

Olga Łachacz*

**ZASADA *NON-REFOULEMENT*
W MIĘDZYNARODOWYM PRAWIE UCHODźCZYM
– ZWYCZAJ MIĘDZYNARODOWY
CZY TEŻ PEREMPTORYJNA NORMA PRAWA
MIĘDZYNARODOWEGO?**

1.

W warunkach współczesnego kryzysu migracyjnego zasada *non-refoulement* stanowi jeden z najistotniejszych standardów postępowania z migrantami. Jej rodowód wiąże się z międzynarodowym prawem uchodźczym, w którym zakaz zawracania osób objętych ochroną międzynarodową lub poszukujących takiej ochrony ewoluował od połowy XIX wieku w związku z formowaniem się koncepcji azylu oraz zasad ekstradykcji przestępców politycznych¹. Zasada *non-refoulement* została ujęta w ramy traktatowe w art. 3 ust. 2 Konwencji z 28 października 1933 r. dotyczącej międzynarodowego statusu uchodźców, ratyfikowanej zaledwie przez osiem państw, z których trzy złożyły zastrzeżenia do tego artykułu, powołując się na konieczność utrzymania swoich kompetencji w kwestii zawracania uchodźców². Następnie, po II wojnie światowej, zakaz *refoulement* znalazł wyraz w Konwencji Genewskiej dotyczącej statusu uchodźców z 28 lipca 1951 r. w art. 33³. Obecnie, poza Konwencją Genewską, do *non-refoulement* odwołują się liczne instrumenty prawa międzynarodowego oraz praw człowieka, powszechne i regionalne, zarówno wiążące, jak i o charakterze *soft law*⁴.

* Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

¹ Na temat rodowodu zasady *non-refoulement* zob. więcej: G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The refugee in international law*, Oxford University Press 2007, s. 201 i n.

² *Ibidem*, s. 202.

³ Konwencja Genewska dotycząca statusu uchodźców z 28 lipca 1951 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515).

⁴ Zob. G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, s. 208 i n.

Stanowiąc pierwotnie normę traktatową, zasada *non-refoulement* przekształciła się już w normę zwyczajową o powszechnym charakterze⁵, który na tle aktualnych uregulowań prawnomiędzynarodowych oraz praktyki państw nie budzi wątpliwości. Według Agencji Organizacji Narodów Zjednoczonych do spraw uchodźców (UNHCR) *non-refoulement* spełnia kryteria definicyjne zwyczaju międzynarodowego wyrażone w Statucie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości⁶ i wiąże również te państwa, które nie są stronami Konwencji Genewskiej oraz Protokołu Nowojorskiego⁷. UNHCR zwraca uwagę na fakt, że państwa nie tylko szanują zakaz *refoulement*, ale także są przeświadczone o konieczności respektowania tego zakazu z uwagi na jego prawny charakter (*opinio iuris*), co jest dowodem zwyczajowego statusu *non-refoulement*⁸. W istocie, państwa nie kwestionują wiążącego charakteru *non-refoulement* i dają temu wyraz w aktach typu *soft law*⁹, a incydenty zwracania osób poszukujących ochrony międzynarodowej starają się uzasadniać na forum międzynarodowym, podając ich przyczyny i usprawiedliwiając swoje postępowanie¹⁰. Praktyka sprzeczna z *non-refoulement* nie jest zatem uznawana za dowód świadczący o niejednolitym stanowisku państw, ale jako naruszenie tej zasady będące podstawą odpowiedzialności.

Zakaz *refoulement* jest interesującym przykładem normy międzynarodowej, która w związku z wartościami w nią wpisanymi i w konsekwencji jej głęboko humanitarnym wymiarem stała się punktem odniesienia dla kilku reżimów prawnych. Odwołują się do niej głównie międzynarodowe prawo uchodźcze oraz międzynarodowe prawo praw człowieka¹¹, które, posługując się *non-refoulement* równolegle, limitują prawo państwa do swobodnego decydowania o tym, kto przebywa na jego terytorium¹². Zakres podmiotowy i przedmiotowy stosowania *non-refoulement* w międzynarodowym prawie uchodźczym i międzynarodowym prawie praw człowieka nie jest jednak tożsamy¹³. Po pierwsze, w reżimie genewskim zakres ten jest

⁵ M. Kowalski, *Pomiędzy uznaniowością a zobowiązaniem: podstawy prawnomiędzynarodowej ochrony uchodźców*, Politeja 2006, nr 1(5), s. 441.

⁶ Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90. W art. 38 ust. 1 zwyczaj międzynarodowy zdefiniowano jako dowód powszechnej praktyki przyjętej za prawo.

⁷ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under 1951 Convention relating to the Status of the Refugees and its 1967 Protocol*, 26 January 2007, s. 7.

⁸ *Ibidem*. Zob. także: J. Allain, *The ius cogens nature of non-refoulement*, International Journal of Refugee Law 2001, vol. 13, s. 538.

⁹ Zob. np. ZO ONZ, Deklaracja w sprawie azylu terytorialnego z 14 grudnia 1967 r.; Deklaracja Rady Międzynarodowego Instytutu Prawa Humanitarnego z 2001 r., w której stwierdzono, że zasada *non-refoulement* jest integralną częścią międzynarodowego prawa zwyczajowego. Por. G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, s. 213 i n.

¹⁰ UNHCR, *Advisory Opinion...*, s. 7.

¹¹ A także międzynarodowe prawo humanitarne i międzynarodowe prawo karne.

¹² G. Gilbert, *Human Rights, Refugees and Other Displaced Persons in International Law* [w:] *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, red. E. de Wer, J. Vidmar, Oxford 2012, s. 177–178.

¹³ G. Gilbert, *op. cit.*, s. 189.

węższy niż w międzynarodowym prawie praw człowieka, gdyż *non-refoulement* chroni właściwie tylko uchodźców oraz osoby ubiegające się o status uchodźcy przed wydaleniem lub zawróceniem do granic terytorium, gdzie ich życiu lub wolności groziłoby niebezpieczeństwo z uwagi na rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne¹⁴. Interpretacja art. 33 Konwencji Genewskiej w kontekście zakresu podmiotowego *non-refoulement*, dokonywana w konkretnych okolicznościach, gdy na granicy trzeba ocenić sytuację cudzoziemca w celu wpuszczenia go bądź odmowy wjazdu na terytorium państwa, może jednak powodować trudności. W toku prac nad Konwencją wskazywano, że przyjęcie restrykcyjnej wykładni art. 33 może pociągnąć za sobą wyłączenie ochrony wynikającej z *non-refoulement* wobec osób nieposiadających ochrony międzynarodowej oraz tych, które znajdują się w pobliżu granicy i nie mogą jej przekroczyć legalnie. Współcześnie, po dekadach stosowania Konwencji, ugruntowała się szersza wykładnia zakresu podmiotowego zakazu *refoulement*, według której zasada obejmuje także osoby poszukujące ochrony międzynarodowej niezależnie od tego, czy znajdują się na terytorium państwa, czy też dopiero dotarły do granicy¹⁵. Dodatkowa warstwa aksjologiczna zasady *non-refoulement* sprawia, że nie należy jej postrzegać tylko w czysto normatywnym kontekście, lecz nakazuje, by dokonywać realistycznej oceny jej stosowania i uwzględniać potrzeby zmieniającej się rzeczywistości stawiającej nowe wyzwania przed międzynarodowym prawem uchodźczym. Natomiast w międzynarodowym prawie praw człowieka *non-refoulement* chroni nie tylko uchodźców, ale cudzoziemców w ogóle, podlegających na przykład ekstradycji lub wydaleniu, przed zawróceniem ich do państwa, w którym narażeni byłiby na tortury lub inne nieludzkie i poniżające traktowanie lub karanie¹⁶. Przed zawróceniem do państwa, w którym cudzoziemiec byłby narażony na tortury, chroni art. 3 Konwencji z 10 grudnia 1984 r. w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania, natomiast przepisy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych rozszerzają tę regulację również na okrutne, nieludzkie i poniżające traktowanie lub karanie (art. 2, art. 7). Jakkolwiek *non-refoulement* nie wynika bezpośrednio z przepisów Paktu ani regulacji Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, to linia orzecznicza organów stojących na straży tych instrumentów nie pozostawia wątpliwości co do związku *non-refoulement* właśnie z zakazem tortur oraz prawem do życia¹⁷. Zakres podmiotowy *non-refoulement* nie jest tu limitowany i uzależniony

¹⁴ Zob. art. 33 Konwencji Genewskiej dotycząca statusu uchodźców.

¹⁵ Zob. G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, s. 208.

¹⁶ Zob. np. na poziomie powszechnym: Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania z 10 grudnia 1984 r. (Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378); Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167) oraz np. na poziomie europejskim: Europejska Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) wraz z orzecnictwem strasburskim dotyczącym omawianego zagadnienia.

¹⁷ C.W. Wouters, *International Legal Standards for the protection of refoulement*, Leiden 2009, s. 1 i n.

od posiadania lub ubiegania się o status uchodźcy. Po drugie, na gruncie art. 33 ust. 2 Konwencji Genewskiej dopuszczalne są wyjątki od zakazu *refoulement*¹⁸ (omówione w dalszej części opracowania). Wyjątków w odniesieniu do zasady nie formułuje natomiast międzynarodowe prawo praw człowieka, i zważywszy, że zakaz tortur ma charakter absolutny, to w konsekwencji również zasadzie *non-refoulement* takiego charakteru się nie odmawia¹⁹. Po trzecie wreszcie, uregulowania Konwencji Genewskiej, w przeciwieństwie do reżimu praw człowieka, nie przewidują kontrolnego mechanizmu sądowego, stojącego na straży postanowień konwencyjnych w sytuacji naruszeń praw osób fizycznych, co powoduje konieczność uciekania się w niektórych bardziej skomplikowanych kwestiach interpretacyjnych do wykładni czynionej przez organy państwowe, instytucje organizacji międzynarodowych lub doktrynę²⁰. Wyjątek stanowią spory międzypaństwowe, które na gruncie art. 38 Konwencji powinny być rozstrzygane przez MTS. Do tej pory jednak żaden spór dotyczący interpretacji Konwencji do MTS-u nie trafił (nie wspominając nawet o sporze dotyczącym wykładni art. 33), ale gdyby tak się stało, możliwa byłaby ocena, czy interpretacja dokonana przez MTS mogłaby się równać sile wpływu wywieranego na praktykę państw przez utrwaloną linię orzecniczą, np. Trybunału w Strasburgu.

Rozróżnienie zakresów stosowania *non-refoulement* w prawie uchodźczym oraz międzynarodowym prawie praw człowieka nie ma większego znaczenia z czysto humanitarnego punktu widzenia, ale jest istotne dla badania zakazu zawracania w kontekście statusu *ius cogens* i jego ewentualnych konsekwencji, obejmujących na przykład kwestie odpowiedzialności państw za naruszenie zakazu. O ile w reżimie praw człowieka obiektywnie doktryny co do bezwzględnie wiążącego charakteru *non-refoulement* są mniejsze, to w piśmiennictwie dotyczącym międzynarodowego prawa uchodźczego stanowiska autorów są bardziej podzielone²¹. Rozważania dalszej części opracowania będą dotyczyć rangi i charakteru zasady *non-refoulement* w reżimie genewskim. Odpowiedź na pytanie postawione w tytule jest ukierunkowana na analizę *non-refoulement* w kontekście spełnienia wymogów definicyjnych normy *ius cogens* wyrażonych w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (KWPT)²².

2.

Zgodnie z art. 53 KWPT *ius cogens* to norma przyjęta i uznana przez wspólnotę międzynarodową jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone i którą można zmienić jedynie normą powszechnego prawa międzynarodowego, mającą taki sam charakter. Zakładając, że powyższa definicja odnosi się także do innych, poza prawem traktatów, działów prawa międzynarodowego, analiza zasady

¹⁸ UNHCR, *Advisory Opinion...*, s. 5.

¹⁹ M. Dean, *Bridging the Gap: Humanitarian Protection and the Convergence of Laws in Europe*, *European Law Journal* 2014, vol. 20, no. 1, s. 45.

²⁰ *Ibidem*, s. 47.

²¹ Zob. np. G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, przypis 421, s. 346.

²² Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 23 maja 1969 r., Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

non-refoulement w kontekście jej statusu *ius cogens* wymaga zbadania, czy zasada ta czyni zadość wymogom definicyjnym prawnomiędzynarodowych norm imperatywnych z art. 53 KWPT. Według C. Mika potencjalna norma *ius cogens* powinna spełniać łącznie dwa kryteria: socjologiczne i normatywne (formalnoprawne)²³. Kryterium socjologiczne łączy się z trybem powstawania oraz zmiany normy *ius cogens*, a kryterium normatywne – z zakazem derogacji²⁴. W tym kontekście, według pierwszego z kryteriów, *non-refoulement* powinna być normą powszechną zaaprobowaną przez znaczną większość państw świata, a przyjmując szerokie ujęcie wspólnoty międzynarodowej – również przez podmioty niepaństwowe, takie jak organizacje międzynarodowe. Spełnienie drugiego z kryteriów wymaga z kolei, by norma nie podlegała odzuceniu lub odstępstwom, a także zmianom lub choćby częściowym odstępstwom²⁵.

Pogląd, według którego zasadzie *non-refoulement* należy przypisywać status normy *ius cogens*, głosił począwszy od lat 80. XX w. Komitet Wykonawczy UNHCR. W 1982 roku w konkluzjach nr 25 Komitetu stwierdzono, że zasada *non-refoulement* powoli uzyskuje taki status²⁶, a następnie w 1996 roku ogłoszono, że *non-refoulement* nie może być przedmiotem derogacji (konkluzje nr 79, pkt I)²⁷. Konkluzje Komitetu Wykonawczego UNHCR są jednak instrumentem politycznym typu *soft law* i nie mają mocy wiążącej. Niekiedy wskazuje się, że Komitet Wykonawczy tworzą przedstawiciele państw, lecz konkluzje nie stanowią oficjalnego uzgodnienia ich poglądów. Są odzwierciedleniem stanowiska Komitetu jako organu, który ma doradzać UNHCR podczas realizacji jego funkcji²⁸. Konkluzje zawierają ważne wskazówki nie tylko dla państw, ale także dla UNHCR²⁹, którego rolą jest czuwanie nad stosowaniem postanowień Konwencji Geneńskiej, nawet jeśli nie przewiduje ona sprawnego mechanizmu implementacyjnego i kontroli sądowej. Konkluzje pełnią funkcje *guidelines*, przez co wpływają na *opinio iuris* państw³⁰. Dlatego deklaracje co do statusu *ius cogens* zasady *non-refoulement* w konkluzjach można uznać jedynie za zapowiedź pewnej tendencji w międzynarodowym prawie uchodźczym, a nie oficjalnego stanowiska państw w tej kwestii, które mogłoby być dowodem szerokiej aprobaty dla imperatywnego charakteru *non-refoulement*.

W innych dokumentach z zakresu prawa uchodźczego pogląd, zgodnie z którym *non-refoulement* ma status normy *ius cogens*, można odnaleźć w zasadzie tylko w po-

²³ C. Mik, *Ius cogens we współczesnym prawie międzynarodowym* [w:] *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, red. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2011, s. 195.

²⁴ *Ibidem*, s. 196.

²⁵ *Ibidem*, s. 205.

²⁶ UNHCR Executive Committee, 33rd session, *General Conclusion on International Protection No. 25 (XXXIII)*, 1982, UN General Assembly Document No. 12A (A/37/12/Add.1).

²⁷ UNHCR Executive Committee, 47th session, *General Conclusion on International Protection no 79 (XLVII)*, 1996, UN General Assembly document A/AC.96/878 and document No. 12A (A/51/12/Add.1).

²⁸ C.W. Wouters, *op. cit.*, s. 45.

²⁹ *Ibidem*, s. 45–46.

³⁰ Np. Malawi, UN doc. A/AC.96/SR.431, par. 32, za: G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, s. 218, 217.

ludniowoamerykańskiej deklaracji z Kartaginy³¹ z 1984 roku. W pkt 5 części III deklaracji państwa uczestniczące w konferencji przyjęły, że zasada *non-refoulement* „is imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of *ius cogens*”. Deklaracja jest jednak dokumentem regionalnym i nie ma charakteru prawnie wiążącego. Należy ponadto mieć na uwadze, że zgodnie z art. 53 KWPT norma *ius cogens* powinna być przyjęta przez wspólnotę międzynarodową jako całość, co rodzi pewne trudności w przypadku jej przyjęcia przez państwa określonego regionu. Na marginesie należy dodać, że również doktryna nie dostarcza wyraźnych wskazówek co do zakazu *refoulement* w kontekście *ius cogens* i reprezentowane w niej zdania są podzielone. Na przykład szeroko cytowany w piśmiennictwie J. Allain, idąc za głosem Biura Wysokiego Komisarza ds. Uchodźców, stwierdza, że zasada *non-refoulement* jest bliska osiągnięcia statusu *ius cogens* oraz podnosi, że status taki pozwalałby na pokonanie wielu wyzwań stojących przed społecznością międzynarodową w dziedzinie ochrony uchodźców³². Interesujący jest także fakt, że Autorzy analizujący zagadnienie obowiązywania norm *ius cogens* w prawie międzynarodowym³³, podając ich przykładowy katalog, bardzo rzadko umieszczają w nim zasadę *non-refoulement* rozumianą w kontekście art. 33 Konwencji Genewskiej.

W myśl drugiego kryterium sformułowanego w art. 53 KWPT norma *ius cogens* nie może podlegać derogacji ani formalnej (w drodze umów międzynarodowych lub aktów prawa wewnętrznego), ani nieformalnej (dokonywanej w następstwie wykładni). Ponadto zakaz derogacji implikuje zakaz składania zastrzeżeń lub deklaracji interpretacyjnych, których celem miałyby być jednostronne zmiany zakresu stosowania normy, ale jednocześnie nie wyklucza dopuszczalności wyjątków od norm imperatywnych. Wyjątki te powinny być jednak doprecyzowane i nie mogą pozwalać na swobodną interpretację³⁴. W art. 33 ust. 2 Konwencji Genewskiej przewidziano dwa wyjątki od zakazu *refoulement*: sytuacja, w której istnieją uzasadnione obawy, że uchodźca może być uznany za zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub gdy jest osobą skazaną prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie i stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa danego państwa. Trzeci wyjątek wynika z art. 1 lit. F Konwencji Genewskiej i dotyczy osoby wyłączonej z możliwości uzyskania statusu uchodźcy, jeśli wobec tej osoby istnieją poważne podstawy, by sądzić, że popełniła przestępstwo przeciwko pokojowi, zbrodnię wojenną, zbrodnię przeciw-

³¹ *Cartagena Declaration on Refugees*, adopted by the Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama, Cartagena de Indias, Colombia, 22 November 1984, <http://www.unhcr-centraleurope.org/pdf/resources/legal-documents/international-refugee-law/1984-cartagena-declaration-on-refugees.html> (dostęp: 11.11.2016).

³² J. Allain, *op. cit.*, s. 537. Autor polemizuje z G.S. Goodwin-Gill i J. McAdam, twierdząc, że status *ius cogens* zasady *non-refoulement* przyniosłoby społeczności międzynarodowej wiele korzyści. Zob. także: A. Farmer, *Non-refoulement and ius cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection*, *Georgetown Immigration Law Journal* 2008, vol. 23, s. 1–38.

³³ Zob. np. A.A. Cançado Trindade, *Ius cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*, <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf> (dostęp: 14.11.2016).

³⁴ C. Mik, *op. cit.*, s. 205 i n.

ko ludzkości, poważne przestępstwo o charakterze niepolitycznym poza terytorium państwa, w którym ubiega się o status uchodźcy, lub jest winna czynów sprzecznych z celami i zasadami ONZ. UNHCR zaleca, by wyjątki te interpretować restrykcyjnie i z największą uwagą, dokonując każdorazowo oceny, czy uchodźca popełnił poważne przestępstwo, jakie były okoliczności popełnienia czynu oraz jakie są szanse na resocjalizację i reintegrację uchodźcy³⁵. Nawet mimo nakazu restrykcyjnej wykładni wyjątków ich stosowanie przez państwa nie zawsze jest jednolite, szczególnie w re-aliach masowego napływu uchodźców lub w trakcie działań antyterrorystycznych³⁶.

Inne źródła międzynarodowego prawa uchodźczego nie powielają rozwiązań konwencyjnych, co nie sprzyja wykształceniu się jednolitej praktyki stosowania wyjątków. Na przykład Konwencja Organizacji Jedności Afrykańskiej z 1969 roku dotycząca specyficznych aspektów problemu uchodźstwa w Afryce nie przewiduje w ogóle wyjątków od *non-refoulement*, a Azjatycko-Afrykańskie Zasady dotyczące traktowania uchodźców z 1966 roku i Deklaracja w sprawie Azylu Terytorialnego z 1967 roku posługują się jedynie kryterium zagrożenia bezpieczeństwa państwa i konieczności ochrony ludności³⁷. Dopuszczając wyjątki, Konwencja Genewska w art. 42 ust. 2 oraz Protokół Nowojorski w art. VII ust. 1 jednocześnie zakazują składania zastrzeżeń do art. 33, czyniąc w ten sposób, według interpretacji UNHCR, z *non-refoulement* zasadę o charakterze niederogowalnym³⁸.

C. Mik zwraca uwagę na fakt, że zakaz derogacji dotyczy norm o szczególnym znaczeniu dla społeczności międzynarodowej. Toteż w odniesieniu do norm *ius cogens* należy stosować również kryterium aksjologiczne, chociaż nie jest ono wyrażone wprost w art. 53 KWPT. C. Mik przypisuje kryterium aksjologicznemu pierwszorzędne znaczenie z uwagi na oddziaływanie na ocenę zachowań faktycznych w kontekście odpowiedzialności międzynarodowej państw³⁹. Zakaz *refoulement* należy do katalogu norm, których celem jest ochrona wartości fundamentalnych i stanowi zarazem standard postępowania państw wobec uchodźców i osób poszukujących ochrony międzynarodowej, a zatem zasadzie tej nie sposób odmówić priorytetowego znaczenia i doniosłości w dziedzinie międzynarodowego prawa uchodźczego. Zakaz *refoulement* spełnia funkcję prewencyjną i chroni przed ewentualnymi naruszeniami praw człowieka, które mogłyby nastąpić w przyszłości w związku z zawróceniem cudzoziemca do kraju, w którym mógłby być narażony na prześladowania, a zatem chroni także przed ryzykiem znalezienia się w takiej sytuacji. Naruszenie zakazu *refoulement* jest przesłanką odpowiedzialności państwa, niezależnie od tego, czy doszło do naruszenia praw człowieka w wyniku zawrócenia cudzoziemca, czy też do takich naruszeń nie doszło. Dobra chronione przez zakaz *refoulement*, takie jak

³⁵ Zob. UNHCR, Executive Committee Of The High Commissioner's Programme, Twenty-eighth session, Sub-Committee Of The Whole On International Protection, *Note on Non-Refoulement (Submitted by the High Commissioner)*, EC/SCP/2, <http://www.unhcr.org/afr/excom/scip/3ac68ccd10/note-non-refoulement-submitted-high-commissioner.html> (dostęp: 11.06.2017).

³⁶ Zob. więcej na ten temat: A. Farmer, *op. cit.*, s. 9.

³⁷ *Ibidem*, s. 12.

³⁸ UNHCR, *Advisory Opinion...* s. 5.

³⁹ *Ibidem*, s. 208.

życie, zdrowie, bezpieczeństwo lub wolność, należą do najbardziej chronionych nie tylko w międzynarodowym prawie uchodźczym, ale i w dziedzinach oraz systemach pokrewnych. W dużej mierze właśnie z uwagi na uzasadnienie aksjologiczne zasady *non-refoulement* jej poszerzona w stosunku do prawa uchodźczego koncepcja jest stosowana w międzynarodowym prawie praw człowieka.

3.

Wyodrębnienie się normy o charakterze *ius cogens* wymaga spełnienia łącznie kryterium socjologicznego, normatywnego i aksjologicznego. W przypadku zasady *non-refoulement* na obecnym etapie jej rozwoju nie jest możliwe ustalenie, czy w międzynarodowym prawie uchodźczym jest to norma o statusie *ius cogens*. O ile zakaz *refoulement* jest bez wątpienia normą powszechną, to aprobata państw dotyczy tylko jego zwyczajowego charakteru, a z literalnego brzmienia art. 53 KWPT nie wynika bezpośrednio, by norma imperatywna musiała uprzednio osiągnąć status zwyczaju międzynarodowego. Poza nielicznymi wyjątkami brakuje oficjalnych stanowisk państw, w myśl których zasada *non-refoulement* byłaby również normą o charakterze *ius cogens*. Stanowisko UNHCR oraz Komitetu Wykonawczego UNHCR można uznać za zasadne z punktu widzenia misji, interesów i funkcji tych organów, ale jest ono niewystarczające do udowodnienia powszechnej akceptacji państw dla imperatywnego charakteru *non-refoulement*. Pomimo spełnienia kryterium aksjologicznego, niederogowalność *non-refoulement* może budzić wątpliwości z uwagi na brak jednolitej wykładni i praktyki państw w odniesieniu do stosowania wyjątków od zasady. Brakuje także wyraźnych wskazówek ze strony orzecznictwa międzynarodowego, dotyczących oceny praktyki stosowania wyjątków przewidzianych w art. 33 ust. 2 Konwencji Genewskiej. W konsekwencji powyższe kryteria wyodrębnienia się normy *ius cogens* w przypadku zasady *non-refoulement* nie są jeszcze spełnione łącznie, a deklaracje UNHCR i nielicznych przedstawicieli doktryny, wskazujące na imperatywny charakter *non-refoulement*, należy uznać za głosy wyrażające głębokie przeświadczenie o potrzebie kreowania standardów postępowania w dziedzinie prawa uchodźczego, skutecznych *erga omnes*, rodzących konkretne zobowiązania i pozwalających na poddanie efektywnej kontroli praktyki państw oraz organizacji międzynarodowych. Stanowiska te na razie nie są wystarczające by uznać zasadę *non-refoulement* za normę o charakterze *ius cogens*, tym bardziej że brakuje im zaplecza w postaci wyroków sądowych albo chociaż opinii doradczych sądów międzynarodowych.

Współczesny kryzys migracyjny, szczególnie w regionie europejskim, nie sprzyja rozwojowi zasady *non-refoulement* (rozpatrywanej na gruncie międzynarodowego prawa uchodźczego) w kierunku *ius cogens*. Można prognozować, że państwa będą dążyć do limitowania swoich zobowiązań w tej dziedzinie, mimo powszechnej aprobaty dla jego fundamentów i świadomości zobowiązań, które na nich ciążyą. Znalezienie równowagi między ochroną granic i powstrzymaniem napływu imigrantów a przestrzeganiem ich praw jest złożonym i wieloaspektowym problemem. Poszukiwanie skutecznych rozwiązań powinno uwzględniać nie tylko interesy państw, ale

i ich międzynarodowe zobowiązania wynikające z prawa uchodźczego, prawa morza, praw człowieka oraz związane z przeciwdziałaniem i zwalczaniem przestępczości o charakterze transnarodowym. W tym kontekście zakaz *refoulement* należy rozpatrywać w szerokim znaczeniu uwzględniającym komplementarność systemu międzynarodowej ochrony praw człowieka oraz prawa uchodźczego. W tym pierwszym brak jest co prawda wątpliwości co do statusu *ius cogens* zasady *non-refoulement*, ale nie oznacza to, że parasol ochronny rozciągnięty przez międzynarodowe prawo praw człowieka nad uchodźcami uczynił zbędnymi regulacje międzynarodowego prawa uchodźczego.

SUMMARY

THE *NON-REFOULEMENT* PRINCIPLE IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW – INTERNATIONAL CUSTOM OR ALSO THE PEREMPTORY NORM OF INTERNATIONAL LAW?

The *non-refoulement* principle is nowadays considered to be a fundamental norm of international refugee law. It protects refugees before being expelled to a state in which they might be exposed to persecution. While the customary nature of the *non-refoulement* principle in international refugee law is unquestionable, opinions on its *ius cogens* status are not commonly accepted. The emerging of the *ius cogens* norm requires the fulfillment of a sociological, normative and axiological criteria. At the actual stage of the development of the *non-refoulement* principle, is not possible to determine whether it acquired *ius cogens* status, as the above mentioned criteria in the case of *non-refoulement* have not yet been met together. The views of UNHCR and some doctrinal representatives accepting the imperative nature of *non-refoulement* should be regarded as voices expressing only a deep concern as regards the need to establish standards of conduct in the field of international refugee law, which would be *erga omnes* and allowing for effective control of the practices of states and international organizations.

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo uchodźcze, zasada *non-refoulement*, zwyczaj międzynarodowy, norma *ius cogens*

Key words: international refugee law, *non-refoulement* principle, international custom, *ius cogens* norm