание Парламента, который представил свое мнение 20 ноября 1998 г. Поправленное предложение в данный момент находится в Совете, с целью принятия окончательной версии.

⁶³ *Commission's Proposal to the Council for a Joint Action based on Article K.3 (2)(b) of the Treaty of European Union Concerning Temporary Protection of Displaced Persons* (20 March 1997); COM (97) 93 final 97/0081 (CNS), *Official Journal* C 106, 04.04.1997.

⁶⁴ *K. Kerber, Temporary Protection: An Assessment of the Harmonization Policies of European Union Member States* 1997, Vol. 9, No. 3, с. 463.

⁶⁵ Решение будет опубликовано в *Official Journal of the European Communities*.

⁶⁶ Статья 4 предлагаемого „совместного действия".

Каталог прав, предоставленных на основании этого документа, гораздо уже чем каталог прав Женевской Конвенции, хоть и так шире, чем права, которые в действительности предоставляют беженцам конкретные государства. В „совместных действиях“ выражено мнение о необходимости преостановления, во время действия временной защиты, рассмотрения индивидуальных заявлений о предоставлении статуса беженца (сроком максимум на 5 лет). Окончание временной защиты происходит на основании специальной процедуры, которую Совет проводит совместно с Комиссией и Парламентом.⁶⁷

Представленное предложение „совместного действия“ не является единственным, разработанным Комиссией, документом по временной защите. Несколько лет тому назад обозреватели утверждали, что „никакое будущее нормативное решение временной защиты не может связать государства обязательствами по принятию гуманитарных беженцев и определить условия их пребывания в членском государстве Европейского Союза“.⁶⁸ Однако в данный момент значительно увеличилось заинтересование Европейского Союза этой проблемой. Вероятнее всего это происходит под давлением Германии, которая хотела бы в дальнейшем избежать непропорционального раздела нагрузки, как это имело место во время войны в Югославии.⁶⁹

Стоит отметить, что можно ожидать новых изменений в связи с введением Амстердамского Трактата, подписанного в октябре 1997 г., который вошел в действие 1 мая 1999 г.⁷⁰ и ввел важную реформу структуры Европейского Союза. Все вопросы связанные с визами, политическим убежищем, иммиграцией и свободой передвижения вообще, находятся в отдельной IV главе с целью „постепенного создания территории свободы, безопасности и справедливости“. Глава IV относится к первой колонне, охватывающей новслизированные Трактаты, а следовательно, вопросы политического убежища и беженцев находятся непосредственно в сфере интереса Европейских Сообществ.⁷¹ Временную защиту и меры, которые можно

⁶⁷ Комиссия обязана раз в год представлять Европейскому Парламенту и Совету рапорт о ситуации в стране происхождения, о реализации режима защиты в отдельных европейских государствах, а также о финансовых последствиях. Соответствующий рапорт должен быть подготовлен также за 6 месяцев до окончания срока действия временной защиты. На основании рапорта, за 3 мес. до окончания срока. Совет принимает решение о продлении срока действия временной защиты или о завершении режима и репатриации беженцев в страну происхождения. Репатриация может наступить только в случае, если учитывая ситуацию в стране происхождения, существует возможность „безопасного возврата в гуманных условиях“. Комиссия выяснила суть этого понятия как охватывающего возвращение в страну происхождения, где будет обеспечена физическая и психическая безопасность, недискриминация и соблюдение основных свобод (свободы передвижения, права на семейную жизнь, свободы слова и т. д.). Кроме того, гарантировано право репатриантов на обеспечение их основных потребности включая жилье, а также поддерживалась с ними связь, с целью контроля процесса реинтеграции.

⁶⁸ Например К. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, с. 90

⁶⁹ Имеется в виду принятие в 1992 и 93 гг. 70% беженцев из Боснии и Герцеговины.

⁷⁰ Official Journal NO. С 340, 10 11 1997 P. 0308.

⁷¹ В предыдущих правилах, основанных на Маастрихтском Трактате, эти вопросы находились в „третьей колонне“, относящейся к осуществлению справедливости и внутренним делам. См. D. Lasok, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1995, с. 38. Амстердамский Трактат также предусматривает включение в *acquis communautaire* Шенгенской Конвенции.

предпринять в случае массового приезда беженцев, регулируют соответственно статьи 63(2)(а) и 64(2) Трактата о Европейском Сообществе. На этом основании Совет должен ввести минимальные стандарты предоставления беженцам временной защиты. Бенефициариями этой защиты являются лица, переселенные из третьих стран, которые не могут вернуться в страну происхождения. По сравнению с предыдущим союзным документом, предел действия этой защиты в отношении лиц расширен, посредством открытой оговорки, на „лица, которые по иным причинам нуждаются во временной защите“.⁷² Заметно также отсутствие предпосылки массового наплыва беженцев как одного из условий введения в действие режима временной защиты, но следовало бы ожидать уточнения этого определения в следующих инструментах, разрабатываемых на основании Трактата.⁷³

В Амстердамском Трактате предусмотрена возможность применения временных мер в ситуации массового наплыва беженцев из третьих стран в одно или несколько членских государств.⁷⁴ Отсутствует определение конкретных видов мер, но они должны быть удобны для членского государства. Компетентным органом по введению мер является Совет, действующий по инициативе Комиссии. Временные меры подлежат нескольким ограничениям, в том числе установлено максимальный срок действия, который не может быть дольше 6 месяцев. Более того, предпринятые меры не могут противоречить обязательствам принятым членскими государствами на основании гуманитарного права и права беженцев.

3.6. Совет Европы

Совет Европы является первой организацией, которая занялась вопросами беженцев и политического убежища на региональном уровне. С самого начала своей законодательной деятельности она поощряла членские государства к более гуманному отношению к беженцам и содействовала введению либеральных правил приема и предоставления беженцам защиты. Этот подход был особенно заметен в 60-х годах, когда еще не существовала система защиты беженцев, которую можно было бы назвать европейской. На форуме Совета Европы дискуссия на тему новых решений по праву беженцев продолжается под эгидой Специального Комитета Экспертов по правовым аспектам убежища (САНАР).⁷⁵ Правовые документы, подготовленные в САНАР представителями членских государств, принимаются на заседаниях Комитета Министров Совета Европы, что является гарантией применения принятых таким образом резолюций, несмотря на то, что они не имеют юридической силы.

⁷² Статья 63(2)(а) *in fine* Трактата об установлении Европейского Сообщества.

⁷³ Также, *ECRE Guarding Standards-Sharpening the Agenda*, May 1999, www.ecre.org, с. 15.

⁷⁴ Статья 64(2) Трактата об установлении Европейского Сообщества.

⁷⁵ Сокращение происходит от французского названия: *Comité Ad Hoc sur les Aspects Juridiques de l'Asiles, des Refugies et les Apatrides*. Комитет возник в 1977 г., а его функции состоят в разработке проектов правовых инструментов, которые предлагаются обсуждению и принятию Комитетом Министров, нахождении решений и предложении действий, гармонизирующих право и практику государств.

Уже в рекомендациях⁷⁶ принятых в 1993 г. затронуты вопросы временной защиты беженцев.⁷⁷ Кульминация работ по урегулированию временной защиты наступила в следствии войны в Югославии, когда в разных государствах начали появляться внутренние регуляции временной защиты. При помощи рекомендаций и резолюций Комитета Министров и Парламентской Ассамблеи Совет поощрял членские государства к использованию временной защиты в чрезвычайных ситуациях (1993⁷⁸ и 1994⁷⁹ гг.), а также высказывался на тему способов ее предоставления.⁸⁰ Общей чертой этих и следующих документов было представление временной защиты как необходимого дополнения, а не заменителя Женевской Конвенции. Совет также обращал внимание на отсутствие всеобщих и единых европейских основ этого понятия, а тем более подробных правил предоставления защиты и пределов предоставляемых прав. Отсюда следует необходимость создания всеобщих, региональных стандартов временной защиты. В рекомендации с 1993 г. Парламентская Ассамблея Совета Европы обратилась к Комитету Министров с предложением принятия документа по всеобщим, для членских государств, правилам временной защиты.⁸¹ Более того, Совет Европы пригласил Европейский Союз к использованию опыта Совета Европы, для дальнейшего совместного UNHCR нкоординирования систем временной защиты, в региональном масштабе.

Рекомендация Комитета Министров по временной защите была принята 3 мая 2000 г.,⁸² после многих месяцев консультаций на заседаниях САНАР. Оказалось, что в связи с недавними конфликтами в бывшей Югославии и Коссове и несмотря на их формальное завершение, тема осталась спорной и трудно было прийти к согласию. В принятом с большим трудом документе подчеркивался дополнительный, по отношению к Женевской Конвенции, характер временной защиты, которая к тому же должна быть практичным и коротковременным средством,

⁷⁶ Текст рекомендации Комитета Министров Совета Европы: „Selected texts concerning territorial asylum and refugees adopted within the Council of Europe“ Strasbourg March 1998, Vol. 1, с. 44, а также www.coe.int.

⁷⁷ Сравни также: Н. Lambert, *Seeking Asylum, Comparative Law in Practice in Selected European Countries, International Studies in Human Rights* 1995, Vol. 37, с. 129.

⁷⁸ Recommendation 1205 (1993) on the Situation of Refugees and Displaced Persons in Several Countries of the Former Yugoslavia; „The Parliamentary Assembly of the Council Of Europe, at its Forty-Fourth Ordinary Session, CAHAR, *Selected Texts concerning...* Vol. II, с. 62.

⁷⁹ Также Resolution 1034 (1994)1 on the Activities of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) from 1990 to 1993; The Parliamentary Assembly Of The Council Of Europe, at its 1994 Session, CAHAR, *Selected Texts concerning...* Vol. II, с. 95. Также: Resolution 1019 (1994)1 on the Humanitarian Situation and Needs of the Refugees, Displaced Persons and Other Vulnerable Groups in the Countries of the Former Yugoslavia; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its 1994 Session, CAHAR, *Selected texts concerning...* Vol. II, s. 88. Также: Resolution 1077 (1996)1 on Albanian Asylum-Seekers from Kosovo; The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, at its 1996 Ordinary Session, CAHAR, *Selected texts concerning...* Vol. II, с. 133.

⁸⁰ Recommendation 1348 (1997) on the Temporary Protection of Persons Forced to Flee Their Country. Текст принятый 7.11.1997, CAHAR, *Selected texts concerning...* Vol. II, с. 153.

⁸¹ Статья 9 iii Рекомендации 1205 с 1993 г.

⁸² Recommendation No. R (2000) 9 of the Committee of Ministers on temporary protection.

использующимся только в ситуации массового наплыва беженцев. Основная цель временной защиты это быстрое и без избыточной бюрократии принятие неожиданной волны беженцев в безопасном государстве, предоставляющем им убежище. Рекомендация устанавливает стандарт минимальной защиты этих беженцев и определяет общие рамки понятия. Одна из предпосылок временной защиты — это охватка ее действием лиц, которых можно считать беженцами на основании Женевской Конвенции. Следовательно, предоставление временной защиты не может нарушать права на предоставление статуса беженца.⁸³ К сожалению это не означает, что Резолюция не предусматривает возможности приостановления производства по предоставлению статуса. Это приемливо, но только на определенное время, максимум до окончания действия временной защиты. Рекомендация затрагивает также другую важную проблему — разделение обязательств между государствами. Эта „международная солидарность" (или „дух международной солидарности"), которая облегчила прием беженцев из-за железного занавеса, не оказалась полезной во время войны в Югославии, что привело к неравномерному распределению обязанностей по принятию этой волны беженцев. Рекомендация призывает к солидарности между государствами, с целью добровольного принятия некоторой части беженцев, приезжающих в данное государство. „Особенно затронутое" государство может проконсультироваться с Комитетом Министров. Возвращаясь к упомянутому каталогу прав, которым следует обеспечить беженцев. Рекомендация признает как минимум право на жилье, еду, медицинскую помощь, образование для детей, труд, в установленных внутренним правом пределах, признание других привилегий предоставляя решению государств.⁸⁴ Этот документ, также как и другие принятые под эгидой Совета Европы, одобряют сотрудничество и поощряют консультации принимающих государств с Управлением Верховного комиссара ООН по делам беженцев.

3.7. Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев

Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев (UNHCR) было обосновано 1 января 1951 г. и является вспомогательным органом Парламентарной Ассамблеи ООН.⁸⁵ Мандат UNHCR охватывает „обеспечение беженцам международной защиты",⁸⁶ действия направленные на решение проблем беженцев и надзор над применением Женевской Конвенции. В 1958 г. окончательно выделился Исполнительный Комитет, как вспомогательный орган Верховного Комиссара.⁸⁷

Начиная с 1956 г. Генеральная Ассамблея ООН расширяла пределы действия Комиссара, охватывая его полномочиями жертвы вооруженных конфликтов,

⁸³ Преамбула Рекомендации.

⁸⁴ Пар. 3 Рекомендации.

⁸⁵ Генеральная Ассамблея ООН приняла устав UNHCR в 1950 г. как приложение к Резолюции 428 (V), в которой находится обращение к правительствам о сотрудничестве с Верховным Комиссаром.

⁸⁶ Устав, § 1.

⁸⁷ Комитет был установлен Социально-Экономическим Советом вместо существующих до этого (в 1951 и 1955 гг.) совещательных органов. UNGA Res. 1166 (XII), 26.11.1957 и ECOSOC res. 627(XXV), 30.04.1958. пог. Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford Clarendon Press 1996, с. 215.

гражданских войн и др.⁸⁵ Эти ситуации также приводили к необходимости расширения применения Женевской Конвенции к новым категориям беженцев, а Конвенция не всегда была вменяема. В 1979 г. UNHCR обратил внимание, что проблемы беженцев становятся все более сложными, в связи с чем, необходимо обеспечить им хотя бы коротковременную защиту. В том же году Исполнительный Комитет в Заключении N15 на тему международной защиты отметил, что „в ситуации массового наплыва, лица, ожидающие решения о признании статуса беженца, должны получить хотя бы коротковременную защиту”.⁸⁶ Эта позиция удержалась и в следующих годах.⁹⁰

Заключения по вопросам международной солидарности, раздела обязанностей и минимальных стандартов, разработанные специально с этой целью учрежденными группами экспертов, были приняты на XXXII заседании Исполнительного Комитета⁹¹ и подтверждены Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН.⁹² Так называемое Заключение № 22 содержит каталог основных прав и стандартов обхождения с беженцами, поэтому UNHCR часто называет ее основным источником минимальных стандартов для лиц, пользующихся временной защитой. Однако это не исчерпывающий каталог: не хватает в нем, в том числе, определения отношения к правам установленным Женевской конвенцией, таким как право на получение удостоверения личности, право на образование и право на труд.

В Заключении № 22 подчеркивается так же, что в случае массового наплыва беженцев они должны быть приняты первым государством, к которому обратятся за помощью. Если бы это государство было не в состоянии принять беженцев на постоянных началах, им надо обеспечить хотя бы коротковременную защиту. Подчеркивается также безусловное действие запрета депортации, также с границы государства. Именно в этом заключении Исполнительный Комитет впервые отметил, что в больших группах беженцев находятся также лица, удовлетворяющие предпосылкам беженца по определению Женевской Конвенции.

В этом Заключении также говорится о том, что беженцы, охваченные коротковременной защитой, должны иметь гарантию основных прав и свобод и не могут подвергаться дискриминации по поводу пола, расы и т.д. К минимальному каталогу прав относятся: обеспечение жилья, пищи, право на целостность семьи (посредством конструкции соединения семей), право на осуществление правосудия, и право стороны в контактах с властями. Главной целью временной защиты является возвращение беженца в страну происхождения, поэтому, как только возникнут благоприятствующие условия, государства должны обеспечить возможность репатриации. В Заключении также развито правило раздела обязанностей в соответствии с духом международной солидарности и подчеркнута необходимость

⁸⁵ Подробный процесс расширения полномочий UNHCR описала J. Fitzpatrick (в:), *Flight From Asylum: Trends Toward Temporary „Refuge” And Local Responses To Forced Migrations*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, с. 41.

⁸⁶ Report on the 30th Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme, U.N. Doc. A/AC.96/572, пкт 72(f) (1979), Refworld 1999.

⁸⁷ Например во время заседания в 1980 г. Conclusion No. 19 (XXXI) 1980, Report of the 31st Session of the Executive Committee of the High Commissioner's Programme UN Doc. A/AC.96/588, пкт 48(4), Refworld 1999.

⁸⁸ Conclusion no. 22, Report of the 32nd Session of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1981 U.N. doc. A/AC.96/601, пкт 57(2), Refworld 1999.

⁸⁹ General Assembly Resolution 36/125 (14 Grudnia 1981), Refworld 1999.

как можно более широкого сотрудничества между государствами, UNHCR, правительственными и неправительственными организациями.

До 1985 г. UNHCR полностью принял и развил понятие временной защиты, связанное с запретом депортации туда, где беженцу могла бы грозить утрата жизни или здоровья. В течении следующих лет эти правила многократно повторялись в ежегодных рапортах и конспектах с заседаний Исполнительного Комитета. Во время первой конференции, которую учредил UNHCR, на тему бывшей Югославии, 29 июля 1992 г. Верховный Комиссар, госпожа Садако Огата, обратилась с официальной просьбой о предоставлении военным беженцам из Югославии хотя бы коротковременной защиты.⁹³

Следующей вехой в укреплении понятия временной защиты является Нота о временной защите,⁹⁴ представленная Верховным Комиссаром в 1994 г. Часть этой Ноты относится к коротковременной защите, определенной как инструмент, часто применяемый в ситуациях кризиса, вызванного массовым наплывом беженцев, нуждающихся в международной защите. Определение временной защиты, которое можно вывести из содержания, показывает, что это инструмент коротковременный, с меньшим каталогом прав, чем предусмотренный Женевской конвенцией, но несмотря на это, его применение должно гарантировать соблюдение прав человека. Следовательно, в такой защите нуждаются лица бежавшие с территории Югославии, непосредственно охваченной войной, а также те, чьи права человека подвергались нарушению, в том числе жертвы этнических и религиозных преследований или лица, которые нуждаются в международной защите по индивидуальным причинам.⁹⁵

Верховный Комиссар многократно затрагивал проблему коротковременной защиты в упомянутых и других документах и подчеркивал значение этого инструмента, как минимального стандарта защиты беженцев, до гарантии которого государство может ограничиться в ситуации массового наплыва беженцев. На основании описанных здесь основных документов видно, что Верховный Комиссар и Исполнительный Комитет многократно старались повлиять на рост уровня предоставляемых беженцам условий пребывания и урегулирования временной защиты. Наверняка UNHCR, как орган имеющий прочную международную позицию и действующий с целью защиты беженцев, будет также в дальнейшем заниматься внеконвенционными формами защиты беженцев, в том числе временной защитой.

⁹³ Statement of the United Nations High Commissioner for Refugees to the International Meeting on Humanitarian Aid for Victims of the Conflict in the Former Yugoslavia, Geneva, 29 July 1992, UNHCR, Refworld 1999.

⁹⁴ „Нота по международной защите” — это рапорт подготовленный Верховным Комиссаром ООН по делам беженцев на тему состояния международной защиты беженцев. Этот рапорт сначала должен быть одобрен Исполнительным Комитетом, а затем, через Экономический и Общественный Совет, передан Генеральной Ассамблее. „Note on International Protection” UN doc. A/AC.96/830,7 September 1994, Refworld 1999.

⁹⁵ Пункт 47, IV, В, Нота по международной защите 1994.

4. ПОТЕРЯЛА ЛИ ЖЕНЕВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ СВОЮ НАСУЩНОСТЬ? КРИТИКА ПОНЯТИЯ ВРЕМЕННОЙ ЗАЩИТЫ

Представленный здесь анализ систем временной защиты, применяемых в практике разных государств и международных организаций не является исчерпывающим и послужил для представления очерка на тему развития новой формы защиты беженцев. В последнее время распространено мнение, что поиски альтернативных форм защиты беженцев—это следствие потери значения Женевской Конвенции. Согласно с этим мнением, временная защита могла бы решить проблему защиты современных беженцев, которые остаются вне действия устаревшей конвенции.⁶⁶ Несмотря на то, что сформулированный таким образом тезис лишен каких-либо оснований, стоит помнить об ошибочности этого суждения и опасностях, которыми оно чревато.

4.1. Неадекватность „конвенционного" определения беженца

Самый важный аргумент, свидетельствующий о том, что Конвенция потеряла свою злободневность, на который ссылаются некоторые авторы, это находящееся в ней устаревшее определение беженца. На первый взгляд этот упрек может казаться правильным, поскольку действительно часть лиц, считающих себя беженцами и нуждающихся в международной защите, не является беженцами в понятии Конвенции. Это относится, например, к военным беженцам, которые спасаются от всеобщей опасности войны. Согласно господствующему мнению, такая ситуация не обосновывает предоставления статуса беженца. Альтернативным выходом из создавшейся ситуации могла бы быть разработка новой Конвенции — международной или региональной, которая охватила бы какой-нибудь формой защиты также военных беженцев. В данный момент проблема военных беженцев решается путем предоставления им различного вида гуманитарных статусов или применения запрета депортации. Стоит подумать, не являются ли пробелы в системах защиты беженцев частичным следствием принятия большинством европейских государств рестриктивной интерпретации „конвенционного" определения беженца и разве не было бы хорошим решением расширение этого определения, на государственном уровне.

Однако коротковременная защита не создана только для того, чтобы обеспечить помощь военным беженцам. Временная защита относится к чрезвычайным ситуациям массового наплыва беженцев, среди которых находятся также конвенционные беженцы. Поэтому те беженцы, которые удовлетворяют условиям защиты, предусмотренным конвенцией, должны иметь возможность как можно быстрее внести заявление о предоставлении статуса. Те беженцы, которые не удовлетворяют предпосылкам конвенции должны получить гуманитарную защиту. Следовательно, мнимая или действительная потеря злободневности конвенционно-

⁶⁶ Например К. Hailbronner, *Temporary and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, *Virginia Journal of International Law* 1994, Vol. 35, с. 9. Также J.C. Hathaway, A.R. Neve, *Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal For Collectivized And Solution-Oriented Protection*, *Harvard Human Rights Journal* 1997, Vol. 10.

го определения беженца не имеет фундаментального значения для понятия временной защиты.

4.2. Массовый наплыв—чрезвычайная ситуация?

Отмечается также неадекватность Конвенции по отношению к ситуациям массового наплыва беженцев.⁷⁷ Эти ситуации приводят к тому, что рассмотрение каждого отдельного заявления о предоставлении статуса беженца, с целью проверки соответствия предпосылкам Конвенции, становится очень трудным, хотя бы с практической точки зрения. Массовый наплыв беженцев может привести к серьезным административным последствиям и нарушить порядок, угрожая стабильности государства.

В оправдание такого состояния приводится аргумент, что конвенция была рассчитана на небольшой масштаб явления и индивидуальное исследование опасения преследований. Тогда как массовый наплыв беженцев действительно создает чрезвычайную ситуацию и ставит принимающие государства перед большими трудностями как правового, так и организационного характера. Это обуславливает применение временной защиты на короткий срок, чтобы решить какой (гуманитарный или конвенционный) статус им предоставить. Стоит также иметь в виду, что временная защита может перерасти в удобный и дешевый метод решения проблемы беженцев, без необходимости использования сложной конструкции „конвенционного" статуса беженца, а именно таково направление тенденции ослабления связи временной защиты с массовым наплывом беженцев, прослеживающееся в Амстердамском Трактате и проекте новелизации польского закона об иностранцах. Трудно сказать насколько устойчива будет эта тенденция, но она может привести к ситуации автоматического предоставления беженцам менее выгодной для них временной защиты, при одновременной блокировке возможности получения статуса беженца на основании Женевской Конвенции.

Сомнения по поводу возможности предоставления статуса в ситуациях массового наплыва беженцев, частично основаны на ошибочной предпосылке о необходимости индивидуального рассмотрения заявлений. Несмотря на то, что такой правовой подход действительно всеобщее применяется в Европе, стоит отметить, что в Женевской Конвенции такого требования нет. Возможно применение так называемой групповой квалификации. Для этого надо принять, что каждый член группы, *prima facie*, удовлетворяет условиям Женевской Конвенции. Эту группу можно описать используя такие критерии как, например: происхождение из страны охваченной войной, национальность или принадлежность к социальной группе. При отсутствии доказательств противного принимается, что каждый член группы был объектом индивидуальных преследований и отвечает остальным условиям Конвенции.⁷⁸ Эта конструкция применялась по отношению к беженцам периода холодной войны, но не нашла применения во время войны в Югославии в 1991-1995 гг.

⁷⁷ Сравни К. Hailbronner, *Temporar)' and Local Responses to Forced Migrations: a Comment*, Virginia Journal of International Law 1994, Vol. 35, с. 9.

* UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva 1992, с. 16.

4.3. Хотят ли возвращаться сегодняшние беженцы?

К следующей группе аргументов против злостности Женевской Конвенции относится утверждение, что якобы беженцы не заинтересованы долговременной защитой и стремятся как можно быстрее вернуться в страны своего происхождения. Стоит отметить ошибочность утверждения, что целью предоставления беженцу конвенционного статуса является его постоянное проживание на территории принимающего государства. В то время как с юридической точки зрения конвенция предусматривает возможность потери статуса в случае если беженец добровольно обратится за помощью к стране происхождения или если перестанут существовать условия, которые были причиной предоставления статуса (так называемая дерогационная оговорка).⁹⁹ Статус беженца тоже является своего рода формой временной защиты. Однако в действительности превратился в постоянное пребывание, что скорее является следствием редкого применения дерогационной оговорки, а в период холодной войны—также следствием политической ситуации.¹⁰⁰

5. Заключение

В течении последних десяти лет мы были свидетелями процесса, который привел к изменению понимания защиты беженцев. Катализатором этих изменений явилась война на Балканах, которая вызвала несколько колоссальных волн беженцев. В связи с этой ситуацией, а также с нарастающей волной ксенофобии и национализма, европейские государства вынуждены были искать новые решения,¹⁰¹ а временная защита должна была исполнить роль „золотой середины“.

Размышляя об оценке временной защиты, в первую очередь возникает вопрос о ее предназначении. Действительно ли ним является желание обеспечения людям безопасности в определенных условиях или скорее, желание государств избежать дорогостоящих последствий предоставления беженцам надлежщего им, на основании Женевской Конвенции, статуса? Некоторые обозреватели критически

⁹⁹ Статья 1С Женевской Конвенции: „Положения настоящей Конвенция не распространяются более на лицо, [...] которое 1) добровольно вновь воспользовалось защитой страны своей гражданской принадлежности; или 2) лишившись своего гражданства, снова его добровольно приобрело; или 3) приобрело новое гражданство и пользуется защитой страны своей новой гражданской принадлежности; или 4) добровольно вновь обосновалось в стране, которую оно покинуло или вне пределов которой пребывало вследствие опасений преследований; или 5) не может более отказаться от пользования защитой страны своей гражданской принадлежности, ибо обстоятельства, на основании которых оно было признано беженцем, более не существуют.“

¹⁰⁰ J. Thorburn, *Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden Sharing in Europe*, *International Journal of Refugee Law* 1995, Vol. 7, No 3, с. 461.

¹⁰¹ Rene de Fabbro описывает многократные случаи поджогов, избиений и других действий, направленных против иностранцев в Германии, имевших место при безразличии посторонних наблюдателей. Он приводит пример, как 24 января 1994 г. на двух входных дверях университета в Мюнстере появились надписи: „иностранцы“ и „немцы“. Это был опыт, целью которого была проверка реакции студентов. Оказалось, что 95% не было против такой дискриминации и входило через „собственные“ двери. R. de Fabbro, *Germany — a Victory of the Street, New Xenofobia in Europe*, Bernard Boumgartl ed., The Hague, London-Boston 1995, с. 133.

оценивают появление и утверждение этой формы защиты в Европе, указывая на угрозы, которые влечет за собой временная защита для Женевской Конвенции. Она создает новый стандарт защиты, позволяющий принимать беженцев в менее благоприятных для них условиях, в связи с чем существует опасение, что государства будут стараться применять временную защиту даже в тех случаях, когда обосновано предоставление „конвенционного" статуса беженца.

Другая группа обозревателей обращает внимание на гуманитарные аспекты временной защиты, которая поощряет государства в принятии и обеспечении защиты гораздо большему количеству беженцев, чем в случае применения процедуры Женевской Конвенции. Положительным является также то, что временная защита создает условия, в которых государства более заинтересованы нормализацией ситуации в регионе. Прикладывая всяческие, как дипломатические, так и милитарные усилия для стабилизации обстановки, тем самым создают возможность репатриации беженцев, а следовательно и снятия с себя обязательства по предоставлению защиты.

Описанная в этой статье практика европейских государств свидетельствует о том, что возврата от институции временной защиты уже нет. Без ответа однако остается вопрос, как будет выглядеть окончательная форма временной защиты, а также какую роль в ее формировании сыграет Европейский Союз и, самое главное, каковы будут долговременные последствия распространения неконвенционной формы защиты беженцев, тем более, что она может охватить своим действием также беженцев, отвечающих предпосылкам Женевской Конвенции. Одним из важнейших вопросов является вопрос о взаимоотношении между временной защиты и статусом беженца.¹⁰² Будет ли временная защита дополнительным механизмом — так, как этого хотят ее приверженцы, или начнет заменять Женевскую конвенцию, создавая стандарт защиты второго сорта?

¹⁰² Согласно рапорту UNHCR европейские государства предоставили временную защиту почти 600 000 беженцам из бывшей Югославии, одновременно блокируя им доступ к статусу беженца. **Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. GAOR, 48th Sess., Supp. No. 12, at 35, U.N. Doc. A/48/12 (1993), Refworld 1999.**

POSTĘPOWANIE ODWOŁAWCZE UPROSZCZONE

1. Uwagi ogólne

Dnia 1 lipca weszła w życie ustawa z 24 maja 2000 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji,¹ która wprowadziła do Kodeksu postępowania cywilnego postępowanie uproszczone, regulowane przez przepisy art. 505¹-505¹³ k.p.c. Początkowo drugoinstancyjne uproszczone postępowanie odwoławcze miało być regulowane w rozdziale dotyczącym apelacji, ale ze względu na liczne odrębności zdecydowano się na zamieszczenie całościowej regulacji odnośnie do postępowania uproszczonego w dziale VI księgi pierwszej części.

W stosunku do zwykłego postępowania odwoławczego, zawiera ono wiele odmiennych rozwiązań co związane jest z charakterem i funkcją postępowania uproszczonego, ma ono bowiem głównie na celu szybkość i znaczne ułatwienie rozwiązywania spornych kwestii.

Rozważania zawarte w niniejszym artykule mają przedstawić różnice pomiędzy zwykłym postępowaniem apelacyjnym a postępowaniem uproszczonym odwoławczym. Mają także dokonać oceny w zakresie nowych rozwiązań.

2. Problematyka uzasadnienia wyroku sądu pierwszej instancji i ukształtowania praw strony w tym zakresie

Analizę należy rozpocząć od treści art. 505¹ § 1 k.p.c, który przyznaje stronom uprawnienie do ustnego zgłoszenia wniosku o sporządze-

¹ Tekst ustawy został opublikowany w Dz.U. Nr 48, poz. 554.

nie uzasadnienia wyroku. Żądanie to, zgodnie z brzmieniem przepisu, ma być zgłoszone do protokołu bezpośrednio po ogłoszeniu wyroku. Powyższe uregulowanie wychodzi naprzeciw oczekiwaniom stron, zwłaszcza działającym bez pomocy adwokata czy radcy prawnego. W dotychczasowym stanie prawnym zgłoszenie przez stronę ustnego wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku nie wywoływało skutków procesowych. Nawet jeśli wniosek taki był przez nią sformułowany, sąd go nie uwzględniał. Jedyne co w takiej sytuacji można było zrobić, to zgodnie z pouczeniem sędziego najpierw wniosek napisać, a potem w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia, złożyć go do dziennika podawczego sądu lub wysłać pocztą.

Wprowadzenie przez ustawodawcę nowego rozwiązania miało na celu realizację kilku postulatów. Po pierwsze, zgłoszenie przez stronę wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku zaraz po jego ogłoszeniu eliminuje konieczność oczekiwania na taki wniosek przez 7 dni. Wiąże się z tym przede wszystkim znaczne ułatwienie pracy sędziego, który jeszcze dokładnie pamiętając przebieg postępowania, jest w stanie szybciej i precyzyjniej sporządzić uzasadnienie. Po drugie, przyspiesza ewentualne odwołanie się przez stronę od orzeczenia, jak również stanowi dla samych stron możliwość łatwiejszego dysponowania swoimi uprawnieniami. Przyznanie bowiem stronie możliwości ustnego zgłoszenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia łączy się ze znacznym odformalizowaniem tego etapu postępowania i oznacza w konsekwencji brak rygorów formalnych odnośnie do formy samego wniosku, jak i miejsca jego złożenia. Zważywszy, że dla większości ludzi samo przebywanie w sądzie i stykanie się z urzędnikami administracji sądowej jest ogromnym stresem, bardzo ważne jest stworzenie stronom możliwości zgłoszenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku w taki sposób, który im najbardziej odpowiada.

Dalsze ułatwienie dla stron w trakcie trwania postępowania uproszczonego, już po wydaniu przez sąd wyroku, przewiduje art. 505^a § 2. Znajduje się tu zaczerpnięta z postępowania nieprocesowego (art. 517 k.p.c.) instytucja zrzeczenia się przez stronę doręczenia uzasadnienia wyroku. Jeżeli strona z powyższego uprawnienia skorzysta, termin do wniesienia apelacji biegnie od dnia ogłoszenia wyroku. Porównując art. 505^a § 2 k.p.c. z jego pierwowzorem można stwierdzić, że art. 517 k.p.c. przewiduje inne konsekwencje działania strony. Mianowicie zwalnia jedynie sąd z obowiązku doręczenia temu uczestnikowi postanowienia. Dopiero art. 519 k.p.c. przewiduje w powyższej sytuacji identyczne niemal rozwiązanie jak § 2 art. 505^a k.p.c.

Przyspieszając termin na wniesienie środka odwoławczego, ustawodawca przyspiesza sam bieg postępowania odwoławczego, a także uprawomocnienie się wyroku.

Analiza treści art. 505^a § 2 k.p.c. zwraca uwagę, zwłaszcza w zestawieniu z art. 517 k.p.c., na brak wymogu obecności na posiedzeniu strony, która zrzeka się doręczenia. Wydawałoby się więc, że strona może zgłosić taki wniosek nawet później, np. kilka dni po ogłoszeniu wyroku.

Rozwiązanie powyższego problemu wymaga przedstawienia dwóch odmiennych stanowisk. Pierwsze z nich, ewentualnego argumentu co do szerzej zakreślonych granic czasowych na zgłoszenie wniosku o zrzeczenie się doręczenia poszukuje w treści art. 328 § 1 k.p.c. Przepis ten na początku § 1 określa termin na wniesienie przez stronę wniosku o sporządzenie uzasadnienia na tydzień od dnia ogłoszenia wyroku. Skoro więc stronie przysługuje tygodniowy termin na zgłoszenie wniosku o uzasadnienie, można uznać, wobec braku jakiegokolwiek wzmianki w § 2 art. 505^a k.p.c., że termin ten stosować należy także w odniesieniu do zrzeczenia się doręczenia. Akceptując powyższą interpretację, należałoby zaakceptować konsekwencje, jakie za sobą niesie. Strona bowiem, zrzekając się doręczenia uzasadnienia, w terminie późniejszym niż ogłoszenie orzeczenia, sama skracalaby sobie termin do wniesienia apelacji, który zaczyna biec w przypadku zgłoszenia takiego wniosku od dnia ogłoszenia. W tej sytuacji musiałyby być jednak poinformowana przez sędziego zarówno o możliwości zrzeczenia się doręczenia uzasadnienia oraz o łączących się z tym komplikacjach. Biorąc pod uwagę fakt świadomości strony co do następstw swojego działania odnośnie do złożenia wniosku o zrzeczenie się doręczenia uzasadnienia, np. trzecim dniu po ogłoszeniu wyroku, nie ma podstaw, by ograniczać stronę w terminie złożenia przedmiotowego wniosku. Strona bowiem dysponuje swoim prawem i podjęcie decyzji o zrzeczeniu się doręczenia uzasadnienia, podobnie jak i nieządanie sporządzenia uzasadnienia, powinno należeć tylko do niej. W ten sposób nie można uznać, że powyższa wykładnia stanowi, z punktu widzenia przepisów prawnych, ograniczenia praw stron w dochodzeniu rozstrzygnięcia spornych kwestii na drodze sądowej.

Ale można bronić też odmiennego stanowiska, w myśl którego zrzeczenie się doręczenia uzasadnienia może nastąpić tylko na posiedzeniu, na którym został ogłoszony wyrok. Argumentem może być zwłaszcza funkcja postępowania uproszczonego, które z założenia ma być szybkim i sprawnym postępowaniem. Gdyby więc pozostawić stronie czas do namysłu w zakresie zrzeczenia się doręczenia uzasadnienia, przyjęcie takiego rozwiązania pozbawiałoby sensu art. 505^a § 2 k.p.c., a przez to

unicestwione zostałyby założenia, dla których zdecydowano się takie rozwiązania przyjąć.

Poza tym można zadać pytanie, dlaczego interpretować art. 505^s § 2 k.p.c. w oderwaniu od przepisu, na którym się wzorowano przy jego tworzeniu. Artykuł 517 wyraźnie wspomina o obecności strony na posiedzeniu, co powinno być dyrektywą przy wykładni § 2 art. 505^s k.p.c.. Dlatego też należy w konkluzji przyjąć, że strona może skorzystać z prawa do zrzeczenia się doręczenia uzasadnienia tylko będąc obecną na posiedzeniu, na którym wydano wyrok.

Całkowite *novum* w zakresie postępowania cywilnego zawiera natomiast art. 505^s § 3 k.p.c, który stanowi, że strona obecna na posiedzeniu, na którym ogłoszono wyrok, może po jego ogłoszeniu, w oświadczeniu złożonym do protokołu, zrzec się prawa do wniesienia apelacji. W razie zrzeczenia się prawa do wniesienia apelacji przez wszystkich uprawnionych wyrok staje się prawomocny.

Odnosnie do tej regulacji, w uzasadnieniu rządowego projektu, zwraca się uwagę na zasadę szybkości w tak ukształtowanym procesie. Tym razem jednak ma ona doprowadzić do szybszego uprawomocnienia się wyroku, nie zaś do szybszego rozpoznania sprawy. Warto w tym miejscu przeanalizować treść przepisu pod kątem sytuacji procesowej osób uprawnionych do wniesienia apelacji.

Na początek należy rozważyć wymóg obecności strony na posiedzeniu. Literalna wykładnia sugeruje, że wymóg ten odnosi się jedynie do strony. W § 3 zd. 1 k.p.c. ustawodawca przyznaje uprawnienie do zrzeczenia się prawa wniesienia apelacji stronie obecnej na posiedzeniu. W drugim natomiast określa konsekwencje zrzeczenia się prawa do wniesienia apelacji przez wszystkie osoby uprawnione, nie odnosząc już wymogu obecności na posiedzeniu do wszystkich tych osób.

Zakładając, że ustawodawca celowo posłużył się w zdaniu pierwszym pojęciem strony, a w drugim — osób uprawnionych, należałoby dojść do wniosku, że tylko strona, aby móc skutecznie zrzec się prawa do wniesienia apelacji, musi być obecna na posiedzeniu, na którym ogłoszono wyrok. Taka wykładnia nie jest usprawiedliwiona, gdyż nakładałaby na stronę obowiązek, jakiego nie miałyby osoby uprawnione. Pojawia się tu również kwestia, czy strona to pojęcie tożsame z pojęciem osoby uprawnionej, czy może to ostatnie jest kategorią szerszą, obejmującą oprócz stron także np. prokuratora czy przedstawiciela organizacji społecznej. Wydaje się, że drugie spojrzenie jest bardziej trafne, niemniej jednak interpretacja powyższego przepisu nie powinna zmierzać do różnicowania pozycji procesowej uczestników. W konsekwencji oznacza to, iż i do osób

uprawnionych odnieść należy wymóg obecności na posiedzeniu w przypadku zrzeczenia się prawa do wniesienia apelacji.

Celem ustawodawcy nie było bowiem ograniczenie uprawnień uczestników postępowania poprzez nałożenie na nich obowiązku obecności na posiedzeniu w sytuacji zgłoszenia rezygnacji z apelacji. Jediną racją dla wprowadzenia tego przepisu była chęć zdyscyplinowania osoby, która z tego prawa chce skorzystać. Gdyby bowiem ustawodawca nakreślił termin w czasie, w którym można by wnosić tego typu wnioski, powstałby stan niepewności, którego istnienie spowodowałoby w efekcie znaczne przedłużenie całego postępowania.

Po drugie w art. 505^a § 3 zd. 2 k.p.c. wyraźnie mówi się tylko o sytuacji, w której prawa do wniesienia apelacji zrzekli się wszyscy uprawnieni. Wtedy wyrok staje się prawomocny, co jest oczywistym następstwem takiego działania. Dzieje się tak jednak dopiero, gdy wszyscy zrzekną się prawa do wniesienia apelacji. Warunek ten odnosi się do dwóch stron postępowania.

W tym miejscu na uwagę zasługuje rozważenie sytuacji, w której po jednej stronie występują współuczestnicy jednolici. Z jednej strony przepis wymaga, by wszystkie osoby, które są uprawnione do wniesienia apelacji zrzekły się tego prawa, co odnosi się również i do współuczestników, których uczestnictwo w postępowaniu uproszczonym nie zostało wykluczone. Z drugiej zaś strony — w art. 73 § 2 k.p.c. ustawodawca uregulował sytuację współuczestników jednolitych, stwierdzając, że czynności procesowe współuczestników działających są skuteczne wobec niedziałających. Jednak do zawarcia ugody, zrzeczenia się roszczenia albo uznania powództwa potrzeba zgody wszystkich współuczestników. Pozostaje więc do rozstrzygnięcia, czy jeżeli na posiedzeniu są obecni np. dwaj spośród czterech współuczestników jednolitych, którzy składają oświadczenie o zrzeczeniu się prawa do wniesienia apelacji, to czy ich działanie ma skutek wobec współuczestników niedziałających.

Wydaje się, że art. 505^a nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy po jednej stronie stanie kilku współuczestników jednolitych, a niektórzy spośród nich będą współuczestnikami działającymi. Na poparcie powyższej tezy argumentu może dostarczyć też treść art. 73 § 2 zd. 2 k.p.c. Ustawodawca wprowadza tu wymóg uzyskania zgody wszystkich współuczestników np. na zrzeczenie się roszczenia. Wydaje się, że pojęcie roszczenia funkcjonującego na płaszczyźnie prawa procesowego można odnieść do samego żądania strony, by jej sprawa rozpoznana została przez sąd drugiej instancji. Dlatego też w świetle wprowadzonej regulacji, a konkretnie art. 505^a k.p.c., strona może się tego roszczenia również zrzec

Tyle tylko, że w przypadku współuczestników jednolitych, zrzeczenie się prawa do wniesienia apelacji wymaga zgody ich wszystkich.

Istnieje jeszcze jedna kwestia, którą w tym miejscu warto poruszyć, a mianowicie — czy za reprezentowaną stronę, może do protokołu złożyć oświadczenie o tej treści jej pełnomocnik. Wydaje mi się, że odpowiedź powinna być pozytywna, ale tylko w przypadku udzielenia przez stronę tzw. szczególnego pełnomocnictwa, do dokonania określonej czynności procesowej, gdyż z art. 91 k.p.c. wyraźnie wynika, że ogólne pełnomocnictwo procesowe nie daje pełnomocnikowi prawa do dysponowania prawem wniesienia apelacji.

3. Zarzuty apelacji w postępowaniu uproszczonym i terminy na ich zgłaszanie

Zgodnie z art. 505² § 1 k.p.c., jeżeli strona wnosi apelację od wyroku wydanego w postępowaniu uproszczonym, to może ją oprzeć wyłącznie na zarzutach:

- nieważności postępowania,
- rażącego naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie,
- rażącego naruszenia istotnych przepisów postępowania, jeżeli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy.

W porównaniu z ogólnymi warunkami ograniczono kontrolę sądu odwoławczego tylko do najistotniejszych uchybień.

3.1. Nieważność postępowania

Nieważność jest jedną z przyczyn, na które strona może się powołać w apelacji. W tym miejscu pojawia się jednak wątpliwość, czy rzeczywiście może być ona podnoszona jedynie przez stronę, i czy sąd sam jej nie może wziąć pod uwagę. Na ten problem zwrócił też uwagę Z. Struś,² który stwierdził, że „jeżeli zarzut nieważności postępowania oznacza wyłączenie działania z urzędu, to pytanie o *ratio legis* jest na miejscu. Tolerowanie postępowań nieważnych przyniesie więcej szkody

² Z. Struś, *Zmiany postępowania cywilnego dokonane w nowelizacji k.p.c. 2000 z.* Palestra 2000, nr 7-8, s. 9.

niż pożytku".³ Wydaje się, że przepis nie został dobrze zrozumiany. A dresatem art. 505^o § 1 k.p.c. są strony, które w związku z niesatysfakcjonującym je rozstrzygnięciem pragną wnieść apelację. Przepis ten wskazuje zarzuty, na których (tylko na tych) może zostać oparta apelacja. Nie przekreśla to jednak możliwości działania zarządu sądu. Tak też stanowi art. 378 § 1 k.p.c., gdzie ustawodawca stwierdził, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jednak zarządu pod uwagę nieważność postępowania.⁴ Ten bowiem zarzut, jako jedyny, sąd może rozpatrywać z urzędu i nie ma żadnego argumentu za przyjęciem odmiennego rozwiązania w postępowaniu odwoławczym prowadzonym według przepisów działu VI. Jest to jedynie — co należy podkreślić — ograniczenie strony do wyżej wymienionych zarzutów. Oznacza to więc, że strona może tylko na tych trzech (albo niektórych z nich) zarzutach opierać swoje odwołanie. Gdyby nie powołała się na przyczynę nieważności, to i tak sąd badając sprawę, zawsze mógłby ją uwzględnić.

32. Rażące naruszenie prawa materialnego

Oczywiście to praktyka i orzecznictwo będą musiały opowiedzieć się za rozumieniem zwrotu „rażące naruszenie prawa materialnego”. Niemniej jednak uznać należy, że „wymaganie rażące naruszenia prawa materialnego” jest niezrozumiałe.⁵ Pamiętać należy, że podobnie jak w przypadku oceny podstawy kasacyjnej określonej w art. 393^o pkt 1 k.p.c. naruszenia przepisów prawa materialnego powinny być oceniane z punktu widzenia całości sprawy. Wprowadzenie przez ustawodawcę wymogu kwalifikowanych naruszeń prawa materialnego, które mogą stanowić zarzuty apelacyjne, powoduje oderwanie dokonanych naruszeń od wpływu, jakie miały na końcowe rozstrzygnięcie.

³ Tamże.

⁴ Art. 378 § k.p.c. wprowadza nowe rozróżnienie na granice apelacji i granice zaskarżenia apelacji. To rozróżnienie polega na tym, że jak zauważył A. Zieliński w swoim artykule (A. Zieliński, *Zmiany w systemie zwyczajnych środków odwoławczych w k.p.c.* Monitor Prawniczy 2000, nr 8) granice apelacji wyznaczają: wskazanie, czy wyrok jest zaskarżony w całości czy w części — art. 368 § 1 pkt 1 k.p.c. oraz wnioski apelacji — art. 368 § 1 pkt 5, ponieważ wyznaczają one zakres zaskarżenia apelacją wyroku sądu. Natomiast według autora, granic apelacji nie wyznaczają podniesione w niej zarzuty, co wynika z art. 382 k.p.c.

⁵ Tak Z. Struś, *Zmiany w postępowaniu...*, s. 9.

Argumentem, który stanowił podstawę dla wprowadzonego przez ustawodawcę rozwiązania, stanowiła zapewne chęć stworzenia bariery dla odwołań od łżejszych naruszeń. Oczywiście i w tym miejscu pojawia się pewna niekonsekwencja, gdyż trudno stwierdzić, co stanowić może naruszenie łżejsze. Pojawia się pytanie, czy w takim razie odmówić skarżącemu możliwości wniesienia apelacji, której podstawą jest zarzut łżejszego naruszenia przepisów prawa materialnego (nie wdając się w dyskusję — czy i kiedy można mówić o łżejszych naruszeniach prawa materialnego), nawet jeśli miałyby to wpływ na końcowe rozstrzygnięcie. Odpowiedź pozytywna prowadziłaby do ujemnych konsekwencji, które trudno zaakceptować. W tej sytuacji należy podzielić pogląd Z. Strusa, że „konstrukcja apelacji w postępowaniu uproszczonym jest próbą zmieszczenia się między wymogiem dwuinstancyjności a słusznym dążeniem do uproszczenia i przyspieszenia postępowania”.⁶

Wobec tego wszelkie naruszenia prawa materialnego, będące wynikiem błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania przepisów, powinny być zawsze oceniane z punktu widzenia całokształtu sprawy, głównie wpływu, jakie wywarły na ostateczne rozstrzygnięcie. Taka interpretacja stanowi jedyne i właściwe rozwiązanie problemu.

3.3. Rażące naruszenie istotnych przepisów postępowania

Z podobnym problemem spotkać się można podczas analizy pkt 3 k.p.c, w którym ustawodawca stwierdził, że zarzut apelacyjny mogą stanowić tylko „rażące naruszenia istotnych przepisów postępowania, jeżeli uchybienia te mogły mieć wpływ na wynik sprawy”. W tym miejscu wprowadzono, co prawda, odniesienie dokonanych naruszeń do wyniku sprawy, ale nie dość, że ustawodawca wprowadza ich kwalifikację, to dodatkowo nakazuje je uwzględniać jedynie w aspekcie istotnych przepisów postępowania.

Trudno abstrakcyjnie orzec, które z przepisów postępowania należałoby zakwalifikować jako istotne, a które jako nieistotne. Wprowadzanie aż dwóch odniesień w zakresie oceny naruszeń, wprowadza chaos. Trudno na przykład w takim przypadku powiedzieć, czy w ogóle mogą istnieć sytuacje, gdy „zwykle” naruszenie przepisów istotnych może nie mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy albo gdy wprowadzicie naruszono w rażący sposób przepisy „nieistotne”, ale uchybienia te miały wpływ na

⁶ Tamże.

wynik sprawy? Co w takim razie sąd ma zrobić z apelacją, w której strona jako zarzut powołuje jedną z wyżej wymienionych przyczyn? Jedyne co w ten sposób sformułowany przepis powoduje, to mnóstwo wątpliwości, które przecież można by usunąć w prosty sposób.

Wystarczyłoby jedynie sformułowanie przepisu w sposób, w jaki uczynił to ustawodawca w art. 393² k.p.c., a więc odniesienie się jedynie do skutków naruszenia przepisów proceduralnych dla całości sprawy.

Należy zawsze pamiętać, że naruszenie przepisów postępowania — istotnych czy nieistotnych — będzie brane pod uwagę tylko z punktu widzenia wyniku całej sprawy.

4. Terminy

Dodatkowym elementem przyspieszającym postępowanie odwoławcze jest ograniczenie stron terminem właściwym w zakresie przytaczania dalszych zarzutów. Artykuł 505⁹ k.p.c. stanowi, że „po upływie terminu do wniesienia apelacji przytaczanie dalszych zarzutów jest niedopuszczalne”. Oznacza to, że sąd jest związany tymi zarzutami, które strony przedstawiły w apelacji. Później nie mogą przedstawiać innych. Oczywiście nie odnosi się to do działania sądu odwoławczego z urzędu w zakresie nieważności postępowania. Zgodnie bowiem z tym co zostało powiedziane wyżej, w tym przypadku sąd działa z urzędu. Strona zaś nie może, co prawda, zgłosić zarzutu nieważności postępowania po wniesieniu apelacji, ale nie zamyka to oczywiście sądowi drogi działania.

Z. Struś natomiast w swoim artykule stwierdził, że sformułowanie przez ustawodawcę zakazu przytaczania zarzutów po terminie do wniesienia apelacji jest zbędne ze względu na brzmienie art. 368 § 1 k.p.c. (wymogi apelacji) w zw. z art. 369 § 1 k.p.c. (termin wniesienia apelacji). W ten sposób uznał interwencję ustawodawcy za niepotrzebną.

Ale wydaje się, że można argumentować za potrzebą ingerencji w tym zakresie. W doktrynie pojawił się m.in. pogląd, w myśl którego, ponieważ granic apelacji nie wyznaczają podniesione w niej zarzuty (stanowisko takie autor wyprowadza z art. 382 k.p.c.), „oznacza to, że zarzuty można zgłaszać do zamknięcia rozprawy przed sądem II instancji”.⁷ Istnienie po wyższego stanowiska wskazuje, że interwencja ustawodawcy w tym zakresie jest jednak uzasadniona.

⁷ A. Zieliński, *Zmiany w systemie...*, s. 481.

Poza tym przy analizie art. 505^o k.p.c. może pojawić się wątpliwość, czy strona może w trakcie postępowania zmienić zarzuty. Kodeks nie przewiduje zakazu zmiany zarzutów apelacyjnych (jak to czyni w stosunku do podstaw kasacji w zd. 2 art. 393^o k.p.c), co uzasadniałoby również dopuszczalność ich zmiany w toku postępowania apelacyjnego.⁸

Wyraźna jednak interwencja ustawodawcy co do zakazu przytaczania dalszych zarzutów po upływie terminu do wniesienia apelacji, nie pozostawia wątpliwości w tym zakresie. Zwrot „przytaczanie dalszych zarzutów”, uwzględniając wykładnię literalną i funkcjonalną tego przepisu, wyklucza zarówno wnoszenie, jak i zmianę przez skarżącego zarzutów po upływie terminu do wniesienia apelacji.

5. Skład sądu i tryb rozpoznawania apelacji w uproszczonym postępowaniu odwoławczym

Przepisy regulujące postępowanie odwoławcze, wszczęte w wyniku wydania orzeczenia przez sąd w postępowaniu uproszczonym, zawierają jeszcze dalej idące modyfikacje postępowania w drugiej instancji w porównaniu z przepisami ogólnymi. Artykuł 505^o § 1 k.p.c. wprowadza bowiem, w celu usprawnienia przebiegu postępowania, zmiany w składzie osobowym sądu odwoławczego. Według tego artykułu sprawę rozpoznaje sąd w składzie jednego sędziego, a nie jak w postępowaniu odwoławczym „zwykłym” — skład trzech sędziów zawodowych. Regulacja ta może doprowadzić do sytuacji, w której apelację może rozpoznać asesor. Zgodnie bowiem z art. 115 u. o u.s.p.,⁹ Minister Sprawiedliwości może delegować do sądu odwoławczego asesora. Wtedy powstaje teoretyczna możliwość rozpoznawania takiego odwołania przez asesora. Jeżeli tak,

⁸ T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 1999, s. 605.

⁹ Art. 115 p. o u.s.p.: „§ 1. Minister Sprawiedliwości może mianować asesorem sądowym aplikanta, który ukończył aplikację sądową lub prokuratorską i zdał egzamin sędziowski lub prokuratorski. § 2. Minister Sprawiedliwości może powierzyć asesorowi sądowemu pełnienie czynności sędziowskich w sądzie rejonowym na czas określony, nie przekraczający dwóch lat, za zgodą kolegium sądu okręgowego. Możliwe jest ponowne powierzenie tych czynności asesorowi, jednakże ten okres, łącznie z okresem poprzednim, nie może być dłuższy niż trzy lata. W tym samym trybie asesorowi mogą być powierzone czynności sędziowskie w sądzie okręgowym jako odwoławczym. § 3. Do asesorów sądowych, którym powierzono pełnienie czynności sędziowskich, stosuje się przepisy dotyczące sędziów. § 4. Asesorem sądowym nie można być dłużej niż trzy lata. Minister Sprawiedliwości może zwolnić asesora, po uprzednim wypowiedzeniu, za zgodą kolegium sądu okręgowego; przepis art. 60 § 1 stosuje się odpowiednio.”.

to rozpoznawanie w składzie jednego sędziego może niestety nie spełnić swojego zadania mającego na celu naprawienia błędów popełnionych przez strony i sąd w postępowaniu w pierwszej instancji. Pozostaje więc albo interwencja ustawodawcy, która usunie tego typu wątpliwości, albo niestosowanie art. 115 u. o u.s.p., jak to dotychczas przyjęto w praktyce.

Dalsze uproszczenia i przyspieszenia odwoławczego postępowania uproszczonego widoczne są w § 2 i 3 art. 505¹⁰ k.p.c. Wydaje mi się, że poprzez ich wprowadzenie ustawodawca chciał, by regułą w tym postępowaniu było rozpoznawanie sprawy przez sąd na posiedzeniu niejawnym.

Taki wniosek nasuwa się, jeżeli porówna się art. 373 i 374 k.p.c. z art. 505¹⁰ § 2 i 3 k.p.c. Przepisy te (art. 373 i 374) przewidują tylko dwa przypadki rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy w zwykłym postępowaniu apelacyjnym na posiedzeniu niejawnym (chodzi o odrzucenie apelacji i sytuację, w której zachodzi nieważność postępowania), w pozostałych jako reguła funkcjonuje zasada rozpoznawania sprawy przez sąd na rozprawie.

Odmienne sytuację ukształtował ustawodawca w art. 505¹⁰ § 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd może rozpoznać apelację na posiedzeniu niejawnym, chyba że strona w apelacji lub odpowiedzi na apelację zażądała przeprowadzenia rozprawy. Natomiast § 3 dodaje jeszcze jedną sytuację, w której sąd może rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym, a mianowicie także wtedy, gdy podniesione zarzuty są oczywiście bezzasadne. Widać więc wyraźnie, że zasadą w odwoławczym postępowaniu uproszczonym ma być rozpoznanie sprawy przez sąd na posiedzeniu niejawnym. Dopiero gdy jedna ze stron zażąda przeprowadzenia rozprawy, sąd nie może sprawy rozpoznać w inny sposób.

Pytanie, jakie się nasuwa po zestawieniu tych dwóch paragrafów, to: czy sąd może rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym, gdy zarzuty są oczywiście bezzasadne, ale strona zażądała wyznaczenia rozprawy? Wydaje się, że rozwiązania należy poszukiwać w samych przepisach. Paragraf drugi ustanawia zasadę, w myśl której rozpoznanie sprawy w postępowaniu odwoławczym odbywać się może na posiedzeniu niejawnym. Jeżeli jednak któraś ze stron zażąda przeprowadzenia rozprawy, to tylko w taki sposób sąd może rozpoznać sprawę. Natomiast przypadek umieszczony w § 3 to po prostu jeszcze jedna sytuacja, w której sąd może rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym. Tyle tylko, że użycie przez ustawodawcę zwrotu „także wtedy” sugeruje, iż posiedzenie niejawne odbyć się może tylko wtedy, gdy nie zachodzi przesłanka powodująca wyznaczenie rozprawy. W tym bowiem przypadku, żądanie

przeprowadzenia rozprawy uzyskuje pierwszeństwo przed rozpoznaniem sprawy na posiedzeniu niejawnym z powodu bezzasadności zarzutów.

6. Przebieg odwoławczego postępowania uproszczonego

Również przebieg postępowania przed sądem drugiej instancji uległ znacznemu uproszczeniu. Artykuł 505¹⁰ k.p.c. zawiera regułę ograniczającą przeprowadzenie postępowania dowodowego jedynie do dowodu z dokumentu. Jak stwierdziła M. Jędrzejewska, „w ten sposób w sprawach rozpatrywanych w postępowaniu uproszczonym cały ciężar prowadzenia postępowania dowodowego został wyraźnie przerzucony na sąd I instancji, przez co postępowanie apelacyjne w tych sprawach nabiera odmiennego charakteru niż w postępowaniu w sprawach zwykłych”.¹⁰ Jedyny wyjątek od tej zasady wprowadza § 2 art. 505¹⁰ k.p.c, w myśl którego przepisu ograniczającego postępowanie dowodowe tylko do dokumentu nie stosuje się, jeżeli apelację oparto na późniejszym wykryciu okoliczności faktycznych lub środkach dowodowych, z których strona nie mogła skorzystać przed sądem pierwszej instancji. Jak się wydaje, są to te środki dowodowe, których strona nie mogła przedstawić, ale nie z powodu zakazu, jaki wprowadza przepis (niedopuszczalność opinii biegłego w postępowaniu pierwszoinstancyjnym), ale z powodu ukształtowania się określonej sytuacji faktycznej, braku możliwości technicznych itp.

7. Rodzaje orzeczeń wydawanych przez sąd w odwoławczym postępowaniu uproszczonym

Poniższe rozważania dotyczą już samego wyniku przeprowadzonego odwoławczego postępowania uproszczonego, a w szczególności kategorii orzeczeń, jakie ze względu na modyfikacje zostały wprowadzone do postępowania uproszczonego.

¹⁰ M. Jędrzejewska, *Uwagi o projekcie ustawy o zmianie — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów*. Przegląd Legislacyjny 2000, nr 1.

7.1. Orzeczenia wydawane przez sąd w zakresie zwykłego postępowania odwoławczego

W związku z przeprowadzonym postępowaniem odwoławczym, według przepisów o apelacji, sąd może wydać następujące rozstrzygnięcia:

- zgodnie z art. 386 § 1 k.p.c. w razie uwzględnienia apelacji zmienia zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy;
- według § 2 art. 386 k.p.c. w przypadku stwierdzenia nieważności postępowania, uchyla zaskarżony wyrok, znosi postępowanie w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania;
- art. 386 § 3 k.p.c. stanowi, że jeżeli pozew ulega odrzuceniu albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok oraz odrzuca pozew lub umarza postępowanie;
- według brzmienia nowego § 4 art. 386 k.p.c. poza wypadkami określonymi w § 2 i 3 k.p.c. sąd drugiej instancji może uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania tylko w razie nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy albo gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

7.2. Odwoławcze postępowanie uproszczone

Jeżeli jednak apelacja została wniesiona w wyniku wydania przez sąd wyroku w postępowaniu uproszczonym, ustawodawca wprowadza pewne modyfikacje w zakresie kategorii orzeczeń i sytuacji, w których mogą być wydawane, a mianowicie:

- 1) zgodnie z art. 505¹² § 1 k.p.c. jeżeli sąd stwierdzi, że zachodzi rażące naruszenie prawa materialnego, a zgromadzone dowody nie dają wystarczających podstaw do zmiany wyroku, uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania;
- 2) natomiast według § 2 art. 505¹² k.p.c. uchylając zaskarżony wyrok sąd drugiej instancji może przekazać sprawę do rozpoznania z wyłączeniem przepisów o postępowaniu uproszczonym także wówczas, gdy sprawa, stosownie do art. 505¹² k.p.c. podlega rozpoznaniu w tym postępowaniu.

Poprzez zestawienie przepisu art. 386 i 505¹² k.p.c., należy stwierdzić, że sąd w uproszczonym postępowaniu odwoławczym może wydać, oprócz wymienionych w pkt 1 i 2, następujące rozstrzygnięcia:

- jeżeli zachodzi jedna z wymienionych w art. 505⁹ § 1 k.p.c. przesłanek, a chodzi dokładnie o pkt 2 i 3, sąd, uwzględniając apelację, zmienia zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy. W ten sposób znajduje zastosowanie ogólny przepis art. 386 § 1 k.p.c., gdyż regulacja szczegółowa w zakresie tego przypadku nie została przez ustawodawcę wprowadzona;
- jeżeli zachodzi nieważność postępowania, to analogicznie jak w przypadku pierwszym, znajduje zastosowanie art. 386 k.p.c, tyle że § 2, który wprost reguluje ten przypadek; w takiej sytuacji bowiem sąd uchyli zaskarżony wyrok, znosi postępowanie w zakresie dotkniętym nieważnością i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania;
- w przypadku, gdy okaże się, że pozew ulega odrzuceniu lub postępowanie umorzeniu, sąd postąpi według reguły, którą wypowiedział art. 386 § 3 k.p.c, a więc sąd uchyli wyrok i pozew odrzuci lub umorzy postępowanie.

Pozostaje jednak do rozważenia, czy w odwoławczym postępowaniu uproszczonym może mieć zastosowanie art. 386 § 4 k.p.c, a więc przepis regulujący możliwość wydania przez sąd w zwykłym postępowaniu apelacyjnym wyroku o charakterze kasatoryjnym. W zakresie postępowania uproszczonego sąd może skorzystać z powyższego uprawnienia jedynie, gdy stwierdzi, że zachodzi rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, ale zgromadzone dowody nie dają wystarczających podstaw do zmiany wyroku. W przypadku natomiast art. 386 § 4 k.p.c. takie rozstrzygnięcie sąd może wydać odnośnie do dwóch, szerszej zakreślonych przypadków:

- 1) w razie nierozpoznania sprawy przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy,
- 2) gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

Przeciw stosowaniu art. 386 § 4 w odwoławczym postępowaniu uproszczonym można przedstawić kilka argumentów. Po pierwsze, art. 505¹² § 1 k.p.c. jest w stosunku do art. 386 § 4 przepisem szczególnym. Po drugie, zakres przypadków objętych dyspozycją art. 386 § 4 k.p.c. nie odpowiada sytuacjom, które mogą mieć miejsce w postępowaniu

niu uproszczonym. Raczej trudno sobie wyobrazić, by sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy przy założeniu istnienia zakazu łączenia powództw, występowania z kilkoma żądaniami czy zakazu zmian przedmiotowych.

Natomiast jeżeli sąd drugiej instancji nie będzie mógł rozpoznać sprawy, przy stwierdzeniu naruszenia prawa materialnego ze względu na to, że nie ma wystarczających podstaw dowodowych do zmiany wyroku, może przekazać sprawę do rozpoznania sądowi pierwszej instancji, który z kolei może rozpoznać ją z wyłączeniem przepisów dotyczących postępowania uproszczonego.

W takim przypadku nie ma już żadnych ograniczeń dowodowych dla sądu rozpoznającego sprawę ponownie. Natomiast zgodnie z rządowym uzasadnieniem projektu ustawy, jeżeli dochodzi do uchylecia wyroku przez sąd odwoławczy, powinien on mieć możliwość przekazania sprawy do rozpoznania na zasadach ogólnych, skoro możliwość taką miał również w określonych prawem wypadkach sąd rejonowy w postępowaniu uproszczonym".

Powyższe argumenty przekonują, że regulacja zawarta w art. 505¹² k.p.c. jest jedyną właściwą procedurą i podstawą dla wydania przez sąd odwoławczy końcowego orzeczenia.

8. Odwoławcze postępowanie uproszczone a konstytucyjna zasada dwuinstancyjności

Na koniec rozważań warto zastanowić się, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie w ramach uproszczonego postępowania drugoinstancyjnego są zgodne z wymogiem zasady dwuinstancyjności wyrażonej w art. 78 oraz 176 Konstytucji. Można mieć w tym zakresie kilka wątpliwości.

Po pierwsze, można się zastanawiać, czy przyznanie stronie prawa do zrzeczenia się wniesienia apelacji jest zgodne z konstytucyjną zasadą dwuinstancyjności. Wydaje się, że skoro strona ma prawo do podjęcia decyzji, czy wnieść apelację w terminie 14 dni od dnia doręczenia jej uzasadnienia, czy też z wnoszenia tego środka zaskarżenia zrezygnować, przyznanie przez ustawodawcę stronie dodatkowego prawa zrzeczenia się prawa do wniesienia apelacji w niczym tej sytuacji nie zmienia. Nadal to strona decyduje o tym, że nie chce, by jej sprawa była rozpoznawana przez sąd drugiej instancji.

Po drugie, zastrzeżenia niezgodności z Konstytucją może budzić sposób określenia przez ustawodawcę zarzutów, na których powinna oparta zostać apelacja. Poprzez wprowadzenie wymogu kwalifikowanych naruszeń, a w przypadku naruszeń przepisów postępowania również odnoszących się do przepisów istotnych, ustawodawca tworzy w ten sposób barierę dla zaskarżalnych orzeczeń. Zgodzić się należy, że postępowanie uproszczone ma służyć szybkiemu rozpoznaniu sprawy, ale nie może doprowadzić do pozbawienia strony prawa do rozpoznania sprawy przez drugą instancję. A do tego właśnie zmierza powyższa regulacja.

Zwolennicy rozwiązywania kolizji dwóch zasad poprzez przyznanie pierwszeństwa zasadzie szybkości postępowania, mogą się powołać na argument wynikający z art. 78 zd. 2 Konstytucji. Zapisany w nim został wyjątek dopuszczający odstępstwo od przysługującego stronie prawa do zaskarżania orzeczeń pierwszej instancji, który musi być jednak przewidziany przez ustawę. Wymóg ten odnośnie do postępowania uproszczonego został spełniony. Wydawałoby się więc, że artykuł ten stanowi konstytucyjne upoważnienie dla wprowadzenia wyjątku od zasady.

Jednak powyższe twierdzenie nie zasługuje na uznanie. Prowadzi bowiem do przyznania pierwszeństwa zasadzie szybkości postępowania przed zasadą umożliwiającej stronie odwołanie się od orzeczenia pierwszej instancji. Powyższa interpretacja nie wydaje się uzasadniona, również ze względu na istnienie art. 176 Konstytucji. Jest on jednocześnie przepisem szczególnym w stosunku do art. 78. Umieszczony w rozdziale VIII „Sądy i Trybunały” *expressis verbis* w sposób kategoriyczny statuuje zasadę dwuinstancyjności w zakresie postępowania sądowego. Nie przewiduje w tym zakresie żadnych wyjątków. Natomiast art. 78, umieszczony został w rozdziale II, ogólnie określającym prawa i wolności człowieka i obywatela. Przepis ten jednak nie wspomina tylko o postępowaniu sądowym ani o drugiej instancji. Wypowiada generalną zasadę przyznania każdej ze stron prawa do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Zgodnie z treścią tego przepisu, strona ma prawo do zaskarżania nie tylko orzeczeń sądowych i nie tylko do drugiej instancji (zaskarżone orzeczenie w zależności od przypadków określonych w ustawach może też być rozpoznawane przez pierwszą instancję). Jest to więc przepis, którego dyspozycja jest znacznie szersza niż art. 176 Konstytucji i tym właśnie należy tłumaczyć pierwszeństwo w zastosowaniu art. 176 w sytuacji dokonywania oceny konstytucyjności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę w postępowaniu uproszczonym.

Dlatego też, jeżeli to art. 176 ma stanowić o konstytucyjnej zasadzie dwuinstancyjności w postępowaniu sądowym, w jego świetle nale-

ży tłumaczyć również wątpliwości związane ze sformułowaniem przez ustawodawcę zarzutów, na których strona może oprzeć apelację w postępowaniu uproszczonym. Wobec czego jedynym rozwiązaniem jest interpretacja uwzględniająca wpływ jakie naruszenia czy to prawa materialnego, czy procesowego wywarły na ostateczne rozstrzygnięcie i ocenę z tego punktu widzenia „przydatności” poszczególnych zarzutów jako podstaw apelacji.

9. Uzasadnienie wyroku sądu II instancji

Jeżeli chodzi o sporządzanie przez sąd odwoławczy uzasadnień do wyroku, to znowu, by przyspieszyć postępowanie odstąpiono od generalnej zasady wyrażonej w art. 387 § 1 k.p.c, według której sąd drugiej instancji uzasadnia z urzędu wyrok oraz postanowienie kończące postępowanie w sprawie. Ustawodawca zdecydował się na ograniczenia w sporządzaniu uzasadnienia wyroku przez sąd odwoławczy tylko do dwóch przypadków. Zgodnie z art. 505¹³ § 1 k.p.c. jest to sytuacja uchylenia przez sąd drugiej instancji wyroku i przekazania go do ponownego rozpoznania oraz złożenia przez stronę wniosku w terminie tygodniowym od dnia ogłoszenia wyroku lub doręczenia wyroku stronie, jeżeli nie był on ogłoszony. Natomiast według § 2 tegoż artykułu, jeżeli sąd drugiej instancji nie przeprowadził postępowania dowodowego, uzasadnienie wyroku powinno zawierać jedynie wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Na koniec warto dodać, że art. 392² § 2 k.p.c w pkt 3 wyłącza kasację w sprawach rozpoznanych w postępowaniu uproszczonym.

10. Zakończenie

Po dokonanej analizie przepisów regulujących odwoławcze postępowanie uproszczone, należy podsumować dotychczasowe rozważania.

1. Pozytywnie należy się odnieść do wprowadzonych przez ustawodawcę rozwiązań w zakresie zgłaszania ustnie przez strony wniosków tuż po ogłoszeniu wyroku w sprawie sporządzenia przez sąd uzasadnienia. Znacznie ułatwi to i jednocześnie przyspieszy dalsze działanie stron.

2. Tak samo należy ocenić rozwiązanie umożliwiające stronom zrzeczenie się doręczenia uzasadnienia wyroku i rezygnacji z wniesienia apelacji. Rozwiązania te znacznie przyspieszą całą procedurę odwoławczą lub uzyskanie prawomocności orzeczenia przez strony.

3. Ograniczenie zarzutów strony tylko do trzech, jak i zakreślenie terminów na ich wnoszenie zarówno uprości, jak i spowoduje szybszy przepływ spraw w postępowaniu odwoławczym. Niestety, można mieć zastrzeżenia do sposobu redagowania tych przepisów, ale problem ten powinien być rozwiązany poprzez interwencję ustawodawcy.

Dalsze przepisy zawarte w art. 505^{1o}-505¹³ k.p.c., przyspieszają przebieg postępowania w drugiej instancji, co również należy uznać za udane rozwiązanie w zakresie odwoławczego postępowania uproszczonego.

Wszystkie więc analizowane zmiany wprowadzone do k.p.c. mają za zadanie ułatwić pracę sądom i przede wszystkim spowodować, że strony w znacznie szybszym czasie uzyskają rozstrzygnięcie. Wydaje się, że dzięki interwencji ustawodawcy, zadanie to zostanie osiągnięte.

Magdalena Olczyk
5th year student
of the faculty of law

APPEAL IN SIMPLIFIED PROCEEDINGS

Summary

The author of the article deals with an evaluation of amendments introduced by the lawmaker into the Code on Civil Procedure. The discussion *concentrates* on the simplified procedure regulated in Art. 505¹-505¹⁴ of the Code on Civil Procedure, simplified procedure. The main topic of analysis is the simplified procedure of the second instance. The author characterises new institutions and points at differences in solutions adopted between the ordinary appeal proceedings and the simplified appeal proceedings.

While analysing individual solutions, the author turns attention to some inconsistencies in the field of method of formulating the appeal pleas by the lawmaker.

In Art. 505 § 1 of the Code on Civil Procedure, the lawmaker limits pleas which parties can use to ground their appeal. The aforementioned regulation, however, has been introduced in an inaccurate way. The plea of material law may be quoted by a party only if it relates to a flagrant breach of the material law. The lawmaker frees qualifications of pleas (objections) from influence, which the abovementioned breach may have on the final verdict. A similar requirement was introduced in a situation in which an appeal is based on a breach of the regulations of proceedings. Additionally, a requirement was introduced that these must be important regulations of proceedings. The aforementioned regulation is not, according to the author, an appropriate solution. Therefore, she postulates to use a rule worked out on the basis of rules defining grounds for cassation as well as by a doctrine and jurisdiction, according to which any and all breach of law should be assessed from the point of view of the entire case to which it refers and of the influence which it has on the final verdict.

The author assesses solutions which concern granting parties greater rights in the field of using one's rights in the course of a case (trial). The main point is a possibility which parties have to renounce serving the justification of a verdict as well as — and this constitutes a totally new solution — renouncing the right to lodge an appeal.

As a very good solution is considered the deformalisation of the proceedings in the area of granting parties the right to enter an oral motion in order to draft a justification of the verdict.

Other facilitating solutions shaping the simplified appeal proceedings also receive a positive assessment of the author. The first change being a change in the court composition (one judge instead of three in an ordinary appeal procedure), the introduction of

cognisance of the case in camera sitting as well as considerable rigour of admissibility of evidence in proceedings of the second instance.

On the other hand, it seems worth pointing out that in the case of verdicts issued by the court of appeal, there is a possibility to quash a verdict and transfer the case for re-cognisance in which the court has no sufficient evidence in a situation of a flagrant breach of the material law and for this reason it may issue no decision. In such circumstances, the court may transfer the case for recognisance by the court of the first instance in ordinary proceedings, even though the case belongs to those which are cognised in simplified proceedings.

In summary, the author has assessed positively amendments introduced into the Code of Civil Procedure in the field of regulation of appeal proceedings. These solutions, despite some criticism, allow to obtain the basic function for which the simplified procedure was introduced, that is to speed up and facilitate a settlement of a case between parties.

АПЕЛЛЯЦИЯ В УПРОЩЕННОЙ ПРОЦЕДУРЕ

Краткое изложение

В этой статье автор оценивает изменения, введенные законодателем в гражданский процессуальный кодекс. Рассуждения эти относятся к положениям статей 505'-505". Однако основным предметом проведенного анализа является упрощенное судопроизводство во второй инстанции. Автор описывает новую конструкцию и указывает на различия между обычной апелляционной процедурой и упрощенной процедурой обжалования.

Анализируя конкретные решения автор обращает внимание на некоторые неточности в формулировке апелляционных возражений.

В § 1 505 статьи гражданского процессуального кодекса законодатель ограничил количество возражений, на основании которых стороны могут внести апелляцию. Однако это решение было введено с неточностями. Сторона может использовать возражение о нарушении материального права только в случае грубого нарушения материального права. Законодатель отделяет квалификацию возражений от влияния, которое могут оказать нарушения материального права на окончательное решение. Похожее требование введено также в случае обоснования апелляции нарушением процессуальных положений, при чем такое нарушение должно касаться важных положений. Вышеупомянутые решения, согласно автору, не являются соответствующими, поэтому она призывает к использованию, при интерпретации этих положений, правил, выработанных на основании положений определяющих основания внесения кассации, а также мнений представителей доктрины и судебных решений, гласящих, что любое правонарушение следует оценить на основании совокупности всех обстоятельств данного дела, оценивая влияние, которое они имели на окончательное решение.

Автор положительно оценивает решения, признающие сторонам больше возможности распоряжаться своими правами во время судопроизводства. В основном это касается возможности отказа стороны от предоставления ей письменного обоснования судебного решения. Совершенной новостью является возможность отказа от права внесения апелляции.

Очень хорошим автор сочла решение, отступающее от требования соблюдения письменной формы для заявления о составлении обоснования судебного решения.

Автор позитивно оценила также дальнейшие облегчения формирующие ход упрощенной процедуры обжалования. Имеются в виду изменения состава суда (в обычной апелляционной процедуре — один судья, вместо трех), введение принципа рассмотрения обжалований на закрытом заседании, а также значительного обострения условий допустимости средств доказательства в процедуре второй инстанции.

Что касается решений, которые выдает апелляционный суд, то определенный интерес представляет введение возможности отмены решения и передачи дела на повторное разбирательство только тогда, когда, в случае грубого нарушения материального права, суд не владеет достаточным количеством доказательств и поэтому не в состоянии сам выдать решения. В таком случае суд может передать дело суду первой инстанции для повторного рассмотрения на основании обычного процесса, несмотря на то, что это дело принадлежит к делам, рассматриваемым на основании упрощенной процедуры.

В заключении автор положительно оценивает введение в гражданский процессуальный кодекс изменений в упрощенную процедуру обжалования. Несмотря на небольшую критику, эти решения помогут исполнять основную функцию, ради которой была введена упрощенная процедура, т. е. ускорение и облегчение поиска прав в судебном разбирательстве.

Agnieszka Grzywacz
studentka V roku Prawa

KOLEJNOŚĆ I PRZESŁANKI POWOŁANIA OJCZYMA DO ALIMENTACJI PASIERBA

1. *Ratio legis* przepisu artykułu 144 k.r.o.

Wśród wszystkich obowiązków dostarczania środków utrzymania wyróżnia się m.in. obowiązki alimentacyjne. Kryterium wyróżnienia charakterystycznym dla obowiązku alimentacyjnego, jest bliskość między zobowiązanym a uprawnionym. Ponieważ kryterium to jest zbyt niedookreślone, Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹ stosuje domniemanie bliskości w stosunkach rodzinno-prawnych. W innych przypadkach, np. przy świadczeniu alimentów przez ojca dziecka pozamałżeńskiego, kodeks udziela ochrony analogicznej do tej, jaką mają osoby pozostające w sformalizowanych związkach rodzinnych, przy czym jednak trzeba bliskość tę wykazać, nie stosuje się tu domniemanie, jak przy stosunkach rodzinno-prawnych.² W obu sytuacjach podstawą świadczenia alimentów są więzi krwi (jak przy ojcu dziecka pozamałżeńskiego) lub przynajmniej więzi instytucjonalne (jak przy przysposobieniu). W przypadku ojczyma,³ żadne z tych więzi nie występują, dlatego automatycznie pojawia się pytanie, jakie było uzasadnienie dla wprowadzenia przepisu art. 144 k.r.o., mówiącego o alimentowaniu pasierba przez ojczyma?

¹ Ustawa z 25 lutego 1964 r. — Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 ze zm.).

² Wykład monograficzny „Alimentacja”, prowadzony przez dr. S. Rzońcę, Uniwersytet Jagielloński 1998/1999 r.

³ Stwierdzenia zawarte w niniejszym artykule, a dotyczące ojczyma, należy traktować, jako dotyczące także macochy w analogicznych sytuacjach.

Zacznijmy od tego, że jest to przepis stosunkowo nowy.⁴ Wprowadzono go w odpowiedzi na zmieniającą się sytuację społeczną. Kilka dziesiątek lat temu rozwód był rzadkością, pozycja pasierba w rodzinie przypadła dzieciom niezwykle rzadko. Z czasem jednak, kiedy o rozwodach można było już powiedzieć, że są porządkiem dziennym, problem uregulowania źródeł utrzymania pasierba stał się częściej poruszonym tematem.

Jedyny przepis, który ma regulować kwestię roszczeń alimentacyjnych pasierba, to artykuł 144 k.r.o. Mówi on, że „dziecko może żądać świadczeń alimentacyjnych od męża swojej matki, nie będącego jego ojcem, jeśli odpowiada to zasadom współżycia społecznego.” Przepis ten mówi też, że do tego obowiązku „stosuje się odpowiednio przepisy o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi”.⁵

Ten artykuł jest wyjątkiem od reguły zawartej w treści art. 128 k.r.o., według której obowiązek alimentacyjny wynika z pokrewieństwa i obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo.⁶ Ponadto rozszerza on, w stosunku do ojczyma, wachlarz przesłanek, które mają być spełnione, aby obowiązek alimentacyjny powstał. Mianowicie badanie ogólnych kryteriów istnienia usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego i istnienia możliwości zarobkowych i majątkowych zobowiązanego, poprzedzone jest badaniem pierwszorzędnych, dla powstania obowiązku alimentacyjnego ojczyma, przesłanek. Są to:

- a) ewentualne istnienie związku małżeńskiego między rodzicem a ojczymem lub macochą; „ewentualne”, ponieważ konieczność spełnienia tej przesłanki jest dyskusyjna, o czym będzie jeszcze mowa przy szerszym omawianiu przesłanek powstania obowiązku alimentacyjnego ojczyma;
- b) zgodność powołania ojczyma do alimentacji, z zasadami współżycia społecznego.

To oznacza, że badając podstawy zobowiązania ojczyma do spełnienia świadczeń alimentacyjnych, bierze się pod uwagę charakter stosunków, jakie łączą go z pasierbem.⁷

⁴ „Obowiązku alimentacyjnego między ojczymem i macochą a pasierbami (...) nie znaly ani k.r. z 1950 r., ani pr. rodz. z 1946 r., ani też prawa, które przed unifikacją obowiązywały na obszarze Polski” (w:) *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, pod red. S. Piątkowskiego, wyd. PAN, Inst. Państwa i Prawa 1985. s. 1009.

⁵ Art. 144 § 1 i 3 k.r.o.

⁶ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, pod red. K. Piaseckiego, Bydgoszcz 1993, s. 799.

⁷ *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 799.

Omawiany przepis jest jedynym dotyczącym alimentacji pasierba i jest na dodatek bardzo enigmatyczny. Usprawiedliwieniem dla tego stanu jest to, że „ustawodawca, wprowadzając instytucję prawną dotychczas na terenie Polski nieznaną, chciał uczynić tę normę prawną (zawartą w art. 144 k.r.o.) bardziej elastyczną i tym samym pozostawić nauce i orzecznictwu bliższe sprecyzowanie wypadków, w których obowiązek alimentacyjny wchodzi w grę”.⁸ Taki zamysł został poniekąd zrealizowany, ale wątpliwości i sprzeczne interpretacje wywołały stan niepewności prawnej podczas procedury ustalania uprawnień pasierba w zakresie roszczeń alimentacyjnych.

Na tle tego przepisu rysują się co najmniej dwa zagadnienia godne szerszego omówienia. Po pierwsze kwestia — w jakiej kolejności, w odniesieniu do innych powołanych do alimentowania, powołany do alimentowania jest ojczym. Po drugie — warto się zastanowić, jakie przesłanki mają być spełnione, aby ojczym był powołany do alimentowania, w porównaniu z tymi, które mają być spełnione w przypadku innych zobowiązanych.

2. Kolejność powołania do alimentacji

— zarys problemu

Należy od razu wyjaśnić, że istnieje różnica między powołaniem do alimentowania a obowiązkiem alimentowania. Na tę różnicę zwrócił uwagę w swoim artykule S. Rzońca.⁹ Pojęcie powołania do alimentacji obejmuje osoby, które są potencjalnymi zobowiązanymi i podlegają jeszcze badaniu, czy spełniają wszystkie przesłanki, aby zostać zobowiązanymi do płacenia alimentów. Natomiast pojęcie zobowiązania do alimentowania dotyczy osób, które spełniały już wszystkie przesłanki powstania konkretnego obowiązku alimentacyjnego wobec konkretnej osoby.

Jest jeszcze inna kwestia, którą należy zasygnalizować na samym wstępie. Możliwe są dwa ujęcia co do powstania obowiązku alimentacyjnego. Po pierwsze — „obowiązek alimentacyjny wszystkich osób powołanych do alimentacji danego uprawnionego powstaje równocześnie. Wtedy obowiązek alimentacyjny osób w dalszej kolejności powołanych istniałby, ale aktualizowałby się dopiero wskutek realizacji jednego ze sta-

*• *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 816.*

⁹ S.K. Rzońca, *Z problematyki dostarczania środków utrzymania*, ZNUJ Pr.Prawn. 1981, nr 98, s. 81-114.

nów faktycznych określonych w art. 132 k.r.o.,¹⁰ po stronie osoby w bliższej kolejności zobowiązanej". " Po drugie, możliwe jest ujęcie, że najpierw powstaje obowiązek alimentacyjny osoby powołanej w pierwszej kolejności, a dopiero gdy się zrealizuje któryś ze stanów wymienionych w art. 132 k.r.o., powstaje obowiązek alimentacyjny osoby powołanej w dalszej kolejności."¹² Czyli obowiązek ten nie tyle istniał i właśnie się zaktualizował, co powstał dopiero od początku w momencie powołania i zbadania istnienia przesłanek koniecznych do jego powstania. Rozwiązanie tego problemu ma znaczenie dla zastosowania art. 136 k.r.o.,¹³ a także ma znaczenie dla możliwości „podniesienia przez uprawnionego do alimentacji roszczeń pauliańskich (art. 530 k.c, art. 1024 § 1 k.c.).¹⁴ Szerzej jednak mówić o tych zależnościach nie będziemy, zwłaszcza że problem wyboru jednego z ujęć na szczęście został rozstrzygnięty na poziomie ustawy, przez art. 132 k.r.o., który wskazuje na ujęcie drugie — obowiązek alimentacyjny powstaje naraz tylko u jednej osoby i dopiero w razie jej wykluczenia z powodu niespełnienia przesłanek, u kolejnej.¹⁵

Samo zagadnienie kolejności alimentowania pojawia się w chwili, gdy osoba powołana w pierwszej kolejności nie może swojego obowiązku wykonać. Tak się dzieje, gdy osoba ta jest nieznaną z miejsca pobytu albo gdy ściąganie od niej alimentów jest niemożliwe ze względu na to, że są nieściągalne w drodze egzekucji (np. dochody są nielegalne), albo gdy uzyskanie środków od tej osoby jest połączone z nadmiernymi trudnościami (np. przebywanie za granicą w warunkach braku współpracy prawnej między państwami w tym zakresie), albo też gdy uzyskanie świadczeń jest możliwe, ale dopiero w późniejszym terminie; oczywiście także wtedy, gdy możliwości majątkowe i zarobkowe ewentualnego powołanego na to nie pozwalają.¹⁶

¹⁰ Art. 132 k.r.o.: „Obowiązek alimentacyjny zobowiązanego w dalszej kolejności powstaje dopiero wtedy, gdy nie ma osoby zobowiązanej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta nie jest w stanie uczynić zadość swemu obowiązkowi lub gdy uzyskanie od niej na czas potrzebnych uprawnionemu środków utrzymania jest niemożliwe lub połączone z nadmiernymi trudnościami.”.

¹¹ *System prawa rodzinnego...*, op. cit., s. 1009.

¹² *System prawa rodzinnego...*, op. cit., s. 1009.

¹³ Art. 136 k.r.o.: „Jeśli w ciągu ostatnich trzech lat przed sądowym dochodzeniem świadczeń alimentacyjnych osoba, która była już do tych świadczeń zobowiązana, bez ważnego powodu zrzekła się prawa majątkowego lub w inny sposób dopuściła do jego utraty albo jeżeli zrzekła się zatrudnienia lub zmieniła je na mniej zyskowne, nie uwzględnia się wynikłej stąd zmiany przy ustalaniu zakresu świadczeń alimentacyjnych.”.

¹⁴ Art. 530 k.c. dotyczy ochrony wierzyciela przyszłego, w razie niewypłacalności dłużnika. Art. 1024 § 1 k.c. dotyczy odrzucenia spadku, z pokrzywdzeniem wierzycieli.

¹⁵ *System prawa rodzinnego...*, op. cit., s. 1033.

¹⁶ *System prawa rodzinnego...*, op. cit., s. 1032.

W kwestii ustalania kolejności powołania do alimentowania pojawiają się trzy, zasadniczo różniące się, poglądy.

Dla dwóch z nich punktem wyjścia jest § 3 art. 144 k.r.o., który każe stosować, do obowiązku alimentacyjnego wobec pasierba, odpowiednio przepisy dotyczące obowiązku alimentacyjnego między krewnymi. Na podstawie tego przepisu jeden pogląd ukształtował się w ten sposób, że ojczym jest powołany do alimentowania pasierba dopiero w ostatniej kolejności. Drugi pogląd, bazujący na tym przepisie, mówi, że ojczym jest powołany w następnej kolejności, po rodzicach pasierba.

W obu tych przypadkach rozważyć trzeba, oprócz klasycznych przesłanek powołania do alimentacji, dodatkową przesłankę zgodności powołania do alimentacji z zasadami współżycia społecznego, wskazywaną w § 1 art. 144 k.r.o.

Trzeci pogląd zakłada natomiast, że § 3 w ogóle nie dotyczy kolejności powołania do alimentacji, i o tej kolejności decyduje tylko przesłanka zgodności z zasadami współżycia społecznego, z § 1 art. 144 k.r.o.

Zalety i wady każdego z wyżej wymienionych poglądów zostaną w dalszej części artykułu omówione, tymczasem przejdźmy do zasygnalizowania drugiego zagadnienia, które będzie przedmiotem niniejszego opracowania, a mianowicie zagadnienia zestawu przesłanek, które decydują o powołaniu do alimentacji.

3. Przesłanki powołania do alimentacji — zarys problemu

Najszerzy wachlarz przesłanek mógłby obejmować maksymalnie cztery:

- 1) istnienie związku małżeńskiego między matką a ojczymem (ojcem a macochą);
- 2) zgodność powołania do alimentacji z zasadami współżycia społecznego;
- 3) istnienie usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz ewentualnie niedostatku po jego stronie;
- 4) możliwości majątkowe i zarobkowe powołanego do alimentacji (a także — wobec pasierba — pośrednio uprawnionego).

Dwie pierwsze przesłanki wynikają z art. 144 § 1 k.r.o. i są konstruowane specjalnie na potrzeby ukształtowania obowiązku alimenta-

cyjnego ojczyrna wobec pasierba. Natomiast dwie wymienione w drugiej kolejności stosować należy na podstawie art. 135 § 1 k.r.o. w zw. z art. 144 § 3 k.r.o. Artykuł 135 § 1 stanowi, że: „zakres świadczeń alimentacyjnych zależy od usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego oraz od zarobkowych i majątkowych możliwości zobowiązanego.” Co do przesłanki, która pojawia się w przypadku tylko niektórych postaci obowiązku alimentacyjnego — przesłanki istnienia niedostatku po stronie uprawnionego — to o niedostatku czytamy w art. 133 § 1, który stanowi, że poza dzieckiem, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie, „uprawniony do świadczeń alimentacyjnych jest tylko ten, kto znajduje się w niedostatku”.

Kwestia, które z tych przesłanek stosują się do pasierba i na jakiej podstawie, zostanie omówiona po rozpatrzeniu problemu kolejności powołania do alimentacji.

4. Kolejność powołania do alimentacji — rozwinięcie problemu

4.1. Przepisy bezpośrednio dotyczące kolejności powołania do alimentacji

Według art. 128 i 129 k.r.o., powołanymi do alimentowania są krewni w linii prostej oraz rodzeństwo, przy czym obowiązek ten obciąża zstępnych przed wstępnymi, a wstępnych przed rodzeństwem, a jeśli jest kilku zstępnych lub wstępnych, to bliższych stopniem przed dalszymi. Krewni w tym samym stopniu są obciążeni w częściach odpowiadających ich możliwościom zarobkowym i majątkowym. Pytanie, w którym miejscu, w tak ustalonej kolejności powołanych do alimentacji, umieścić ojczyrna?

4.2. Ojczyrna jako powołany do alimentacji w ostatniej kolejności

Pogląd pierwszy umieszcza ojczyrna na samym końcu tej kolejki. Pogląd ten jest reprezentowany przez J. Gwiazdomorskiego, który pisze, że: „(...) art. 128 k.r.o. wymienia — i to, jak wynika z jego brzmienia, wyczerpująco — osoby obciążone obowiązkiem alimentacyjnym z art. 128 i n. k.r.o. Nie ma tam wzmianki o powinowatych. Dopiero na końcu działu (...) wstawiono przepis art. 144 o obowiązku alimentacyj-

nym ojczyma (...).¹⁷ Według J. Gwiazdomorskiego świadczy to o tym, że ustawodawca powołuje ojczyma, do alimentacji pasierba, w ostatniej kolejności. Jako dodatkowy argument J. Gwiazdomorski podnosi, że: „W art. 129 k.r.o. uzależniono kolejność obowiązku alimentacyjnego z art. 128 k.r.o. wyraźnie od linii i stopni pokrewieństwa. Tymczasem istota obowiązku alimentacyjnego między ojczymem i macochą a pasierbami polega na tym, że «powstaje on nie na podstawie więzów krwi ani nie na podstawie prawnej instytucji przysposobienia»), lecz na podstawie istnienia stosunku powinowactwa. To powoduje wyrzucenie tego obowiązku poza nawias więzi opisanych w art. 129-130.”¹⁸

4.3. Zarzuty wysuwane w stosunku do wyżej wymienionego poglądu

Inny pogląd w tej kwestii reprezentuje SN, twierdząc, że art. 144 § 3 odnosi się jedynie do treści obowiązku alimentacyjnego, a nie do kolejności powoływania osób potencjalnie zobowiązanych do alimentacji, Konsekwencje takiego podejścia opisane są w punkcie kolejnym.

Istnieją też opinie pośrednie między tymi dwoma poglądami. Na przykład opinia, że co prawda nie można wyłączyć zagadnienia kolejności z ram regulacji art. 144 § 3, ale regulacja ta nie przesądza o ustawieniu ojczyma dopiero w ostatniej kolejności, po wszystkich innych krewnych. W komentarzu pod redakcją B. Dobrzańskiego czytamy, że uchwała SN¹⁹ wyłączająca możliwość stosowania art. 144 § 3 do kolejności powołania do alimentacji, wyłączyła stosowanie „m.in. art. 129, 130 i 132 k.r.o., jest jednak chyba oczywiste, że np. art. 129 § 2 musi być odpowiednio stosowany do obowiązku alimentacyjnego dwóch lub więcej pasierbów w stosunku do ich ojczyma lub macochy. Nie ma też podstaw dla tezy, że do wzajemnych obowiązków z art. 144 nie stosują się odpowiednio przepisy o kolejności z art. 129 § 1, art. 130 i 132 i związany z kolejnością przepis art. 140.”²⁰ Z powyższego nie wynika jeszcze, czy można przyjąć, iż ojczym jest zobowiązany w ostatniej kolejności. Taki wniosek można dopiero wysnuć z zachowania ustawodawcy. Ustawodawca bowiem, chcąc wskazać, że ktoś jest zobowiązany w ostatniej kolejno-

¹⁷ *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1008.

¹⁸ *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1008.

¹⁹ Uchw. z 28 maja 1968 r., III CZP 49/68, OSNCP 1969, poz. 39.

²⁰ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 824.

ści, przewiduje tylko posiłkowy obowiązek alimentacyjny, wyraźnie to formułując w danym przepisie; por. art. 131 § 1 *in fine*, gdzie wyraźnie jest przewidziane, że obowiązek przysposobionego wchodzi w grę „dopiero w ostatniej kolejności”.²¹ Takiego sformułowania nie ma w art. 144 k.r.o.

4.4. Ojczym jako powołany w takiej kolejności, na jaką wskazują zasady współżycia społecznego

Przejdźmy do wspomnianego już poglądu reprezentowanego przez SN, sprzecznego z wyżej przytoczonym poglądem, że ojczym jest powołany do alimentacji w ostatniej kolejności. Za jego przyjęciem opowiada się SN, którego uchwała w tym zakresie spotkała się z krytyczną glosą J. Gwiazdomorskiego²² i B. Dobrzańskiego.²³

Mianowicie według orzeczenia, zasady współżycia społecznego mają decydować nie tylko o zakresie obowiązku alimentacyjnego, co wynika wprost i bezpośrednio z art. 144 § 1 k.r.o., ale także o miejscu ojczyma w kolejce osób powołanych do alimentacji.²⁴ Sąd Najwyższy stwierdza — i tę opinię podziela część autorów — że § 3, o odpowiednim stosowaniu do obowiązku ojczyma przepisów o obowiązku alimentacyjnym innych krewnych, stosuje się tylko w odniesieniu do treści obowiązku alimentacyjnego, a nie kolejności powoływania do alimentacji.²⁵ Z braku wyraźnego rozstrzygnięcia tej kwestii w kodeksie, SN wywnioskował, że „obowiązek alimentacyjny, istniejący między ojczymem lub macochą z jednej a pasierbem z drugiej strony nie mieści się w żadnej z kolejności wymienionych w art. 129 k.r.o. Tylko i wyłącznie zasady współżycia społecznego decydują o tym, czy mimo istnienia krewnych naturalnych, zdolnych do dostarczania środków utrzymania osobie poszukującej alimentów, powinowaty będzie obciążony świadczeniami alimentacyjnymi.”²⁶

²¹ Art. 131 § 1 k.r.o.: „Jeśli skutki przysposobienia polegają wyłącznie na powstaniu stosunku między przysposabiającym a przysposobionym, obowiązek alimentacyjny względem przysposobionego obciąża przysposabiającego przed wstępnymi i rodzeństwem przysposobionego, a obowiązek alimentacyjny względem wstępnym i rodzeństwa obciąża przysposobionego dopiero w ostatniej kolejności.”

²² OSPiKA 1970, poz. 118.

²³ Pal. 1970, nr 3, s. 49.

²⁴ I. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1987, s. 284.

²⁵ Uchw. z 28 maja 1968 r., OSPiKA 1970, poz. 118.

²⁶ *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1007.

W innej uchwale SN²⁷ stwierdza, że k.r.o. nie uzależnia obowiązku alimentacyjnego ojczyma od braku zobowiązanych do alimentacji krewnych dziecka.²⁸ W takim wypadku pozostaje za każdym razem rozstrzygnąć sytuację indywidualną pasierba i jego nowej rodziny, a także jego poprzedniej rodziny. Jednak jeśli „dziecko może uzyskać świadczenia alimentacyjne (...) od drugiego z rodziców, to nie powstaje dodatkowy obowiązek alimentacyjny ojczyma”.²⁹ Tu SN przesądził jak gdyby, że zasady współżycia społecznego nakazują zobowiązać ojczyma do świadczenia alimentów dopiero, jeśli drugiego z rodziców nie ma albo gdy ojczym faktycznie traktowany jest jako drugi rodzic. Nie powinien jego obowiązek wyprzedzać obowiązku rodziców. Mogą pojawić się tu jednak różne scenariusze życiowe, które trzeba uwzględnić. Przy założeniu, że nie ma drugiego rodzica i potencjalnie zobowiązanym, w następnej kolejności, byłby ojczym, może się okazać, że pewne okoliczności spowodują przesunięcie go na dalsze miejsce w kolejce powołanych do alimentacji i dopiero wtedy będzie można uznać za spełnioną przesłankę zgodności z zasadami współżycia społecznego. Okoliczności, o których mowa, to np.:

- „1) kwestia, czy pasierb mieszka (...) w rodzinie powstałej wskutek powtórnego małżeństwa jego ojca lub matki, czy też właśnie z powodu zawarcia ponownego małżeństwa przez jedno z jego rodziców mieszka u drugiego z rodziców lub u dziadków;
- 2) czy małżeństwo rodziców pasierba zostało rozwiązane przez śmierć jednego z nich, czy też przez rozwód;
- 3) czy rodzice pasierba nie byli małżeństwem, a małżeństwo matki pasierba z jego ojczymem jest jej pierwszym małżeństwem;
- 4) czy małżeństwo matki pasierba z jego ojczymem trwa, czy też zostało rozwiązane, (...) jeśli zostało rozwiązane przez rozwód, to z czyjej winy rozwód ten został orzeczony;
- 5) jak długo trwało pożycie małżeńskie rodziców pasierba, a jak długo trwa bądź trwało pożycie jednego z rodziców pasierba z jego ojczymem bądź macochą;
- 6) jak funkcjonuje bądź funkcjonowała wspólność małżeńska jednego z rodziców pasierba z jego ojczymem lub macochą;
- 7) jakie jest nastawienie psychiczne pasierba do ojczyma”.³⁰

²⁷ Uchw. SN z 4 kwietnia 1968 r., OSN 1969, poz. 6.

²⁸ Powołane za *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1007.

²⁹ *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1007.

³⁰ *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1006-1009.

W przypadku gdy zasady współżycia społecznego mają decydować o kolejności powołania do alimentacji, wyżej wymienione okoliczności mają podstawowe znaczenie. To wymaga szczególnie drobiazgowego zanalizowania przez sędziego wszystkich aspektów sytuacji faktycznej w stosunku do której ma orzekać. Na przykład jeśli zdecydowano, że pasierb będzie mieszkał u dziadków, może to oznaczać, że nowa rodzina z założenia nie przewiduje pasierbajako jej członka. Wtedy zobowiązanym do alimentacji będzie oczywiście ten rodzic, który zawarł związek małżeński, jak i drugi rodzic, który nie zawarł nowego związku małżeńskiego. W następnej kolejności będą prawdopodobnie dziadkowie i pozostali, wymienieni w art. 129-130 k.r.o., z pominięciem ojczyma bądź macochy, którzy —jak się wydaje— nie godzili się od początku na rekonstrukcję rodziny.

Jeśli rozważamy okoliczności z punktu drugiego, czyli rozwiązanie małżeństwa rodziców przez śmierć lub rozwód, to może być tak, że rozwód spowoduje całkowite zerwanie stosunków, nie tylko ze współmałżonkiem, ale także z dziadkami i innymi krewnymi pasierba z jednej strony. Wtedy, jeśli istnieje jakaś więź między ojczymem a pasierbem, obowiązek alimentacyjny ojczyma wyprzedzałby obowiązki krewnych wyżej wymienionych. Ale z kolei jeśli małżeństwo rodziców pasierba zostało rozwiązane przez śmierć jednego z nich, to prawdopodobne jest, że więzi rodzinne z pozostałymi krewnymi będą nadal ścisłe i zasady współżycia społecznego wskażą ich jako zobowiązanych z art. 12-130 k.r.o., przed ojczymem, który być może nawet rozluźni stosunki z dotychczasową rodziną.

Trzeci punkt, w którym chodzi o małżeństwo z ojczymem jako pierwsze małżeństwo, obrazuje sytuację, kiedy więź pasierba z drugim rodzicem nie istniała wcale, jest tylko związek biologiczny, a faktyczny związek rodzinny istnieje między pasierbem a ojczymem. W takim przypadku zasady współżycia społecznego wskażą prawdopodobnie na ojczymajako zobowiązanego, nawetjeszcze przed ojcem dziecka. Zaznaczyć należy, że taki przypadek jest przykładem sytuacji wyjątkowej, skoro dopuściłoby się powołanie do alimentowania pasierba ojczyma przed rodzicem.

Punkt czwarty wskazuje bardziej skomplikowany scenariusz—gc!•• również drugie małżeństwo, to z ojczymem, zostało rozwiązane. Może się okazać, że o ile zasady współżycia społecznego wskazywały wcześniej na ojczyma, to w sytuacji rozwodu, np. po krótkim czasie trwania małżeństwa, miejsce ojczyma w kolejności powołanych do alimentacji zmieni się i zostanie on wyprzedzony w tym obowiązku przez ojca dziecka bądź

innych krewnych. „Trudno będzie przyjąć istnienie takiego obowiązku, jeśli małżeństwo (z ojczymem lub macochą) uległo w bardzo krótkim czasie po jego zawarciu rozkładowi i zostało rozwiązane.”³¹

Na tle reaktywowanej instytucji separacji powstaje pytanie, jak się kształtuje obowiązek ojczyma, jeśli do takiej separacji między nim a matką dziecka doszło. Wydaje się, że ze względu na *ratio legis* istnienia instytucji separacji, nie należy odmawiać pasierbowi prawa do zwrócenia się z roszczeniem alimentacyjnym do ojczyma będącego w separacji z matką pasierba, na zasadach takich, jakby małżeństwo nadal trwało. Nawet jeśli zupełny rozkład pożycia nastąpił po krótkim okresie trwania małżeństwa, należy pamiętać, że nie ma on jeszcze cech trwałości i z wykluczeniem ojczyma z kolejki powołanych do alimentacji należałoby jednak zaczekać do ewentualnego rozwodu.

Wadą zapatrywania, że o kolejności decydują wyłącznie zasady współżycia społecznego, jest to, iż pogląd taki grozi dużymi różnicami w orzecznictwie, wynikającymi z różnej oceny zgodności z zasadami współżycia społecznego w konkretnych przypadkach. Zasady współżycia społecznego służyć powinny raczej do korekty i pomocniczego stosowania przy ocenie zdarzeń prawnych. Posługiwanie się nimi jako przesłanką podstawową i jedyną w takich przypadkach, jak ustalanie kolejności powołania do świadczenia alimentów jest zbyt ryzykowne, na pewno nie służy zachowaniu zasady pewności prawa.

„(...) przepisy art. 144 § 1 i 2 k.r.o. regulują podstawy wzajemnych obowiązków alimentacyjnych między pasierbem i ojczymem. Wszystkie natomiast sprecyzowania tych obowiązków i relacje między nimi a obowiązkami alimentacyjnymi innych osób, ustawodawca unormował w art. 144 § 3 k.r.o. przez odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisów o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi”.³² Nie ma podstaw twierdzić, że przepis ten odnosi się tylko do treści świadczeń i nie zajmuje się kolejnością.

4.5. Ojczym jako powołany do alimentacji *loco parentis*

Część doktryny uważa, że art. 144 § 3 k.r.o., który stanowi, iż do obowiązku świadczeń w artykule tym przewidzianych „stosuje się odpowiednio przepisy o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi”, należy

³¹ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 821.

³² *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 825.

tłumaczyć tak, że stosuje się do ojczyma lub macochy i pasierba przepisy o stosunku alimentacyjnym między dziećmi a rodzicami.³³ Argumentem przemawiającym za tym poglądem ma być podobieństwo obowiązku między tymi powinowatymi, z obowiązkiem alimentacyjnym między rodzicami i dziećmi.³⁴ „W odczuciu społecznym status dziecka pochodzącego od jednego z małżonków, nie różni się od statusu dziecka pochodzącego od obojga małżonków.”³⁵ Jeśliby przyjąć taką interpretację, przesądzone jest (w sposób pośredni) miejsce ojczyma w kolejności powołanych do alimentacji, jego obowiązek powstanie w momencie, gdy któraś z przesłanek pozytywnych nie spełni się po stronie rodzica (lub rodziców). Skoro ojczym lub macocha wstępują *loco parentis*, są oni zobowiązani w taki sam sposób jak rodzice wobec dziecka, o ile jest to zgodne z zasadami współżycia społecznego. Stosuje się do nich wszystkie zasady, które odnoszą się do stosunku alimentowania między rodzicami a dziećmi. Oznacza to m.in., że pasierb nie musi spełniać przesłanki niedostatku, podstawą tu będzie art. 133 § 2 w zw. z art. 144 § 3 k.r.o. Dodatkowo B. Dobrzański stwierdza, że, jeśli obowiązek z art. 144 § 1 k.r.o. w ogóle powstał, to z reguły będzie on trwał aż do czasu, w którym pasierb będzie w stanie utrzymać się samodzielnie.³⁶ Teoretycznie, gdyby ojczym nie wstępował w miejsce rodzica, nie byłoby uzasadnienia do niezastosowania tej przesłanki.

Teoretycznie — ponieważ zależy to od tego, czy w art. 133 § 2 k.r.o. przesłankę niedostatku stosuje się zawsze, gdy uprawnionym jest dziecko nie mogące się samodzielnie utrzymać, czy też chodzi tylko o takie wypadki, gdy dziecku w takiej sytuacji byłoby zobowiązani świadczyć sami rodzice. Literalnie ujmując, przepis dotyczy wyłącznie stosunku alimentacyjnego między dzieckiem a rodzicami. Z drugiej strony jednak, dziecko z natury rzeczy należy uznać za będące w niedostatku, nie w tym sensie, że miało zapewniony pewien poziom życia, a następnie popadło w niedostatek, ale w tym sensie, że od urodzenia „jest jakby automatycznie w naturalnym niedostatku”. To jest argument, który przemawia za przyjęciem, że w wypadku dzieci nie mogących się samodzielnie utrzymać, gdy do świadczeń alimentacyjnych zobowiązany jest nie rodzic, ale inny krewny lub powinowaty, przesłankę niedostatku traktować należy raczej

³³ *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 821.

³⁴ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 1990 r., s. 800.

³⁵ *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 800.

³⁶ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. U, Warszawa 1975, s. 821.

jako wyznacznik granic świadczenia, niż jako przesłankę konieczną do powstania obowiązku alimentacyjnego w ogóle.³⁷

Powróćmy do omawiania poglądu, że ojczym i macocha, w sytuacji oznaczania kolejności powołania do alimentacji, traktowani są *loco parentis*.

Z takim ujęciem pozycji ojczyma i macochy zgadza się SN,³⁸ mimo iż w innym orzeczeniu opowiadał się za poglądem zgoła innym, co już zostało wskazane w dotychczasowych rozważaniach, stwierdzając, że: „Obowiązek alimentacyjny względem dziecka obciąża w całości lub w części jego krewnych nie będących rodzicami dziecka, jeśli zasady współżycia społecznego nie uzasadniają obciążenia tym obowiązkiem ojczyma (macochy).”

W tym miejscu należałoby także zwrócić uwagę na przepisy³⁹ ustawy z 1983 r. o podatku od spadków i darowizn. Według tych przepisów do I grupy podatkowej zalicza się małżonków, zstępnych, wstępnych, ale także pasierba, zięcia, synową, rodzeństwo (także przyrodnie), ojczyma, macochę. Czyli I grupę podatkową, którą tworzyli najbliżsi, tworzą wstępni i zstępni oraz osoby o analogicznej do nich pozycji w rodzinie — i na koniec rodzeństwo. Przy założeniu, że ustawodawca działa racjonalnie, należy przy interpretacji art. 144 k.r.o. zwrócić uwagę, jak ustawa z zakresu prawa podatkowego traktuje pasierba. Umieszcza go w tej samej pozycji co zstępnych, zrównuje ich pozycje, a na dodatek robi to właśnie w zakresie uprawnień majątkowych. Nie byłoby więc uzasadnione, by w przypadku innych uprawnień majątkowych — tj. alimentacyjnych — ustawodawca traktował pasierba w inny sposób.

Tak samo wydaje się traktować pasierba ustawa z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, która za uprawnionych do renty rodzinnej, obok dzieci własnych pracownika, uznaje, na równi z nimi, także dzieci jego małżonka. W innym ustępie tego artykułu stanowi się ponadto, że za rodziców w rozumieniu ustawy uważa się także ojczyma i macochę.⁴⁰

Wspomniano już o słusznym założeniu, że „w normalnie funkcjonującej rodzinie pasierb dzieli losy wszystkich jej członków. Słuszne jest także inne jeszcze założenie, mianowicie że ta jego pozycja nie powinna być odmienna w okolicznościach, gdy pasierb zmuszony jest korzystać z przysługującego mu roszczenia alimentacyjnego. Takie niebezpieczeń-

³⁷ Według konsultacji z dr. S. Rzońcą, Sędzią Sądu Okręgowego, wydz. cyw. w Krakowie.

³⁸ Uchw. SN z 4 kwietnia 1968 r., III CZP 27/68, OSNCP 1969, poz. 6.

³⁹ Ustawa z 28 lipca 1983 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 16, poz. 89), art. 14.

* *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, pod red. K. Piaseckiego, s. 800.

stwo stawałoby się realne, gdyby pasierb w stosunku do swego ojczyma i macochy mógł korzystać z roszczenia alimentacyjnego dopiero w ostatniej kolejności, czyli po wyczerpaniu roszczeń wobec swoich krewnych".⁴¹ Nierówne traktowanie, poza tym, że jest niesprawiedliwe w myśl zasad współżycia społecznego, sprzeciwiałoby się ponadto racji przepisu art. 27 k.r.o. Przepis ten brzmi: „Oboje małżonkowie obowiązani są, każdy według swych sił oraz swych możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczynić się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli (...)”. Zawierając związek małżeński z osobą, która już ma dziecko, powinno się wziąć pod uwagę, że skutkiem jest założenie rodziny, która obejmuje nie tylko nowożeńców i ich wspólne dzieci, ale także to dziecko, o ile zostaje ono w rodzinie. Takie właśnie zapatrywanie wyraża I. Ignatowicz,⁴² mówiąc iż: „obowiązek alimentacyjny (ojczyma) należy traktować jako regułę, przede wszystkim wtedy, gdy pasierb wychowuje się w rodzinie, którą założyła jego matka (ojciec), zawierając związek małżeński z ojczymem (macochą), ze względu na ściśle włączenie w takiej sytuacji pasierba do grupy rodzinnej, ma on prawo do równej stopy życiowej ze swoim rodzicem, jak i ojczymem czy macochą.

Przeciwnicy omawianego poglądu, o ile nie są zwolennikami któregoś z wcześniej omawianych poglądów, podnoszą jedynie, że mimo iż pogląd prezentowany jest zgodny z panującą tendencją i słuszną intuicją, to jednak nie znajduje on oparcia w żadnym przepisie, a próba wyinterpretowania go z art. 144 § 3 k.r.o. jest zbyt głęboką ingerencją w brzmienie przepisu.

4.6. Konkluzja

„Art. 144 § 3 k.r.o. *in fine* ma treść identyczną z końcową częścią przepisu art. 61 k.r.o., który do obowiązku dostarczania środków utrzymania przez jednego z małżonków rozwiedzionych drugiemu małżonkowi każe również stosować odpowiednio przepisy o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi. Nikt jednak nie zechce zapewne bronić ewentualnej tezy, że taki tekst przepisu odnosi się tylko do wąsko rozumianej treści obowiązku alimentacyjnego i że nie obejmuje odesłania do niemal wszystkich przepisów alimentacyjnych.”⁴³ Na tej podstawie można, kierując się zasadą racjonalnego ustawodawcy, kwestionować pogląd, że

⁴¹ *Kodeks.... op. cit.*, s. 800.

⁴² I. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1987, s. 284.

⁴³ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 824.

O kolejności decydują wyłącznie zasady współżycia społecznego. Zwłaszcza że taka podstawa decyzji byłaby źródłem niepewności prawa.

Jeśli chodzi o umieszczenie ojczyma w ostatniej kolejności, byłoby to sprzeczne z funkcją, jaką ma pełnić instytucja ojczyma i macochy — zastępowania, zrekonstruowania rodziny.

Najbliższe realizacji tego postulatu byłoby przyjęcie, że ojczym i macocha występują *loco parentis*.

Nie należy, moim zdaniem, umieszczać ojczyma sztywno na jakiejś pozycji wśród innych powołanych do alimentacji. Wydaje się, że najbardziej zgodne z omówionym celem, jakiemu ma służyć przepis artykułu 144 k.r.o., będzie traktowanie ojczyma i macochy z założenia *loco parentis*, ale pod warunkiem, że podlega to korekcie jeszcze według zasad współżycia społecznego. Dopiero po ostatecznie dokonanej ocenie umieszcza się ojczyma ewentualnie na którejś innej, niż *loco parentis*, pozycji, zależnie od tego, co wskażą wymienione zasady. Jest to optymalne rozwiązanie, zwłaszcza że obowiązek ojczyma do płacenia alimentów jest niezależny od obowiązku pozostałych powołanych do alimentacji i zwalnia ich z tego obowiązku w zakresie, w jakim zasady współżycia społecznego powierzają ten obowiązek jemu.

4.7. Fundusz alimentacyjny

Fundusz alimentacyjny, którego dysponentem jest ZUS, gromadzi i przeznacza pieniądze na wypłatę świadczeń alimentacyjnych dla dzieci i innych osób, w przypadku niemożności wyegzekwowania takich świadczeń od osób zobowiązanych. Na pytanie o to, od którego momentu Fundusz ma spełniać swą rolę, należy odpowiedzieć, że nie jest on usytuowany w kolejce powołanych do alimentacji. Fundusz zastępuje tych, którzy mimo spełnienia przesłanek powołania do alimentacji i później zasądzonego obowiązku spełniania świadczeń alimentacyjnych, obowiązku tego nie spełniają i nie płacą.

Nie należy takiej sytuacji mylić z inną—gdy powołany do alimentacji, mimo iż spełnia przestanki do świadczenia alimentów, ze względu na swoją nieobecność czy inne trudności, nie będzie mógł świadczyć. Wtedy osoba powołana w dalszej kolejności powinna świadczenia te spełnić. Jest do tego zobowiązana na podstawie artykułu 132 k.r.o., który mówi, że: „Obowiązek alimentacyjny zobowiązanego w dalszej kolejności powstaje dopiero wtedy, gdy nie ma osoby zobowiązanej w bliższej kolejności albo gdy osoba ta nie jest w stanie uczynić zadość swemu

obowiązkowi lub gdy uzyskanie od niej na czas potrzebnych uprawnionemu środków utrzymania jest niemożliwe lub połączone z nadmiernymi trudnościami." Na podstawie art. 140 k.r.o., zobowiązany, który spełnia świadczenia alimentacyjne, bo „uzyskanie na czas świadczeń alimentacyjnych od osoby zobowiązanej w bliższej lub tej samej kolejności byłoby dla uprawnionego niemożliwe lub połączone z nadmiernymi trudnościami" ma roszczenie regresowe. Taki stan rzeczy ma miejsce w sytuacjach, gdy nie doszło jeszcze do sprawy sądowej dotyczącej alimentów lub zobowiązany w dalszej kolejności dobrowolnie świadczy na rzecz uprawnionego. Fundusz przejmie bowiem funkcję dopiero od momentu, gdy niemożliwość świadczenia wynikła na poziomie egzekucji alimentów. „Wniosek składa się za pośrednictwem organu prowadzącego egzekucję alimentów.”⁴⁴

Pytanie, czy Fundusz, ze względu na to, iż pełni funkcję zastępczą, nie może podnieść zarzutu, że istnieją osoby powołane do alimentacji w dalszej kolejności i one mogą świadczyć tymczasowo. Według ustawy wysunięcie takiego zarzutu nie jest możliwe — fundusz ma zastępować osobę zobowiązaną, istnienie innych osób, które mogłyby być powołane do alimentacji, nie może powodować zwolnienia go z funkcji nadanej ustawą.

5. Przesłanki powołania do alimentacji — rozwinięcie

5.1. Istnienie związku małżeńskiego między matką a ojczymem

Istnienie związku małżeńskiego między rodzicem a ojczymem lub macochą wydaje się być pierwszą przesłanką powołania ojczyma (bądź macochy) do alimentacji. Artykuł 144 w § 1 k.r.o. mówi, że: „Dziecko może żądać świadczeń alimentacyjnych od męża swojej matki, nie będącego jego ojcem, jeśli odpowiada to zasadom współżycia społecznego. Takie samo uprawnienie przysługuje dziecku w stosunku do żony swego ojca, nie będącej jego matką". Zaskakujący może być fakt, że powołuje się dwa ważne argumenty przeciwko uznaniu istnienia małżeństwa między rodzicem a ojczymem lub macochą, jako koniecznej przesłanki powołania tychże (ojczyma bądź macochy) do alimentowania pasierba. Przedstawmy te dwa argumenty.

⁴⁴ Art. 7 ust. 1 ustawy z 18 lipca 1974 r. o funduszu alimentacyjnym (Dz.U. z 1974 r. Nr 45, poz. 200).

Otóż podstawą obowiązku ojczyma bądź macochy jest stosunek powinowactwa. W razie rozwiązania małżeństwa przez rozwód lub śmierć jednego z małżonków, stosunek powinowactwa nie zostaje przerwany czy rozwiązany, co wynika literalnie z art. 26 k.r.o.⁴⁵ Jedynie w przypadku małżeństwa unieważnionego, które uważa się za niezawarte, stosunek powinowactwa w ogóle nie powstaje,⁴⁶ toteż nie ma podstaw do powołania ojczyma do alimentacji. Wracając do przypadku rozwiązania małżeństwa przez rozwód lub śmierć, SN⁴⁷ stwierdził, że: „gdyby żona ojca powodów, nie będąca ich matką, łożyła na utrzymanie powodów, a po śmierci męża zaprzestała wykonywania tych świadczeń, to wynikły z tego uszczerbek nie pozostawałby w związku z wypadkiem, za który pozwany ponosi odpowiedzialność (art. 361 § 1 k.c.).⁴⁸ Śmierć ojca powodów nie mogłaby bowiem uzasadnić uchylecia obowiązku alimentacyjnego jego żony względem powodów, gdyby z mocy art. 144 § 1 k.r.o. taki obowiązek ciążył na niej za życia męża”. *A contrario* można by wnioskować, że jeśli obowiązek taki nie ciążył na ojczymie lub macosze za życia ich żony czy męża, będącego rodzicem pasierba, nie może on nigdy zaistnieć po rozwiązaniu małżeństwa przez śmierć rodzica. Na przykład, jeśli macocha nie łożyła na pasierbów, a po śmierci jej męża zachodzi konieczność ich alimentowania, to przy przedstawionej interpretacji *a contrario*, nie byłaby powołana do alimentacji. Odpowiedzią na pytanie, czy ta interpretacja jest prawidłowa, zajmiemy się w dalszej części artykułu.

Wydaje się, że (jak dotąd) w konsekwencji powyższych rozważań nie można traktować ustania małżeństwa jako przesłanki negatywnej istnienia czy nawet powstania obowiązku alimentacji i jedyne co rozstrzygać będzie w tym i podobnych przypadkach, to zasady współżycia społecznego — obok spełnienia pozostałych dwóch przesłanek, stosowanych odpowiednio.

Do wyjaśnienia tej kwestii przydatny może być wyrok w sprawie,⁴⁹ w której małoletnim powodom została przyznana w związku ze śmiercią matki renta odszkodowawcza. Z czasem sąd zasądził podwyższenie renty. Pozwany w rewizji zarzucił, że znacząco zmieniła się sytuacja powodów, gdyż ich ojciec ponownie się ożenił i jego żona przejęła znaczną część obowiązków domowych wykonywanych wcześniej przez matkę powo-

⁴⁵ Art. 26 k.r.o.: „Z małżeństwa wynika powinowactwo między małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka; trwa ono mimo ustania małżeństwa.”.

⁴⁶ *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, *op. cit.*, s. 1022.

⁴⁷ Wyrok SN II, CR 78/71; 71.04.29, niepubl.

⁴⁸ Art. 361 § 1 k.c.: „Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego wynika szkoda.”.

⁴⁹ Wyrok SN z 22 listopada 1968 r., I CR 434/68, OSNC 1969, nr 11, poz. 203.

dów. Sąd stwierdził, że zadośćuczynienie zaspokojenia potrzeb rodziny polega także na pracy każdego z małżonków we wspólnym gospodarstwie domowym (art. 27 k.r.o.), z reguły zatem także na świadczeniu usług domowych na rzecz wspólnych dzieci małżonków. Od obowiązku tego nie jest zwolniony wobec pasierbów ojczym lub macocha, skoro obowiązek ten jest zwyczajowo powszechnie przyjęty i odpowiada zasadom współżycia społecznego, co wynika z ustawy (art. 144 k.r.o.). Jeśli utrata świadczonych przez jednego z rodziców usług została zawiniona przez sprawcę szkody, to osoba odpowiedzialna za szkodę ma obowiązek jej naprawienia także wtedy, gdy usługi te są świadczone przez osoby do tego zobowiązane. Odpowiedzialny za szkodę na podstawie przepisów prawa cywilnego nie może być zwolniony od obowiązku jej naprawienia tylko dlatego, że inna osoba zobowiązana jest — na innej podstawie — do świadczenia, którego spełnienie wyrównuje uszczerbek poszkodowanego. Byłoby to nieusprawiedliwione i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, przerzucenie skutków wyrządzenia szkody na osoby trzecie, a zarazem poszkodowanemu bliskie. Obowiązek naprawienia szkody wyprzedza obowiązek świadczenia z innego tytułu, chociaż świadczenie to — gdyby zostało spełnione — stanowiłoby wyrównanie całej szkody. Rozstrzygnięcie to może wydawać się wyjątkowym w stosunku do zasady, że odszkodowanie powinno pełnić funkcję kompensacyjną, co jest zgodne z zasadami prawa cywilnego, służącego przede wszystkim ochronie własnych interesów podmiotów występujących we wzajemnych relacjach. Inne funkcje (represyjna, prewencyjna, wychowawcza) odgrywają pewną rolę, ale nie determinują rozstrzygnięć ustawowych⁵⁰ (czy orzeczniczych⁵¹). Artykuł 361 § 2 k.c. stanowi generalną zasadę adekwatności szkody i świadczenia zmierzającego do jej zaspokojenia. Gdyby rozmiar świadczenia odszkodowawczego przekraczał granice szkody, poszkodowany uzyskałby nieuzasadnioną korzyść.⁵²

Istotą i uzasadnieniem dla tego „wyjątku” jest to, że powstały obowiązek odszkodowawczy, mimo iż wypływa z odjęcia osoby świadczącej alimenty, nie może być zniesiony dlatego, że inna osoba ma zdolność alimentacyjną. W ten sposób dochodziłoby do nieuzasadnionego przesunięcia ciężaru świadczenia — najpierw badano by wszystkie osoby powołane do alimentacji, a dopiero w razie ich niezdolności do alimentacji, świadczyłby wreszcie ten, kto wyrządził szkodę. Obowiązek odszkodowawczy z powodu utraty żywiciela powstaje i już nie ustaje z powodu

⁵⁰ Z. Radwański, *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 1997, s. 103.

⁵¹ Przypis autorki.

⁵² Z. Radwański, *Zobowiązania...*, *op. cit.*, Warszawa 1997, s. 103.

istnienia innych osób powołanych do alimentacji. Dotyczy to świadczeń pieniężnych, a więc tym bardziej dotyczyć to musi świadczeń osobistych.

Przejdźmy do sytuacji, w której małżeństwo ojczyma i matki (lub odpowiednio macochy i ojca) zostało rozwiązane przez rozwód lub śmierć. W przypadku rozwodu podnosi się, że nie jest uzasadnione, by sytuacja pasierba zmieniała się przez zmianę stosunków między matką i ojczymem. Dlatego nie budzi większych wątpliwości, że jeśli ojczym łożył dotąd na pasierba, ten może pozwać ojczyma o alimenty. Co się stanie w sytuacji, gdy ojczym nie łożył dotąd na pasierba? Wracamy tym samym do problemu już poruszanego, mianowicie — czy macocha może być powołana do alimentacji pasierbów po śmierci ich ojca, jeśli dotąd nie była zobowiązana do ich alimentacji? Okazuje się, że to, czy ojczym lub macocha byli zobowiązani do alimentacji kiedykolwiek przed rozwiązaniem małżeństwa z rodzicem pasierba, może być czynnikiem decydującym o istnieniu możliwości powołania ich do alimentacji po rozwiązaniu małżeństwa.

Czy ojczym, osoba, która nie jest już mężem matki, może być pozwana o alimenty przez pasierba po raz pierwszy już po rozwodzie? Na podstawie jakiego przepisu? Z jednej strony nie wydaje się, aby mogły decydować zasady współżycia społecznego z art. 144 k.r.o., ponieważ pod znakiem zapytania staje w ogóle zastosowanie tego przepisu, skoro ojczym nie jest już mężem matki, jak tego wymaga art. 144 k.r.o.; z drugiej strony — za swobodniejszym traktowaniem tej przesłanki, prócz argumentów wynikających z interpretacji funkcjonalnej, przemawiają też argumenty swego rodzaju natury technicznej.

„Do dosłownego brzmienia art. 144 k.r.o., przepisu przyjętego w ostatnim stadium prac kodyfikacyjnych, nie należy przywiązywać decydującego znaczenia”⁵³ ze względu na pośpiech ustawodawcy oraz na to, że „przepis ten został wprowadzony dopiero w sejmie, wskutek czego — w odróżnieniu od innych artykułów — brak co do niego jakichkolwiek materiałów kodyfikacyjnych lub wymiany głosów w dyskusji politycznej”.⁵⁴

Jednak przeważające szalę na rzecz możliwości zobowiązania do alimentowania — także po rozwodzie lub tylko po rozwodzie, ale i w wypadku śmierci — ojczyma lub macochę przez pasierba za pośrednictwem sądu, jest orzeczenie SN,⁵⁵ wskazujące, że dzieci takie (pasierb) mogą żądać alimentów, ale w osobnym procesie i ich roszczenia nie będą uwzględniane w procesie rozwodowym.

⁵³ Z. Radwański, *Zobowiązania...*, op. cit., s. 103.

⁵⁴ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 816.

⁵⁵ Post. z 27 listopada 1965 r., SN III CR 257/65 OSNC 1966, nr 9, poz. 155.

Orzeczenie to jednoznacznie wskazuje, że takie żądanie jest możliwe. Problem jest jego uzasadnienia. Przepis artykułu 144 k.r.o. mówi o obowiązku „męża matki” do alimentowania pasierba. Po rozwodzie ojczym nie jest już mężem matki.

Jednakże za tym, by mimo rozwodu możliwość żądania alimentów od ojczyma utrzymać, przemawia fakt, iż ojczym pozostaje powinowatym pomimo ustania małżeństwa z matką pasierba.⁵⁶

5.2. Zasady współżycia społecznego

„(...) nasz ustawodawca często posługuje się pojęciem zasad współżycia społecznego w celu uzupełnienia i bliższego sprecyzowania normy prawnej. Jednakże art. 144 § 1 k.r.o. można uznać za wypadek zupełnie wyjątkowy, w którym ustawa odsyła ogólnie do tych zasad jako jedyne go składnika hipotezy, decydującego o tym, czy stosowanie przepisu prawa wchodzi w grę i jakie jest jego znaczenie.”⁵⁷ Rzeczywiście, sam art. 144 k.r.o. podaje tylko jedną przesłankę rozstrzygnięcia o powołaniu do alimentacji, jeśli uznajemy za rozstrzygnięty problem przesłanki istnienia małżeństwa w sposób wyżej powołany. Do tego dochodzą przesłanki stosowane odpowiednio, do nich jeszcze wrócimy w dalszej części artykułu.

Przepis art. 144 k.r.o. jest *lex specialis* w stosunku do przepisów rządzących regulacją świadczeń alimentacyjnych. W związku z tym, że w pierwszej kolejności powinno się brać pod uwagę odmienności, a dopiero potem zasady stosowane odpowiednio — o ile dadzą się pogodzić z tymi zasadami odmiennymi — najpierw badamy zgodność z zasadami współżycia społecznego, a następnie przesłanki wynikające z innych przepisów.

Nietrudno wytłumaczyć, dlaczego zasady współżycia społecznego są tak istotną, konieczną przesłanką powstania obowiązku alimentacyjnego po stronie ojczyma. Z jednej strony, podobieństwo stosunku między ojczymem a pasierbem nakazuje, wydawałoby się, traktować ojczyma lub macochę *loco parentis*, ale z drugiej — zdarza się, że pasierb izoluje się od nowo powstałej rodziny, zrywając z nią stosunki i pozostając przy drugim z rodziców lub niechęć do ojczyma jest tak duża, że rekonstru-

⁵⁶ Art. 26 k.r.o.: „Z małżeństwa wynika powinowactwo między małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka; trwa ono mimo ustania małżeństwa.”.

⁵⁷ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 816.

owanie rodziny, które jest podstawą traktowania ojczyma jako wchodzącego w miejsce ojca, jest fikcyjne. Ustawodawca, poddając to ocenie zasad współżycia społecznego, pokazał, że uważa, iż nie ma podstaw do powstania obowiązku alimentacyjnego w sytuacjach wymienionych wyżej.⁵⁸

5.3. Usprawiedliwione potrzeby po stronie uprawnionego

Kolejną przesłanką konieczną do powstania obowiązku alimentacyjnego wobec uprawnionego jest istnienie jego usprawiedliwionych potrzeb. S. Rzońca⁵⁹ zajmował się pojęciem „usprawiedliwionych potrzeb”, wywodząc, że jest to skrót myślowy, bo nie rozstrzyga się, czy potrzeby są usprawiedliwione czy nie, lecz czy powoływanie się na nie jest usprawiedliwione czy też nie.

Według J. Winiarza, pogląd, że usprawiedliwione byłyby tylko takie potrzeby, których zaspokojenie zapewnia uprawnionemu minimum życiowe, byłby skrajny.⁶⁰ Wydaje się nawet, że w wypadku przyjęcia takiego poglądu, przesłankę istnienia usprawiedliwionych potrzeb trudno byłoby oddzielić od przesłanki istnienia niedostatku. Niemożliwe jest — jak stwierdza także powoływany wyżej autor — utworzenie syntetycznego określenia usprawiedliwionych potrzeb. Jest na przykład usprawiedliwione powoływanie się na wyższe potrzeby w związku z pobieraniem wykształcenia, jeśli poziom, na którym żyje rodzina, uzasadnia decyzję podjęcia droższych studiów. Ale jest to tylko jedna z możliwych sytuacji, przykłady można mnożyć. Przyjąć należy, że to, czy powoływanie się na potrzeby jest usprawiedliwione sytuacją czy nie, bada sąd, opierając się na indywidualnej ocenie każdego przypadku.

5.4. Istnienie możliwości zarobkowych i majątkowych powołanego do alimentowania

J. Winiarz twierdzi,⁶¹ że branie pod uwagę rzeczywistych zarobków osiągniętych przez powołanego do alimentacji, nie jest prawidłowe, ponieważ ustawa nie uzależnia zakresu świadczeń alimentacyjnych od wielkości osiągniętych dochodów, ale od takiej skali dochodów, jaką mógł-

⁵⁸ T. Smyczyński, *Alimentacja członków rodziny*, PAN 1989, s. 32.

⁵⁹ S.K. Rzońca, *Z problematyki dostarczania środków utrzymania...*, *op. cit.*, s. 81-114.

⁶⁰ J. Winiarz, *Prawo rodzinne*. Warszawa 1996, wyd. 9. s. 277.

⁶¹ J. Winiarz, *Prawo rodzinne...*, *op. cit.*, s. 277.

by zobowiązany osiągnąć przy dołożeniu należytej staranności. Moim zdaniem jednak należy do takiego określania możliwości zarobkowych podchodzić bardzo ostrożnie, biorąc pod uwagę także uwarunkowania ogólnoeconomiczne i społeczne. „Możliwości zarobkowe zobowiązanych do alimentacji wyznaczają nie tylko ich cechy osobiste, ale także zależą od okoliczności obiektywnych natury economicznej. (...) W skali lokalnej może występować brak zapotrzebowania na pracowników o określonych kwalifikacjach. Chociaż zatrudnienie jest możliwe w skali całego kraju, to obraz statystyczny rynku pracy nie może być podstawą formułowania wniosków dotyczących wszystkich stanów faktycznych. (...) Zakres wymagań stawianych zobowiązanemu należy oceniać z uwzględnieniem jego sytuacji życiowej oraz obowiązków rodzinnych względem innych członków rodziny. (...) Jeśli więc nawet zobowiązany ma zawód dobrze płatny, lecz nie może znaleźć odpowiedniej pracy w rejonie swego zamieszkania, a jednocześnie nie powinien, ze względu na stan zdrowia lub z powodu troski o innego krewnego, zmienić dotychczasowego sposobu życia, nie można wymierzać renty alimentacyjnej z uwzględnieniem możliwości zarobkowych, lecz trzeba przyjąć za podstawę rzeczywisty stan rzeczy.”⁶²

Można się zastanawiać, jakie rozstrzygnięcie jest właściwe, jeśli ojczym ma pewne możliwości zarobkowe i/lub majątkowe, choć niewystarczające nawet na pokrycie w pełni jego własnych usprawiedliwionych potrzeb? Możliwość taką rozpatrywał S. Rzońca,⁶³ choć nie zajmował się konkretnie przypadkiem pasierba i ojczyma, ale przypadkiem osoby, która jest zobowiązana do alimentacji jako jedyna, z tego powodu, że innych osób powołanych do alimentacji w ogóle nie ma lub uzyskanie od nich alimentów na zaspokojenie usprawiedliwionych potrzeb uprawnionego jest niemożliwe lub jest połączone z nadmiernymi trudnościami. S. Rzońca przyjął, że powołany do alimentacji będzie w takiej wyjątkowej sytuacji ewentualnie zobowiązany, choć w niewielkim zakresie. Jednakże — jak wskazuje autor — trzeba rozstrzygać tę kwestię ostrożnie na tle konkretnych stanów faktycznych, by nie doprowadzić do sytuacji, w której sam zobowiązany, dysponując środkami poniżej minimum, nawet co do swoich potrzeb, znalazłby się w gorszej kondycji materialnej niż uprawniony, któremu miałby świadczyć alimenty. W takim wypadku bowiem sam potrzebowałby alimentów. To przerzuciłoby jego obowiązek alimentacyjny *de facto* na osobę trzecią, do której on musiałby się

⁶² T. Smoczyński, *Alimentacja...*, op. cit., PAN 1989, s. 28-29.

⁶³ S.K. Rzońca, *Z problematyki dostarczania środków utrzymania...*, op. cit., s. 81-114.

zwrócić o alimenty. Takie przerzucenie ciężaru świadczeń alimentacyjnych jest niedopuszczalne, zwłaszcza że podkreśla się, iż osoba powołana do alimentacji ma obowiązek świadczyć uprawnionemu, którego uprawnienie wynika z art. 128-130 k.r.o., natomiast nie ma żadnego obowiązku świadczenia osobom, które są z kolei uprawnione do świadczeń alimentacyjnych od samego uprawnionego. Bez znaczenia jest też to, czy chodzi o możliwość jego potencjalnego powołania do alimentowania, czy też chodzi o już powstały obowiązek świadczenia.⁶⁴ Przykładowo, „ojciec zobowiązany do alimentowania syna, który był już w stanie utrzymać się samodzielnie, lecz następnie popadł w niedostatek, nie jest obowiązany do takich świadczeń, które by poza potrzebami syna mogły pokryć także wydatki znajdującej się również w niedostatku synowej”.⁶⁵

Do takiego samego wniosku doszedł SN, który w uzasadnieniu do uchwały z 4 kwietnia 1968 r.,⁶⁶ podniósł, że: „Obowiązek alimentacyjny z art. 144 k.r.o. istnieje tylko między ojczymem (macochą) a pasierbem. Obowiązek ten nie rozciąga się na alimentowanie innych powinowatych, a zwłaszcza krewnych pasierba. Ojczym nie będzie miał zatem obowiązku alimentowania w stosunku do dziecka pasierba”. Jest to o tyle istotne, że może istnieć pokusa — w przypadku traktowania ojczyma względem pasierba jako wstępującego w miejsce ojca — traktowania go w drodze analogii, jako dziadka dzieci pasierba, który byłby zobowiązany tak samo, jak jest zobowiązany dziadek na podstawie art. 129 k.r.o.

Omawiany problem staje się szczególnie istotny w przypadku ojczyma, gdy jest on powołany do alimentacji w ostatniej kolejności. Na wyżej przedstawione „środki ostrożności”, które należy przedsięwziąć przy orzekaniu w takich sprawach, należy oczywiście (przy rozstrzyganiu o obowiązku ojczyma) narzucić przesłankę „zgodności z zasadami współżycia społecznego”. Nawet jeśli ojczym jest powołany w ostatniej kolejności i nawet jeśli uznamy, że zgodne z zasadami współżycia społecznego — jako klauzulą generalną — celowe byłoby zobowiązanie go do świadczenia, choć w niewielkim zakresie, mimo iż ledwo zaspokaja swoje usprawiedliwione potrzeby, to jednak zasady współżycia społecznego z art. 144 k.r.o. mogłyby uchronić go przed obciążeniem tym obowiązkiem z racji istnienia jakichś innych okoliczności, które świadczenie na rzecz uprawnionego czynią nieusprawiedliwione.⁶⁷

⁶⁴ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, pod red. B. Dobrzańskiego i I. Ignatowicza, wyd. II, Warszawa 1975, s. 820.

⁶⁵ *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 816.

⁶⁶ III CZP 27/68 OSNC 1969, nr 1, poz. 6.

⁶⁷ Patrz warianty różnych sytuacji przedstawione w punkcie 4.4.

Dosyć skomplikowana sytuacja tworzy się wtedy, gdy ten sam zobowiązany jest obciążony obowiązkiem alimentacyjnym wobec dwóch lub więcej uprawnionych. Może się zdarzyć, że ojczym nie będzie chciał się poddać rygorom obowiązku alimentowania wobec pasierba, podnosząc, że ma przede wszystkim swoje dzieci na utrzymaniu. W k.r.o. nie ma przepisu, który wskazywałby kategorie takich uprawnionych, których trzeba zaspokoić w pierwszej kolejności, zanim się zacznie rozważać możliwości zaspokajania innych uprawnionych. Gwiazdomorski podkreśla, że nie można tu stosować, przez analogię, kolejności z art. 129-130 k.r.o. i że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do przyjęcia, że roszczenia alimentacyjne „którymi zobowiązany jest obciążony w dalszej kolejności, mogły być zaspokojone dopiero po zupełnym zaspokojeniu roszczeń skierowanych przeciwko zobowiązanemu, obciążonemu nimi w pierwszej kolejności”.⁶⁸ Pogląd ten jest słuszny — powołane przepisy wyraźnie zajmują się czymś innym, niż kolejność uprawnionych do alimentacji — mianowicie kolejnością zobowiązanych. Przy czym jednak są to przepisy, które mogłyby być pomocne przy ustaleniu, jaka kolejność byłaby ewentualnie zgodna z zasadami współżycia społecznego. Chodzi tu już o zasady współżycia społecznego jako klauzulę generalną, a nie o te z art. 144 k.r.o. Powstaje pytanie, czy te zasady, w takiej postaci, wystarczą do ustalenia i zaaprobowania ustalonej w ten sposób kolejności uprawnionych. Jeśli nie, oznacza to, iż powstaje pewna luka w przepisach także dlatego, że brak pierwszeństwa między uprawnionymi powoduje powstanie sytuacji, które nie odpowiadają powszechnemu poczuciu sprawiedliwości. Jeśli na przykład uprawnionymi są dziecko powołanego do alimentacji i jego bardzo daleki krewny, to zobowiązany zmuszony jest tak samo traktować te dwie osoby, jeśli chodzi o zastosowanie się do nakazu zaspokajania usprawiedliwionych potrzeb każdego z nich, w miarę istnienia swoich możliwości zarobkowych i majątkowych. To oznacza, że jeśli możliwości te nie wystarczają na pełne zaspokojenie obydwu, musi dokonać zaspokojenia proporcjonalnie. Ojczym może — jak i każdy inny zobowiązany znajdujący się w sytuacji podobnej do opisanej — żądać ilościowego zmniejszenia obowiązku alimentacyjnego względem wszystkich lub niektórych uprawnionych, ze względu na ograniczone możliwości zarobkowe i majątkowe. Jednakże nie da się uniknąć sytuacji, gdy świadczenie dla dalekiego krewnego będzie spełnione kosztem niepełnych świadczeń dziecka, które musiałoby ewentualnie, w skrajnych przypadkach, poszukiwać alimentów u dalszego krewnego.

⁶⁸ J. Gwiazdomorski, *System prawa rodzinnego...*, *op. cit.*, s. 1009.

Ojczym jest w o tyle lepszej sytuacji niż inni zobowiązani, że może się z takiej sytuacji „wyratować” powołując się na zasady współżycia społecznego z art. 144 § 1. Tak może się zdarzyć przykładowo w sytuacji, gdy potencjalnie zobowiązany do alimentacji pasierba ojczym byłby powołany równocześnie do alimentowania swoich dzieci z małżeństwa zawartego po rozwiązaniu małżeństwa, w którym miał w rodzinie pasierba i do alimentacji pasierba. Taka możliwość istnieje jednakże tylko w przypadku, gdy ojczym nie byłby w stanie zaspokoić w pełni roszczeń alimentacyjnych dzieci i pasierba. Zasady współżycia społecznego mogłyby go uchronić przed proporcjonalnym zaspokajaniem. Jednakże gdy możliwości zarobkowe i majątkowe pozwalają mu na to, bez uszczerbku dla uprawnionych dzieci, nie może on tej przesłanki wykorzystać do uwolnienia się od obowiązku wobec innych, chyba że zasady współżycia społecznego z innych względów nie zakwalifikują go jako zobowiązanego do alimentacji pasierba.

Zamiast podsumowania

Wydaje się, że nawet jeśli sądy nie są zupełnie zdecydowane (o czym świadczą choćby rozbieżności w orzecznictwie SN), który z poglądów powstałych w wyniku różnych interpretacji — głównie przepisu art. 144 k.r.o. — przyjęć, to jednak pewne tendencje się krystalizują. Coraz częstsze sprawy dotyczące alimentacji pasierbów, a i coraz częstsze wypowiedzi doktryny dotyczące tego tematu, pozwolą, być może, za kilka lat przesądzić, które ujęcie z wyżej prezentowanych ostatecznie zwyciężyło.

W podsumowaniu chciałabym potwierdzić swój pogląd na sprawę: uważam, że co do kolejności powołania ojczyma do alimentacji, powinno się przyjmować, że ojczym bądź macocha wstępują *loco parentis* pod warunkiem skorygowania tego jeszcze pod kątem zgodności z zasadami współżycia społecznego.

Co do przesłanek powołania ojczyma do alimentacji, to przy założeniu, że przesłanka istnienia usprawiedliwionych potrzeb po stronie uprawnionego i możliwości majątkowych i zarobkowych po stronie powołanego do alimentacji są badane w sposób klasyczny, przyjęty także dla innych powołanych do alimentacji; to przesłanka zgodności z zasadami współżycia społecznego jest pierwszą badaną i konieczną do powstania obowiązku alimentacyjnego ojczyma. Natomiast przesłanka istnienia

związku małżeńskiego między ojczymem lub macochą a rodzicem dziecka nie jest przesądzającą o powstaniu takiego obowiązku.

Jeśli chodzi o istnienie niedostatku, to przesłanka ta jest nie tyle przesłanką powstania obowiązku alimentacyjnego, co przesłanką oceny jego granic. Niezależnie więc od tego, czy macochę i ojczyma potraktujemy *loco parentis* czy nie, nie powinno się wymagać od uprawnionego konieczności spełnienia tej przesłanki do powstania obowiązku wymienionych powinowatych.

Agnieszka Grzywacz
5th year student
of the faculty of law

ORDER AND PREREQUISITES OF APPOINTING STEPFATHER TO MAINTAIN STEPCHILD

Summary

The only regulation which directly regulates the issue of stepchild's maintenance claims is Article 144 of the Family and Guardianship Code (Polish acronym: *kro*): the 'child may demand maintenance claims from his/her mother's husband who is not his/her father if this complies with the social norms.' This regulation states also that for this obligation 'regulations on the obligation of maintenance between relatives are applied'.¹

There are at least two issues arising from this regulation which are worth in-depth discussion. The first one is the issue in what order, in relation to other persons appointed for maintenance, the stepfather is appointed. Secondly, what prerequisites must be fulfilled for the stepfather to be appointed for maintenance as compared to those which must be fulfilled in the case of other persons obliged.

1. Order of Appointing for Maintenance

The issue of order of maintenance payment appears at the moment in which the person appointed by the Code in the first place is either dead, unknown or does not fulfil the requirements to be appointed for maintenance, e.g. he/she has no financial and earning possibilities which would allow him/her to fulfil this obligation.

In compliance with Articles 128 and 129 of the Family and Guardianship Code, close relatives as well as siblings are appointed to maintain the child; this obligation, however, burdens descendants before ascendants and ascendants before siblings, if there are a number of descendants or ascendants, those who are closer relatives before further relatives. Relatives who are kin in the same degree are burdened in parts corresponding to their earning and financial possibilities. The question arises in which place in the thus defined order the stepfather should be placed? Three different basic views are presented here.

For two of them the starting point is § 3 Article 144 of the Family and Guardianship Code which tells to apply the maintenance obligation towards the stepchild in accordance

¹ Art. 144 § 1 and 3 of the Family and Guardianship Code of February 25th, 1964. Polish reference numbers: Dz.U. 05.03.1964, item 59; with later amendments.

with regulations defining the maintenance obligation between relatives. Therefore the first view tells to appoint the stepfather to maintain his stepchild as the last person. The second view, based on this regulation, says that the stepfather is appointed immediately after the stepchild's parents.

The third view assumes that Paragraph 3 does not refer to the order of appointing for maintenance and that order is decided only by the prerequisite of compliance with the social norms quoted by § 1 Art. 144 of the Family and Guardianship Code.

1.1. Stepfather as Appointed to Maintenance in the Last Place

The stepfather is to be appointed as the last person due to the fact that Art. 128 of the Family and Guardianship Code enumerates — as its contents say exhaustively — persons burdened with the maintenance obligation. There is a mention of relatives. Only at the end of this division, regulation of Art. 144 on maintenance obligation of the stepfather was added.² An additional argument supporting this view is as follows: 'In Art. 129 of the Family and Guardianship Code the order of the maintenance obligation was made dependent on the line and kinship. The essence of the maintenance obligation between stepmother and stepfather and their stepchildren consists of that it is not based on blood relationship nor on the basis of the legal institution of adoption but on the basis of the existence of kinship. This results in removing this obligation beyond the bracket of relationships described in Art. 129-130".³

1.2. Stepfather as Appointed in Such an Order which is Suggested by Social Norms

According to the Supreme Court, social norms are supposed to decide not only about the scope of the maintenance obligation, which arises straight from art. 144 paragraph 1 of the Family and Guardianship Code, but also about the order of persons appointed for maintenance.⁴ The Supreme Court states — and this opinion is shared by some authors — that § 3 on appropriate application of the regulation on the maintenance obligation towards other relatives is applied in relation to the content of the maintenance obligation rather than the order of appointing for maintenance.⁵

In a different resolution, the Supreme Court⁶ states that the Family and Guardianship Code does not make the stepfather's maintenance obligation dependent on the lack of child's relatives obliged for maintenance.⁷ On the other hand, one has to analyse the individual situation of the stepchild, his/her new and previous family and to resolve if in a given situation social norms put the stepfather's obligation in a given place.

² *System prawa Rodzinnego i opiekuńczego*, (ed.) S. Piąkowski, PAN, Inst. Państwa i Prawa 1985, p. 1008.

³ *System prawa Rodzinnego i opiekuńczego*, (ed.) S. Piąkowski, PAN, Inst. Państwa i Prawa 1985, p. 1008.

⁴ I. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1987, p. 284.

⁵ Resolution of Z 28.05.1968, OSPiKA 1970, item 118.

⁶ Resolution of SN of 04.04.1968, OSN 1969, item 6.

⁷ Quoted after *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, (ed.) S. Piąkowski, PAN, Inst. Państwa i Prawa 1985, p. 1007.

For example, situations to be considered are the following: the stepchild lives with the family, which is the result of re-marriage of his/her father or mother, or rather due to the re-marriage of one his/her parents by one parent; he/she lives with the other parents or grandparents; the marriage of the stepchild's parents ended with death of one of them or by divorce; the marriage of the stepchild's mother with his/her stepfather continues or has ceased and if ceased, then if by ceased due to divorce than who was guilty, etc.

However, if child may obtain maintenance payment (...) from the other parent, there is no additional maintenance obligation of the stepfather.⁸ Here, the Supreme Court stated that the social norms impose an obligation to make the stepfather pay maintenance only when the other parent is not alive or when the stepfather is treated as the other parent.

1.3. Stepfather as Appointed for Maintenance *Loco Parentis*

A part of the doctrine maintains that Art. 144 paragraph 3, which states that to the obligation of payments foreseen in this article 'appropriate regulations concerning the maintenance obligation between relatives shall be applied', should be interpreted that regulations on maintenance relation between parents and children are applied to stepfather and stepmother and stepchild.⁹ An argument in favour of this view is the similarity of obligation between relatives and the maintenance obligation between parents and children.¹⁰

Even though the Supreme Court has expressed its approval for a different view than the currently discussed in one of its rulings, it agrees with this very view.¹¹ The obligation of maintenance in relation to a child is imposed in its entirety or in part upon his/her relatives who are not the parents of the child if social norms do not justify burdening the stepfather (stepmother) with this obligation.

In this place, we should turn attention to regulations of Act of 1983¹² concerning the tax on inheritance and donations. In compliance with these rules, tax group 1 includes spouses, ascendants, descendants as well as stepchild, son-in-law, daughter-in-law, brothers and sisters (also stepbrothers and sisters), stepfather and stepmother. Thus, the 1st tax group is formed by closest relatives, both ascendant and descendant as well as persons with the position in a family analogous to them and, finally, siblings. With the assumption that the lawmaker acts rationally, with the interpretation of Art. 144 of the Family and Guardianship Code we should emphasise the fact how the act on tax law treats the stepfather. He is placed in the same position as the descendants, their positions are made equal and, what is more, this is done in the field of property rights. It would not be justified, therefore, if in the case of other property rights — that is maintenance claims — the lawmaker treated stepchildren in a different way.

⁸ *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, (ed.) S. Piątowski, PAN, Inst. Państwa i Prawa 1985, p. 1007.

⁹ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, (ed.) B. Dobrzański and I. Ignatowicz, 2nd edition Warszawa 1975, p. 821.

¹⁰ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, J. Ignatowicz, K. Piasecki, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1990.

¹¹ Resolution of the Supreme Court of 04.04.1968, Polish reference numbers III CZP 27/68, OSNCP 1969, item 6.

¹² Act of July 28th, 1983, Polish reference numbers Dz.U. 97.16.89, art. 14.

A stepchild seems to be treated in the same way by the Act of December 17¹³, 1998 on pension and benefits from the Social Insurance Fund, which rules that persons entitled to family allowance — apart from the employee's own children — are in the same way also his/her spouse's children. In a different paragraph, it is stated that also the stepfather and stepmother are considered parents in the understanding of the act.¹³

2. Prerequisites to Appoint for Maintenance

The longest list of prerequisites could include four at maximum.

1. The existence of a marital relation between the mother and the stepfather (father and stepmother).

2. Compliance of the appointing for maintenance with social norms.

3. The existence of justified needs of the person entitled and possible poverty of his/her.

4. Financial and earning capacities of the person appointed for maintenance (also — in relation to stepchild — entitled indirectly).

The first two prerequisites result from Art. 144 paragraph 1 of the Family and Guardianship Code and are construed especially for the needs of shaping the stepfather's maintenance obligation towards his stepchild. On the other hand, two latter ones should be applied on the basis of Art. 135 paragraph 1 of the Family and Guardianship Code in relation to Art. 144 paragraph 3 thereof. These are prerequisites resulting from regulations which are applied respectively to the stepfather's maintenance obligation.

2.1. First Prerequisite.

Existence of Matrimony between Mother and Stepfather

The existence of matrimony between the parent and the stepfather or the stepmother seems to be the first prerequisite to appoint the stepfather (or stepmother) to pay maintenance. Art. 144 in paragraph 1 states that: 'Child may claim maintenance from his/her mother's husband who is not his/her father if this is in compliance with social norms. A child is entitled to the same right in relation to his/her father's wife who is not his/her mother.' Nevertheless, two important arguments are quoted against treating the existence of matrimony between the parent and the stepparent as a necessary prerequisite to appoint the stepfather (or stepmother) to maintain their stepchild.

The basis of obligation of the stepfather or the stepmother is the kinship relation. In the case in which the marriage is dissolved by divorce or death of one of the spouses, the relation of kinship is not broken or dissolved, which results from the letter of Art. 26 of the Family and Guardianship Code.¹⁴

In its verdict, the Supreme Court stated¹⁵ that: 'the death of plaintiffs' father could not justify lifting the maintenance obligation of his wife towards plaintiffs if, by

¹³ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, J. Ignatowicz, K. Piasecki, Wyd. Prawnicze Warszawa 1990, p. 800.

¹⁴ Art. 26 kro: 'kinship between spouses and the relative of the other spouse results from marriage; it lasts despite the cessation of marriage.'

¹⁵ Verdict SN II CR 78 / 71; 71.04.29, not published.

the strength of Art. 144 paragraph 1 of the Family and Guardianship Code such an obligation was upon her during her husband's life'.

In the case of divorce, it is raised that it is not justified for the situation of the stepchild to change due to a change of relations between his/her mother and the stepfather. Therefore, it does not raise any doubts that if the stepfather maintained his stepchild so far, the latter may sue his his/her stepfather for maintenance. What will happen in a situation in which the stepfather did not maintain his stepchild so far?

Can he be sued for maintenance by the stepchild for the first time already after divorce? On the basis of what regulation? It does not seem that the social norms quoted by Art. 144 of the Family and Guardianship Code could be decisive since the application of this regulation can be questioned due to the fact that the stepfather is no longer the child's mother's husband, as required by Article 144 of the Family and Guardianship Code.

On the other hand, in favour of a more liberal treatment of this prerequisite, apart from arguments following a functional interpretation, there are also technical arguments. 'One should not treat as decisive the literal meaning of Art. 144 of the Family and Guardianship Code, its regulation adopted in the last stage of works on the Code'.¹⁶ Due to the lawmakers' hurry as well as due to the fact that 'this regulation was introduced only in the Parliament as a result of which — in contrast to other articles — there are no codifying materials whatsoever nor was there any exchange of voices in a political discussion'.¹⁷

However, the argument which tips the balance towards a possibility to oblige to maintenance also after divorce (or only after divorce) and in the case of the stepfather's or stepmother's death is the fact that the stepfather remains kin, even though his marriage with the stepchild's mother has ended.¹⁸

2.2. Second Prerequisite. Social Norms

A provision of Art. 144 of the Family and Guardianship Code constitutes *lex specialis* in reference to regulations governing maintenance payment. As a result of the fact that first differences should be considered and only after that rules may appropriately appl, if an accord between these different rules can be reached, first we investigate their compliance with social norms and only later prerequisites resulting from other regulations.

It is easy to explain why social norms are such an important prerequisite necessary for the establishment of maintenance obligation on the part of the stepfather. On the one hand, similarity of relationship between the stepfather and the stepchild makes us seemingly — treat the stepfather or the stepmother *loco parentis*. However, it happens that the stepchild breaks his/her links with the new family and either stays with the other parent or is so much reluctant towards his/her stepfather that reconstructing a family, which is the basis for treating the stepfather as replacing the father, remains fiction.

¹⁶ Z. Radwański, *Zobowiązania — część ogólna*; ed CH. Beck 1997, p. 103.

¹⁷ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, (ed.) B. Dobrzański and I. Ignatowicz, 2nd edition Warszawa 1975, p. 816.

¹⁸ Art. 26 k.r.o.: 'kinship between spouses and the relative of the other spouse results from marriage; it lasts despite the cessation of marriage.'.

2.3. Third Prerequisite. Justified Needs on the Part of Entitled Person

S. Rzońca¹⁹ dealt with the issue of 'justified needs' and claimed that since the questions if needs are justified or not is undefined, quoting them may not be justified or unjustified.

According to J. Winiarz, the view that only these needs would be justified whose satisfaction would ensure the entitled person minimum means to live would be extreme.²⁰ Nevertheless, it is impossible to create a synthetic description of justified needs. It allowed for, for example, quoting higher needs in relation to education if the level on which the family lives supports the decision to begin expensive studies. This, however, is only one of possible situations; there can be numerous similar examples. It should be assumed that whether quoting justified needs is grounded shall be verified by the court, based on individual assessment of every case.

2.4. Four Prerequisite.

Existence of Earning and Financial Potential of Person Appointed to Maintenance

J. Winiarz states that²¹ taking into consideration the real earnings of the person appointed for maintenance is not appropriate. The Act does not make the scope of maintenance payments dependent on the income generated but such a scale of income which the obliged person could achieve with due diligence. However, we should approach the definition of earning capacities in this way with caution and we should take into consideration also general economic and social conditions. 'On a local scale there may be a lack of demand for persons with specific qualifications. Even though employment is possible in the whole country, the statistic picture of the labour market cannot be the basis for the formulation of conclusions relating to the factual state. The scope of requirements posed to the obliged person should be evaluated taking into consideration his own life situation. Therefore, even if the obliged person has a well-paid profession but in his area cannot find work and at the same time — due to health reasons or because of some other relative — cannot change his present style of life, the maintenance payment cannot be defined with consideration to earning possibilities, but the actual state of affairs should be taken as the basis.'²²

We could consider which solution is appropriate if the stepfather has some earning and/or financial potential, even though in sufficient enough to cover his own justified needs. This matter must be resolved carefully against the background of concrete situations so as to avoid a situation, in which the person obliged, having means which are below the minimum even of his own needs, would be in a worse situation than the entitled person, to whom maintenance would be paid. In this case, he himself would need maintenance. This would *de facto* transfer the maintenance obligation to a third party, to whom he would have to apply for maintenance. Such a shift of burden of maintenance payments is not permissible, especially since it is emphasised that person appointed to

¹⁹ S.K. Rzońca, *Z problematyki dostarczania środków utrzymania*, ZNUJ Pr. Prawn. 1981, no 98, p. 81-114.

²⁰ *Prawo rodzinne*, J. Winiarz, ed. PWN, Warszawa 1996, 9^a edition, p. 277.

²¹ *Prawo rodzinne*, *op. cit.*, p. 277.

²² T. Smyczynski, *Alimentacja członków rodziny*, PAN 1989, p. 28-29.

maintain has an obligation to pay for the benefit of the entitled, whose title results from Art. 128-130 of the Family and Guardianship Code. Nevertheless, there is no obligation to maintain persons who are entitled for maintenance from the person entitled. For example,²³ 'father who has an obligation to maintain his son, who has been able to maintain himself, but fell into poverty, is not obliged to such maintenance, which apart from the son's needs, could also cover the payments of his daughter-in-law living in poverty.'

A rather complicated situation arises when the obliged person is burdened with maintenance obligation towards two or more entitled persons. It may happen that the stepfather will not want to submit to the obligation of maintaining his stepchild raising that first of all he has to maintain his own children. In the Family and Guardianship Code there is no regulation, which would point to categories of the entitled who have to be satisfied in the first order, before considering possibilities to satisfy the needs of other entitled. One cannot use by analogy the order of Art. 129-130 of the Family and Guardianship Code and there are no grounds whatsoever to accept that maintenance obligation 'with which the obliged person is burdened in further order could be satisfied only after claims towards the obliged person, with which the obliged ones is burdened in the first order, are fully satisfied.'²⁴

This means that if financial and earning capacities are not enough to satisfy the needs of the child and the stepchild, the satisfaction must be proportional. The stepfather in comparison to other obliged persons is in a better situation since he may avoid this situation by quoting social norms of Art. 144 par 1. Nevertheless, such a possibility exists only in the case in which the stepfather cannot satisfy fully maintenance claims of his children and the stepchild. Social norms could spare him obligation to proportional satisfaction. However, if his earning and financial potential allows him to do this without detriment to his own children, he cannot use this prerequisite to free himself from obligations towards others, or else social norms do not qualify him for other reasons as the person obliged to maintain his stepchild.

3. Instead of Summary

It seems that even if courts are undecided (what can be seen for example in discrepancies of jurisdiction of the Supreme Court) which view resulting from different interpretations mainly of Art. 144 kro, should be adopted, some trends are crystallised. Cases on maintenance of the stepchildren which are more and more common and even more common expressions of the doctrine referring to this topic, will, perhaps, determine for some years to come which of the presented views will be the prevailing one.

In summary, I would like to express in detail my view on this issue. I believe that concerning the order of appointing the stepfather for maintenance, it should be assumed that the stepfather or stepmother are *loco parentis*, provided this is compliant with social norms.

Concerning prerequisites of appointing the stepfather to pay maintenance, we can say that the assumption that a prerequisite of existence of justified needs on the part of the entitled person and financial as well as earning capacities on the part of the person

²³ *Kodeks rodzinny i opiekuńczy — komentarz*, (ed.) B. Dobrzański and I. Ignatowicz, 2nd edition, Warszawa 1975, p. 816.

²⁴ *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, (ed.) S. Piątowski, PAN, Inst. Państwa i Prawa 1985, p. 1009.

appointed maintenance, is to be investigated in the classic way, also as refers to other persons appointed maintenance. The prerequisite of compliance with social norms is the first one investigated and necessary for the stepfather's maintenance obligation to come into force. On the other hand, the prerequisite of existence of matrimony between the stepfather or the stepmother and the child's parent does not determine the existence of an obligation for maintenance.

Агниешка Гживачь
студентка V курса
Юридического Факультета

ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНОСТЬ И ПРЕПОСЫЛКИ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ОТЧИМА К АЛИМЕНТАЦИИ ПАСЫНКА

Краткое изложение

Единственной статьёй, которая непосредственно регулирует алиментационные притязания пасынка, является 144 статья семейного кодекса, которая гласит: „ребенок может требовать предоставления содержания от мужа своей матери, не являющегося его отцом, если это соответствует принципам общественного сосуществования." В этой статье говорится также о том, что к этой обязанности „применяются соответственно положения по алиментационной обязанности родственников."

Эта статья показывает две проблемы, на которые стоит обратить особое внимание. Во-первых, в какой последовательности по отношению к остальным лицам, обязанным предоставить содержание, находится алиментационное обязательство отчима. Во-вторых, каковы предпосылки привлечения отчима к алиментации, по сравнению с аналогичными предпосылками касающимися родственников.

1. Последовательность привлечения к алиментации

Проблема очередности алиментации появляется в том случае, если лицо, которое кодекс обязывает в первую очередь, умерло, не известно или не исполняет предпосылок привлечения к алиментации, например не имеет финансовых средств, которые дали бы возможность исполнить это обязательство.

Согласно 128 и 129 статье семейного кодекса, лицами обязанными предоставить содержание являются родственники в прямой линии, а также братья и сестры. Причем обязанность эта тягочит на родственниках по восходящей линии перед родственниками по нисходящей линии и на более близких по родству перед дальшими родственниками. На родственников одинаковой степени возложена обязанность в частях соответствующих их финансовым возможностям. Появляется вопрос:

¹ 144 статья § 1 и 3 Семейного кодекса от 25.02.1964 г., Законодательный вестник 59 с 1964, поз. 59, с изменениями.

в каком месте этой очередности поместить отчима? На этот вопрос можно дать три совершенно разных ответа.

Два из них берут начало в § 3 144 статьи семейного кодекса, гласящей об аналогичном применении к алиментационным обязанностям по отношению к пасынку, положений по алиментационным обязанностям, действующих между родственниками. Следовательно, одним выходом из ситуации будет возложение на отчима алиментационной обязанности в последнюю очередь; другим — возложение на него обязанности после родителей.

Второе решение основано на утверждении, что § 3 вообще не относится к алиментационной очередности, а решающее значение имеет предпосылка соответствия с принципами общественного сосуществования из § 1 статьи 144.

1.1. Отчим призванный к алиментационной обязанности в последнюю очередь

Алиментационная обязанность накладывается на отчима в последнюю очередь, потому что 128 статья исчерпывающе описывает лица, на которых она наложена. Эта статья не упоминает о свойственниках. Только на самом конце главы помещена 144 статья, об алиментационной обязанности отчима.² Дополнительным аргументом в пользу такого решения является следующее утверждение: „129 статья семейного кодекса связывает последовательность алиментационной обязанности со степенью и линией родства. Тогда как суть алиментационного обязательства отчима и мачехи в отношении к пасынку и падчерице заключается в том, что возникает оно не на основании кровной связи и не на основании юридической конструкции усыновления, а на основании существующего между ними отношения свойства, что обуславливает разделение основ этой обязанности от связей, описанных в статьях³ 128-130.“

1.2. Отчим призванный к алиментационной обязанности в такой очередности, на которую указывают принципы общественного сосуществования

Верховный суд утверждает, что принципы общественного сосуществования решают не только о пределах алиментационной обязанности (что следует непосредственно из содержания 144 статьи), но также о месте отчима в последовательности лиц призванных к алиментационной обязанности.⁴ Положение § 3 об аналогичном применении законоположений об алиментационных обязательствах родственников, применяется только к содержанию алиментационной обязанности, а не к последовательности привлечения к этой обязанности.⁵

² Система семейного права, С. Пионтовский ред., Институт государства и права 1985, с. 1008.

³ Система семейного права, С. Пионтовский ред., Институт государства и права 1985, с. 1008.

⁴ Семейное право, И. Игнатовичь. Варшава 1987, с. 284.

⁵ Постановление Верховного суда от 28.05.1968, OSPiKA 1970, поз. 118.

В другом решении⁶ Верховный суд утверждает, что семейный кодекс не связывает алиментационного обязательства отчима с отсутствием других родственных ребенка, обязанных предоставить ему содержание.⁷ Однако в любом случае следует проанализировать ситуацию пасынка, его новой и предыдущей семьи и принять решение о том, в какой последовательности находится обязанность отчима, согласно принципам общественного сосуществования в данной ситуации. Можно привести примеры следующих возможных ситуаций: если пасынок живет в семье, возникшей в связи с повторным браком матери или отца; именно по поводу вступления в новый брак одного из родителей живет у другого родителя или у родственников; что было причиной завершения брака родителей — развод или смерть одного из них; как выглядит брак матери пасынка с отчимом — существует или расторгнут; если расторгнут, то по чьей вине и т.д.

Однако если другой родитель может предоставить ребенку содержание, то не возникает дополнительное алиментационное обязательство отчима".⁸ Таким образом. Верховный суд как бы предрешил, что принципы общественного сосуществования обязывают возложение алиментационных обязательств на отчима только тогда, когда нет другого из родителей, или если отчим фактически считается другим родителем.

1.3. Отчим призванный к алиментационной обязанности *loco parentis*

Некоторые представители доктрины считают, что из интерпретации § 3 144 статьи (который гласит об аналогичном применении к обязанностям предусмотренным 144 статьей, положений по алиментационным обязанностям родственников) следует, что к алиментационным обязанностям между мачехой, отчимом и пасынком применяются положения по алиментации между родителями и детьми.⁹ Аргументом в пользу такого подхода является схожесть обязательств, существующих между этими свойственниками, с обязательствами между родителями и детьми.¹⁰

Несмотря на то, что Верховный суд выносил решения в пользу другой концепции, в одном из своих решений согласился именно с представленным здесь подходом.¹¹ „Алиментационное обязательство по отношению к ребенку отягощает всех или часть его родственников, не являющихся его родителями, если принципы общественного сосуществования не предвидят отягощения этой обязанностью отчима (мачехи).“

Здесь стоило бы также обратить внимание на положения закона с 1983 г. о налоге от наследственного и дарственного имущества.¹² Согласно этому закону, к первой налоговой группе относятся супруги, родственники по восходящей

⁶ Постановление Верховного суда от 04.04.1968, OSN 1969, поз. 6.

⁷ См.: Система семейного права, С. Пионтовский ред., Институт государства и права, 1985, с. 1007.

⁸ Система семейного права, С. Пионтовский ред., Институт государства и права 1985, с. 1007.

⁹ Семейный кодекс — комментарий, Б. Добжиньский, И. Игнатович ред., 11 издание, Варшава 1975, с. 821.

¹⁰ Семейный кодекс с комментарием, И. Игнатович, К. Пиасецкий, Варшава 1990.

¹¹ Постановление Верховного суда от 04 04 1968, III CZP 27/68, OSNCP 1969, поз. 8.

¹² Закон от 28 07 1983, Законодательный вестник 16 с 1997, поз. 89, статья 14.

и нисходящей линии, а также пасынок, зять и невестка, братья и сестры (также сводные), отчим и мачеха. Следовательно, первую налоговую группу, к которой относятся ближайшие родственники, составляют восходящие и нисходящие родственники, а также лица имеющие аналогичную позицию в семье и на самом конце — братья и сестры. Если принять, что законодатель поступает рационально, то при интерпретации **144** статьи семейного кодекса, следует учесть какую позицию признают пасынку налоговые законы. Закон о налоге от наследственного и дарственного имущества ставит пасынка наравне с нисходящими родственниками, приравнивая их позиции именно с точки зрения имущественных прав. Следовательно, нерациональным было бы считать, что с точки зрения других имущественных прав (например алиментационных) законодатель меняет позицию пасынка.

Похожим образом подходит к проблеме ситуации пасынка также закон от 17.12.1998г. о пенсиях, пособиях и социально-страховом фонде. **В** одной из статей признает он право семейного пособия не только родным детям работника, но, наравне с ними, также детям его супруга. **В** другом абзаце этой статьи говорится, что с точки зрения закона родителями являются также отчим и мачеха.¹³

2. Предпосылки привлечения к алиментации

Самая широкая гамма возможностей включает четыре предпосылки.

1. Существование брачного союза между матерью и отчимом (отцом и мачехой).

2. Соответствие призвания к алиментации с принципами общественного сосуществования.

3. Действительные потребности лица, которому предоставлено право на алименты.

4. Финансовые возможности лица обязанного предоставить содержание (также по отношению к пасынку, посредственно управомоченному).

Две первые предпосылки вытекают из § 1 статьи **144** семейного кодекса и сконструированы специально для определения алиментационного обязательства отчима в отношении пасынка. Две последние предпосылки следует применять на основании статьи **135** § 1, в связи со статьей **144** § 3 семейного кодекса. То есть, это предпосылки, которые аналогично применяются к алиментационным обязательствам отчима.

2.1. Первая предпосылка. Существование брачного союза между матерью и отчимом

Кажется, что существование брачного союза между родителем и отчимом или мачехой является первой предпосылкой привлечения отчима (или мачихи) к алиментации. **В** § 1 статьи **144** говорится: „Ребенок может требовать предоставления содержания от мужа своей матери, не являющегося его отцом, если это соответствует принципам общественного сосуществования. Ребенок имеет такое же право в отношении жены своего отца, не являющейся его матерью.“ Однако существуют

¹³ Семейный кодекс с комментарием, И. Игнатовичь, К. Пиасецкий, Варшава 1990, с. 800,

два важных аргумента против тому чтобы считать существование брачного союза между родителем и отчимом или мачехой необходимым условием призвания отчима или мачехи к алиментации пасынка.

В основе обязательства отчима или мачехи лежит отношение свойства. В случае расторжения союза через развод или смерть одного из супругов, отношение свойства не перестает существовать, о чем непосредственно говорится в 26 статье семейного кодекса.¹⁴

В одном из своих решений¹⁵ Верховный суд констатировал, что: „смерть отца истцов не могла бы оправдать отмены алиментационной обязанности его жены по отношению к истцам, если бы на основании статьи 144 § 1 такая обязанность существовала, когда муж был еще жив.“

В случае развода говорится о том, что ситуация пасынка не может зависеть от изменений ситуации между матерью и отчимом. Почему это не удивительно, если пасынок вносит алиментационный иск против отчима, который его содержал? Что будет в ситуации, если отчим не содержал пасынка?

Может ли пасынок внести алиментационный иск против отчима непосредственно после развода, а если может, то на каком основании? Казалось бы, что роль таких предпосылок не могут играть принципы общественного сосуществования из 144 статьи, поскольку само применение этой статьи стоит под вопросом, если отчим уже не является мужем матери, как этого требует 144 статья семейного кодекса.

С другой стороны, кроме функциональной интерпретации, в пользу более свободного отношения к этой предпосылке свидетельствуют аргументы технического характера. „Не стоит придавать решающую роль буквальному звучанию 144 статьи семейного кодекса — положению, принятому в последней стадии кодификационных работ“.¹⁶ „В связи со спешкой законодателя, а также в связи с тем, что эта статья была введена уже Сеймом, в отличии от остальных статей, нет кодификационных материалов или записей дискуссий на тему этой статьи“.¹⁷

Однако аргументом в пользу возложения на отчима алиментационных обязательств также после развода (или только после развода), как и в случае смерти отца или матери является тот факт, что отчим остается свойственником пасынка, несмотря на прекращение брачного союза с его матерью.¹⁸

2.2. Вторая предпосылка. Принципы общественного сосуществования

Положения 144 статьи являются *lex specialis* по отношению к положениям регулирующим алиментационные обязательства. Поскольку в первую очередь следует оценивать различия, и только в следующую очередь принципы, применяемые аналогично — при условии, что удастся их совместить — в первую очередь следует оценить соответствие с принципами общественного сосуществования и только потом — с предпосылками, вытекающими из других статей.

¹⁴ 26 статья семейного кодекса: „Брак влечет за собой своево между супругом и родственниками другого супруга, которое длится несмотря на прекращение брака.“

¹⁵ Решение Верховного суда SN II CR 78/71, 29.04.1971, неопубликованное.

¹⁶ Обязательства — общая часть, 3. Радваньский, С.К. Веек, с. 103.

¹⁷ Семейный кодекс — комментарий, Б. Добжинский, И. Игнатович ред., II издание, Варшава 1975, с. 816.

¹⁸ 26 статья семейного кодекса: „Брак влечет за собой своево между супругом и родственниками другого супруга, которое длится несмотря на прекращение брака.“

Нетрудно представить себе почему принципы общественного сосуществования так важны в случае алиментационного обязательства отчима. С одной стороны, в связи со схожестью отношений между отчимом и пасынком с отношениями между родителями и ребенком, отношение к отчиму или мачехе *loco parentis* кажется естественным. Однако с другой стороны бывает и так, что пасынок совершенно отходит от новой семьи и остается с другим родителем, или относится к своему отчиму так недоброжелательно, что реконструкция семьи (которая дала бы основания поставить отчима на место отца) практически невозможна.

2.3. Действительные потребности лица, которому предоставлено право на алименты

С. Жонца¹⁹ посвятил внимание понятию „действительных потребностей“, определяя его как своего рода сокращение, так как неважно оправданы ли потребности сами по себе, важно стоит ли использовать такой критерий.

Я. Виняж считал слишком крайним мнение, что действительными являются только такие потребности, которые обеспечивают минимум условий существования.²⁰ Однако невозможно создать синтетическое определение действительных потребностей. Являются ли такими потребностями, например, расходы на образование, если дорогостоящая учеба обоснована высоким жизненным уровнем семьи. Это только один из множества возможных случаев. Следует принять, что необходимость применения конструкции действительных потребностей в каждом конкретном, индивидуальном случае оценит суд.

2.4. Четвертая предпосылка. Финансовые возможности лица, обязанного предоставить содержание

Как утверждает Я. Виняж,²¹ оценка финансовых возможностей не может операться только на реальных заработках обязанного лица, поскольку закон не связывает размеры алиментов с действительными заработками обязанного лица, а с доходами, которых он мог бы достичь при надлежащей заботливости. Однако стоит с осторожностью относиться к такого типа определению работоспособности, особенно принимая во внимание экономические и общественные условия. „В местных масштабах может не быть потребности в какой-либо профессии. Несмотря на то, что можно работать на территории всей страны, нельзя делать выводы, касающиеся всех возможных ситуаций, на основании статистической модели рынка труда. Размеры требований по отношению к обязанному лицу должны соответствовать его ситуации. Следовательно, даже если обязанное лицо имеет высокооплачиваемую профессию, но не в состоянии найти соответствующую работу в местности проживания и к тому же, по состоянию здоровья или из-за опеки над другим родственником, не должен менять своего образа жизни, то в таком случае

¹⁹ *О проблеме обеспечения средств содержания*, С.К. Жонца, Научные тетради Ягеллонского университета 1981 №98, с. 81-114.

²⁰ *Семейное право*, Я. Виняж, издание 9, Варшава 1996, с. 277.

²¹ *Оп. цит.*, с. 277.

размеры алиментов следует определить на основании фактической ситуации, а не работоспособности".²²

Стоит также подумать о том, какое решение следует принять в ситуации, если отчим имеет постоянные заработки или финансовые средства, которых однако целиком не хватило бы даже на его собственное содержание. К этому вопросу следует относиться с осторожностью и решать по рассмотрении каждого конкретного случая. Поскольку можно привести к такой ситуации, что само обязанное лицо окажется в худшей финансовой ситуации чем лицо, которое он обязан содержать и, следовательно, само будет нуждаться в содержании. В действительности это перенесло бы его алиментационную обязанность на третье лицо, у которого ему пришлось бы просить алименты. Такое перенесение бремени алиментов недопустимо, тем более, что лицо обязанное предоставлять алименты не обязано предоставлять их также лицам, по отношению к которым такое обязательство имеет само лицо, управомоченное на основании статей 128-130 семейного кодекса. Например,²³ „отец, обязанный содержать сына, который был в состоянии содержать себя сам, но попал в нужду, не обязан содержать невестку, также находящуюся в нужде.“

Довольно сложная ситуация появляется тогда, когда одно и то же лицо обязано содержать несколько лиц. Может сложиться такая ситуация, что отчим будет стараться отстраниться от алиментов по отношению к пасынку, оправдывая это необходимостью содержания собственных детей. Семейный кодекс не содержит никаких положений, устанавливающих категории управомоченных лиц, чьи алиментационные права следует удовлетворить в первую очередь и перед обсуждением возможностей удовлетворения алиментационных прав остальных управомоченных лиц. Аналогичное применение в данной ситуации положений 129-130 статей исключено. Нет никаких оснований предполагать, что алиментационные обязательства, „возложенные на обязанное лицо в дальнейшей последовательности, могут быть удовлетворены только после полного выполнения обязательства в отношении лица, уполномоченного в первую очередь“.²⁴

Это значит, что если финансовые возможности и работоспособность обязанного лица не будет достаточна для удовлетворения потребностей как собственного ребенка, так и пасынка, то удовлетворение должно быть пропорциональным. С этой точки зрения, отчим находится в гораздо лучшей ситуации, чем остальные обязанные лица, поскольку может „выкрутиться“, ссылаясь на принципы общественного сосуществования из статьи 144 § 1. Однако такая возможность существует только в том случае, если отчим не в состоянии полностью удовлетворить права своих детей и пасынка. Принципы общественного сосуществования могут уберечь от последствий пропорционального удовлетворения требований. Однако если заработки и финансовое состояние позволяют ему полностью удовлетворить требования всех управомоченных, без ущерба для прав его детей, то отчим не может использовать этой предпосылки, чтобы избавиться от обязанностей по отношению к остальным управомоченным лицам. Разве что, на основании каких-то других соображений, согласно принципам общественного сосуществования, он не будет считаться обязанным платить пасынку алименты.

²² *Алиментация членов семьи*, Т. Смычинский, Варшава 1989, с. 28-29.

²³ *Семейный кодекс — комментарий*, Б. Добжиньский, И. Игнатович ред., II издание, Варшава 1975, с. 816.

²⁴ *Система семейного права в С.С.П. и т.д.*, Институт государства и права 1985, с. 1009.

3. Вместо послесловия

Несмотря на то, что даже суды не совсем уверены (о чем свидетельствуют хотя бы решения Верховного суда) в том, который из подходов, возникших на основании различных интерпретаций 144 статьи семейного кодекса следует принять, можно проследить некоторые тенденции. Все чаще появляются судебные дела, связанные с этой проблемой, и все чаще мнение на эту тему представляется в доктрине. Не исключено, что через несколько лет можно будет с уверенностью определить, который подход победил.

В послесловии хотелось бы также четко представить мое собственное мнение на эту тему. Я считаю, что в последовательности привлечения отчима или мачехи к алиментации следуют ставить их *loco parentis*, при условии, что это будет в соответствии с принципами общественного сосуществования.

Что касается предпосылок привлечения отчима к алиментации, то принимая, что существуют действительные потребности уполномоченного и финансовые возможности обязанного к алиментации, эти предпосылки оцениваются классическим образом — так, как в случае других лиц, обязанных к алиментации. Предпосылка соответствия с принципами общественного сосуществования оценивается в первую очередь и является необходимым условием существования алиментационной обязанности отчима. Предпосылка существования брака между отчимом или мачехой и родителем ребенка не играет решающей роли в вопросе возникновения алиментационной обязанности.

SKUTECZNOŚĆ ZOBOWIĄZUJĄCYCH CZYNNOŚCI ZARZĄDU NIERUCHOMOŚCIĄ WSPÓLNĄ WEDŁUG KODEKSU CYWILNEGO NA PRZYKŁADZIE UMOWY NAJMU

I. Tło i przedmiot rozważań

Zagadnienie, które spróbuję zanalizować w artykule, wynikało na tle stanu faktycznego w jednej ze spraw prowadzonych przeze mnie w Poradni.

Klient zawarł pisemną umowę najmu lokalu mieszkalnego na okres roku. Drugą stroną umowy był współwłaściciel kamienicy, w której znajdował się wynajęty lokal. Po kilku miesiącach trwania stosunku zobowiązaniowego i prawidłowego wykonywania umowy przez obie strony, Klient został pozwany przez innego współwłaściciela, z którym nigdy wcześniej nie miał do czynienia. Powód dochodził zapłaty na swoją rzecz kwoty odpowiadającej liczbie miesięcy trwania stosunku najmu pomnożonej przez część czynszu stosownie do swojego ułamka we współwłasności, przy czym wyjściową wysokość czynszu na potrzeby tego obliczenia określił sam powód, przyjmując kwotę, jaką jego zdaniem pozwany powinien płacić za korzystanie z tego lokalu.

Odpowiedź na pozew zmierzała do wykazania skuteczności zawartej umowy w stosunku do kilku innych współwłaścicieli w tym konkretnym stanie faktycznym. Z teoretycznego punktu widzenia celowe wydaje się jednak całościowe spojrzenie na problem i przeanalizowanie wszystkich hipotetycznych sytuacji i odpowiednich do nich „linii obrony”, mających na celu utrzymanie stosunku prawnego wynikającego z zawartej umowy.

Artykuł będzie też próbą odpowiedzi na pytanie, na czym polega skuteczność zobowiązaniowej czynności zarządu rzeczą wspólną. Z drugiej strony zbadam możliwe przyczyny bezskuteczności takiej czynności w poszczególnych przypadkach oraz co ta bezskuteczność oznacza dla współwłaścicieli i osób trzecich, wchodzących z nimi w stosunki prawne.

Ponadto całość rozważań doprowadzi do wniosków o niezasadności tak określonych żądań powoda i konieczności oddalenia powództwa.

II. Czynność obligacyjna dotycząca rzeczy wspólnej w możliwych reżimach zarządu

1. Ustawowy reżim zarządu rzeczą wspólną

Gdy zarząd nieruchomością wspólną należy do współwłaścicieli, a nie zawarli oni umowy regulującej te kwestie w sposób szczególny, wchodzi w zastosowanie zasada zarządu określone w art. 199-205 Kodeksu cywilnego. Trzeba w pierwszej kolejności ustalić, czy podejmowana czynność mieści się w zakresie zwykłego zarządu rzeczą, czy też go przekracza — od tego bowiem zależy, ilu współwłaścicieli musi wyrazić zgodę na dokonanie takiej czynności. Ustawowy reżim zarządu opiera się zatem na podziale czynności zarządu według ich charakteru i funkcjonuje (poza możliwą interwencją sądu) na zasadach jednomyślności bądź woli większości, w niektórych zaś przypadkach na specjalnych zasadach dotyczących czynności zachowawczych.

1.1. Charakter prawny zgody współwłaścicieli na czynność zarządu

W tym miejscu przede wszystkim należy się bliżej przyjrzeć **zgodzie**, wymaganej przez art. 199 i 201 k.c. i określić jej charakter prawny — w kontekście sytuacji kontrahenta współwłaściciela. Sformułowanie kodeksowe może budzić wątpliwości, stąd jego interpretacje nie są jednoznaczne. Wskazano na jej podobieństwo do uchwały, jeśli traktować ją jako wspólne porozumienie co do dokonania czynności zarządu.¹ Jednak wydaje się, że kiedy ustawa ma na myśli tę postać czynności prawnej, mówi o tym wyraźnie — jak np. w art. 865, 866 k.c.

¹ E. Drozd, *System prawa cywilnego*, t. IV, *Prawo spadkowe*, Ossolineum 1986, s. 432.

Z kolei wspólny punkt wyjścia (przyjęcie, że zgoda jest indywidualnym stanowiskiem każdego współwłaściciela) może także doprowadzić do różnych konkluzji. Jedną z nich brzmi, że zgoda taka jest **oświadczeniem woli współwłaściciela, wchodzącym w skład dokonywanej czynności prawnej**. A zatem nie ma tu zastosowania art. 63 k.c., dotyczący **zgody osoby trzeciej**, ponieważ jeden ze współwłaścicieli nie jest w stosunku do innej osobą trzecią w rozumieniu tego przepisu, pozostającą poza stosunkiem prawnym, na który wyraża zgodę.² Czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu nie może być dokonana przez jednego lub niektórych ze współwłaścicieli, choćby pozostali wyrazili na nią zgodę. Czynność taka musi być dokonana przez wszystkich współwłaścicieli.³ Odpowiednio należy traktować czynność zwykłego zarządu.

Artykuł 199 i 201 k.c. rozumie się tu więc w ten sposób, że w przypadku czynności przekraczającej zwykły zarząd oświadczenie woli muszą złożyć wszyscy współwłaściciele, przez co wszyscy stają się stroną czynności, co dotyczy odpowiednio większości przy czynnościach zwykłego zarządu. To, co przepis nazywa „zgoda”, ma w przedstawianym ujęciu **skutki zewnętrzne**.

Inne rozumienie zgody współwłaścicieli polega na traktowaniu jej oczywiście także jako przejawu ich woli, ale niejako oświadczenia woli będącego częścią czynności prawnej. W konsekwencji należy odróżnić współwłaścicieli udzielających zgody (wszyscy lub większość) od współwłaścicieli będących uczestnikami czynności. Samo udzielenie zgody nie czyni stroną czynności, na którą zgoda zostaje udzielona.⁴ Zdaniem niektórych, jedynie kiedy zgoda znajdzie swój wyraz w uczestnictwie wszystkich czy większości przy czynności przedsięwziętej z osobą trzecią, będzie miała skutek podwójny: wewnętrzny dla samych współwłaścicieli i zewnętrzny — dla obu stron umowy, tj. dla współwłaścicieli i ich kontrahenta.⁵ Wydaje się jednak, że w takiej sytuacji mamy po prostu do czynienia z oświadczeniem woli w rozumieniu art. 60 k.c. i nie ma potrzeby łączyć go z pojęciem zgody.

Problem uznania wymaganej przy czynnościach zarządu zgody współuprawnionego albo za zgodę osoby trzeciej, albo za oświadczenie

¹ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny — komentarz*, t. 1, Warszawa 1972, s. 513; tak też S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*. Warszawa 1999, s. 239 i 242.

² J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny... op. cit.*, s. 513. Taki sam pogląd przyjął, jak się wydaje, S. Rudnicki, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 240.

³ E. Drozd, *System...*, *op. cit.*, s. 430.

⁴ E. Mielcarek, *Podział nieruchomości do korzystania w świetle przepisów kodeksu cywilnego*, *Nowe Prawo* 1965, nr 11, s. 1241-1242.

woli powodujące przystąpienie do dokonywanej czynności zarządu był już rozważany na gruncie zarządu majątkiem wspólnym małżonków — w odniesieniu do zgody na dokonanie czynności przekraczającej zwykły zarząd.⁶ Główne argumenty przemawiające za konstrukcją zgody osoby trzeciej dają się „przeszczepić” także do problematyki zarządu przedmiotem współwłasności w częściach ułamkowych. Mianowicie podkreśla się, że w sytuacji, gdy jedna osoba składa oświadczenie woli, druga zaś wyraża na to zgodę, trudno mówić o ukształtowaniu treści czynności przez dwie osoby, a tym samym o wspólnym jej dokonaniu. Po drugie, żaden przepis nie wymaga, aby zgoda ta wyrażona była wobec kontrahenta współwłaścicieli, jak i nie musi być wyrażona równocześnie lub po złożeniu oświadczenia woli przez współwłaściciela działającego (tj. innego niż ten, który tylko udziela zgody) — tak, jakby trzeba było przyjąć przy koncepcji zgody jako oświadczenia woli stanowiącego składnik czynności zarządu.⁷ Do powyższych argumentów można dodać i taki, że nie wydaje się właściwe doszukiwanie się koniecznego współuczestnictwa w czynności wszystkich lub większości współwłaścicieli w sytuacji, gdy przepisy nie brzmią jednoznacznie, np. „Dokonać czynności... może większość (wszyscy)”. Także z praktycznego punktu widzenia krępowałoby to obrót prawny i groziło jego bezpieczeństwu, bo przecież czynność zarządu można by uznać za dokonaną dopiero z chwilą złożenia oświadczenia woli przez ostatniego z uprawnionych — a nie sposób wymagać od kontrahenta współwłaścicieli, by się orientował w ich gronie. Termin „zgoda” odczytuje się raczej jednoznacznie jako przyzwolenie na działanie, a nie utożsamia z samym tym działaniem; poza tym brzmienie art. 199 i 201 k.c. wyraźnie potwierdza takie rozumienie — zgoda i dokonanie czynności zarządu to dwa różne etapy.

Uznanie zgody z art. 199 i 201 k.c. za zgodę osoby trzeciej, nie zaś za oświadczenie woli konstytuujące na równi z innymi dokonywaną czynność prawną zarządu, będzie miało fundamentalne znaczenie przy poruszanych nieco dalej problemach związanych z wykonywaniem umowy zobowiązującej i trwaniem stosunku prawnego, którego ona jest źródłem.

⁶ S.K. Rzońca, *Instytucja zarządu w prawie cywilnym a zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, *Studia Cywilistyczne* 1981, nr 31, s. 147-149; tenże, *Problem podmiotowej strony czynności zarządu wspólnym majątkiem małżonków w świetle przepisów k.r.o.*, *Krakowskie Studia Prawnicze*, R. VII: 1974, s. 139-143 wraz z cytowaną tam literaturą.

⁷ S.K. Rzońca, *Instytucja zarządu...*, *op. cit.*, s. 148-149.

1.2. Forma zgody a skuteczność dokonanej czynności

Zgoda osoby trzeciej to także oświadczenie woli. Dotyczy go zatem ogólna zasada art. 60 k.c. Jest oczywiste, że „udzielić zgody” znaczy przejawić wolę zaakceptowania działań innego współwłaściciela, wyrazić pozytywne stanowisko odnośnie do danej czynności. Taka treść woli współwłaściciela może być wyrażona także w sposób pozajęzykowy, poprzez zachowanie wskazujące, że aprobeuje on przedsięwziętą przez innego współwłaściciela czynność — na przykład znoszenie spokojnego korzystania z lokalu przez najemcę.

W przypadku, gdy przedmiotem współwłasności jest kamienica z lokalami przeznaczonymi zgodnie przez wszystkich współwłaścicieli na wynajem — tak jak to miało miejsce w wyjściowym stanie faktycznym — zawarcie umowy najmu nie stanowi zmiany przeznaczenia rzeczy, lecz jest kontynuacją normalnej eksploatacji. Wszystkie nawiązane w ostatnich latach przez tych współwłaścicieli stosunki najmu podlegają temu samemu reżimowi — ustawie o najmie lokali mieszkalnych i subsydiarnie Kodeksowi cywilnemu. Jeśli konkretna umowa nie przewiduje żadnych szczególnych obciążeń dla wynajmującego, można bronić stanowiska, że wynajęcie lokalu we wspólnej kamienicy jest czynnością zwykłego zarządu. Przy takim założeniu, zgodę na zawarcie umowy powinna wyrazić większość współwłaścicieli, obliczona według wielkości udziałów, stosownie do art. 201 w zw. z art. 204 k.c. W odpowiedzi na pozew w przykładowej sprawie obrona oparta była m.in. na twierdzeniu, że niektórzy współwłaściciele nie biorący udziału w czynności wyrazili swoją zgodę na jej dokonanie w sposób dorozumiany, przez co wymóg większości został zachowany i umowa najmu jest skuteczna w stosunku do pozostałych będących w mniejszości, w tym powoda.

Ponieważ czynsze z umów najmu lokali są zwykle rozliczane miesięcznie, można przyjąć, że współwłaściciele mogą się stosunkowo szybko zorientować, jakie korzyści płyną z zawartej umowy, a co za tym idzie można zasadnie domniemywać, że wyrażają zgodę na umowę o takiej właśnie treści.

Natomiast tego rodzaju argumentacja zrodziłaby w tej samej sytuacji pewne problemy na gruncie koncepcji zgody — składnika czynności zarządu. I tam nie kwestionuje się, że w wypadku, gdy dla danej czynności nie jest wymagana żadna forma, oświadczenie woli wszystkich lub tylko niektórych ze współwłaścicieli może być wyrażone nawet w sposób dorozumiany, według ogólnej zasady z art. 60 k.c.⁸ Oświadczenia woli

* J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, s. 513.

tej samej treści, lecz niektóre z nich złożone z zachowaniem pewnej formy, a niektóre nieformalnie, byłyby wówczas składnikami jednej czynności prawnej. Współwłaściciela, który wyraża zgodę w sposób dorozumiany, należałoby więc traktować jako stronę umowy najmu ze wszystkimi tego konsekwencjami w zakresie wzajemnych żądań i uprawnień stron. Przy czynnościach przekraczających zwykły zarząd ta koncepcja eliminuje pewne problemy teoretyczne, o których dalej.

Jednak jej zastosowanie w przypadku umowy najmu lokalu budziłoby wątpliwości z tego względu, że jakkolwiek ustawa nie wymaga dla najmu żadnej formy pod rygorem nieważności, to art. 660 k.c. wprowadza formę *ad eventum* w odniesieniu do najmu na czas dłuższy niż rok. Właśnie wobec treści tego ostatniego przepisu powyższa koncepcja nie da się zastosować przy umowie najmu rzeczy wspólnej (lokalu we wspólnej kamienicy) na okres przekraczający rok. Powstałoby bowiem pytanie, jakiego rodzaju umowa została ostatecznie zawarta: czy umowa na czas oznaczony w odniesieniu do współwłaściciela — uczestnika czynności, gdyż w stosunku do współwłaścicieli, którzy mieliby złożyć swoje oświadczenia woli w sposób dorozumiany — umowa zostałaby zawarta na czas nieoznaczony.

13. Brak przedstawicielstwa ustawowego między współwłaścicielami działającymi a niedziałającymi

W doktrynie nie ma natomiast sporów co do tego, że **współwłaściciele działający** (czy przez to rozumieć tylko uczestnictwo w czynności czy także wyrażanie zgody) **podejmują czynności we własnym imieniu i nie reprezentują na zewnątrz pozostałych**.⁹ Samo w sobie sprawowanie zarządu (majątkiem cudzym albo przez osobę współuprawnioną) nie może być bowiem dostateczną podstawą uznania zarządcy za przedstawiciela.¹⁰ Samej, „czystej” zgody pozostałych nie można uznać za umocowanie do działania w ich imieniu. Zwykle bowiem nie zawiera ona w swej treści upoważnienia do działania także w imieniu wyrażającego zgodę i jego woli nawiązania stosunku prawnego z kontrahentem współwłaściciela działającego. W każdym razie nie można takiej woli domniemywać. Przede wszystkim jednak, aby mówić o przedstawiciel-

⁹ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 516, 534; E. Drozd, *System...*, *op. cit.*, s. 430; S. Rudnicki, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 240.

¹⁰ B. Gawlik (w:) *System prawa cywilnego. Tom I — część ogólna*, Ossolineum 1985, s. 737; S.K. Rzońca, *Instytucja zarządu...* *op. cit.*, s. 137.

stwie, musi być spełniony wymóg jawności zastępstwa bezpośredniego, czyli ujawnienie wobec drugiej strony czynności wszystkich osób, które nabeżdą status strony i których mają dotyczyć skutki czynności. Jeżeli działający tego nie ujawni, należy przyjąć, że składa oświadczenie woli we własnym imieniu i ze skutkami prawnymi jego tylko dotyczącymi.¹¹

1.4. Na czym polega wadliwość czynności zarządu podjętej bez zgody

Należy się teraz zastanowić nad skutkami zawarcia umowy o charakterze obligacyjnym przez jednego współwłaściciela w imieniu własnym (czy kilku, ale nie reprezentujących większości), mimo braku wymaganej zgody. Na początek konieczne jest zastrzeżenie, że zakwalifikowanie zgody z art. 199 i 201 k.c. jako zgody osoby trzeciej albo odmówienie jej takiego charakteru jest z tego punktu widzenia nieistotne i nie rozwiązuje problemu sankcji w przypadku braku tej zgody. Artykuł 63 k.c. nie mówi bowiem nic o skutkach czynności podjętej bez zgody. Konkretnie skutki określają dopiero poszczególne przepisy, które zgody wymagają. Niektóre z nich (art. 17,18, 103 k.c., 36,37 k.r.o.) przewidują wyraźnie sankcję bezskuteczności zawieszanej z ewentualną późniejszą nieważnością bezwzględną *ex tunc* dla wszystkich dwustronnych czynności prawnych, w tym także umów tylko obligacyjnych. Natomiast przepisy dotyczące zgody współwłaścicieli nie zostały sformułowane w podobny sposób (np. „Do ważności czynności zarządu potrzebna jest zgoda...”). Wobec tego, mimo że większość autorów przyjmuje jedną sankcję braku wymaganej zgody w odniesieniu do wszystkich czynności prawnych zarządu — nieważność,¹² nic nie wskazuje na to, aby w tym wypadku miała być uchylona zasada, że ważne zobowiązać można się do wszystkiego, co nie jest sprzeczne z prawem ani z zasadami współżycia społecznego, nie ma na celu obejścia ustawy i nie jest niemożliwe w rozumieniu art. 387 k.c. Ważności czynności rozporządzającej (przeniesienia, obciążenia *sensu stricto*, zniesienia prawa podmiotowego) dokonanej bez wymaganej przez art. 199 k.c. zgody, stoi na przeszkodzie zasada *nemo plus iuris*.¹³ W przypadku czynności obligacyjnej nie ma takiego ograniczenia.

¹¹ Z. Radwański, *Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa 1996, s. 232.

¹² J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 510-511; S. Rudnicki, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 239, 242; A. Kawczyńska, J. Kawczyński, *Współwłasność jako szczególna forma własności*. Warszawa 2000, s. 59.

¹³ Z. Radwański, *Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa 1998, s. 102.

Na takim założeniu wydaje się opierać koncepcja, której podstawą jest zróżnicowanie czynności zarządu na faktyczne, obligacyjne i prawnorzeczowe. Skutek w postaci nieważności przypisuje się tu tylko dokonanej wbrew postanowieniom ustawy czynności rozporządzającej. Natomiast dla ważności umowy najmu nieistotna jest sytuacja prawna wynajmującego względem rzeczy wynajmowanej. Kwestia późniejszej ewentualnej niemożności wykonania zobowiązania bynajmniej nie jest równoznaczna z nieważnością umowy. Stąd zgoda współwłaścicieli nie jest warunkiem ważności czynności zobowiązującej, lecz przesłanką jej skuteczności w stosunkach wewnętrznych między współwłaścicielami.¹⁴

Wobec tego, co zostało powiedziane do tej pory, uprawnione będzie stwierdzenie, że **dopiero zgoda czyni ze „zwykłej” czynności prawnej obligacyjnej obligacyjną czynność zarządu rzeczą wspólną.**

Dokonanie takiej czynności bez wymaganej zgody pociąga za sobą ryzyko sprzeciwu pozostałych współwłaścicieli wobec jej wykonania bądź dalszego wykonywania, w stosunku do tych współwłaścicieli nie powstają bowiem żadne skutki dokonanej czynności.¹⁵ W takim przypadku zaktualizuje się odpowiedzialność kontraktowa współwłaściciela wobec jego kontrahenta.

Jeżeli zaś współwłaściciele respektują stosunek prawny, wynikający z czynności podjętej bez ich zgody w imieniu własnym współwłaściciela działającego — nawet jeśli nazwiemy to potwierdzeniem, o którym mówi art. 63 § 1 k.c. — nie można mówić o takich skutkach tego potwierdzenia, jakie ustawa przewiduje dla konstrukcji bezskuteczności zawieszonej. Sankcja ta jest zawsze związana z którymś z przypadków braku zgody osoby trzeciej, jednak nie ma zależności odwrotnej. Czynność prawna niepełna (kulejąca) nie wywołuje zamierzonych skutków prawnych, a dopiero z chwilą potwierdzenia staje się w pełni skuteczna między stronami. Natomiast zobowiązująca czynność zarządu, jak starałam się wykazać wyżej, jest od początku ważna i między stronami skuteczna. Późniejsze jej zaakceptowanie przez pozostałych współwłaścicieli uczyni ją skuteczną w stosunkach wewnętrznych między nimi; co z tego wynika dla osoby trzeciej i samych współwłaścicieli — o tym dalej.

Zgoda współwłaścicieli wymagana jest dla każdej konkretnej czynności zarządu, zarówno samego jej rodzaju, jak i treści. Jeżeli strony zawartej za zgodą umowy najmu zmieniają następnie postanowienia tej umowy na korzyść współwłaścicieli — na przykład wynajmujący współwła-

¹⁴ E. Drozd, *System...*, *op. cit.*, s. 432.

¹⁵ Ku takiemu rozwiązaniu problemu skłania się także F. Zoll, *Najem lokali mieszkalnych*, Kraków 1997, s. 61.

ściciel dokona podwyżki czynszu — istnieje domniemanie, że takie posunięcie powinno zostać zaakceptowane przez udzielających zgody na pierwotną wersję umowy. Jeżeli jednak strony umowy zmieniają treść na niekorzyść współwłaścicieli — najprostszym przykładem obniżka czynszu — udzielona zgoda „wygasa” i współwłaściciele mogą realizować roszczenie windykacyjne w stosunku do najemcy. Współwłaściciele ci są więc związani „samym istnieniem” stosunku zobowiązaniowego wynikającego z czynności o takiej treści, na jaką wyrazili zgodę. Natomiast nie mogą następnie domagać się wprowadzenia zmian w umowie, jak tego chciał powód w opisywanej sprawie, bo to należy wyłącznie do stron.

Inna jest sytuacja współwłaścicieli, którzy nie udzielili zgody na czynność zwykłego zarządu, pozostających w mniejszości. Podjęta czynność staje się skuteczna także wobec nich, mimo że się jej sprzeciwili, a to ze względu na regulację art. 201 k.c, który każe ich traktować tak, jakby wyrazili zgodę.

Nie mają oni żadnego wpływu na treść zawartej umowy, są związanej jej wykonywaniem niezależnie od zmian w treści. Jedyne w sytuacjach skrajnych środkiem obrony będzie skorzystanie z art. 202 lub 203 k.c.

Jeżeli przyjąć, że najem lokalu w sytuacji podobnej do opisanej byłby **czynnością przekraczającą zwykły zarząd**, na którą którykolwiek ze współwłaścicieli nie udzielił zgody, zaktualizuje się jego prawo żądania wydania lokalu, które ma podstawę w prawie do rzeczy wspólnej. Z tego samego źródła wypływa inne roszczenie, które mogłoby tu zostać zrealizowane — mianowicie roszczenie o wynagrodzenie za bezumowne korzystanie z rzeczy. Odpowiedzialność taką reguluje art. 230 k.c i jak podkreślił Sąd Najwyższy, dotyczy takiego posiadacza zależnego, który władając rzeczą w określonym zakresie, nie ma do tego prawa skutecznego względem właściciela.¹⁶

Na tym wyczerpuje się zakres roszczeń współwłaściciela, nawet jeżeli kwestionuje on nie tyle samą umowę, co niektóre jej postanowienia, a strony umowy same ich nie zmieniają. Nie może bowiem żądać wprowadzenia zmian w umowie ani jej wypowiedzieć. Należy jednak zastrzec, że teoretyczne założenia nie zawsze mają pełne przełożenie na praktykę. Na przykład w sytuacji, gdy mamy do czynienia z obligacyjną czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu, której sprzeciwia się tylko jeden z kilku współwłaścicieli, trudno uznać za właściwe rozwiązanie w postaci realizacji roszczenia windykacyjnego przez tego współwłaściciela. Nie może on żądać wydania lokalu wyłącznie na swoją rzecz,

¹⁶ Wyrok SN z 19 listopada 1998 r., III CKN 33/98, OSNIC 1999, nr 6, poz. 110.

a z drugiej strony nie będzie także żądał wydania na rzecz innych, którzy przecież zdecydowali o wynajęciu go. Skoro zatem sprzeciwiający się współwłaściciel nie domaga się dopuszczenia go do współposiadania tego lokalu, a tylko nie wyraża zgody na konkretną umowę, wydaje się, że przeważy interes większości, mimo iż czynność nie została podjęta tak, jak tego wymaga art. 199 k.c. Tylko w sytuacjach skrajnych taki współwłaściciel mógłby się domagać interwencji sądu.

Ci współwłaściciele, którzy udzielili zgody, jak i ci, którzy zostali „przegłosowani”, są jednak związani wykonywaniem czynności przez strony. Podjęta czynność dotyka tych współwłaścicieli w granicach art. 207 k.c, ale „za pośrednictwem” współwłaściciela — strony. Działają on we własnym imieniu, ale **w interesie ogółu** współwłaścicieli — przedmiot współwłasności ma w wyniku zarządzania nim przynosić wymierne gospodarcze korzyści wszystkim uprawnionym.

1.5. Na czym polega skuteczność obligacyjnej czynności zarządu

Niezależnie od szerokiego czy wąskiego rozumienia strony czynności zarządu jeśli chodzi o współwłaścicieli, doktryna jest zgodna co do tego, że **roszczenia wynikające z umowy strony mogą kierować tylko wobec siebie nawzajem i tylko one ponoszą odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania zgodnie z jego treścią.**¹⁷ Stosunki zobowiązaniowe, wynikające z podejmowanych przez współwłaścicieli z osobami trzecimi w ramach zarządu czynności prawnych, nie są podręcznikowym przykładem rozszerzonej skuteczności zobowiązań. Wobec tego sytuacja współwłaścicieli, którzy nie byli uczestnikami czynności zobowiązującej, podjętej zgodnie z regułami zarządu, powinna sprowadzać się jedynie do znoszenia przez nich samego istnienia wynikającego z niej stosunku prawnego, w który jednak, nie będąc stroną, nie mogą ingerować.

Tezę o **skuteczności zobowiązań *inter partes*** także i w tym przypadku wszyscy autorzy popierają jednak przykładem kontrahenta współwłaściciela, który może kierować roszczeniami wynikające z zawartej umowy tylko do drugiej strony. Gdy się jednak bliżej przyjrzyć pozycji współwłaścicieli w analogicznej sytuacji, nasuwa się wniosek, że zasada powyższa zostaje w pewnych przypadkach przełamana z korzyścią dla statusu współwłaścicieli. Otóż jej kategoryczne „przestrzeganie” stawia-

¹⁷ E. Drozd, *System...*, *op. cit.*, s. 431; J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 533-534, 516; S. Rudnicki, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 240; A. Kawczyńska, J. Kawczyński, *Współwłasność...*, *op. cit.*, s. 61.

łoby pod znakiem zapytania status **niektórych czynności, uznawanych za zachowawcze**. Artykuł 209 k.c. daje każdemu ze współwłaścicieli prawo samodzielne, tj. z pominięciem wymogu zgody, wykonywania wszelkich czynności i dochodzenia wszelkich roszczeń, które zmierzają do zachowania wspólnego prawa. Powstaje pytanie, co należy uważać za wspólne prawo w rozumieniu tego przepisu — czy tylko współwłasność?¹⁸

„Klasyczne” czynności zachowawcze mają swoje bezpośrednie źródło w przysługującym współwłaścicielom prawie do rzeczy wspólnej i ich celem jest ochrona przed utratą tego prawa, zdarzeniami powodującymi utrudnienia w korzystaniu z prawa bądź zmniejszeniem jego wartości ekonomicznej.¹⁹ W doktrynie i orzecznictwie przesądzono jednak, że do kategorii czynności zachowawczych należy także zaliczyć dochodzenie pożytków i przychodów, które przynosi rzecz wspólna.²⁰ Niektórzy rozciągają to pojęcie dodatkowo na oświadczenia woli jak odstąpienie od umowy albo wypowiedzenie umowy najmu czy dzierżawy.²¹

Przy tej okazji nie porusza się jednak wprost **kwestii legitymacji współwłaściciela nie będącego stroną już istniejącego stosunku prawnego**, z którego wynika roszczenie czy uprawnienie prawokształtujące realizowane przez niego jako czynność zachowawcza. Problem nie powstałby tylko na gruncie koncepcji utożsamiającej zgodę z oświadczeniem woli współwłaścicieli — przy czynnościach przekraczających zwykły zarząd (zawsze wszyscy będą musieli być ich stroną).

Za uzasadniony uznaje się pogląd, że czynności zachowawczej może dokonać zarówno współwłaściciel sprawujący zarząd rzeczą wspólną, jak i ten, który się tym nie zajmuje.²² Jest to słuszne, gdyż wyjątkowy charakter i cel czynności zachowawczych powinien eliminować wszelkie ograniczenia w ich realizacji. To szerokie ujęcie czynności zachowawczych byłoby jednak z drugiej strony potwierdzeniem przełamania zasady skuteczności zobowiązań *inter partes*, bowiem współwłaściciel, który nie zajmuje się zarządem (tzn. ani nie podejmuje czynności zarządu, ani nawet nie zajmuje stanowiska w tym przedmiocie — jeżeli taka sytu-

¹⁸ Takie stanowisko wydaje się zajmować Z.K. Nowakowski, *System prawa cywilnego*, t. II, Ossolineum 1977, s. 403, 416.

¹⁹ B. Banaszekiewicz, *Roszczenie windykacyjne współwłaściciela ulamkowego przeciw osobie nieuprawnionej*. Przegląd Sądowy 1995, nr 1, s. 68.

²⁰ Najczęściej cytowana uchwała SN — zasada prawna z 14 czerwca 1965 r., OSPiKA 1966, z. 12, poz. 272. Poddaje to w wątpliwość Z.K. Nowakowski (*System prawa...*, op. cit., s. 416), ze względu na fakt, że nie chodzi tu o ochronę wspólnego prawa, związanego z rzeczą jako całością.

²¹ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 539.

²² J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 537.

acją jest możliwa w danym układzie) siłą rzeczy nie będzie także stroną umów zawieranych w ramach tego zarządu.

Na tle przedstawianej sprawy problem sprowadza się do pytania, czy współwłaściciel nie będący wynajmującym mógłby skutecznie dochodzić od najemcy czynszu z powołaniem się na art. 209 k.c.

Wydaje się na początek, że takie działanie mogłoby być usprawiedliwione przy zachowaniu dwóch konstytutywnych cech czynności zachowawczej :

- 1) podjęcie jej w celu ochrony interesu wszystkich współwłaścicieli
- 2) przed możliwym niebezpieczeństwem.²³

Przy sądowym dochodzeniu zaległego czynszu najmu na tej drodze konieczne więc byłoby wykazanie zagrożenia interesu wszystkich współwłaścicieli przez np. zaburzenie prawidłowej gospodarki czy możliwość przedawnienia roszczenia. Niektórzy autorzy uznają za czynność zachowawczą już samo pobieranie czynszu,²⁴ co oznaczałoby, że najemca mógłby się zwalniać z zobowiązania w toku jego normalnego wykonywania także świadcząc do rąk osoby nie będącej jego wierzycielem. A przecież nie ma w tej sytuacji żadnej tak wyraźnej podstawy, jak art. 935 § 1 k.p.c, który zezwala na to zarządcy. Uważam, że jest to pogląd zbyt daleko idący, który poza tym logicznie przeczy istocie czynności zachowawczej.

Charakter wierzytelności z tytułu czynszu najmu, jak również wierzytelności związanej z innymi przychodami z rzeczy wspólnej, mający uzasadniać zakwalifikowanie ich dochodzenia do czynności zachowawczych, określił Sąd Najwyższy w zasadzie prawnej z 14 czerwca 1965 r.²⁵ Stwierdzono tam, że wierzytelność taka jest prawem wspólnym współwłaścicieli w rozumieniu art. 209 k.c. (jednak nie poruszając jednocześnie problemu uczestnictwa w czynności, z której wierzytelność wynika). Jasne jest, że kilku współwłaścicieli może być wierzycielami, jeśli tylko byli razem stroną czynności prawnej. Natomiast nie ma żadnej podstawy do przyjmowania, że każda wierzytelność, przysługująca jednemu albo niektórym współwłaścicielom zostaje także objęta współwłasnością. Nie można tworzyć konstrukcji „współwłasności wierzytelności” na wzór wspólności wierzytelności, jaka może mieć miejsce we wspólności majątkowej małżeńskiej ze względu na postanowienie art. 32 § 1 Kodeksu

²³ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 536.

²⁴ Tak S. Rudnicki, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 256; A. Kawczyńska, J. Kawczyński, *Współwłasność...*, *op. cit.*, s. 56.

²⁵ OSPiKA 1966, z. 12, poz. 272.

rodzinnego i opiekuńczego (k.r.o.)—wierzytelności nabyte zarówno przez oboje małżonków, jak przez jednego z nich wejdą w skład majątku objętego wspólnością. Współwłaściciele nie łączą wspólność majątku, a tylko wspólne prawo do konkretnej rzeczy, stąd rzecz jasna nie może tu istnieć regulacja podobna do art. 32 § 1 k.r.o. Dlatego też nie będą aktualne rozważania o możliwości nawiązania się **stosunku zobowiązaniowego** między współwłaścicielami, którzy czynności nie dokonali, a kontrahentem współwłaściciela działającego i naturze prawnej tego stosunku — czy ma on identyczną treść jak między stronami, czy też ulega modyfikacjom. Uzasadnieniem nabycia przez małżonka nie działającego statusu **strony stosunku zobowiązaniowego** jest bowiem wedle tej koncepcji uczestnictwo we wspólności.²⁶

Skoro zatem przysługiwanie tej wierzytelności kilku współwłaścicielom nie miałyby wynikać z zasad ogólnych, jak też brak między nimi wspólności praw majątkowych — uzasadnienie stanowiska Sądu Najwyższego jest nie do przyjęcia. Nie dałoby się tej sytuacji wytłumaczyć inaczej, jak przez rozszerzoną skuteczność wierzytelności — bo przecież zdarzenie, z którego ta wierzytelność wynika, nie dotyczy wszystkich współwłaścicieli²⁷ — a do tego nie daje podstaw uregulowanie zasad zarządu rzeczą wspólną, dotyczy ono bowiem tylko stosunków wewnętrznych między współwłaścicielami.

W ten sposób łatwo ponadto z wyjątku zrobić zasadę i w trybie czynności zachowawczej (czyli przez każdego bez wyjątku współwłaściciela) dochodzić wykonania każdej umowy.

Współwłasnością są objęte pożytki i inne przychody z rzeczy wspólnej, ale już pobrane, sposób ich dalszego rozliczania określa art. 207 k.c. i jest to już sprawa wewnętrzna współwłaścicieli.

W sprawie naszego Klienta oczywiście było, że powód nie może swojego żądania opierać na konstrukcji czynności zachowawczej. Po pierwsze — nie zachodziło żadne zagrożenie jakiegokolwiek interesu współwłaścicieli, bowiem Klient wywiązywał się z zobowiązania terminowego uiszczania czynszu w umówionej wysokości. Po drugie — żądanie powoda bynajmniej nie miało na względzie interesu wszystkich współwłaścicieli. Skoro zatem żądanie nie może uchodzić za czynność zachowawczą — pozostaje czynnością zwykłego zarządu. Podważa to

²⁶ Koncepcje „skutku zewnętrznego” i „skutku wewnętrznego” wejścia wierzytelności do wspólności analizuje dokładnie S.K. Rzońca, *Wierzytelność jako przedmiot wspólności ustawowej*, Studia Cywilistyczne, Warszawa-Kraków 1976, t. XXVII, s. 144 i n.

²⁷ Jak przy wspólnym dokonaniu czynności albo przy wspólności wierzytelności spadkowej, gdzie zdarzenie prawne spadkobrania obejmuje wszystkich spadkobierców.

(abstrahując od bezzasadności żądania i wątpliwości związanych z brakiem przyniotu strony) legitymację czynną powoda do dokonania takiej czynności bez zgody większości.

Rozszerzona skuteczność czynności zarządu w przypadku małżonków ma miejsce także przy nabyciu przez jednego z nich obowiązku — dlatego, że art. 41 k.r.o. kreuje odpowiedzialność (nie dług) majątkiem wspólnym małżonka nie będącego stroną czynności zarządu. Na gruncie stosunków współwłasności w częściach ułamkowych z oczywistych przyczyn nie ma takich postanowień. Odpowiedzialność (za wydanie lokalu, odszkodowawczą, w ramach rękojmi) z tytułu zawartej umowy ponosi tylko współwłaściciel-strona i tylko do niego może kontrahent kierować roszczenia. Tego rodzaju ciężary, które powstają w ramach stosunku prawnego, rozkładają się między wszystkich współwłaścicieli według art. 207 k.c. albo tak, jak sami o tym postanowią — to wszystko jednak wewnątrz stosunku współwłasności. Dodatkowego argumentu na rzecz bronionej tezy dostarcza interpretacja art. 370 k.c., według której zobowiązanie dotyczące wspólnego mienia, zaciągnięte przez jedną osobę, nie rodzi na podstawie art. 370 k.c. odpowiedzialności solidarnej osób mających tytuł do tego mienia.²⁸

2. Umowny reżim zarządu rzeczą wspólną

Współwłaściciele mogą zawrzeć umowę modyfikującą kodeksowe zasady zarządu, wprowadzając reguły bardziej odpowiadające ich interesom, byle umowa nie sprzeciwiała się ustawie, zasadom współżycia społecznego, nie miała na celu obejścia ustawy i byle nie naruszała przepisów bezwzględnie stosowalnych, dotyczących zarządu rzeczą wspólną.²⁹ Treścią takiej umowy może być na przykład postanowienie, że jeden spośród współwłaścicieli albo nawet osoba trzecia będzie sprawować zarząd, z wyłączeniem uprawnień pozostałych, albo że do czynności przekraczających zwykły zarząd (ewentualnie poza samym rozporządzeniem rzeczą wspólną) wystarczy zgoda większości współwłaścicieli, a do czynności zwykłego zarządu — zgoda ich połowy, albo że większość będzie obliczana nie według wielkości udziałów, lecz według liczby współwłaścicieli, albo że do dokonania określonej czynności zwykłego zarządu

²⁸ M. Sychowicz, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia — zobowiązania*, t. 1, Warszawa 1999, s. 92.

²⁹ Za tego rodzaju przepisy Z.K. Nowakowski uważa art. 202, 203, 204, 208 i 209 k.c. (w:) *System prawa...*, *op. cit.*, s. 412.

będzie wymagana zgoda wszystkich etc.³⁰ Problem skuteczności porozumień względem osób trzecich J. Ignatowicz sprowadza do pytania, „czy byłaby ważna umowa dzierżawy, będąca w konkretnym przypadku czynnością zwykłego zarządu, zawarta przez większość, mimo wcześniejszego porozumienia o konieczności wyrażenia zgody na taką czynność przez wszystkich?” W odpowiedzi uzależnia ważność tej czynności od okoliczności subiektywnej, zachodzącej po stronie osoby trzeciej — mianowicie jej wiedzy o zawartym porozumieniu. Według tego autora, gdyby ta osoba o nim wiedziała, modyfikacja byłaby dla niej wiążąca, gdyby zaś nie wiedziała, „obowiązywałyby ją ustawowe zasady zarządu”.³¹ Ostatnie stwierdzenie wydaje mi się nieco mylące, ponieważ owe zasady zostały stworzone wyłącznie na użytek wewnętrzny i obowiązywać mogą wyłącznie współwłaściciele. Nie można się zatem z tym stanowiskiem zgodzić. Przy zarządzie ustawowym ten sam autor nie uzależnia przecież niewadliwości zawieranej umowy od wiedzy osób trzecich o wysokości ułamka współwłaściciela-kontrahenta ani nie wymaga, by żądały udowodnienia wyrażenia zgody przez innych — a przyjmuje „obiektywną” i jednolitą sankcję nieważności.

Przyjęte w niniejszym artykule stanowisko jest takie, że ważność zobowiązującej czynności zarządu rzeczą, będącą przedmiotem współwłasności ułamkowej, wynika właśnie z jej zobowiązaniowego charakteru. Nie może więc tego zmienić żadna sytuacja wewnętrzna współwłaścicieli. Stąd też i w powyżej przykładowo wymienionych okolicznościach zobowiązująca czynność zarządu będzie zawsze ważna, nawet jeśli została podjęta z pogwałceniem ustalonych zasad. Jeśli zasady te zostały wprowadzone orzeczeniem sądu, konkluzja będzie taka sama, ponieważ to orzeczenie tylko zastępuje odpowiednie porozumienie. Podobnie przy ujawnieniu przez współwłaścicieli zasad zarządu w księdze wieczystej, mającym skutki także tylko w sferze wewnętrznej współwłaścicieli. Z brzmienia art. 16 ust. 2 pkt 3 ustawy o księgach wieczystych i hipotece (u.k.w.h.) wynika, że rozszerzoną skuteczność uzyskuje roszczenie wynikające z zawartej umowy — chodzi tu o roszczenie współwłaścicieli, którzy zawarli umowę modyfikującą, w stosunku do nabywców udziałów o respektowanie jej postanowień. Artykuł 221 k.c. i 16 ust. 2 pkt 3 u.k.w.h. związane są z zagadnieniem zobowiązań realnych między współwłaścicielami i nie mają nic wspólnego z problematyką skuteczności zobowiązujących czynności zarządu.

³⁰ Przykłady za J. Ignatowiczem, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 579.

³¹ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 580.

Mogą jednak powstać wątpliwości w sytuacji, gdy współwłaściciele w umowie wyraźnie obwarują jej postanowienia **sankcją nieważności** na wypadek ich niedotrzymania. Czy nie będzie to miało żadnego znaczenia wobec zobowiązania o wago charakteru czynności? Czy też wejdzie w zastosowanie właśnie taka sankcja?³² Jestem zdania, że czynność zarządu zdziałana wbrew umowie powinna być i w tym przypadku bezskuteczna w stosunku do reszty współwłaścicieli. Nieważność jest sankcją na tyle daleko idącą, że powinna generalnie wynikać wyłącznie z ustawy. Podmioty czynności prawnych mogą wprowadzać do kreowanych przez siebie stosunków tylko za wyraźnym zezwoleniem ustawy na taką właśnie sankcję (np. art. 76 zd. 2 k.c). Przede wszystkim chodzi o ochronę interesu osób trzecich. Sytuacja kontrahenta współwłaściciela, który złamał ustalone zasady, byłaby bowiem gorsza, gdyby zawarta umowa miała okazać się nieważna, a nie „tylko” bezskuteczna w stosunku do pewnych osób, zaś między stronami ważna i rodząca odpowiedzialność kontraktową.

Zróznicowana sytuacja może powstać, jeśli umowa współwłaścicieli powierza zarząd jednemu z nich albo osobie trzeciej. Według niektórych, zarządca umowy działa w imieniu własnym,³³ choć ze skutkiem dla innych współwłaścicieli. Zarządca umowy może jednak zostać ustanowiony **pełnomocnikiem**.³⁴ Wejdą wtedy w zastosowanie reguły rządzące tą instytucją.

3. Sytuacja przy podziale rzeczy wspólnej *quoad usum*

Współwłaściciele mogą w ramach zarządu dokonać stosownie do charakteru rzeczy jej podziału do użytkowania (korzystania). Z momentem zawarcia takiej umowy powstaje dla każdego z nich uprawnienie do wyłącznego korzystania z przypadłej mu części rzeczy wspólnej. Taki stan może być także wynikiem orzeczenia sądowego. W efekcie każdy współwłaściciel oddzielnie używa swojej części, oddzielnie czerpie z niej korzyści, ale także we własnym zakresie ponosi wszystkie wydatki związa-

³² Są to rozważania o tyle teoretyczne, że zapewne niewielu laików jest świadomych różnicy między nieważnością a bezskutecznością czynności prawnej.

³³ S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza — część ogólna*. Warszawa 1999, s. 292.

³⁴ Tak J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 534; A. Kawczyńska, J. Kawczyński, *Współwłasność...*, *op. cit.*, s. 47-48; Z.K. Nowakowski, *System prawa...*, s. 414.

ne z eksploatacją tej części.³⁵ Wyłączne korzystanie oznacza także, że współwłaściciel może zawierać skuteczne co do swojej części umowy obligacyjne z osobami trzecimi,³⁶ na co nie potrzebuje niczyjej zgody — ponieważ zawarcie takiej umowy w ogóle nie stanowi czynności zarządu rzeczą wspólną.³⁷ Skutkiem umowy o podział do korzystania jest więc powierzenie zwykłego zarządu wydzielonymi częściami poszczególnym współwłaścicielom i pozostawienie go ich wyłącznej woli.³⁸ W tym zakresie bezprzedmiotowe stają się kodeksowe bądź umowne zasady zarządu rzeczą wspólną jako całością.

Tu należy się zastanowić nad dyskutowanym już w doktrynie problemem zakwalifikowania umowy o podział do korzystania ze względu na rodzaj czynności zarządu. Ściślej rzecz biorąc, wartość praktyczną będzie mieć odpowiedź na pytanie, ilu współwłaścicieli musi wyrazić zgodę na podział do korzystania. Jest to niezbędne w sytuacji podobnej do opisanej, gdzie po powstaniu konfliktu najemca uzyskał od wynajmującego zapewnienie o zawarciu takiej umowy, tymczasem z samego faktu pozwania najemcy przez innego współwłaściciela, a przede wszystkim z treści pozwu wynikało, że powód albo nie był w ogóle stroną takiej umowy, albo nie respektuje jej postanowień.

Uznanie, że umowa o podział *quoad usum* mieści się w ramach zwykłego zarządu, pozwala na jej zawarcie przez większość skutecznie wobec reszty. Natomiast przyjęcie, że taka czynność przekracza zwykły zarząd, pociąga za sobą konieczność uzyskania na nią zgody wszystkich zainteresowanych. W przeciwnym wypadku podział do korzystania nie będzie mógł być wprowadzony i aktualne pozostaną dotychczasowe reguły zarządu albo rozstrzygnięcie będzie należało do sądu. Wbrew ostatnim wypowiedziom Sądu Najwyższego,³⁹ większość doktryny opowiada się za uznaniem decyzji co do rozdzielnego korzystania z rzeczy wspólnej za czynność przekraczającą zwykły zarząd.⁴⁰ Uważam, że stanowisko uznające konieczność wyrażenia zgody przez wszystkich zainteresowanych jest zasadne. Po pierwsze, rozważana umowa pozbawia współ-

³⁵ Por. uchwałę SN z 8 stycznia 1980 r., OSNC 1980, nr 9, poz. 157; wyrok SA w Gdańsku z 15 czerwca 1993 r., OSA 1994, z. 6, poz. 33; J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 525; S. Rudnicki, *Komentarz...*, op. cit., s. 247, 249.

³⁶ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 527-528.

³⁷ Tak SN w orzeczeniu z 10 czerwca 1994 r., II CRN 53/94, niepublikowane, powołuje się na nie S. Rudnicki (*Komentarz...*, op. cit., s. 238-239).

³⁸ J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 578.

³⁹ Por. postanowienie SN z 6 marca 1997 r., OSNC 1997, nr 8, poz. 111.

⁴⁰ S. Rudnicki, *Komentarz...*, op. cit., s. 241; J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, op. cit., s. 528; Z. K. Nowakowski, *System Prawa Cywilnego*, t. II, Warszawa 1977, s. 413.

właściciele uprawnień względem całej rzeczy wspólnej, które im przysługują z ustawy i stanowią istotę współwłasności. Argument, że taka umowa nie odejmuje współwłaścicielom władztwa nad rzeczą, lecz przeciwnie — konkretyzuje sferę władztwa każdego z nich,⁴¹ można odeprzeć twierdzeniem, że nie każdy współwłaściciel musi być zainteresowany takim rozwiązaniem, bo na przykład nie będzie mógł osobiście zarządzać swoją częścią i dotychczasowy układ mu odpowiadał. Ponadto przecież współwłaścicielom nie jest obojętne, która część rzeczy wspólnej miałaby im przypaść w wyniku podziału (co zarazem oznacza odcięcie ich od innych części) i na jaki okres taka umowa miałaby być zawarta. Konieczne jest zatem uzyskanie zgody wszystkich współwłaścicieli. Tak samo będzie, gdy się uzna podział *quoad usum* za umowę *sui generis*, nie mającą nic wspólnego z czynnościami zarządu.⁴²

Jeżeli zatem umowa o podział do korzystania została zawarta bez udziału choćby jednego ze współwłaścicieli — jest bezskuteczna i nie uchyla dotychczasowych zasad zarządu. Jeżeli zaś w momencie podjęcia zobowiązującej czynności zarządu obowiązywała umowa o podział *quoad usum*, zawarta przez wszystkich współwłaścicieli, umowa najmu (czy inna podobna) jest skuteczna względem współwłaścicieli nie będących wynajmującymi.

Należy jednak zwrócić uwagę na jedno z orzeczeń Sądu Najwyższego,⁴³ które mogłoby mieć zastosowanie w przedstawianej sprawie. Stwierdzono w nim, że nie stanowi podziału *quoad usum* uzgodnienie przez współwłaścicieli, że każdy będzie pobierał czynsz od innego lokalu. Umowa taka stanowi jedynie określenie sposobu podziału między współwłaścicieli dochodu ze wspólnej nieruchomości. Wniosek sąd, że poza tym zasady zarządu pozostają niezmienione, także w przedmiocie zawierania umów obligacyjnych, które taki dochód przynoszą. Gdyby więc po przeanalizowaniu treści umowy sąd doszedł do wniosku, że w istocie współwłaścicielom chodziło jedynie o ustalenie podziału pożytków, odnośnie do samego zawarcia umowy najmu czy innej umowy powróciłby problem zgody na tę czynność.

Powstaje jednak pytanie, jaki wpływ na byt już istniejących stosunków prawnych, zdziałanych przez poszczególne współwłaścicieli

⁴¹ E. Mielcarek, *Podział nieruchomości do korzystania w świetle przepisów kodeksu cywilnego*, Nowe Prawo 1965, nr 11, s. 1242.

⁴² Według E. Drozda (*System...*, *op. cit.*, s. 436 i n.), umowa o podział rzeczy do korzystania, stanowiąc dyspozycję każdego ze współwłaścicieli co do jego uprawnienia z art. 206 k.c. sama nie jest czynnością zarządu.

⁴³ Orzeczenie z 29 grudnia 1967 r., OSNCP 1968, nr 12, poz. 215.

w ramach zarządu autonomicznego, może (czy też powinno) mieć ustanie podziału *quoad usum*. Najogólniej rzecz biorąc, omawiany podział wyłącza współwłaścicieli na pewien oznaczony okres (jeżeli jest terminowy) bądź na czas nieokreślony, od współposiadania i korzystania z całej rzeczy wspólnej. Wygaśnięcie umowy o podział z wpływem pewnego okresu albo podjęte później kroki w celu pozbawienia jej mocy wiążącej, w drodze wypowiedzenia z ważnych powodów⁴⁴ czy przez rozwiązanie,⁴⁵ doprowadza do stanu sprzed jej zawarcia — czyli „odrodzenia się” w stosunku do każdego współwłaściciela uprawnień względem całej rzeczy wspólnej. Tymczasem można sobie wyobrazić sytuację, gdy w czasie trwania podziału współwłaściciele będą zawierać umowy (pociągające za sobą oddanie części rzeczy do korzystania osobom trzecim) na czas oznaczony, dłuższy niż przewidziany dla podziału *quoad usum*, albo takie umowy przy umowie o podział na czas nieokreślony, która następnie została wypowiedziana (rozwiązana), a umów z osobami trzecimi zawartych na czas oznaczony nie można wypowiedzieć.⁴⁶ W takiej sytuacji może dojść do kolizji praw kontrahentów niektórych współwłaścicieli z prawem do współposiadania rzeczy przez wszystkich uprawnionych. Stąd można się zastanawiać, czy umowy zawierane przez poszczególnych współwłaścicieli nie powinny być zharmonizowane z umową o podział. Decydujące znaczenie w określeniu zakresu swobody współwłaścicieli będzie mieć oczywiście treść ich umowy. Jednak gdy brak w tej kwestii wyraźnych postanowień, możliwy do obrony wydaje się pogląd, że po zniesieniu podziału roszczenie współwłaścicieli o dopuszczenie do współposiadania będzie musiało zostać uznane za „silniejsze” od roszczeń kontrahenta współwłaściciela, który zawarł umowę przekraczającą ramy umowy o podział. Musiałoby jednak ono pociągać za sobą konieczność dokonania wypowiedzenia np. umowy najmu przez współwłaściciela-stronę. W takiej sytuacji osoba, która zawarła umowę ze współwłaścicielem, musiałaby się zadowolić roszczeniem odszkodowawczym.

Jeśli natomiast po zniesieniu podziału współwłaściciele zdecydowaliby o utrzymaniu *status quo* w zakresie dalszego trwania wcześniej zawartych umów, zmiana polegałaby na tym, że od tego momentu korzyści z tych umów wchodziłyby do wspólnej puli, ale także wszyscy ponoszą ciężary związane z wykonywaniem stosunków zobowiązaniowych.

⁴⁴ Tak J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 529.

⁴⁵ Tak E. Mielcarek, *Podział...*, *op. cit.*, s. 1239.

⁴⁶ Takie stanowisko zajął ostatnio Sąd Najwyższy w uchwałach z 15 lutego 1996 r., OSN 1996, nr 5, poz. 69 i z 3 marca 1997 r., OSN 1997, nr 6-7, poz. 71.

4. Ustanowienie zarządu sądowego

Jeśli zachodzą przesłanki z art. 203 k.c., może dojść do ustanowienia zarządu sądowego. Skutkuje to wyłączeniem współwłaścicieli od dokonywania czynności zwykłego zarządu. W tym zakresie zarządca działa samodzielnie, według przeważającego stanowiska **w imieniu własnym**.⁴⁷ Współwłaściciele zachowują prawo udzielania zgody na czynności przekraczającą zwykły zarząd. Według art. 936 k.p.c., stosowanego przez odsłanie z art. 611 k.p.c., zarząd nie ma wpływu na umowy najmu lub dzierżawy obowiązujące w chwili jego ustanowienia. Zarządcy wolno jednak wypowiedzieć tego rodzaju umowy i zawierać nowe, z tym że do wydzierżawienia nieruchomości konieczna jest zawsze z mocy tego przepisu zgoda współwłaścicieli. Pożytki cywilne z wcześniej zawartych umów obligacyjnych ma prawo pobierać zamiast dotychczas uprawnionego współwłaściciela zarządca, może ich także dochodzić sądownie (art. 935 § 1 k.p.c.). Wobec odpowiedniego stosowania art. 934 k.p.c., dopiero od momentu wezwania dłużników ze stosunków obligacyjnych nawiązanych ze współwłaścicielami, do uiszczania świadczeń do rąk zarządcy z uprzedzeniem, że świadczenie współwłaścicielowi będzie bezskuteczne — zarządca będzie mógł się domagać powtórnego spełnienia zobowiązania w przypadku niezastosowania się dłużnika do nowych zasad. Do momentu powzięcia wiadomości o ustanowieniu zarządcy, świadczenie do rąk współwłaściciela zwalnia dłużnika. Na równi z powzięciem wiadomości o tym zdarzeniu, należy traktować ujawnienie zarządu w księdze wieczystej.⁴⁸

Wszystkie powyższe uprawnienia uzyskuje zarządca od chwili uprawomocnienia się postanowienia o wprowadzeniu zarządu sądowego. Od chwili ustanowienia prawomocnym postanowieniem zarządcy umowa obligacyjna zawarta nie z nim, lecz ze współwłaścicielem, będzie dokonana z osobą do tego nieuprawnioną. Jednak, jak zostało stwierdzone wyżej, nie będzie nieważna, a bezskuteczna.

⁴⁷ E. Skowrońska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga*, Warszawa 1998, s. 363; J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 519, 534; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza — część ogólna*, Warszawa 1999, s. 292; J. Gudowski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. II, Warszawa 1999, s. 191; B. Gawlik, *System...*, *op. cit.*, s. 741.

* J. Ignatowicz, *Kodeks cywilny...*, *op. cit.*, s. 581.

III. Wnioski końcowe

Przesłanką niewadliwości zobowiązującej czynności zarządu rzeczą wspólną w reżimie ustawowym jest uzyskanie zgody odpowiedniej ilości współwłaścicieli przez współwłaściciela działającego. Wyrażający zgodę pozostają osobami trzecimi wobec nawiązanego stosunku prawnego; działający nie reprezentuje ich. Współwłaścicielom, którzy nie byli stroną czynności zarządu, przysługują w stosunku do osób trzecich tylko roszczenia wynikające z ich prawa do rzeczy wspólnej (np. windykacyjne, negatoryjne), nigdy zaś roszczenia i uprawnienia, których źródłem jest zawarta przez innych współwłaścicieli umowa. Sankcją podjęcia obligacyjnej czynności zarządu wbrew zasadom funkcjonowania poszczególnych reżimów zarządu będzie zawsze bezskuteczność czynności w stosunku do pozostałych uprawnionych, a nie jej nieważność. Wynika to z wyłącznie zobowiązaniowego charakteru czynności zarządu takiej jak najem.

Dominika Rogoń
5th year student
of the faculty of law

EFFICIENCY OF BINDING ACTS OF MANAGEMENT OF REAL ESTATE IN JOINT POSSESSION ACCORDING TO THE CIVIL CODE ON EXAMPLE OF TENANCY AGREEMENT

Summary

The issue, which I try to analyse in this article, resulted from a factual state in one of the cases which I have conducted at the Legal Clinic.

A client entered into a written tenancy agreement of a residential facility for the period of one year. The other party of the agreement was a co-owner of the townhouse in which the rented facility (flat) was located. After a few months, in the course of which the binding agreement was executed properly by both parties, the client was summoned to court by another owner with whom he had never dealt previously. The plaintiff sued to receive payment corresponding to the number of months of the tenancy agreement multiplied by a fraction of the rent appropriately to his share in ownership; the initial amount of rent was defined by the plaintiff himself: he adopted such a figure which according to him, the defendant should pay for the exploitation of the flat.

The above-described actual state constituted a starting point for considerations concerning co-owners managing an object by concluding agreements with third parties of binding character only (not object agreements or agreements with double effect: binding and managing). The topic of this analysis is, therefore, possible systems of management: by Act, by agreement, establishing administrator excluding co-owners from management and a situation in which co-owners divided the object to use and manage.

The aims of the paper are the following:

- First of all, to remind how an owner, in a given regulation of rules of management, should behave when undertaking a binding management act so that it is not defective,
- Secondly, to answer the question what 'defectiveness of binding management act done in defiance of binding regulations for the parties of this act and the other co-owners' means,
- Thirdly, to investigate the status of co-owners who adopt an agreement concluded within the frames of management of a joint object but who have not been a party thereto.

According to the Act, a non-defectiveness prerequisite of a binding act of management of a jointly-owned object is to obtain the consent of an appropriate number of owners by the acting co-owner. If no form is required for a given act, such consent — similarly as any expression of will — may be expressed implicitly in this situation (*per facta concludentia*). In the agreement system, co-owners can define freely the character of a given act and the number of persons agreeing thereto or they can adopt a different mode of undertaking acts of management. In the case in which an administrator is nominated (also by the court), he/she takes over the majority of rights associated with management of a joint object (property) with the exclusion of co-owners. On the other hand, an agreement on division of use makes the rules of ordinary management of a joint object as a whole null and void and entitles (gives authority to) individual owners to conclude binding agreements relating to parts due to them in the period in which the agreement on division is binding.

In systems, in which on consent is necessary for effective undertaking of acts of management, persons expressing their consent (but who do not participate directly in the act) remain **third parties** not only in relation to the **agreement** concluded but also in association with the **jural relation** established; the person acting does not represent them.

A sanction on undertaking a binding act of management against the rules of operation of individual management systems will always be **inefficiency** of act of management in relation to the remaining entitled ones (no consequences of this act will arise in relation to them, therefore, they may oppose its execution) as well as its invalidity (that is the lack of legal consequences in general, also between parties). If those co-owners, who have not expressed consent, oppose its execution (or its continuation), the contractual responsibility of the co-owner acting towards his/her counter-party will be brought up to date.

The sanction of inefficiency, rather than nullity of act, is the result only of the **binding character** of the management act, such as tenancy. In the Polish law, one can **assume any binding obligation** if it is not in defiance of the law or rules of social life and if it is not meant to circumvent the law and is not objectively and permanently impossible. Validity of a management act (transfer, burdening *stricto*, annulment of the material law) executed without the required consent, go against the rule *nemo plus iuris...* In the case of a binding act, there is no such limitation. Additionally, regulations of the Civil Code which mention the consent of co-owners do not require it openly for the **validity** of the act of management as other similar regulations concerning the consent of a third person.

Co—owners, who were not a party of the management act — in relation to third parties — are entitled only to claims for a joint right to an object (eg. vindication, negatory right) — never to claims and titles, the source of which is an agreement concluded by other co-owners. There is no basis for these claims to be due jointly if they are connected with one material law only — the property right — to a given object. Therefore, a co-owner who is not a party cannot demand that the agreement/contract be changed nor terminate it. For this reason, the cognisance led to the conclusion that the thus defined plaintiff's claims are groundless and that these claims should be dismissed.

РЕГУЛЯЦИИ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА ПО ЭФФЕКТИВНОСТИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ, КАСАЮЩИХСЯ УПРАВЛЕНИЯ ОБЩЕЙ НЕДВИЖИМОСТЬЮ, НА ПРИМЕРЕ ДОГОВОРА НАЙМА

Краткое изложение

Вопросы, которые я анализирую в этой статье возникли на основании одного из дел, которое я вела в Университетской юридической консультации.

Клиент заключил письменный договор найма жилого помещения, сроком на один год. Другой стороной договора являлся совладелец дома, в котором находилась сдаваемая в найм квартира. По истечении нескольких месяцев нормального выполнения договора, Клиент был вызван в суд другим владельцем, которого до этого никогда не знал. Истец требовал, чтобы Клиент заплатил ему сумму, соответствующую количеству месяцев существования найма, умноженному на часть наемной платы, соответствующей величине его части в собственности. Причем, исходную величину этих вычислений (наемную плату) истец обозначил сам, принимая такую величину, которую, по его мнению, ответчик должен платить за наем такого помещения.

Описанная ситуация является исходной точкой для размышлений на тему ситуации совладельцев, которые управляют вещью заключая с третьими лицами договора, имеющие только обязательственный характер (а не, например, вещественные договора или договора, имеющие обязательно-распорядительное действие). Предметом анализа являются возможные режимы управления: предусмотренный законом; договорной; учреждающий управляющее лицо, которое отстранит владельцев от управления; ситуация раздела между властителями использования и управления вещью.

Целью статьи является:

- во-первых, описать как, при определенной регулировке правил управления, должен действовать совладелец, совершающий обязательственное действие управления, чтобы оно не было порочным;
- во-вторых, ответить на вопрос, что значит порочность обязательственного действия управления, совершенного с нарушением существующих правил, для сторон этого действия и третьих лиц;

- в-третьих, исследовать ситуацию совладельцев, которые признают действительность договора, заключенного в связи с управлением общей вещью, однако не являются его стороной.

Предпосылкой непорочности обязательственного юридического действия управления общей вещью в режиме предусмотренном законом, является получение действующим владельцем согласия остальных совладельцев. Если рассматриваемое действие не предвидет для своей действительности никакой конкретной формы, то согласие — как и любое волеизъявление — может также подразумеваться (*perfacta concludentia*). Договорной режим дает совладельцам возможность определения характера данного действия без каких-либо ограничений. В случае установления (так же судом) управляющего, он принимает на себя большинство полномочий, связанных с управлением общей вещью, отстраняя совладельцев. Что касается договора о разделе пользования, то на основании такого договора каждый совладелец уполномочен самостоятельно заключать обязательственные договора, предметом которых является часть, принадлежащая ему, во время действия договора о разделе. Таким образом, договор о разделе лишает какого-либо смысла правила обычного управления общей вещью.

В системах, в которых для эффективного выполнения управления необходимо согласие совладельцев, совладельцы, выражающие согласие, но не принимающие непосредственного участия в действии, остаются третьими лицами не только по отношению к заключенному договору, но и по отношению к завязанному юридическому отношению — действующий совладелец не выступает в качестве представителя.

Санкцией за совершение обязательственного действия против правил конкретных режимов управления будет неэффективность такого действия, по отношению к остальным уполномоченным лицам (по отношению к ним никакие результаты этого действия не наступят, а следовательно они могут опротестовать ее выполнение). Санкцией не будет недействительность сделки (т.е. отсутствие юридических последствий вообще, также в отношениях между ее сторонами). Если не выразившие согласия совладельцы опротестуют выполнение (или дальнейшее выполнение договора), то приходит в действие договорная ответственность совладельца по отношению к другой стороне договора.

Санкция неэффективности, а не недействительности, является следствием исключительно обязательственного характера действия управления, которым является найм. Согласно польскому праву, действительным является каждое обязательство, которое не противоречит закону и принципам общественного сосуществования, не старается обойти закон и не является объективно и постоянно невозможным. Действительность распорядительного юридического действия (переноса, обременения *sensu stricto*, отмены субъективного права) совершенного без необходимого согласия, отрицает правило *nemo plus iuris...* В случае обязательственного действия такого ограничения нет. К тому же, в положениях гражданского кодекса, гласящих о согласии совладельцев (также как и в остальных положениях, касающихся согласия третьего лица), нет требования четкого выражения согласия, как условия действительности действия управления.

Совладельцы, не являющиеся стороной действия управления, могут прибегнуть по отношению к третьим лицам только требования, вытекающим из принадлежащих им прав на общую вещь (например, требование возврата имущества).

Однако совладельцы не могут использовать требований вытекающих из договора, заключенного другими совладельцами, поскольку нет никаких оснований, чтобы эти права принадлежали им совместно, если объединяет их только одно вещественное право — право собственности конкретной вещи. Следовательно, совладелец не являющийся стороной договора, не может требовать как изменения содержания договора, так и его расторжения. Поэтому, на основании совокупности всех размышлений, можно сделать вывод, что требования совладельца необоснованы и следует отказать в иске.



Skanowanie i opracowanie graficzne na CD-ROM :



ul. Krzemowa 1

62-002 Suchy Las

www.digital-center.pl

biuro@digital-center.pl

tel./fax (0-61) 665 82 72

tel./fax (0-61) 665 82 82

Wszelkie prawa producenta i właściciela zastrzeżone.

Kopiowanie, wypożyczenie, oraz publiczne odtwarzanie w całości lub we fragmentach zabronione.

All rights reserved. Unauthorized copying, reproduction, lending, public performance and broadcasting of the whole or fragments prohibited.