

Legalność i skuteczność muru granicznego jako instrumentu służącego ograniczeniu napływu uchodźców z punktu widzenia Konwencji genewskiej z 1951 r.

Szymon Zaręba¹

Streszczenie:

Z punktu widzenia Konwencji genewskiej z 1951 r. legalność muru granicznego może być kwestionowana tylko wtedy, gdy konsekwencje jego istnienia są sprzeczne z wyrażoną w art. 33 tej konwencji zasadą non-refoulement. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy dojdzie do jednoczesnego spełnienia kilku warunków. Po pierwsze, przyjmie się liberalną interpretację zasady non-refoulement, zgodnie z którą wynikający z niej zakaz zawracania na granicę obejmuje także osoby próbujące wkroczyć na terytorium danego państwa po to, by skorzystać w nim z ochrony. Po drugie, wzniesiony mur stanie na granicy z państwem, w którym takim osobom grozi niebezpieczeństwo z jednego z powodów wskazanych w art. 33. Po trzecie, państwo, które zbudowało mur, będzie go wykorzystywać nie do regulacji ruchu granicznego, lecz jako środek mający w połączeniu z innymi praktykami służyć odstraszeniu potencjalnych uchodźców. Ocena skuteczności muru jako instrumentu służącego ograniczeniu napływu uchodźców wypada niezbyt korzystnie. Z jednej strony umożliwia on dużo bardziej skuteczną kontrolę ruchu granicznego i generalnie zapobiega przedostawaniu się osób szukających ochrony na terytorium państwa, umożliwiając temu państwu uniknięcie ciężących na nim zobowiązań, przynajmniej zgodnie z tradycyjnym rozumieniem zasady non-refoulement. Z drugiej strony nie może jednak zdjąć z państwa obowiązku rozpatrzenia wniosków o ochronę składanych przez osoby, które wkraczają na przejścia graniczne lub w inny sposób przedostają się na jego terytorium, przynajmniej na krótko.

Słowa kluczowe:

mur graniczny, uchodźcy, Konwencja genewska, Konwencja dotycząca statusu uchodźców, non-refoulement

Link do artykułu:

http://www.pogranicze.uni.opole.pl/biblioteka/docs/tom6/zareba_t6n1.pdf

Standard cytowania (APA):

Zaręba, S. (2018). Legalność i skuteczność muru granicznego jako instrumentu służącego ograniczeniu napływu uchodźców z punktu widzenia Konwencji genewskiej z 1951 r. *Pogranicze. Polish Borderlands Studies*, t. 6, nr 1, s. 31-49.

Chociaż fenomen budowy różnego rodzaju umocnień na granicach państw nie jest absolutnie zjawiskiem nowym, ale praktyką stosunkowo znaną – zwłaszcza po drugiej wojnie światowej – przez bardzo długi czas pozostawał

¹ Mgr Szymon Zaręba – analityk ds. zagadnień z zakresu prawa międzynarodowego i europejskiego w Polskim Instytucie Spraw Międzynarodowych; asystent w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego Instytutu Nauk Prawnych PAN; e-mail: zareba@pism.pl.

zupełnie poza obszarem zainteresowania analiz prawniczych. Dopiero w ciągu dosłownie ostatnich kilkunastu lat do świadomości prawników przebiła się nieco silniej kwestia konieczności przyjrzenia się skutkom powstawania i istnienia takich barier także z prawnego punktu widzenia. Impulsem do tego była wydana w 2004 r. przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) opinia doradcza², dotycząca skutków prawnych budowy przez Izrael na początku XXI wieku muru na okupowanych terytoriach palestyńskich³ (Sorel 2014: 131-132, International Court of Justice 2004)⁴.

- 2 Postępowanie o wydanie opinii doradczej nie ma charakteru spornego, uczestnicy przedstawiają swoje stanowiska, najpierw w formie pisemnej, a potem ustnej. Opinia doradcza formalnie nie ma mocy wiążącej. Jest jednak autorytatywną wykładnią prawa międzynarodowego, co powoduje, że w praktyce jest traktowana jako ostateczne potwierdzenie legalności lub nielegalności sytuacji lub zachowań będących jej przedmiotem. Sędziowie mogą zgłaszać do opinii doradczych zdania odrębne, opinie indywidualne oraz deklaracje.
- 3 Z czysto prawnego punktu widzenia mur, którego dotyczyła ta sprawa, został zbudowany wzdłuż wytyczonej jeszcze w 1949 r. linii demarkacyjnej między Izraelem i należącym wówczas do Jordanii Zachodnim Brzegiem, w wielu miejscach znacznie wykraczając jednak poza tę linię na korzyść Izraela. W praktyce linia ta pełniła jednak *de facto* przez lata rolę granicy między Izraelem i Jordanią, a po zrzeczeniu się przez Jordanię suwerenności nad Zachodnim Brzegiem na rzecz proklamowanego w 1988 r. państwa palestyńskiego – faktycznej granicy między Izraelem a okupowanymi przezeń od 1967 r. terytoriami należącymi do Palestyńczyków. Zbudowany mur pełnił więc faktycznie rolę zbliżoną do muru granicznego, oddzielając obszary podległe suwerennej władzy dwóch różnych podmiotów prawa międzynarodowego. Omawiana sprawa jest zresztą powszechnie cytowana w nielicznych opracowaniach dotyczących prawnych aspektów budowy murów granicznych (Sorel 2014: 131-135, Tomuschat 2010: 171-172, 180-181).
- 4 Wniosek o wydanie opinii skierowało do MTS Zgromadzenie Ogólne ONZ w 2003 r., domagając się odpowiedzi na pytanie o skutki prawne wynikające z budowy muru przez Izrael jako okupanta, na okupowanym terytorium palestyńskim, w tym we Wschodniej Jerozolimie i wokół niej, biorąc pod uwagę normy i zasady prawa międzynarodowego, w tym czwartą Konwencję genewską z 1949 r. oraz odnośne rezolucje Rady Bezpieczeństwa i Zgromadzenia Ogólnego ONZ. W fazie pisemnej swoje stanowiska w sprawie przedstawiło 45 państw (w tym Izrael), Palestyna oraz 4 organizacje międzynarodowe (ONZ, UE, Liga Arabska i Organizacja Konferencji Islamskiej), w fazie ustnej – 12 państw, Palestyna i 2 organizacje międzynarodowe. Trybunał wydał opinię w lipcu 2004 r. Stwierdził, że Zgromadzenie Ogólne było uprawnione do złożenia wniosku o wydanie opinii i że przedstawione przez nie zagadnienie stanowiło kwestię prawną i jako takie mogło być przedmiotem opinii doradczej. Następnie orzekł, że budowa i istnienie izraelskiego muru stanowiły naruszenie szeregu obowiązków spoczywających na Izraelu, m.in. zakazu uzyskiwania nielegalnych nabytków terytorialnych w wyniku użycia siły wynikającego z międzynarodowego prawa zwyczajowego, licznych postanowień Regulaminu haskiego dotyczącego praw i zwyczajów wojny lądowej dołączonego do Konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 r., IV Konwencji genewskiej z 1949 r., Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. i szeregu rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ. Zdaniem MTS na Izraelu spoczywał obowiązek zakończenia tych naruszeń, a więc zaprzestania dalszej budowy muru, rozbiórki tych części muru, które znajdowały się na okupowanych terytoriach palestyńskich i dokonania restytucji szkód materialnych

Mimo to temat borderyzacji nadal pozostaje w literaturze prawniczej – przynajmniej polsko-, anglo- i francuskojęzycznej – zdecydowanie na marginesie, a poświęcone mu opracowania są ograniczone niemal wyłącznie do analiz dotyczących wspomnianej opinii doradczej MTS. Nieliczne wyjątki stanowią dwie prace zbiorowe, w języku francuskim pod red. Jeana-Marca Sorela (2010) i w języku angielskim pod red. Elisabeth Vallet (2014). Niniejszy artykuł będzie próbą częściowego uzupełnienia luki, jaką powoduje brak analogicznych opracowań w piśmiennictwie polskim. Zostanie ona podjęta w drodze analizy zagadnienia budowy i istnienia murów granicznych z punktu widzenia ich legalności, rozumianej jako zgodność lub niezgodność z międzynarodowymi normami dotyczącymi ochrony uchodźców, a konkretnie Konwencją genewską z 1951 r. i dołączonym do niej Protokołem nowojorskim z 1967 r.⁵. Celem zaprezentowanych rozważań będzie odpowiedź na dwa powiązane ze sobą pytania: czy z punktu widzenia wspomnianych traktatów budowa murów pozwala skutecznie ograniczyć liczbę osób poszukujących ochrony międzynarodowej w państwach, które je budują i czy jest, czy też nie jest sprzeczna z postanowieniami tych traktatów. Wybór tematu jest podyktowany dwoma czynnikami. Po pierwsze tym, że w zaproponowanym ujęciu jest to temat śladowo obecny w prawniczej literaturze, przynajmniej polsko-, angielsko- i francuskojęzycznej. Po drugie, jest to kwestia niezwykle istotna w świetle wydarzeń zachodzących w ciągu ostatnich kilku lat, a zwłaszcza postępującej intensyfikacji budowy płotów i murów granicznych w Europie w odpowiedzi na rosnący napływ uchodźców i migrantów z południa i południowego wschodu.

Na wstępie należy jeszcze zauważyć, że w niniejszym opracowaniu zamiennie będą używane słowa mur, płot, bariera czy też umocnienia graniczne, gdyż nazewnictwo nie ma w tym wypadku żadnego wpływu na ocenę prawną (International Court of Justice 2004: 164). Określenia te będą stosowane w odniesieniu do różnego rodzaju konstrukcji uniemożliwiających lub przynajmniej utrudniających jednostkom fizyczne przekraczanie granicy

poniesionych przez osoby, które ucierpiały w wyniku budowy muru. Jednocześnie MTS zastrzegł, że inne państwa miały obowiązek nieuznawania nielegalnej sytuacji wiążącej się z budową muru i niepomagania w żaden sposób w jej dalszym utrzymaniu, a strony IV Konwencji genewskiej miały dodatkowo obowiązek zapewnienia poszanowania przez Izrael jej postanowień. Kilka dni po wydaniu opinii Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło rezolucję ES-10/15, domagając się od Izraela wzięcia pod uwagę stanowiska MTS. Mur, którego dotyczyła opinia, nie został jednak nadal zdemontowany.

5 Protokół dotyczący statusu uchodźców, sporządzony i otwarty do przystąpienia w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r., wszedł w życie 4 października 1967 r., jego stronami jest 146 państw. Por. Protokół dotyczący statusu uchodźców, sporządzony w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517).

państwowej. Analiza nie będzie więc dotyczyć tzw. murów, płotów bądź barier wirtualnych (*virtual fences*), czyli zaawansowanych elektronicznych systemów nadzoru ruchu granicznego, które same w sobie nie powodują utrudnień dla fizycznego przemieszczania się osób. Jak się okaże poniżej, dla oceny prawnej omawianych środków kontroli ruchu granicznego w świetle konwencji z 1951 r. to rozróżnienie jest absolutnie kluczowe.

Zagadnienia ogólne i kwestia skuteczności

Co do zasady prawo międzynarodowe nie zakazuje państwu budowy płotu na granicy z innym państwem. Wynika to z wyrażonej w wyroku Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *Lotus* z 1927 r. (Permanent Court of International Justice 1927: 18) i powszechnie akceptowanej przez społeczność międzynarodową zasady, że ograniczeń swobody działania państw nie można domniemywać. Oznacza ona, że jeśli coś nie jest zakazane przez konkretną normę prawa międzynarodowego, jest przez nie dozwolone. Z uwagi na to, że nie sposób znaleźć wśród norm tego prawa wyraźnego zakazu budowy umocnień granicznych – ani w umowach międzynarodowych, ani wśród norm międzynarodowego prawa zwyczajowego – generalnie nie jest ona zabroniona (Ruiz Fabri 2010: 155-156, Sorel 2013: 134).

Nie oznacza to jednak, że budowa i istnienie każdego muru granicznego są automatycznie zgodne z prawem międzynarodowym. Na legalność jego powstania i istnienia mogą mieć bowiem wpływ inne normy i zasady, które nie dotyczą bezpośrednio barier granicznych, ale wpływają na ich status pośrednio (International Court of Justice 2004: 164-203). Należy do nich zaliczyć na przykład zasadę suwerenności państwowej, zgodnie z którą żadne państwo nie ma prawa wykonywać swojej władzy w jakiegokolwiek formie na terytorium innego państwa (Permanent Court of International Justice 1927: 18, Tomuschat 2010: 178). Sprawia ona przykładowo, że budowa przez jedno państwo odcinka płotu na terytorium innego państwa, nawet kilka metrów w głąb jego terytorium, jest bezprawna i rodzi konieczność jego rozebrania (Tomuschat 2010: 178, 181). Na ocenę legalności istnienia murów granicznych mogą też wpływać niektóre normy zawarte w traktatach dotyczących ochrony prawa człowieka. Tak dzieje się na przykład wówczas, gdy pewne elementy bariery granicznej mogą powodować realne zagrożenie dla życia ludzkiego. Przykładowo, Europejski Trybunał Praw Człowieka określił m.in. rozmieszczenie min przeciwpiechotnych wzdłuż muru berlińskiego i zainstalowanie na nim systemów karabinów automatycznych jako sprzeczne z przyrodzonym prawem każdej istoty ludzkiej do życia i zakazem jego arbitralnego pozbawiania, które zostały wyrażone w art. 6 Międzynarodowego

Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁶ (European Court of Human Rights 2001: 67-73, 100-102).

Potencjalnym źródłem norm, które mogą znaleźć zastosowanie przy ocenie legalności budowy i istnienia murów mogą być także Konwencja dotycząca statusu uchodźców, podpisana w Genewie w 1951 r. wraz z Protokołem dotyczącym statusu uchodźców, sporządzonym w Nowym Jorku w 1967 r. Ta pierwsza, podpisana kilka lat po zakończeniu II wojny światowej, miała na celu konsolidację i rozszerzenie zakresu ochrony przysługującego dotychczas uchodźcom na podstawie wcześniejszych umów międzynarodowych. Dotyczyła więc z jednej strony osób, którym przysługiwał status uchodźcy na podstawie traktatów już będących w mocy, a z drugiej strony – także osób, które nie spełniały kryteriów określonych w tych traktatach, ale stały się uchodźcami w wyniku wydarzeń, do których doszło przed 1 stycznia 1951 r. i mających miejsce bądź to jedynie w Europie, bądź szerzej, na całym świecie (Schmahl 2011: 470-479, Kowalski 2006: 437-438)⁷. Z kolei na mocy protokołu nowojorskiego zniesiono ograniczenia czasowe i geograficzne wynikające z Konwencji z 1951 r. (Schmahl 2011: 473, Kowalski 2006: 438), umożliwiając jej stosowanie do wszystkich nowych sytuacji bez względu na miejsce ich zaistnienia.

-
- 6 Europejski Trybunał Praw Człowieka co do zasady orzeka wyłącznie o zgodności lub niezgodności skarżonych czynów z Europejską Konwencją Praw Człowieka (Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona i otwarta do podpisu w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., weszła w życie 3 września 1953 r., jej stronami jest 47 państw europejskich. Por. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284). Wspomniana sprawa dotyczyła art. 7 Konwencji, czyli zakazu karania osoby, która popełniła dany czyn, jeżeli według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił on czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia (*nullum crimen sine lege*). Z tego powodu Trybunał był zmuszony wypowiedzieć się na temat szeroko pojętej legalności „środków ochrony granicy” NRD, które wdrożono zgodnie z poleceniami lub na rozkaz skarżących, analizując legalność tych środków w świetle ustawodawstwa NRD i umów międzynarodowych wiążących to państwo.
- 7 O ile ograniczenie czasowe do wydarzeń mających miejsce przed 1 stycznia 1951 r. miało charakter bezwzględny, o tyle kwestia zakresu geograficznego została uregulowana w sposób szczególny. W momencie podpisania, ratyfikacji lub przystąpienia do Konwencji z 1951 r. każde państwo miało możliwość złożenia deklaracji ograniczającej zakres jego zobowiązań do wydarzeń, które miały miejsce w Europie. Jeżeli takiej deklaracji nie złożyło, przyjmowano, że akceptowało zobowiązania konwencyjne w odniesieniu do wydarzeń mających miejsce na całym świecie. Z nielicznymi wyjątkami (Francja, Włochy, Luksemburg, Portugalia, Monako i Stolica Apostolska, a wiele lat później – Węgry, Łotwa i Malta) wszystkie państwa europejskie ratyfikowały Konwencję z 1951 r. bez wspomnianego ograniczenia geograficznego do wydarzeń mających miejsce w Europie. Z upływem czasu wszystkie te państwa, które skorzystały z możliwości ograniczenia zakresu geograficznego (oprócz Monako), zrezygnowały z niej zgodnie z odpowiednim postanowieniem Konwencji. Państwa spoza Europy przeważnie opowiadały się za szerszym zakresem ochrony.

Zgodnie z art. 1A pkt 2 Konwencji genewskiej (dalej jako art. 1A) w związku z art. 1 Protokołu nowojorskiego za uchodźcę uważa się osobę, „która na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, obywatelstwa, 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 swojego poprzedniego stałego zamieszkania nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa”⁸. W praktyce najważniejszymi elementami statusu uchodźcy jest więc z jednej strony dążenie do uniknięcia przynajmniej potencjalnie grożącego danej osobie prześladowania z jednego z powodów wymienionych w art. 1A, a z drugiej strony – przebywanie poza granicami państwa, którego jest się obywatelem lub, w przypadku bezpaństwowców, mieszkańcem⁹.

Dla niniejszego wywodu kluczowy jest ten drugi wymóg. Otóż w świetle Konwencji genewskiej uchodźcą człowiek staje się już po „postawieniu stopy” na terytorium innego państwa (Grahl-Madsen 1972: 223-224). Gdy to nastąpi, dana osoba może przynajmniej żądać rozpatrzenia jej wniosku o dokonanie weryfikacji, czy na podstawie Konwencji z 1951 r. przysługuje jej status uchodźcy. I odwrotnie: jeżeli do wkroczenia na terytorium tego państwa nie dojdzie, ta sama osoba nie będzie mogła kierować w stosunku do niego roszczeń. Ta konstrukcja pozwala zrozumieć, co może być jedną z przyczyn obserwowanego w ostatnich latach wzrostu ilości budowanych murów granicznych. Ograniczenia tego rodzaju pozwalają bowiem zapobiec uzyskiwaniu przez napływające osoby, które są lub mogą być prześladowane, możliwości ubiegania się o weryfikację tego, czy przysługuje im status uchodźcy, uniemożliwiając im fizyczne przedostawanie się na terytorium państwa, które buduje barierę. W ten sposób państwa trzymają takie osoby „za proceduralnymi drzwiami” (Vedsted-Hansen 1999: 269-270). Mury stają się więc wyrazem sprawowanej przez każde państwo suwerenności nad należącym do niego terytorium – która w prawie międzynarodowym przybiera postać szerokiego uprawnienia do kontroli i regulacji wjazdu, pobytu i wydalania cudzoziemców (Kowalski 2006: 431). Sprawiają zarazem

8 Osoba dążąca do uzyskania statusu uchodźcy nie może również spełniać szeregu przesłanek negatywnych szczegółowo wyliczonych w art. 1C, D, E i F Konwencji. Ze względu na brak ich większego znaczenia dla niniejszej analizy nie będą one tutaj omawiane.

9 Obawa przed prześladowaniem nie musi koniecznie występować w momencie wyjazdu osoby ubiegającej się o status uchodźcy z państwa pochodzenia. Może pojawić się także podczas pobytu tej osoby w innym państwie – staje się ona wówczas tzw. uchodźcą *sur place* (z fr. „na miejscu”).

wrażenie skutecznego środka prewencyjnego, zapobiegającego samej możliwości powstania po stronie państwa, które je buduje, jakichkolwiek obowiązków wobec potencjalnych przybyszów.

Wbrew pozorom nie jest to jednak ocena w pełni prawidłowa. Przede wszystkim dlatego, że żaden przepis Konwencji nie przewiduje, że dana osoba może spełnić kryteria zawarte w konwencyjnej definicji uchodźcy jedynie w państwie docelowym. W aspekcie przestrzennym wystarczającym czynnikiem jest to, że znajduje się ona poza „granicami państwa, którego jest obywatelem”. Zgodnie z prawem międzynarodowym za terytorium państwa uznaje się oprócz terytorium lądowego także morskie wody wewnętrzne i morze terytorialne, rozciągające się zasadniczo do 12 mil morskich od wybrzeża, a także przestrzeń powietrzną nad tymi obszarami (Czapliński, Wyrozumska 2004: 144). To oznacza, że dana osoba może spełnić przesłanki określone w definicji uchodźcy także wtedy, gdy np. opuści morze terytorialne danego państwa i znajdzie się na tzw. morzu pełnym, które pozostaje poza suwerennością państwową.

Należy także podkreślić, że nawet budowa muru bezpośrednio na granicy z państwem, które stanowi źródło uchodźców – jak w przypadku muru Turcji na granicy z Syrią¹⁰ – nie umożliwi całkowitego zapobieżenia powstaniu uprawnienia do weryfikacji statusu uchodźcy po stronie osób które są lub obiektywnie mogą być prześladowane i stawiają się na takiej granicy. Każda bariera graniczna musi bowiem z przyczyn praktycznych posiadać punkty, które umożliwiają przemieszczanie się z i do państwa znajdującego się po jej drugiej stronie – np. w celu prowadzenia wymiany handlowej i normalnego międzypaństwowego ruchu osobowego. W takich miejscach, ze względu na ich specyfikę, wkraczanie osób uciekających przed prześladowaniami na terytorium państwa – a konkretnie miejsca lokalizacji przejścia granicznego, strefy przejściowej czy tranzytowej itp. – jest realnie możliwe do powstrzymania jedynie z wykorzystaniem siły przez organy państwowe. Abstrahując od konsekwencji politycznych czy społecznych, jakie może nieść taki krok, w przypadku naporu tłumu może niejednokrotnie dochodzić do przekroczenia granicy przynajmniej przez niektóre osoby. Prowadzi to do powstania po stronie danego państwa przynajmniej obowiązku dokonania weryfikacji, czy w świetle Konwencji przysługuje im status uchodźców, czy też nie ma przesłanek, by objąć je ochroną konwencyjną. Z drugiej strony, państwo nie może ustawić swoich funkcjonariuszy przed swoją własną granicą –

10 Nie ma w tym wypadku znaczenia, że Syria nie jest stroną Konwencji genewskiej – wystarczy, iż jest nią Turcja, na której spoczywają obowiązki wynikające z tego traktatu wobec wszystkich osób, które spełniają kryteria określone w jego art. 1A, bez względu na posiadane przez nie obywatelstwo lub jego brak.

to znaczy na terytorium państwa, z którym sąsiaduje i wzdłuż granicy z którym zbudowało mur – o ile nie uzyska jego zgody. W gruncie rzeczy istnienie muru prowadzi więc raczej do uporządkowania ruchu granicznego, czy też przemieszczania się uchodźców wzdłuż granicy. Nie stanowi jednak w pełni skutecznego środka, który pozwalałby całkowicie i zgodnie z Konwencją z 1951 r. wyłączyć obowiązek rozpatrywania wniosków o objęcie ochroną konwencyjną składanych przez osoby przybywające na daną granicę.

Problem legalności

Skoro w toku niniejszej analizy zostało już ustalone, że z punktu widzenia Konwencji z 1951 r. po stronie państw mogą istnieć pewne racjonalne, choć niekoniecznie humanitarne przesłanki, by budować mury graniczne, powstaje pytanie, czy taka budowa nie stoi w sprzeczności z innymi zasadami lub normami zawartymi w tym traktacie. Z całą pewnością nie jest tak w przypadku większości jego postanowień, dotyczących m.in. dostępu do edukacji, zatrudnienia czy opieki społecznej, które stosują się już do osób korzystających ze statusu uchodźcy. W gruncie rzeczy, by można było mówić o bezprawności budowy lub istnienia murów, Konwencja musiałaby: A) zabraniać ograniczania swobody wstępu na terytorium państwa budującego mur osobom, które już posiadają status uchodźcy lub osobom, które dążą do uzyskania statusu uchodźcy w państwie budującym mur bądź B) zakazywać państwu budującemu mur ograniczania uchodźcom możliwości przemieszczania się przez to państwo w celu dotarcia do innych państw, w których zamierzają skorzystać z ochrony.

Analiza brzmienia poszczególnych przepisów Konwencji z 1951 r. pod tym kątem pozwala stwierdzić istnienie trzech postanowień, które potencjalnie mogłyby skutkować nielegalnością istnienia bariery granicznej. Pierwszym z nich jest art. 26, który dotyczy wolności poruszania się. Już po pobieżnym zapoznaniu się z treścią tego przepisu okazuje się jednak, że obejmuje on jedynie uchodźców, którzy przebywają legalnie na terytorium danego państwa – czyli takich, którzy spełnili określone przez nie warunki dotyczące wstępu na to terytorium – a w dodatku umożliwia im tylko swobodne poruszanie się „w granicach tego terytorium”. Dotyczy więc tylko osób, które już się na tym terytorium znajdują, a nie dopiero zamierzają się na nie przedostać, i nie obejmuje prawa do wejścia na nie lub jego opuszczenia (Grahl-Madsen 1972: 421). Interpretacja tego przepisu w taki sposób, by obejmował on również swobodę przekraczania granicy państwa – zarówno osobom uciekającym przed prześladowaniami, które jeszcze nie posiadają statusu uchodźcy, jak i samym uchodźcom – byłaby więc zdecydowanym nadużyciem jako nadmiernie rozszerzająca brzmienie omawianego postanowienia, wbrew jego literze.

To samo dotyczy również drugiego przepisu Konwencji genewskiej dotyczącego przemieszczania się, a mianowicie art. 31 ust. 2. Przewiduje on, że strony Konwencji nie będą nakładać na poruszanie się uchodźców spełniających warunki określone w jego ust. 1 – jakie, o tym poniżej – żadnych ograniczeń „poza tymi, które są niezbędne” i że takie ograniczenia będą stosowane tylko dopóty, dopóki status tych uchodźców w danym państwie „nie zostanie uregulowany lub dopóki nie zostaną przyjęci w innym państwie”. Na podstawie tego przepisu uchodźcy mogliby więc pozornie argumentować, że zbudowany mur stanowi ograniczenie, które uniemożliwia im wstęp na terytorium państwa budującego mur lub tranzyt do innego państwa, w którym mogliby zostać przyjęci i objęci ochroną – i że nie jest to ograniczenie niezbędne. Jak jednak wynika z ust. 1 tego samego przepisu, przewidziana swoboda dotyczy wyłącznie takich uchodźców, którzy spełniają łącznie trzy kryteria, a mianowicie: 1) „weszli lub przebywają” na terytorium państwa nielegalnie, 2) przybyli na to terytorium bezpośrednio z terytorium, w którym byli narażeni na prześladowanie, oraz 3) zgłosili się bezzwłocznie do władz tego państwa przybycia i przedstawili wiarygodne przyczyny swojego nielegalnego wjazdu lub pobytu. Sposób, w jaki zostały sformułowane te warunki, zdecydowanie nie pozwala więc zastosować omawianego postanowienia do osób, które nie znalazły się jeszcze fizycznie na terytorium danego państwa (Grahl-Madsen 1972: 201; Boed 1994: 26)¹¹.

Na legalność budowy i istnienia murów granicznych może jednak pod pewnymi warunkami wpływać jeden z przepisów Konwencji z 1951 r. dotyczący możliwości wydalenia lub zawracania uchodźców, a konkretnie jej art. 33. W tym miejscu wydaje się stosowne przytoczyć w całości jego pierwszy ustęp, bardzo istotny dla niniejszych rozważań: „Żadne Umawiające się Państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne”. Co do zasady¹² przepis ten uniemożliwia więc państwu wydalenie

11 Należy zresztą dodać, że nawet gdy określonej osobie przysługuje wspomniana swoboda, może ona być ograniczona koniecznością np. pozostania przez pewien okres w określonym ośrodku do czasu weryfikacji jego statusu uchodźcy przez przyjmujące państwo. Wynika to bezpośrednio z: art. 2 Konwencji, która zobowiązuje każdego uchodźcę do przestrzegania praw i przepisów państwa, w którym się znajduje, a także środków podjętych w celu utrzymania porządku publicznego oraz art. 9 Konwencji, która pozwala w czasie wojny lub w razie zaistnienia innych poważnych i wyjątkowych okoliczności prawa do podjęcia tymczasowo w stosunku do określonej osoby środków, które uważa za niezbędne dla bezpieczeństwa narodowego – do czasu, aż istnienie tego niebezpieczeństwa nie zostanie wykluczone przez organy przyjmującego państwa.

12 Ustęp drugi art. 33 przewiduje wyjątek od zasady określonej w art. 33 ust. 1, wskazując, że: „Nie może powoływać się jednakże na dobrodziejstwo niniejszego postanowienia [czyli art. 33 ust.

lub zawrócenie uchodźcy do państwa, w którym byłby narażony na prześladowanie. W ten sposób stanowi istotne ograniczenie przysługującego państwom uprawnienia do regulacji wjazdu i pobytu osób niebędących ich obywatelami, które jest uważane za jeden z kluczowych filarów suwerenności państwowej. Nie powinno to jednak budzić zdziwienia – obecnie w literaturze dość powszechnie przyjmuje się, że ta ostatnia nie może być wykonywana współcześnie w sposób nieskrępowany, gdyż ograniczają ją zobowiązania międzynarodowe, które państwa same na siebie przyjęły (Vedsted-Hansen 1999: 273-274, Kowalski 2006: 431).

Niezależnie od powyższego, w doktrynie prawa istnieją bardzo poważne kontrowersje co do rzeczywistych konsekwencji, jakie pociąga za sobą obowiązek wyrażony w art. 33 ust. 1. Kość niezgody stanowi kwestia, w którym momencie można mówić o tym, że państwo postanowiło kogoś „zawrócić” – w samej Konwencji: *return (refouler)*¹³. Ten problem wiąże się zarazem nierozdzielnie z zagadnieniem zakresu podmiotowego zawartej w art. 33 zasady, zwanej zasadą *non-refoulement* – rodząc pytanie o to, czy osoby, które znalazły się w bezpośrednim sąsiedztwie linii granicznej dzielącej dwa państwa, ale fizycznie jej nie przekroczyły, są objęte konwencyjnym zakazem ich zawrócenia.

Zwolennicy pierwszego poglądu twierdzą, że art. 33 ust. 1 nie zobowiązuje stron Konwencji genewskiej do umożliwienia wstępu na ich terytorium osobom uciekającym przed prześladowaniami, nawet spełniającym wszystkie kryteria przewidziane w art. 1A Konwencji, gdyż odnosi się tylko do uchodźców, którzy już znajdują się na terytorium danego państwa (Grahl-Madsen 1972: 94, Hailbronner 1988: 126-128, Boed 1994: 25-26, Hathaway 2005: 301). W celu potwierdzenia takiej interpretacji bywa podnoszony argument, że w trakcie prac nad Konwencją przedstawiciele państw świadomie użyli spornego terminu w dwóch językach, by doprecyzować jego znaczenie i że za wskazaną interpretacją opowiedziały się w debacie m.in. Szwajcaria, Holandia, Włochy, Szwecja, RFN i Wielka Brytania (Weis 1995: 326-334). Zauważa się także, że art. 33 został przyjęty większością 20 do 0, przy jedynie 3 głosach wstrzymujących się (Weis 1995: 337). Wskazuje się też

1] 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”. Niewątpliwie ogranicza on zakres podmiotowy osób uprawnionych na podstawie art. 33 ust. 1, nie ma to jednak większego znaczenia dla dalszego toku wywodu. Nie można bowiem blankietowo zaakceptować podnoszonych niekiedy w dyskursie publicznym tez, że wszyscy uchodźcy zagrażają bezpieczeństwu państw, w których się znajdują lub do których zmierzają. Przedstawione niżej rozważania nie uwzględniają więc grupy osób objętej wyjątkiem przewidzianym w art. 33 ust. 2.

13 Francuski zwrot *refouler* znajduje się także w angielskiej wersji tekstu omawianego traktatu. Por. niżej.

na wielokrotne przypadki niedopuszczania do przekroczenia granicy przez osoby, które dążyły do skorzystania z ochrony przysługującej uchodźcom, które notowano w praktyce międzynarodowej, m.in. przez Tanzanię, Turcję, Pakistan, Macedonię czy Wybrzeże Kości Słoniowej, które powoływały się na masowy napływ ludzi jako czynnik uniemożliwiający im przyjmowanie wszystkich osób pojawiających się na ich granicach, i których działania nie spotkały się z protestami ze strony Wysokiego Komisarza ONZ ds. Uchodźców (Goodwin-Gill 2007: 336-339). Zwraca się również uwagę na orzeczenia sądów krajowych szeregu państw, m.in. na rozstrzygniętą przez amerykański Sąd Najwyższy sprawę *Sale v. Haitian Centers Council* z 1993 r., przez brytyjską Izbę Lordów – sprawę *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport* z 2004 r. czy przez australijski Wysoki Sąd Australii – sprawę *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim* z 2002 r. (Supreme Court of the United States 1993, United Kingdom House of Lords 2004, High Court of Australia 2002). Zdaniem badaczy, którzy interpretują wąsko zakaz wyrażony w art. 33 ust. 1, za taką interpretacją przemawiają też wypowiedzi Wysokiego Komisarza ONZ ds. Uchodźców z 1976 r. (Hailbronner 1988: 127).

Badacze, którzy przeciwstawiają się zaprezentowanej interpretacji, podnoszą z kolei, że stosowanie wyrażonej w art. 33 ust. 1 zasady *non-refoulement* obejmuje także osoby, które pojawiły się przy samej granicy, ale jej nie przekroczyły (Greig 1978: 132-134, Goodwin-Gill 2007: 208, Cherubini 2010: 48-49). Twierdzą oni, że od momentu przyjęcia Konwencji doszło bądź to do zmiany interpretacji jej art. 33 w praktyce (Cherubini 2010: 48-49), bądź też do wytworzenia się normy zwyczajowego prawa międzynarodowego, która wpłynęła na stosowanie art. 33 (Molnár 2016: 53-56). Według nich skutkiem tych zmian jest to, że państwa-strony Konwencji z 1951 r. są zobowiązane umożliwić wstęp na swoje terytorium osobom, które nie przekroczyły jeszcze ich granicy i rozpatrzyć złożone przez nie wnioski o nadanie im statusu uchodźcy – i dopiero, gdy okaże się, że osoby te nie spełniają niezbędnych konwencyjnych kryteriów, by zostać uznane za uchodźców, dokonać ich ewentualnego wydalenia (Greig 1978: 133, Cherubini 2010: 48-49). W celu udowodnienia istnienia takiej praktyki lub normy cytowani badacze zwracają uwagę na szereg niewiążących instrumentów przyjmowanych przez organizacje międzynarodowe, takich jak uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1967 r. Deklaracja o Azylu Terytorialnym, która przewiduje, że żadna osoba ubiegająca się o azyl „nie będzie podlegać takim środkom jak odmowa przyjęcia na granicy (*rejection at the frontier*)¹⁴, lub – jeśli już znajduje się na terytorium, na którym

14 W polskiej literaturze trudno znaleźć tłumaczenie tego zwrotu, który w literaturze angielskiej jest rozumiany jako faktyczne zamknięcie granicy przed przybywającymi uchodźcami, zwłaszcza w przypadkach ich masowego napływu. Można go przetłumaczyć jako „odrzucenie” bądź „nieprzyjęcie”. Oba terminy brzmią jednak po polsku dość sztucznie,

poszukuje azylu – wydaleniu lub deportacji (*return*)¹⁵ do jakiegokolwiek państwa, w którym może podlegać prześladowaniu” (Wierzbicki 2008: 365, United Nations General Assembly 1967). Wśród innych niewiążących dokumentów o podobnej wymowie wskazują także m.in. Rezolucję Komitetu Ministrów Rady Europy z 1967 r. i przyjęte przez państwa Ameryki Łacińskiej w 2004 r. Deklarację i Plan Działania w celu zwiększenia ochrony uchodźców (Molnár 2016: 55, Cherubini 2010: 48-50). Powołują się również na ratyfikowaną przez większość państw należących do Organizacji Jedności Afrykańskiej, a obecnie Unii Afrykańskiej¹⁶ Konwencję z Addis-Abeby z 1969 r.¹⁷, która wyklucza możliwość „odmowy przyjęcia na granicy, zawrócenia lub wydalenia” (*rejection at the frontier, return or expulsion*)¹⁸; Cherubini 2010: 51, Molnár 2016: 54). Akcentują wreszcie także konsekwentne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, m.in. w sprawie *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* z 2012 r. czy Międzypamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, m.in. w sprawie *Caso Familia Pacheco Tineo v Estado Plurinacional de Bolivia* z 2013 r. (Cherubini 2010: 48-57, Molnár 2016: 56-59). Ponadto wskazują na liczne uchwały Komitetu Wykonawczego przy Wysokim Komisarzu ONZ ds. Uchodźców, np. uchwałę nr 82 z 1997 r., w której wskazano, że zasada *non-refoulement* pociąga za sobą konieczność przyjęcia uchodźców (*sic!*) na terytorium państw-stron Konwencji z 1951 r., co obejmuje zakaz odmowy przyjęcia ich na granicy bez sprawiedliwej i skutecznej procedury pozwalającej określić ich status, albo uchwałę nr 99 z 2004 r., która wezwała państwa do zapewnienia „pełnego poszanowania fundamentalnej zasady *non-refoulement*”, w tym niezakazywania ich przyjęcia na granicach bez zapewnienia im odpowiednich gwarancji proceduralnych (Cherubini 2010: 50, Molnár 2016: 52-53).

dlatego za Bogdanem Wierzbickim przyjęto jego tłumaczenie jako „odmowa przyjęcia na granicy”. Nie jest to jednak czynność tożsama ze spotykaną choćby w polskim prawie „odmową wjazdu na terytorium Polski”, która wiąże się z koniecznością rozstrzygnięcia o charakterze władczym podjętego przez organy państwa w stosunku do indywidualnej osoby, zasadniczo w formie decyzji administracyjnej.

- 15 Termin ten autor opracowania przetłumaczyłby raczej jako „zawrócenie” – jak w cytatach powyżej i poniżej – niemniej w polskim tłumaczeniu został on określony jako „deportacja”.
- 16 W 2002 r. w miejsce Organizacji Jedności Afrykańskiej powołano Unię Afrykańską.
- 17 Konwencja OJA dotycząca szczególnych aspektów problemu uchodźców w Afryce, sporządzona i otwarta do podpisu i przystąpienia w Addis Abebie dnia 10 września 1969 r., weszła w życie 20 czerwca 1974 r., jej stronami jest 46 państw spośród 55 państw obecnej Unii Afrykańskiej. Por. OAU Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa, United Nations Treaty Series, t. 1001, nr 14691, s. 45 i n.
- 18 Pełne brzmienie artykułu: „Żadna osoba nie może być poddana przez państwo członkowskie (Organizacji Jedności Afrykańskiej, a obecnie Unii Afrykańskiej) środkiem takim jak odrzucenie na granicy, zawrócenie lub wydalenie, które zmusiłoby ją do powrotu lub pozostania na terytorium, na którym jej życie, integralność fizyczna lub wolność byłyby zagrożone z przyczyn określonych w art. 1, akapitach 1 i 2”.

Chociaż praktyka stosowania traktatu ma znaczenie przy interpretacji używanych w nim pojęć, w omawianym przypadku nie wydaje się ona spójna na tyle, by potwierdzić zmianę interpretacji art. 33 lub wytworzenie się normy zwyczajowej, która miałaby wpłynąć na jego stosowanie. Państwa generalnie opowiadają się za wąskim rozumieniem zasady *non-refoulement*, podczas gdy organizacje i sądy międzynarodowe przeważnie wzywają do jej poszanowania w szerszym zakresie. Z uwagi na to, że w niniejszym krótkim opracowaniu nie sposób jednoznacznie przesądzić o słuszności przedstawionych stanowisk, zasadne wydaje się dokonanie interpretacji problemu istnienia płotu granicznego w świetle obu z nich jako zagadnienia interesującego poznawczo.

Otóż w przypadku przyjęcia węższej interpretacji – to znaczy potraktowania zakazu zawracania uchodźców zawartego w art. 33 ust. 1 jako odnoszącego się wyłącznie do osób już znajdujących się na terytorium państwa objętego tym zakazem – istnienie muru nie może być uważane za nielegalne. Co więcej, z takiej odmiennej, niejako wewnętrznej perspektywy, jego istnienie poniekąd utrudnia zawrócenie uchodźców do państwa, z którego przybyli. Zupełnie inaczej jest w przypadku przyjęcia szerszej interpretacji – to znaczy potraktowania zasady *non-refoulement* jako odnoszącej się także do osób próbujących wkroczyć na terytorium danego państwa po to, by skorzystać w nim z ochrony przysługującej uchodźcom na podstawie Konwencji genewskiej. Wówczas skutki istnienia bariery granicznej można w pewnych okolicznościach uznać za materialnie sprzeczne z art. 33 Konwencji Genewskiej, aczkolwiek wymaga to jednoczesnego ziszczenia się kilku warunków. Zgodnie z art. 33 ust. 1 zabronione jest bowiem tylko zawracanie do granicy terytorium, na którym groziłoby danej osobie niebezpieczeństwo ze względu na jej rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne¹⁹. To sprawia, że w świetle omawianego podejścia istnienie muru można uważać za naruszające Konwencję z 1951 r. tylko wtedy, gdy sprawia on, że osoby dążące do uzyskania statusu uchodźcy w państwie budującym mur są zmuszone do pozostania w państwie po drugiej stronie muru, w którym mogą być prześladowane lub z którego mogą być odesłane do innego państwa, gdzie groziłoby im niebezpieczeństwo.

Jeżeli więc państwo, które zostało oddzielone zbudowaną przez inne państwo barierą gwarantuje poszanowanie przewidzianych w Konwencji genewskiej praw uchodźców, „zawrócenie” takich osób do jego granicy nie zagraża ich życiu lub wolności. Mogą one wówczas starać się skorzystać z ochrony właśnie w państwie, do którego zostały zawrócone. Jeżeli więc, przykładowo, dochodzi do

¹⁹ Ten zwrot jest w literaturze powszechnie traktowany jako synonimiczny z pojęciem prześladowania zawartym w art. 1A ust. 2 Konwencji Genewskiej.

napływu osób ubiegających się o ochronę jako uchodźców z Syrii poprzez Serbię na Węgry, to istnienie muru na Węgrzech narusza w świetle omawianej koncepcji prawa tylko tych uchodźców, którzy są lub mogą być prześladowani w Serbii albo którzy wbrew traktatowym zobowiązaniom Serbii mogą zostać przez nią wydalenii do Syrii. Oczywiście ta wybiórczość nie czyni skutków istnienia muru „bardziej” legalnymi. Już samo naruszenie praw niektórych osób sprawia, że jego istnienie można wówczas określić z prawnego punktu widzenia jako sprzeczne z Konwencją genewską – z uwagi na konsekwencje, jakie wywołuje. Należy jednak podkreślić, że jeżeli pomimo budowy bariery granicznej władze danego państwa skutecznie zapewniają osobom dążącym do uzyskania statusu uchodźcy możliwość wstępu na jego terytorium za pośrednictwem istniejących w niej przejść, trudno postulować bezprawność jej istnienia. Stanowi ona wówczas po prostu jeden ze środków kontroli ruchu granicznego, których stosowanie jest dopuszczalne przez każdy podmiot sprawujący suwerenną kontrolę nad swoim terytorium.

Podsumowanie

Jak wynika z powyższej analizy, stwierdzenie nielegalności budowy lub istnienia muru granicznego w świetle Konwencji z 1951 r. i Protokołu z 1967 r. jest możliwe tylko przy jednoczesnym ziszczeniu się kilku specyficznych warunków. Ze względu na swoją specyfikę Konwencja chroni osoby, które posiadają status uchodźcy, a nie te, które jeszcze tego statusu nie uzyskały, bo nie znalazły się jeszcze poza granicami państwa obywatelstwa lub poprzedniego miejsca zamieszkania. Dlatego stwierdzenie nielegalności bariery granicznej jako prowadzącej do naruszenia zasady *non-refoulement* jest uzależnione od trzech czynników: 1) tego, w jaki sposób interpretuje się treść tej zasady, to znaczy, czy obejmuje ona także osoby chcące uzyskać status uchodźcy, które nie przekroczyły granicy, 2) tego, czy istnieją uzasadnione podstawy, by twierdzić, że takim osobom może grozić prześladowanie w państwie, graniczącym z państwem, które wzniosło mur i 3) tego, do czego dany mur jest w praktyce wykorzystywany. Jednocześnie sposób, w jaki sformułowane są inne postanowienia Konwencji, także te, które regulują swobodę poruszania się, uniemożliwia zakwestionowanie legalności istnienia bariery granicznej na ich podstawie.

Konstrukcja odnośnych przepisów Konwencji z 1951 r. sprawia zarazem, że zgodność z prawem budowy lub istnienia muru granicznego – nawet przy liberalnej interpretacji zasady *non-refoulement* – ma w pewnym sensie charakter płynny. Jest bowiem uzależniona od czynników zmiennych w czasie: tego, czy dana granica jest lub może być w ogóle wykorzystywana przez potencjalnych uchodźców, roli, jaką mur pełni w systemie regulacji ruchu granicznego w danym państwie

i tego, czy państwo oddzielone przez drugie murem przestrzega postanowień Konwencji genewskiej, zapewniając osobom znajdującym się na jego terytorium odpowiednią ochronę przed prześladowaniem z przyczyn wymienionych w art. 1A Konwencji. Jeżeli więc np. państwo oddzielone murem zacznie w pewnym momencie prześladować osoby szukające konwencyjnej ochrony, które znajdują się na jego terytorium, status prawny zbudowanej bariery, której istnienie nie było dotychczas sprzeczne z Konwencją z 1951 r., może ulec zmianie.

Wnioskiem, który można wyciągnąć z powyższych rozważań jest także ten, że budowa barier granicznych nie pozwala na skuteczne i zgodne z prawem zupełne zablokowanie napływu osób dążących do uzyskania statusu uchodźcy. Państwo nie może bowiem odmówić możliwości pozostania na swoim terytorium osobom, które już na to terytorium wkroczyły – na przejściach granicznych lub w innych miejscach przewidzianych do przekraczania przez mur – przynajmniej do momentu weryfikacji ich statusu. W świetle bardziej liberalnych koncepcji nie może także zabronić takim osobom wstępu na swoje terytorium, gdy tylko znajdują się przy jego granicy. Mur może więc być w pełni legalnie wykorzystywany tylko jako instrument służący ściślejszej kontroli procesu przybywania takich osób do danego państwa, ale nie jako skuteczne narzędzie służące całkowitemu powstrzymaniu takiego napływu.

Należy ponownie podkreślić, że zaprezentowana analiza stanowi ocenę dokonaną wyłącznie w świetle Konwencji genewskiej i Protokołu nowojorskiego. Włączenie do niej innych instrumentów międzynarodowych, jak również – a może przede wszystkim – prawa unijnego, mogłoby znacząco wpłynąć na uzyskane wnioski. Wyizolowanie tych dwóch instrumentów pozwala jednak dojść do wniosku, że sama Konwencja pozostawia państwom budującym mury szerokie pole manewru, które niekoniecznie można uważać za pożądane, jeżeli dąży się do zapewnienia odpowiedniej ochrony osobom szukającym w takich państwach schronienia z powodu uzasadnionej obawy przed prześladowaniem. To sugeruje, że wskazana byłaby zmiana Konwencji genewskiej w celu dostosowania jej do współczesnych wyzwań. W świetle zaprezentowanych rozważań mogłaby ona zostać dokonana w drodze doprecyzowania zakresu podmiotowego zasady *non-refoulement* – w taki sposób, by nie ulegało wątpliwości, że ta ostatnia obejmuje także osoby, które nie znalazły się jeszcze na terytorium państwa, do którego próbują się przedostać uciekając przed prześladowaniem, ale dotarły do jego granicy. Z politycznego punktu widzenia w obecnej sytuacji międzynarodowej taka modyfikacja nie wydaje się jednak możliwa do zrealizowania, gdyż liczne państwa-strony Konwencji, które już wybudowały albo budują bariery

graniczne z pewnością sprzeciwiłyby się zmianie pociągającej za sobą tak daleko idące konsekwencje.

Literatura

- Boed, R. (1994). The State of the Right of Asylum in International Law, *Duke Journal of Comparative & International Law*, t. 5, nr 1, s. 1-34.
- Cherubini, F. (2015). *Asylum Law in the European Union*. London-New York: Routledge.
- Czapliński, W., Wyrozumska A. (2004). *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck.
- European Court of Human Rights (2001). *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*. Judgment. Reports of Judgments and Decisions 2001-II, wnioski nr 34044/96, 35532/97 i 44801/98.
- International Court of Justice (2004). Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. ICJ Reports 2004, s. 136-203.
- Goodwin-Gill, G. (2007). Asylum. W: G. Goodwin-Gill, J. McAdam (red.), *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Grahl-Madsen, A. (1972). *The Status of Refugees in International Law. Vol. II: Asylum, Entry and Sojourn*. Leiden: A. W. Sijthoff.
- Greig, D.W. (1978). The Protection of Refugees and Customary International Law. *Australian Year Book of International Law*, t. 8, nr 4, s. 108-141.
- Hailbronner, K. (1988). Nonrefoulement and “Humanitarian” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?. W: D. Martin (red.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s: The Ninth Sokol Colloquium on International Law*. Dordrecht: Springer Science and Business Media.
- Hathaway, J.C. (2005). *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- High Court of Australia (2002). Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar v. Naima Khawar & Ors. High Court of Australia Bulletin, t. 14, s. 1-51.
- Kowalski, M. (2006). Pomiędzy uznaniowością a zobowiązaniem: podstawy prawnomiędzynarodowej ochrony uchodźców. *Politeja*, nr 5, s. 430-444.
- Molnár, T. (2016). The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell. *Corvinus Journal of International Affairs*, t. 1, s. 51-61.
- Permanent Court of International Justice (1927). The case of the S.S. „Lotus”. Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, nr 10, s. 4-33.

- Schmahl, S. (2011). Article 1B. W: A. Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and Its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Sorel, J.-M. (red.). (2010). *Les murs et le droit international*. Paris: Editions A. Pedone.
- Sorel, J.-M. (2014). Is the Wall Soluble into International Law?. W: A. Vallet (red.), *Borders, Fences and Walls. State of Insecurity?* London-New York: Routledge.
- Supreme Court of the United States (1993). Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. v. Haitian Centers Council, inc., et al. United States Reports, t. 509, s. 153-208.
- Ruiz Fabri, H. (2010). Murs, accessibilité et libre circulation. W: J.-M. Sorel (red.), *Les murs et le droit international*. Paris: Editions A. Pedone.
- Tomuschat, Ch. (2010). Murs et responsabilité des États. W: J.-M. Sorel (red.), *Les murs et le droit international*. Paris: Editions A. Pedone.
- UNHCR (2011). United Nations Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees. Geneva: UNHCR.
- United Kingdom House of Lords (2004). Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants). United Kingdom House of Lords Decisions, t. 55, s. 1-70.
- United Nations General Assembly (1967). Resolution 232. Declaration on Territorial Asylum. Adopted at the 1631st plenary meeting, 14 December 1967. UN Documents A/RES/2312 (XXII).
- United Nations General Assembly (1976). Resolution 31/6 A. Policies of apartheid of the Government of South Africa. The so-called independent Transkei and other bantustans. Adopted at the 42nd plenary meeting, 26 October 1976. UN Documents A/RES/31/6A.
- United Nations General Assembly (1979). Resolution 34/93G. Policies of apartheid of the Government of South Africa. Bantustans. Adopted at the 100th plenary meeting, 12 December 1979. UN Documents A/RES/34/93G.
- United Nations General Assembly (1981). Resolution 36/172A. Policies of apartheid of the Government of South Africa. Situation in South Africa. Adopted at the 102nd plenary meeting, 17 December 1981. UN Documents A/RES/36/172A.
- United Nations Security Council (1976). Resolution 402 (1976) of 22 December 1976. Adopted at the 1982nd meeting by consensus. UN Documents S/RES/402 (1976).
- Vallet, E. (red.) (2014). *Borders, Fences and Walls. State of Insecurity?* London-New York: Routledge.

Vedsted-Hansen, J. (1999). Non-admission policies and the right to protection: refugees' choice versus states' exclusion?. W: F. Nicholson, P. Twomey (red.), *Refugee Rights and Realities. Evolving International Concepts and Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press.

Weis, P. (1995). *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.

Wierzbicki, B. (red.) (2008). *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*. Białystok: Temida 2.

The legality and effectiveness of a border wall as an instrument of reduction of influx of refugees under the 1951 Refugee Convention

Abstract:

As a rule, international law does not prohibit building border walls. However, the consequences of construction or existence of a wall, when assessed from the point of view of some customary norms or a treaty, may indirectly affect its legality. One of such treaties is the 1951 Refugee Convention (the Convention). The analysis demonstrates that it is not possible to call a wall illegal in the light of Articles 26 (freedom of movement) and 31 para. 2 (refugees unlawfully in the country of refuge) of the Convention, since, inter alia, both apply to the people already present in the territory of a given State.

The only provision of the Convention which under certain conditions may allow to question the legality of existence of a border wall is Article 33 of the Convention, which establishes the principle of non-refoulement. To make it possible, however, several conditions need to be fulfilled simultaneously. First, a broad interpretation of Article 33 para. 1 must be adopted, which covers also the people who come at the border but have not crossed it yet. Second, the wall must be placed on the border with a State where the life or freedom of at least some of the people seeking refuge in the State building the wall may be threatened on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. Third, the policy of the State which has built it must indicate that the State does not use the wall simply as a means of regulation of the mass influx of people seeking refuge but as a preventive measure combined with other measures aimed at deterring the would-be refugees.

The assessment of the effectiveness of the wall as an instrument designed to curb the mass influx of refugees is not very favourable. Undoubtedly, as a manifestation of sovereign power of a State over its territory, the border fence allows the State to control its border traffic much more effectively. It also helps to keep a large number of people seeking refugee protection "from the procedural door", by not allowing them to enter the territory of the State building the wall and preventing the rise of any obligations towards

them on behalf of said State – at least according to a more traditional interpretation of the principle of non-refoulement. Still, the wall does not relieve the building State from the obligation to at least process the claims for refugee protection submitted by the people who enter border crossings or get to the other side of the border at least for a short time in another way. Thus, as such, it is not a fully effective measure which would completely absolve the State from any obligations towards the people coming at the border and trying to cross it.

Keywords:

border, wall, fence, barrier, refugees, international law, effectiveness, legality, Refugee Convention, Geneva Convention, non-refoulement