Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 11 listopada 2014 r.[1]

Sprawa C-472/13

Andre Lawrence Shepherd
przeciwko
Bundesrepublik Deutschland

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bayerisches Verwaltungsgericht München (Niemcy)]

Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości — Azyl — Minimalne standardy dotyczące kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich jako uchodźców oraz zakresu przyznawanej ochrony — Warunki uzyskania statusu uchodźcy — Akty prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2004/83/WE — Ściganie i karanie członka sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych Ameryki z powodu odmowy pełnienia służby wojskowej podczas wojny w Iraku

1. W ramach niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożonego przez Bayerisches Verwaltungsgericht München (bawarski sąd administracyjny w Monachium) (Niemcy), Trybunał ma do czynienia ze sprawą wyjątkową i nietypową.

2. Andre Lawrence Shepherd, obywatel Stanów Zjednoczonych Ameryki (zwanych dalej „USA"), zaciągnął się do służby w siłach zbrojnych USA w grudniu 2003 r. Przeszedł szkolenie na mechanika obsługi śmigłowców Apache. We wrześniu 2004 r. został przeniesiony do Niemiec. Jego jednostka była wówczas zaangażowana – od lutego 2004 r. – w działania w Iraku, w związku z czym skarżący został wysłany do Iraku, aby do niej dołączył. W Iraku od września 2004 r. do lutego 2005 r. zajmował się w szczególności przeglądami technicznymi śmigłowców. Nie brał bezpośredniego udziału w operacjach militarnych i działaniach bojowych. W lutym 2005 r. powrócił wraz ze swoją jednostką do jej miejsca stacjonowania w Niemczech. Następnie powziął wątpliwości co do zgodności tej wojny z prawem i skupił się na ich wyjaśnianiu.

3. Na początku 2007 r. okazało się, że jednostka A.L. Shepherda ponownie zostanie wysłana do Iraku. W dniu 1 kwietnia 2007 r. skarżący otrzymał rozkaz wyjazdu. Do tego czasu doszedł już do wniosku, że wojna w Iraku była sprzeczna z prawem międzynarodowym i naruszała art. 2 pkt 4 Karty Narodów Zjednoczonych. Uznał on, że w trakcie operacji wojskowych w Iraku dochodziło do systematycznego, masowego i nieproporcjonalnego użycia broni bez zważania na ludność cywilną. W szczególności rosnące użycie śmigłowców bojowych Apache powodowało ofiary wśród ludności cywilnej i naruszało międzynarodowe prawo humanitarne. Uznał on, że śmigłowce nie byłyby w stanie uczestniczyć w akcjach bojowych, gdyby on i inni mechanicy zajmujący się ich konserwacją nie zapewniali ich przydatności do walki. (Między 2007 r. a 2008 r., w czasie gdy jednostka A.L. Shpeherda ponownie uczestniczyła w misji w Iraku, odnotowano kolejne bombardowania. Istnieje wiele raportów zarzucających armii USA popełnianie w Iraku zbrodni wojennych, chociaż A.L. Shepherd nie wie, w jakich konkretnie akcjach uczestniczyły śmigłowce, których konserwacją się zajmował).

1 — Język oryginału: angielski.

4. W związku z użyciem jego jednostki w Iraku A.L. Shepherd nie chciał podejmować ryzyka ewentualnego udziału w zbrodniach wojennych. Nie rozważał możliwości zwrócenia się do władz USA o wycofanie go z udziału w tych działaniach poprzez powołanie się na prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem [2], ponieważ w pełni nie odrzucał możliwości prowadzenia wojny i użycia siły. W istocie po upływie swego początkowego okresu służby ponownie zaciągnął się do armii. Uznał też, że wniosek o odmowę pełnienia służby wojskowej nie uchroniłby go przed ponownym wysłaniem do Iraku. Właśnie dlatego postanowił opuścić armię USA przed rozpoczęciem drugiego okresu służby w Iraku i zdezerterował w dniu 11 kwietnia 2007 r. Jego odmowa odbycia służby wojskowej w Iraku wypełnia znamiona przestępstwa dezercji i podlega ściganiu. W amerykańskich warunkach przestępstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności. W sierpniu 2008 r. A.L. Shepherd złożył zatem wniosek o udzielenie azylu w Niemczech [3].

Prawo międzynarodowe

Konwencja genewska dotycząca statusu uchodźców

5. Zgodnie z konwencją genewską [4], na której opiera się dyrektywa w sprawie kwalifikacji [5], termin „uchodźca" stosuje się do każdej 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" [6].

6. Zgodnie z art. 1 sekcja F lit. a) postanowienia konwencji genewskiej nie mają zastosowania do osoby, w stosunku do której istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że dokonała „zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu aktów międzynarodowych opracowanych dla ustanowienia przepisów odnoszących się do tych zbrodni" [7].

Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

7. Artykuł 9 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [8] gwarantuje prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania, które obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań.

2 — Zobacz pkt 48–59 poniżej.

3 — Zobacz pkt 20–23 poniżej, gdzie przedstawiam streszczenie sporu w postępowaniu głównym.

4 — Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r., która weszła w życie w dniu 22 kwietnia 1954 r. (zwana dalej „konwencją genewską"). Postanowienia konwencji zostały uzupełnione Protokołem dotyczącym statusu uchodźców, sporządzonym w Nowym Jorku w dniu 31 stycznia 1967 r., który wszedł w życie w dniu 4 października 1967 r. Protokół ten nie jest istotny dla rozstrzygnięcia niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

5 — Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako os[ób], które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz.U. L 304, s. 12 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 19, t. 7, s. 96) (zwana dalej „dyrektywą w sprawie kwalifikacji" lub „dyrektywą"). Dyrektywa ta została uchylona i zastąpiona po przekształceniu przez dyrektywę 2011/95/UE (Dz.U. L 337, s. 9). Brzmienie właściwych przepisów zasadniczo nie uległo zmianie.

6 — Artykuł 1 sekcja A ust. 2 akapit pierwszy konwencji genewskiej.

7 — Artykuł 1 sekcja F lit. b) i c) konwencji genewskiej stanowią odpowiednio, że jej postanowienia nie mają zastosowania do osoby, która dokonała poważnej zbrodni o charakterze niepolitycznym poza państwem, które ją przyjęło; jest winną czynów sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych.

8 — Sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC").

Prawo Unii Europejskiej

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej

8. Artykuł 10 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”)[9] odpowiada art. 9 ust. 1 EKPC. Zgodnie z art. 10 ust. 2 uznaje się prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa. Artykuł 52 ust. 3 stanowi, że prawa uznane w karcie należy interpretować zgodnie z odpowiadającymi im prawami zagwarantowanymi w EKPC.

Dyrektywa w sprawie kwalifikacji

9. Dyrektywa w sprawie kwalifikacji jest jednym ze środków tworzących wspólny europejski system azylowy. Jest ona oparta na pełnym i integralnym stosowaniu konwencji genewskiej, która stanowi fundament międzynarodowych regulacji prawnych dotyczących ochrony uchodźców[10]. Dyrektywa w sprawie kwalifikacji służy określeniu minimalnych norm i wspólnych dla wszystkich państw członkowskich kryteriów w zakresie uznawania uchodźców oraz istoty statusu uchodźcy w celu identyfikacji osób rzeczywiście potrzebujących ochrony międzynarodowej oraz sprawiedliwego i efektywnego postępowania azylowego[11]. Dyrektywa nie narusza praw podstawowych i jest zgodna z zasadami uznanymi w karcie[12]. W odniesieniu do traktowania osób objętych zakresem stosowania dyrektywy w sprawie kwalifikacji państwa członkowskie są związane zobowiązaniami wynikającymi z aktów prawa międzynarodowego[13].

10. Na wzór definicji określonej w art. 1 sekcja A ust. 2 konwencji genewskiej, dyrektywa w sprawie kwalifikacji definiuje uchodźcę jako „obywatela państwa trzeciego, który posiadając uzasadnioną obawę bycia prześladowanym z powodów rasowych, religijnych, narodowościowych, przekonań politycznych lub członkostwa w określonej grupie społecznej, znajduje się poza krajem, którego jest obywatelem, i jest niezdolny do wykorzystania bądź ze względu na taką obawę nie chce wykorzystać ochrony takiego państwa, lub bezpaństwowca, który, będąc poza państwem poprzedniego miejsca stałego pobytu, z takich samych powodów, jak wskazano powyżej, jest niezdolny do powrotu lub – posiadając taką obawę – nie chce wrócić do niego, i do którego art. 12 nie ma zastosowania” [obywatela państwa trzeciego, który na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do szczególnej grupy społecznej przebywa poza państwem swojego obywatelstwa i nie może lub nie chce z powodu tej obawy korzystać z ochrony tego państwa, lub bezpaństwowca, który przebywając z takich samych powodów jak wyżej poza państwem swojego dawnego miejsca zwykłego pobytu, nie może lub nie chce z powodu tej obawy powrócić do tego państwa i do którego nie ma zastosowania art. 12][14].

11. W art. 4 dyrektywy uregulowano kwestie związane z oceną faktów i okoliczności dotyczących wniosku o nadanie statusu uchodźcy. Państwa członkowskie mogą nałożyć na wnioskodawcę obowiązek jak najszybszego przedstawienia wszystkich elementów niezbędnych do uzasadnienia jego wniosku. Obowiązkiem państwa członkowskiego jest ocenienie odpowiednich elementów wniosku we współpracy z wnioskodawcą[15].

9 — Dz.U. 2010, C 83, s. 389.

10 — Motywy 1–4. Zobacz także dyrektywę Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich (Dz.U. L 326, s. 13) (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie procedur”), która znajduje zastosowanie do wszystkich wniosków o udzielenie azylu złożonych na terytorium Unii.

11 — Motywy 1–4, 6, 7, 8, 10, 11 i 17.

12 — Motyw 10.

13 — Motyw 11.

14 — Artykuł 2 lit. c).

15 — Artykuł 4 ust. 1.

12. Na gruncie dyrektywy w sprawie kwalifikacji „podmioty dopuszczające się prześladowań [prześladowania] lub wyrządzające poważną krzywdę" obejmują państwo, partie lub organizacje kontrolujące państwo, a także podmioty niepubliczne [16].

13. Ochrona przed prześladowaniami może być zapewniana, między innymi, przez państwo [17]. Taka ochrona jest zasadniczo udzielana, gdy, przykładowo, państwo podejmuje racjonalne działania mające zapobiec prześladowaniu lub wyrządzaniu poważnej krzywdy, stosując między innymi skuteczny system prawny do wykrywania i ścigania aktów stanowiących prześladowania lub powodujących poważną krzywdę oraz do karania za nie, oraz gdy wnioskodawca ma dostęp do takiej ochrony [18].

14. Osobę, która spełnia warunki ustanowione w rozdziale II dyrektywy w sprawie kwalifikacji, odnoszące się do oceny wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej, uznaje się za uchodźcę, jeżeli jest ona w stanie wykazać, że podlegała aktom prześladowania w rozumieniu art. 9 lub ma podstawy, aby się ich obawiać. Akty takie muszą być na tyle poważne pod względem swojej istoty lub powtarzalności, by stanowić poważne naruszenie podstawowych praw człowieka, w szczególności praw, od których przestrzegania nie można się uchylić na mocy art. 15 ust. 2 EKPC [19], lub muszą być kumulacją różnych środków, które są na tyle poważne, by mogły stanowić naruszenie podstawowych praw człowieka [20]. Akty prześladowania mogą przybierać formę: „środków prawnych, administracyjnych, policyjnych i/lub prawnych [sądowych], które same w sobie są dyskryminujące lub które są stosowane w sposób dyskryminujący" [21]; „oskarżeń lub kar, które mają charakter nieproporcjonalny lub dyskryminujący [ścigania lub kar, które są nieproporcjonalne lub dyskryminujące]" [22]; i „oskarżeń lub kar za odmowę odbywania służby wojskowej w przypadku konfliktu, gdy odbywanie służby wojskowej stanowiłoby przestępstwo lub akt podlegający pod klauzule wyłączające określone w art. 12 ust. 2 [ścigania lub kar za odmowę odbycia służby wojskowej podczas konfliktu, jeżeli odbycie służby wojskowej pociągałoby za sobą dokonywanie przestępstw lub czynów stanowiących podstawę wykluczenia określonych w art. 12 ust. 2]" [23]. Musi istnieć związek między powodami prześladowania określonymi w art. 10 a aktami prześladowania określonymi w art. 9 dyrektywy w sprawie kwalifikacji [24].

15. Powody prześladowania wymienione w art. 10 ust. 1 obejmują:

„d) […] przynależność do grupy identyfikowanej jako szczególna grupa społeczna, jeśli w szczególności [przynależność do grupy, którą uznaje się za szczególną grupę społeczną, jeśli w szczególności]:

— członkowie takiej grupy mają wspólne cechy wrodzone lub wspólne pochodzenie, których nie można zmienić, albo mają wspólne cechy lub wierzenia tak ważne dla tożsamości lub świadomości, że nie można zmuszać danej osoby do odstąpienia od nich, i [członkowie takiej grupy mają jakąś wspólną nieusuwalną cechę wrodzoną lub przeszłość lub charakteryzują się jakimś wspólnym rysem lub przekonaniem na tyle istotnym z punktu widzenia tożsamości lub sumienia, że nie należy nikogo zmuszać do wyrzeczenia się go, oraz]

16 — Artykuł 6.

17 — Artykuł 7 ust. 1.

18 — Artykuł 7 ust. 2.

19 — Prawa, od przestrzegania których nie można się uchylić na podstawie art. 15 ust. 2 EKPC obejmują: prawo do życia (art. 2), zakaz tortur, niewolnictwa i pracy przymusowej (odpowiednio art. 3 i 4) oraz zakaz karania bez podstawy prawnej (art. 7).

20 — Artykuł 9 ust. 1.

21 — Artykuł 9 ust. 2 lit. b).

22 — Artykuł 9 ust. 2 lit. c).

23 — Artykuł 9 ust. 2 lit. e). W wersji angielskiej tego przepisu nie wspomina się o *popełnieniu* przestępstwa lub aktów – uważam wykorzystanie w tekście angielskim słowa „include" [pociągać za sobą] za niefortunne. Tekst francuski ma następujące brzmienie: „[…] en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes […]". Wydaje się, że jest ono bliższe znaczeniu tego przepisu. Zobacz również pkt 35 i 37 poniżej.

24 — Artykuł 9 ust. 3.

— posiada odrębną tożsamość w odpowiednim państwie, to znaczy jest postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa [grupa ta posiada odrębną tożsamość w danym państwie, ponieważ jest postrzegana przez otaczające społeczeństwo jako inna],

[…];

e) pojęcie przekonań politycznych w szczególności obejmuje posiadanie opinii, myśli lub przekonań w sprawach związanych z potencjalnymi podmiotami dopuszczającymi się prześladowań określonych w art. 6 oraz w sprawach ich polityki lub metod, bez względu na to, czy wnioskodawca działał zgodnie z tą opinią, myślą lub przekonaniami [pojęcie przekonań politycznych obejmuje w szczególności posiadanie opinii, idei lub przekonania w kwestii dotyczącej podmiotów potencjalnie dopuszczających się prześladowania, określonych w art. 6, oraz ich polityki lub metod, bez względu na to, czy wnioskodawca działał zgodnie z tą opinią, ideą lub tym przekonaniem]".

16. Obywatel państwa trzeciego zostaje wykluczony z zakresu stosowania dyrektywy w sprawie kwalifikacji w razie spełnienia przesłanek określonych w art. 12 dyrektywy. Na potrzeby niniejszej sprawy stosowne wyłączenie znajduje się w art. 12 ust. 2, który odzwierciedla brzmienie art. 1 sekcja F konwencji genewskiej. Zatem dana osoba zostaje wykluczona z możliwości uzyskania ochrony na podstawie dyrektywy, jeżeli istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że dokonała zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej, zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu aktów międzynarodowych opracowanych w celu ustanowienia przepisów odnoszących się do tych zbrodni [25]. Artykuł 12 ust. 2 „ma zastosowanie do osób, które podżegają do przestępstw lub czynów określonych w tym ustępie lub w inny sposób uczestniczą w ich popełnianiu [26].

17. Państwa członkowskie są zobowiązane nadać status uchodźcy obywatelowi państwa trzeciego, który kwalifikuje się do otrzymania takiego statusu zgodnie z rozdziałami II i III dyrektywy w sprawie kwalifikacji [27].

Prawo krajowe

18. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd odsyłający przepisy krajowe definiujące uchodźcę wzorują się na art. 1 sekcja A ust. 2 konwencji genewskiej. Definicja ta nie obejmuje osób, co do których istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że jest spełniona jedna z przesłanek z art. 1 sekcja F tej konwencji [28].

19. Prawo krajowe zawiera zakaz wydalenia do państwa, w którym życiu lub wolności danej osoby zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jej rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. Jeżeli takie zagrożenie istnieje ze strony tego państwa, stanowi ono prześladowanie w rozumieniu odpowiednich przepisów krajowych [29].

Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

20. We wprowadzeniu do niniejszej opinii przedstawiłam fakty dotyczące A.L. Shepherda, które można ustalić na podstawie informacji zawartych w postanowieniu odsyłającym.

25 — Artykuł 12 ust. 2 lit. a). Brzmienie art. 12 ust. 2 lit. b) i c) jest podobne do art. 1 sekcja F lit. b) i c) konwencji genewskiej; zob. przypis 7 powyżej.

26 — Artykuł 12 ust. 3.

27 — Artykuł 13.

28 — Zobacz § 3 ust. 1 i 2 Asylverfahrensgesetz (ustawy o postępowaniu w sprawie udzielenia azylu).

29 — Paragraf 60 ust. 1 Aufenthaltsgesetz (ustawy o prawie pobytu).

21. Decyzją z dnia 31 marca 2011 r. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (federalny urząd ds. migracji i uchodźców, zwany dalej „Bundesamt") oddalił wniosek A.L. Shepherda o udzielenie azylu. Uzasadnił to w sposób następujący: (i) nie istnieje prawo podstawowe do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem; (ii) A.L. Shepherd mógł zrezygnować ze służby w legalny sposób; iii) jego sytuacja nie mieści się w zakresie art. 9 ust. 2 lit. e) w związku z art. 12 dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Dyrektywa ta zakłada, że działania sprzeczne z prawem międzynarodowym zostały popełnione w ramach danego konfliktu. Siły zbrojne USA nie tolerują takich naruszeń, a już na pewno do nich nie zachęcają. A.L. Shepherd był jedynie mechanikiem obsługi śmigłowca i nie brał osobistego udziału w działaniach bojowych. Nie ma dowodów na to, że uczestniczył w popełnianiu zbrodni wojennych pośrednio ani że „jego" śmigłowce były wykorzystywane do popełniania takich zbrodni. Nawet gdyby pośrednio brał udział w takich zbrodniach, nie wystarczy to do pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej w rozumieniu art. 25 rzymskiego statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego [30]. Ponadto, jeśli chodzi o ewentualne zbrodnie przeciwko pokojowi, niezależnie od tego, czy atak na Irak był sprzeczny z prawem międzynarodowym, czy nie, A.L. Shepherda trudno byłoby uznawać za ich „sprawcę", gdyż nie jest on członkiem wysokiej rangi personelu wojskowego. Użycie sił zbrojnych koalicji w Iraku zostało ponadto usankcjonowane przez prawo międzynarodowe już podczas pierwszego pobytu A.L. Shepherda w Iraku.

22. Bundesamt stwierdził wreszcie, że gdyby A.L. Shepherd miał zostać pociągnięty do odpowiedzialności przez władze USA z powodu naruszenia jego obowiązków związanych z odbywaniem służby wojskowej, w szczególności z powodu dezercji, to możliwość taka jedynie odzwierciedla uzasadniony interes jego państwa ojczystego w podjęciu takich działań.

23. W dniu 7 kwietnia 2011 r. A.L. Shepherd zaskarżył decyzję Bundesamt do sądu odsyłającego. Uważa on, że Bundesamt niesłusznie skoncentrował się na pojęciu *aktu* prześladowania, zaniedbując pojęcie *powodów* prześladowania. Bundesamt niesłusznie zastosował zasady międzynarodowego prawa karnego do wniosku o udzielenie azylu. W konsekwencji doszedł do błędnego wniosku, że osobie odmawiającej służby można nadać status uchodźcy tylko wtedy, gdy „ponad wszelką racjonalną wątpliwość" wykaże, iż w razie pozostania w siłach zbrojnych byłaby winna popełnienia czynu określonego w międzynarodowym prawie karnym. Sąd odsyłający wyjaśnił, że podstawą wniosku A.L. Shepherda jest obawa przed prześladowaniem w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji, przy czym w jego przypadku istnieją dwa powody prześladowania: (i) fakt, że należy do grupy społecznej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d), lub (ii) jego przekonania polityczne w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. e). W toku procedury ustnej Trybunał został poinformowany, że A.L. Shepherd opiera się wyłącznie na podstawie z art. 10 ust. 1 lit. d) [31].

24. W tym kontekście Verwaltungsgericht zwraca się do Trybunału o wydanie w trybie prejudycjalnym orzeczenia dotyczącego następujących pytań prejudycjalnych:

„1) Czy art. 9 ust. 2 lit. e) [dyrektywy w sprawie kwalifikacji] należy interpretować w ten sposób, że zakresem ochrony są objęte tylko osoby, których konkretny zakres zadań wojskowych obejmuje bezpośredni udział w działaniach bojowych, a więc akcje z bronią, lub które mają prawo do wydawania rozkazów nakazujących takie akcje (alternatywa pierwsza), czy też również inni członkowie sił zbrojnych mogą podlegać ochronie na mocy tego przepisu, jeśli zakres ich zadań wyczerpuje się w logistycznym, technicznym wsparciu oddziału poza właściwymi działaniami bojowymi i ma tylko pośredni wpływ na właściwy przebieg walk (alternatywa druga)?

30 — Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, podpisany w Rzymie w dniu 17 lipca 1998 r., który wszedł w życie w dniu 1 lipca 2002 r. (zwany dalej „rzymskim statutem»). Sąd odsyłający wyjaśnił, że w ocenie Bundesamt współsprawstwo w popełnieniu zbrodni wymaga, ogólnie rzecz biorąc, aby rozpatrywany czyn został popełniony w sposób zamierzony i świadomy (zob. art. 30 rzymskiego statutu).

31 — Zobacz również pkt 47–60 poniżej.

2) W razie udzielenia odpowiedzi na pytanie pierwsze stosownie do alternatywy drugiej:

Czy art. 9 ust. 2 lit. e) [dyrektywy w sprawie kwalifikacji] należy interpretować w ten sposób, że odbywanie służby wojskowej w przypadku (międzynarodowego lub krajowego) konfliktu musi najczęściej lub systematycznie [wiązać się z popełnianiem przestępstw lub czynów, o których mowa w art. 12 ust. 2 dyrektywy w sprawie kwalifikacji lub wymagać ich popełniania] (alternatywa pierwsza), czy też wystarczy, jeśli ubiegający się o azyl wykaże, że siły zbrojne, których jest członkiem, popełniły na terenie, na którym zostały użyte, w konkretnych przypadkach [zbrodnie], o których mowa w art. 12 ust. 2 [lit. a) dyrektywy w sprawie kwalifikacji], czy to z uwagi na to, że poszczególne rozkazy operacyjne okazały się mieć charakter przestępczy w rozumieniu tego przepisu, czy też z tego względu, że chodziło o ekscesy poszczególnych osób (alternatywa druga)?

3) W razie udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie stosownie do alternatywy drugiej:

Czy ochrona uchodźców jest przyznawana tylko wtedy, gdy również na przyszłość z wysokim prawdopodobieństwem, ponad wszelkie racjonalne wątpliwości, należy liczyć się z tym, że dojdzie do naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, czy też wystarczy, jeśli ubiegający się o azyl określi fakty, w świetle których w konkretnym konflikcie (bezwzględnie lub prawdopodobnie) dochodzi do takich przestępstw i w związku z tym nie można wykluczyć możliwości, że mógłby on zostać w nie uwikłany?

4) Czy nietolerowanie lub karanie naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego przez sądy wojskowe wyłącza ochronę uchodźców określoną w art. 9 ust. 2 lit. e) [dyrektywy w sprawie kwalifikacji], czy też fakt ten nie ma żadnego znaczenia?

Czy w ogóle musi dojść do [postępowania] przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym]?

5) Czy okoliczność, że użycie oddziałów lub statut okupacyjny [są] sankcjonowane przez wspólnotę międzynarodową lub [mają] oparcie w mandacie Rady Bezpieczeństwa ONZ, wyłącza ochronę uchodźców?

6) Czy dla przyznania ochrony uchodźców na podstawie art. 9 ust. 2 lit. e) [dyrektywy w sprawie kwalifikacji] konieczne jest, aby ubiegający się o azyl mógł zostać skazany w ramach wykonywania swoich obowiązków służbowych na podstawie statutów [MTK] (alternatywa pierwsza), czy też ochrona uchodźców jest przyznawana już wtedy, gdy próg ten nie jest osiągnięty, a więc ubiegający się o azyl nie musi obawiać się ścigania karnego, jednakowoż nie może pogodzić odbywania służby wojskowej ze swoim sumieniem (alternatywa druga)?

7) W razie udzielenia odpowiedzi na pytanie szóste stosownie do alternatywy drugiej:

Czy okoliczność, że ubiegający się o azyl nie skorzystał z możliwości poddania się zwykłej procedurze [odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem], mimo że miałby ku temu okazję, wyłącza ochronę uchodźców na podstawie ww. przepisów, czy też ochrona uchodźców jest możliwa również wtedy, gdy chodzi o aktualną decyzję podjętą zgodnie z własnym sumieniem?

8) Czy [wydalenie z zawodowej służby wojskowej], wymierzenie kary pozbawienia wolności i wiążące się z tym społeczne potępienie i szykanowanie stanowią akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. b) lub c) [dyrektywy w sprawie kwalifikacji]?”.

25. Uwagi na piśmie zostały przedłożone przez A.L. Shepherda, Niemcy, Grecję, Niderlandy, Zjednoczone Królestwo oraz Komisję Europejską. Wszystkie strony z wyjątkiem Niderlandów przedstawiły też swoje stanowiska na rozprawie w dniu 25 czerwca 2014 r.

Uwagi wstępne

26. Wydaje się, że okoliczności, które spowodowały złożenie przez A.L. Shepherda wniosku o udzielenie azylu, wymagają rozstrzygnięcia szerszych zagadnień, takich jak wzajemne oddziaływanie prawa Unii i prawa międzynarodowego. Jednakże sąd odsyłający skoncentrował się w postanowieniu odsyłającym na kwestiach o węższym zakresie. Dąży on bowiem do ustalenia, czy art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji ma zastosowanie do niniejszej sprawy, a jeśli tak, jak należy oceniać wniosek o udzielenie azylu. Artykuł 9 ust. 2 lit. e) stanowi, że działanie, które wypełnia znamiona „aktu prześladowania", ma miejsce wtedy, gdy dana osoba jest narażona na ryzyko ścigania lub kar za odmowę odbycia służby wojskowej podczas konfliktu, jeżeli odbycie służby wojskowej pociągałoby za sobą dokonywanie pewnych czynów, w tym zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennych lub zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu art. 12 ust. 2 tej dyrektywy. Moim zdaniem, udzielając odpowiedzi sądowi odsyłającemu Trybunał powinien powstrzymać się od badania szerszych zagadnień, które nie zostały w odpowiedni sposób poruszone w zawisłej przed nim sprawie, i, co za tym idzie, nie będę odnosić się do tych szerszych zagadnień w niniejszej opinii.

27. Konwencja genewska jest żywym instrumentem prawnym i należy ją interpretować w świetle obecnych warunków oraz wespół z rozwojem prawa międzynarodowego [32]. UNHCR odgrywa szczególną rolę w systemie konwencji, ponieważ dostarcza państwom członkowskim cennych zaleceń, jakimi powinny się kierować przy określaniu statusu uchodźcy [33]. Konwencja genewska zawiera fundamenty międzynarodowego reżimu prawnego ochrony uchodźców, zaś przepisy dyrektywy w sprawie kwalifikacji winny być interpretowane w świetle ogólnej systematyki i celu tej konwencji [34]. Ponadto, jak jednoznacznie wynika z art. 78 ust. 1 TFUE, wykładnia dyrektywy w sprawie kwalifikacji musi być zgodna z konwencją genewską i innymi odpowiednimi traktatami oraz musi uwzględniać prawa uznane w karcie [35].

28. Każda wykładnia poszczególnych przepisów dyrektywy w sprawie kwalifikacji musi ponadto uwzględniać zwykłe znaczenie użytych w niej sformułowań, jej cel oraz systematykę i kontekst prawny. W odniesieniu do tego ostatniego art. 4 (w rozdziale II dyrektywy) dotyczy oceny wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej [36]. Proces oceny to próba znalezienia równowagi. Prawdziwi uchodźcy potrzebują ochrony i zasługują na nią, ale państwa członkowskie powinny być uprawnione do stosowania środków pozwalających na odróżnienie wniosków opartych na rzeczywistych podstawach od wniosków opartych na podstawach fałszywych. Należy z pewnością uwzględnić fakt, że prawdziwi wnioskodawcy to często osoby, które mają za sobą traumatyczne doświadczenia. Niemniej jednak indywidualny wnioskodawca powinien przedstawić jasne i wiarygodne informacje uzasadniające jego wniosek o udzielenie azylu.

32 — Zobacz Nota wprowadzająca do konwencji genewskiej autorstwa biura UNHCR z grudnia 2010 r.; zob. także art. 35 konwencji genewskiej, art. 8 ust. 2 lit. b) i art. 21 dyrektywy w sprawie procedur oraz motyw 15 dyrektywy w sprawie kwalifikacji. UNHCR opracował pomocne dokumenty, w tym wytyczne w kwestii ochrony międzynarodowej nr 10 dotyczące wniosków o udzielenie statusu uchodźcy w związku ze służbą wojskową w kontekście art. 1 sekcja A ust. 2 konwencji genewskiej (zwane dalej „wytycznymi UNHCR nr 10"), a także wytyczne w kwestii stosowania klauzul wyłączających: art. 1 sekcja F konwencji genewskiej (zwane dalej „wytycznymi UNHCR w kwestii klauzul wyłączających"). Chociaż żaden z tych dokumentów nie jest prawnie wiążący, to jednak stanowią one odbicie ustalonych zasad prawa międzynarodowego.

33 — Zobacz motyw 15 dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

34 — Wyroki: Salahadin Abdulla i in., C-175/08, C-176/08, C-178/08 i C-179/08, EU:C:2010:105, pkt 52; Y i Z, C-71/11 i C-99/11, EU:C:2012:518, pkt 47; a także X i in., od C-199/12 do C-201/12, EU:C:2013:720, pkt 39.

35 — Wyrok X i in., EU:C:2013:720, pkt 40. Zobacz także art. 10 karty.

36 — Elementy, o których mowa w art. 4 ust. 1, zostały szczegółowo wymienione w art. 4 ust. 2 dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Zobacz także wyrok w sprawie M., C-277/11, EU:C:2012:744, pkt 73.

29. W sprawie A.L. Shepherda sąd odsyłający zadał osiem wzajemnie powiązanych ze sobą pytań, których zakresy częściowo się pokrywają. Główne pytanie brzmi, czy osoba znajdująca się w sytuacji A.L. Shepherda może powołać się na akt prześladowania określony w art. 9 ust. 2 lit. e) na poparcie swojego wniosku o nadanie statusu uchodźcy złożonego na podstawie dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Wobec powyższego skoncentruję się głównie na zakresie tego przepisu i jego związku z „powodami prześladowania", o których mowa w art. 10 ust. 1 lit. d) i e).

W przedmiocie pytania pierwszego

30. W pytaniu pierwszym sąd odsyłający dąży do wyjaśnienia zakresu stosowania art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji, w szczególności sensu wyrażeń „[…], jeżeli *odbycie służby wojskowej pociągałoby za sobą* dokonywanie przestępstw lub czynów stanowiących podstawę wykluczenia określonych w art. 12 ust. 2"[37]. Czy zakresem stosowania tego przepisu objęte są wyłącznie osoby biorące bezpośredni udział w działaniach bojowych, czy też rozciąga się on również na wszystkich członków personelu wojskowego pełniących służbę, łącznie z osobami zajmującymi się wsparciem logistyczno-technicznym, takimi jak mechanicy obsługi śmigłowca?

Artykuł 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji

31. A.L. Shepherd, Niemcy, Zjednoczone Królestwo oraz Komisja uważają, że zakres stosowania art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji obejmuje wszystkich członków personelu wojskowego. Grecja jest odmiennego zdania. Uważa ona, że sąd odsyłający zadaje pytanie na temat stopnia zaangażowania osoby wnioskującej o nadanie statusu uchodźcy w popełnianie czynów, takich jak zbrodnie wojenne, potrzebnego do wykazania, że ponosi on osobistą odpowiedzialność za takie działania. Rząd niderlandzki podkreśla, że personel odgrywający role pomocnicze zasadniczo nie bierze udziału w działaniach bojowych. To, czy uważa on, że personelu takiego może jednak dotyczyć art. 9 ust. 2 lit. e), nie jest całkowicie jasne.

32. W mojej ocenie art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji obejmuje wszystkich członków personelu wojskowego, w tym również pracowników wsparcia logistycznego, takich jak mechanik obsługi śmigłowca.

33. Przy określaniu szczególnej kategorii „aktów prześladowania" art. 9 ust. 2 lit. e) zawiera wyraźne odesłanie do art. 12 ust. 2 dyrektywy w sprawie kwalifikacji, który powinien być rozpatrywany w związku z art. 12 ust. 3[38]. Nic w tekście dyrektywy w sprawie kwalifikacji nie ogranicza wyrażenia „jeżeli odbycie służby wojskowej pociągałoby za sobą" do personelu bojowego. Jednoznaczne brzmienie art. 12 ust. 3 („w inny sposób uczestniczą w […] popełnianiu") potwierdza, że osoby, które bezpośrednio nie uczestniczą w rzeczywistym popełnianiu przestępstw objętych zakresem art. 12 ust. 2, na mocy tego przepisu mogą być jednak wykluczone z ochrony na podstawie dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Jeżeli art. 9 ust. 2 lit. e) interpretować zgodnie z art. 12 ust. 2 i 3, nasuwa się wniosek, że wyznaczona funkcja, tytuł lub nazwa stanowiska pracy danej osoby nie ma decydującego znaczenia dla określenia, czy obawia się ona aktu prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

34. Włączenie personelu pomocniczego do zakresu stosowania art. 9 ust. 2 lit. e) jest zresztą zgodne z generalnym celem dyrektywy w sprawie kwalifikacji, którym jest identyfikacja osób, których okoliczności zmuszają do poszukiwania ochrony w Unii Europejskiej i którzy rzeczywiście jej potrzebują[39]. W przypadku gdy dana osoba jest w stanie wykazać, że w razie wykonywania służby

37 — Wyróżnienie własne.

38 — Artykuł 12 ust. 3 wskazuje, że art. 12 ust. 2 ma zastosowanie do osób, które podżegają do przestępstw lub czynów określonych w tym ustępie lub w inny sposób uczestniczą w ich popełnianiu.

39 — Zobacz motywy 1 i 6 dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

wojskowej brałaby udział w popełnieniu jednego z czynów wskazanych jako przyczyny wykluczenia w art. 12 ust. 2 dyrektywy, nie ma wiarygodnego powodu, aby wykluczać ją z zakresu stosowania art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji (istnieje raczej dobry powód, aby uznać, że rzeczywiście potrzebuje ona ochrony).

35. Co więcej, nie widzę żadnego powodu, dla którego osoba ta nie mogłaby zasadnie powoływać się na art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy z racji tego, że jest żołnierzem z dobrowolnego zaciągu, a nie poborowym. Pojęcie „[…] odmow[y] odbycia służby wojskowej […]" jest wystarczająco szerokie, aby objąć każdą osobę w służbie wojskowej. Nie istnieje rozróżnienie w zależności od sposobu rekrutacji danej osoby, który jest zatem pozbawiony znaczenia.

36. Następny etap analizy jest już bardziej delikatny. Czy zainteresowana osoba musi być zmuszana do udziału w popełnianiu czynów, takich jak zbrodnie wojenne wymienione w art. 12 ust. 2 dyrektywy w sprawie kwalifikacji? Odpowiedź na to pytanie wymaga oceny wymogów art. 12 ust. 2 w świetle art. 9 ust. 2 lit. e). Artykuł 9 ust. 2 lit. e) wymaga oceny sytuacji wnioskodawcy ex ante, a więc prawdopodobieństwa nastąpienia czynu. Artykuł 12 ust. 2 dotyczy oceny ex post czynu, który już miał miejsce.

37. Po pierwsze, wydaje mi się, że poprzez sformułowanie „[…] pociągałoby za sobą dokonywanie przestępstw lub czynów stanowiących podstawę wykluczenia określonych w art. 12 ust. 2; […]" art. 9 ust. 2 lit. e) musi być interpretowany w ten sposób, że zainteresowany w toku odbywania służby wojskowej musiałby podżegać lub w inny sposób brać udział w popełnianiu takich czynów. Za taką wykładnią przemawia francuski tekst art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy, który brzmi „[…] en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes […]" [40]. Punkt ciężkości dotyczy tego, co odbywanie służby wojskowej pociągałoby *lub mogłoby* pociągać za sobą. Po drugie, użycie słowa „pociągałoby" w trybie warunkowym wskazuje na to, że popełnienie działań, takich jak wymienione w art. 12 ust. 2, jest uzależnione od tego, czy dana osoba pełni służbę wojskową [41]. Po trzecie, „pociągałoby" wskazuje również na to, że dana osoba jeszcze nie popełniła takich działań. Słowo to odnosi się zatem do możliwych przyszłych działań, a nie do działań, które miały miejsce w przeszłości.

38. Ta ocena zasadniczo różni się od badania ex post, które jest przeprowadzane albo w razie wszczęcia postępowania karnego, albo w przypadku, gdy państwo członkowskie stara się wykazać, że dana osoba powinna zostać wykluczona z zakresu ochrony oferowanej przez dyrektywę w sprawie kwalifikacji, ponieważ należy ona do kategorii osób wykluczonych określonej w art. 12 ust. 2. Artykułu 9 ust. 2 lit. e) nie można zasadnie interpretować jako wymagającego od wnioskodawcy występującego o nadanie statusu uchodźcy wykazania, że spełnia przesłanki określone w art. 12 ust. 2. Gdyby mógł to wykazać, to z definicji nie kwalifikowałby się do uzyskania ochrony.

39. Artykuł 12 ust. 2 dyrektywy w sprawie kwalifikacji wywodzi się z art. 1 sekcji F konwencji genewskiej. W sprawie A.L. Shepherda istotny jest jedynie art. 12 ust. 2 lit. a). Wyjaśnię pokrótce, dlaczego jestem tego zdania.

40 — Zobacz przypis 23 powyżej.

41 — Dyrektywa w sprawie kwalifikacji została przyjęta w dniu 29 kwietnia 2004 r. W chwili jej przyjęcia językami urzędowymi Unii Europejskiej były duński, niderlandzki, angielski, francuski, fiński, niemiecki, grecki, włoski, portugalski, hiszpański i szwedzki. Artykuł 9 ust. 2 lit. e) został sformułowany w trybie warunkowym w większości tych języków (jednakże nie we wszystkich, gdyż wersja niderlandzka używa czasu teraźniejszego).

40. Artykuł 12 ust. 2 lit. b) dyrektywy odnosi się do osób, które popełniły „poważne przestępstwo o charakterze niepolitycznym". Treść postanowienia odsyłającego nie wskazuje na to, aby A.L. Shepherd należał do tej kategorii. Nie ma zatem potrzeby dalszego rozważania przepisów art. 12 ust. 2 lit. b). Artykuł 12 ust. 2 lit. c) dotyczy z kolei osób winnych czynów sprzecznych z celami i zasadami Organizacji Narodów Zjednoczonych [42]. Jedynie osoby, które zajmują stanowiska w aparacie władzy w państwie lub podmiocie podobnym do państwa, mogą, moim zdaniem, popełnić takie działania. A.L. Shepherd nie zajmował takiego stanowiska.

41. Wracając zatem do art. 12 ust. 2 lit. a): czyny wymienione w tym przepisie i w art. 1 sekcja F lit. a) konwencji genewskiej są identyczne. Są to zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości w rozumieniu aktów międzynarodowych opracowanych dla ustanowienia przepisów odnoszących się do takich zbrodni (w dyrektywie nie zawarto odrębnej definicji).

42. Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego [43] definiuje „zbrodnie przeciw pokojowi" jako planowanie, przygotowywanie, początkowanie lub prowadzenie wojny napastniczej albo wojny będącej pogwałceniem traktatów międzynarodowych lub innych porozumień. Taką zbrodnię ze swej natury może popełnić jedynie personel zajmujący wysokie stanowiska w organie reprezentującym państwa lub podmiot podobny do państwa [44]. A.L. Shepherd nigdy nie zajmował takiego stanowiska. Zatem nieprawdopodobne jest, aby istniało ryzyko popełnienia przez niego takiego czynu. „Zbrodnie przeciwko ludzkości" obejmują czyny, takie jak ludobójstwo, zabójstwo, gwałt i tortury popełniane w ramach powszechnych lub regularnych ataków skierowanych przeciwko populacji cywilnej [45]. Ponieważ postanowienie odsyłające nie zawiera ustaleń odnoszących się do popełnienia takich czynów, nie będę dalej analizować tego wątku [46].

43. „Zbrodnie wojenne" definiuje wiele instrumentów międzynarodowych [47]. Takie zbrodnie obejmują poważne naruszenia postanowień międzynarodowego prawa humanitarnego, mającego na celu ochronę osób, które nie biorą lub zaprzestały udziału w konfliktach, i ograniczenie metod i sposobów toczenia wojen. Uznaje się, że zbrodnie wojenne obejmują zamierzone zabijanie i torturowanie cywilów [48]. Okoliczności faktyczne opisane w postanowieniu odsyłającym wskazują na to, że właśnie ta kategoria zbrodni wojennych, do których popełnienia miałoby dochodzić (i tylko ona), ma znaczenie w sprawie A.L. Shepherda.

44. Stwierdziłam już, że personel wojskowy, który nie bierze bezpośredniego udziału w działaniach bojowych, nie jest wyłączony z zakresu stosowania art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji. To, czy osoby te popełniłyby zbrodnie wojenne w trakcie wykonywania swoich obowiązków wojskowych, stanowi kwestię faktyczną, ocenianą przez właściwe organy krajowe. Wspomniana ocena jest trudna, ponieważ wymaga od tych organów rozważenia czynów i konsekwencji działań, które dotychczas jeszcze nie miały miejsca. W następnej kolejności powstaje pytanie, czy jest prawdopodobne, że działania danej osoby *umożliwiłyby* popełnianie zbrodni wojennych [49]?

42 — Cele i zasady Organizacji Narodów Zjednoczonych (zwanej dalej „ONZ") są określone w rozdziale I jej karty [Karta Narodów Zjednoczonych i Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości podpisane w dniu 26 czerwca 1945 r. w San Francisco]. W odniesieniu do jej członków zasady te obejmują uznanie suwerennej równości, załatwianie sporów międzynarodowych środkami pokojowymi oraz powstrzymanie się w swych stosunkach międzynarodowych od stosowania groźby lub użycia siły (art. 2 Karty Narodów Zjednoczonych).

43 — Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, podpisana w Londynie w dniu 8 sierpnia 1945 r.

44 — Zobacz na przykład pkt 11 wytycznych UNHCR w kwestii klauzul wykluczających.

45 — Zobacz na przykład pkt 13 wytycznych UNHCR w kwestii klauzul wykluczających.

46 — Sąd odsyłający wskazuje, że A.L. Shepherd uznał wojnę w Iraku za sprzeczną z prawem międzynarodowym (zob. pkt 3 powyżej). W sprawie A.L. Shepherda Trybunał ani organy krajowe nie mogą rozstrzygnąć kwestii zgodności tej wojny z prawem. Kwestia ta pozostaje przedmiotem debaty między ekspertami prawa międzynarodowego oraz, w rzeczywistości, przywódcami politycznymi. W dniu 16 września 2004 r. Kofi Annan (ówczesny sekretarz generalny ONZ) stwierdził, że inwazja na Irak w 2003 r. była niezgodna z postanowieniami Karty Narodów Zjednoczonych. Jednakże po tym oświadczeniu przyjęto szereg rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ (zwanej dalej „RB ONZ") odnoszących się do Iraku.

47 — Zobacz motyw 11 dyrektywy w sprawie kwalifikacji, zob. również art. 8 rzymskiego statutu.

48 — Zobacz na przykład pkt 12 wytycznych UNHCR w sprawie klauzul wykluczających.

49 — Zobacz pkt 37 powyżej.

45. Trybunał nie może oczywiście zaproponować wyczerpujących kryteriów, jakie miałyby stosować organy krajowe. Na przykład personel wojskowy pracujący w zakładzie fryzjerskim na terenie bazy sił zbrojnych USA, dbający o to, aby żołnierze tam służący mieli standardowe fryzury, jest na tyle oddalony od działań bojowych, że możliwość wykazania takiego bezpośredniego związku jest mało prawdopodobna. Jednakże osoba, której obowiązki polegają na uzbrajaniu samolotów w bomby lub utrzymywaniu sprawności samolotu myśliwskiego, będzie miała większe szanse wykazać, że jej rola jest bezpośrednio związana z takimi operacjami, a zatem z możliwością popełnienia zbrodni wojennych. W tym względzie żołnierz pilotujący lub stanowiący załogę samolotu lub śmigłowca, który nakierowuje pocisk na cywilnych uchodźców lub ostrzeliwuje z karabinu maszynowego ich kolumnę, jest wyraźnie bliżej umiejscowiony w ciągu zdarzeń prowadzących do popełnienia zbrodni wojennej niż osoba, która uzbroiła samolot lub śmigłowiec i zapewniła jego gotowość bojową. Jednakże nie wynika stąd, że mechanik obsługi śmigłowca nie może być „uwikłany" (lub że nie zachodzi prawdopodobieństwo, że mógłby on zostać uwikłany) w popełnienie takiej zbrodni.

46. W istocie wydaje mi się, że organy krajowe powinny zbadać, czy istnieje bezpośredni związek pomiędzy działaniami danej osoby i realnym prawdopodobieństwem popełnienia zbrodni wojennych, tak aby można było dowieść, że dana osoba byłaby zmuszana do brania udziału w zbrodniach wojennych, ponieważ jej działania stanowią konieczny element ich popełnienia. Istotnym kryterium jest bowiem to, czy bez takiego udziału ze strony tej osoby lub każdej osoby będącej w jej sytuacji popełnienie zbrodni wojennych lub takie czyny byłyby możliwe.

Uznanie za uchodźcę

47. Osobie mającej uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z przyczyn takich, jak przynależność do szczególnej grupy społecznej [art. 10 ust. 1 lit. d)] lub przekonania polityczne [art. 10 ust. 1 lit. e)], która spełnia warunki określone w art. 2 lit. c) dyrektywy w sprawie kwalifikacji, należy przyznać status uchodźcy [50]. Musi istnieć związek między powodami wymienionymi w art. 10 a aktami prześladowania określonymi w art. 9 dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Według sądu odsyłającego złożony przez A.L. Shepherda wniosek o nadanie statusu uchodźcy opiera się na art. 9 ust. 2 lit. e) w związku z art. 10 ust. 1 lit. d) i art. 10 ust. 1 lit. e). Należy jednak przypomnieć, że na rozprawie przed Trybunałem pełnomocnik A.L. Shepherda wskazał, iż jego argumentacja opiera się tylko na art. 9 ust. 2 lit. e) i art. 10 ust. 1 lit. d) [innymi słowy, nie podnoszono art. 10 ust. 1 lit. e)]. Sąd odsyłający nie zwrócił się jednak do Trybunału o wykładnię art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Niemniej jednak w świetle wystąpień A.L. Shepherda na rozprawie uważam za konieczne zbadanie także tego przepisu.

48. W mojej ocenie A.L. Shepherd bez wątpienia jest objęty zakresem art. 10 ust. 1 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Wyznawanie przekonań politycznych obejmuje posiadanie opinii, idei lub przekonania w kwestii związanej z państwem oraz jego polityką lub stosowanymi środkami. Kategoria ta musi obejmować przekonanie, że nie jest się w stanie odbywać służby wojskowej w przypadku konfliktu, gdyż mogłoby to prowadzić do popełnienia zbrodni wojennych.

49. Niemniej jednak stanowisko to jest mniej jednoznaczne w odniesieniu do art. 10 ust. 1 lit. d) (przynależność do szczególnej grupy społecznej).

50. A.L. Shepherd podnosi, że jego przekonanie, iż uczestnictwo w wojnie w Iraku oznacza ryzyko popełnienia czynów wymienionych w art. 12 ust. 2, jest na tyle istotne dla jego sumienia, że nie powinien być zmuszany do działania niezgodnie z nim [a zatem wpisuje się on w art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze] i wobec tego należy do grupy społecznej, która z tego względu posiada odrębną tożsamość w USA, ponieważ jest postrzegana przez otaczające ją społeczeństwo jako inna [w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie].

50 — Zobacz art. 13 dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

51. Czy tak jest, zależy od szeregu czynników.

52. Pojęcia „osoby odmawiającej działania sprzecznego z własnym sumieniem" nie ma w tekście art. 10 ust. 1 karty, który ściśle odzwierciedla art. 9 ust. 1 EKPC. Niemniej jednak Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie orzekał, że sprzeciw wobec służby wojskowej – jeśli jest on motywowany w szczególności poważnym i niemożliwym do przezwyciężenia konfliktem między obowiązkiem służenia w armii i sumieniem danej osoby – stanowi przekonanie o wystarczającej sile, powadze, spójności i znaczeniu, aby było chronione na gruncie art. 9 ust. 1 EKPC[51]. Artykuł 10 ust. 1 karty powinien być zatem interpretowany w podobny sposób. Artykuł 10 ust. 2 karty określa i uznaje prawo do odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa[52].

53. Jednakże pojęcie „odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem" ma więcej niż jedno znaczenie. Należy je rozumieć jako obejmujące pacyfistów (np. kwakrów), których sprzeciw wobec rozwiązań militarnych jest bezwzględny[53]. Może również dotyczyć osób, które sprzeciwiają się określonemu konfliktowi ze względów prawnych, moralnych lub politycznych albo sprzeciwiają się środkom wykorzystywanym do prowadzenia tego konfliktu.

54. Widać, że można bez trudu uznać, iż osoby, które w sposób absolutny sprzeciwiają się operacjom wojskowym, „charakteryzują się jakimś wspólnym rysem lub przekonaniem na tyle istotnym z punktu widzenia tożsamości lub sumienia, że nie należy nikogo zmuszać do wyrzeczenia się go" w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze. Ich postawa jest jasna i jednoznaczna. Nie są one gotowe w żadnym razie rozważać zastosowania przemocy. Ponieważ ich stanowisko jest tak wyraźne, łatwo uwierzyć w jego szczerość.

55. Ci, których sprzeciw wobec stosowania siły jest bardziej skomplikowany, są w trudniejszej sytuacji. Przedmiot sprzeciwu ze względu na przekonania będzie u poszczególnych osób inny. Ktoś może sprzeciwiać się konkretnej wojnie, ktoś inny środkom i metodom stosowanym w danym konflikcie, a jeszcze ktoś może odmówić udziału z powodów bardzo osobistych, ponieważ ma walczyć z członkami własnej grupy etnicznej. Ponieważ nie ma bezwzględnego sprzeciwu wobec stosowania przemocy, lecz jedynie sprzeciw częściowy, osobom takim może być w związku z tym trudniej wykazać, że ich indywidualne stanowisko jest wiarygodne i że ich indywidualny sprzeciw wynika z sumienia i zasad, a nie z wygody. Trudniej będzie im zatem wykazać, że stosuje się do nich art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze.

56. Mniej trudności widzę w odniesieniu do art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie. W sensie konceptualnym jest bowiem całkowicie prawdopodobne, że obie grupy osób, czyli ci, których sprzeciw wobec stosowania siły jest bezwzględny, i ci, których sprzeciw jest bardziej skomplikowany, mogą (oddzielnie lub łącznie) tworzyć grupę, która „posiada odrębną tożsamość w danym państwie" (w niniejszej sprawie w USA), „ponieważ jest postrzegana przez otaczające społeczeństwo jako inna". Ustalenie, czy tak faktycznie jest, należałoby do właściwych organów, na podstawie przedstawionych im dowodów, z zastrzeżeniem kontroli przez sądy krajowe.

57. Czy zgodnie z tymi kryteriami A.L. Shepherd spełnia (kumulatywne) przesłanki określone w dwóch tiret art. 10 ust. 1 lit. d)?

51 — Zobacz wyrok ETPC z dnia 7 lipca 2011 r. w sprawie Bayatyan przeciwko Armenii (wielka izba), nr 23459/03, ECHR 2011, pkt 110.

52 — To, czy art. 10 ust. 2 karty ma znaczenie dla sprawy A.L. Shepherda, zależy zatem od przepisów krajowych dotyczących odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem państwa członkowskiego (Niemiec), w którym ubiegał się on o udzielenie azylu. Jest to kwestia podlegająca ocenie przez właściwe organy krajowe, z zastrzeżeniem kontroli przez sądy krajowe. W przedmiocie sytuacji A.L. Shepherda jako obywatela USA i byłego członka sił zbrojnych USA zob. pkt 74 i 75 poniżej.

53 — Zobacz na przykład pkt 3 wytycznych UNHCR nr 10.

58. Sąd odsyłający wyjaśnił, że sprzeciw A.L. Shepherda wobec operacji wojskowych nie ma charakteru bezwzględnego. Dobrowolnie zaciągnął się do armii USA. Nie odrzuca użycia działań zbrojnych całkowicie. Argumentuje on raczej, że sprzeciwia się prowadzeniu konkretnej wojny w konkretny sposób (sposób, który, jak uważa, pociąga lub może w przyszłości pociągać za sobą popełnianie zbrodni wojennych), a także, że obawiał się, iż mógłby zostać uwikłany w takie działania, gdyby nadal odbywał służbę wojskową i wykonał rozkazy dotyczące wyjazdu do Iraku.

59. Po pierwsze, organy krajowe powinny ustalić, czy należy zakwalifikować A.L. Shepherda jako osobę odmawiającą działania sprzecznego z jego sumieniem, czy jako dezertera. Przy rozstrzyganiu tego zagadnienia należy mieć na uwadze to, czy A.L. Shepherd posiada przekonania o wystarczającej sile, powadze, spójności i znaczeniu w odniesieniu do tego konfliktu, aby mogły być objęte zakresem stosowania art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze. Innymi słowy: czy A.L. Shepherd jest po prostu dezerterem, czy też, jak stanowczo twierdzi, odmówił zgodnie ze swoim sumieniem dalszego odbywania służby wojskowej w Iraku? Jeśli organy krajowe zdecydują, że nie jest on nikim innym niż dezerterem, to będzie wysoce nieprawdopodobne, aby mógł powoływać się na art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze. Ponieważ spełnione muszą zostać przesłanki z obu tiret art. 10 ust. 1 lit. d), będzie wówczas bez znaczenia, czy osoby, które dezerterują ze służby wojskowej są traktowane przez społeczeństwo jako jedna i jednolita grupa.

60. Jeśli jednak organy krajowe zdecydują, że A.L. Shepherd odmówił dalszej służby wojskowej w Iraku, ponieważ istniał poważny i niedający się przezwyciężyć konflikt między tym, co, jak mógł się racjonalnie spodziewać, wiązać się będzie z obowiązkiem odbywania służby, i jego własnym sumieniem, będzie on objęty zakresem stosowania art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze. Organy krajowe musiałyby zatem zbadać, czy na podstawie dostępnych im materiałów uzasadnione jest założenie, że w USA osoby znajdujące się w szczególnej sytuacji A.L. Shepherda są traktowane w odmienny sposób, a w szczególności podlegają określonemu traktowaniu przez ogół społeczeństwa. Jeśli tak, to przesłanka z art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie zostałaby również spełniona. Sądzę, że w sprawie zawisłej przed Trybunałem brak jest wystarczających informacji, aby mógł on zaoferować więcej wskazówek w tej kwestii.

W przedmiocie pytania drugiego

61. W tym przypadku sąd odsyłający formułuje swe pytanie za pomocą dwóch alternatyw. Czy aby można było powołać się na art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji, rozpatrywany konflikt musi w przeważającym stopniu lub z założenia wiązać się z popełnianiem przestępstw lub czynów takich jak wymienione w art. 12 ust. 2, czy też wystarczy, aby wnioskodawca wykazał, że w poszczególnych przypadkach siły zbrojne, do których należy, dopuszczały się takich działań?

62. Moim zdaniem żadna z tych alternatyw nie jest decydująca dla ustalenia, czy art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji znajduje zastosowanie. Istotne jest prawdopodobieństwo, że to *wnioskodawca* ryzykuje popełnienie zbrodni wojennych. Zainteresowany musi zatem wykazać, dlaczego uważa, że naraziłby się na ryzyko popełnienia takich zbrodni, gdyby wykonywał swoje obowiązki żołnierskie.

63. W odniesieniu do konfliktu, w przypadku którego zarzuca się, że w przeszłości takie działania miały już regularnie miejsce, a materiał dowodowy jest publicznie znany, wnioskodawcy może być (względnie) łatwo spełnić to kryterium. W braku zmiany polityki przed jego wyjazdem do strefy działań wojennych miałby uzasadnione powody, aby twierdzić, że takie działania mogą prawdopodobnie nastąpić w przyszłości, a on może zostać w nie uwikłany. W przypadku zarzutu, że w ramach danego konfliktu takie działania miały już miejsce jako jednostkowe lub odosobnione przypadki, przed wnioskodawcą stoi trudniejsze zadanie. Musi on wykazać powody, dla których uważa, że w razie odbywania przez niego służby wojskowej *jego* działania naraziłyby *go* na ryzyko udziału w popełnianiu zbrodni wojennych (element subiektywny). Zatem (na przykład) będzie musiał

wytłumaczyć, dlaczego, biorąc pod uwagę miejsce, do którego miał zostać wysłany, i czynności, które miał wykonywać, mógłby zasadnie uważać, że może się znaleźć w sytuacji, w której będzie brał udział w popełnianiu takich czynów. Istnieje także element obiektywny: czy na podstawie dostępnych informacji można zasadnie dojść do wniosku, że wnioskodawca może się znaleźć w takiej sytuacji? Tak więc należy ocenić, czy istnieją obiektywne powody, aby sądzić, że dana osoba może zostać uwikłana w popełnianie zbrodni wojennych.

W przedmiocie pytania trzeciego

64. Wydaje mi się, że odpowiedź na pytanie trzecie zawiera się w proponowanej przeze mnie odpowiedzi na pytanie drugie. Nie ma konieczności wykazania ponad wszelką racjonalną wątpliwość, że należy liczyć się z naruszeniami międzynarodowego prawa humanitarnego.

W przedmiocie pytania szóstego

65. Należy następnie zbadać pytanie szóste, za pomocą którego sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy przy rozważaniu art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji istotne jest uwzględnienie postanowień rzymskiego statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego („MTK").

66. Nie sądzę, aby postanowienia statutu MTK były istotne. Artykuł 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji nie dotyczy osób, które miałyby zostać pociągnięte do odpowiedzialności za popełnienie zbrodni w świetle prawa międzynarodowego. Przeciwnie, jego celem jest zapewnienie ochrony osobom, które pragną *uniknąć* popełnienia takich aktów w trakcie odbywania służby wojskowej. Przyjęcie prawdopodobieństwa, że żołnierz X zostanie pociągnięty do odpowiedzialności za zbrodnie wojenne jako podstawowego kryterium przy rozstrzyganiu, czy żołnierz X powinien być objęty ochroną jako uchodźca, ponieważ chce uniknąć znalezienia się w sytuacji, w której *mógłby* zostać pociągnięty do odpowiedzialności, jest bezpośrednio sprzeczne z tym celem. Artykuł 4 dyrektywy w sprawie kwalifikacji opisuje ocenę faktów i okoliczności konieczną do zbadania wniosku o nadanie statusu uchodźcy. W ostatecznym rozrachunku właściwym kryterium jest to, czy w danym przypadku twierdzenie wnioskodawcy jest wiarygodne. Standardy ustalone przez międzynarodowe prawo karne, których spełnienie jest konieczne przy ściganiu zbrodni wojennych, są całkowicie inne (są znacznie wyższe) i nie odgrywają roli w tej ocenie [54].

W przedmiocie pytania czwartego

67. W niniejszej sprawie sąd odsyłający zastanawia się, czy w pewnych okolicznościach nadanie statusu uchodźcy jest wykluczone. W szczególności (a) czy fakt, że organy w państwie, którego obywatelstwo posiada wnioskodawca, ścigają zbrodnie wojenne, uniemożliwia mu powołanie się na art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji i (b) czy ma znaczenie ściganie ich przed MTK? W swoich uwagach sąd odsyłający wskazuje, że w przypadku gdy istnieje mechanizm ścigania i karania osób, które popełniają zbrodnie wojenne, można uznać, że prawdopodobieństwo popełnienia przestępstw wojennych jest niewielkie, ponieważ nie są one tolerowane przez to państwo. Sam fakt, że przestępstwa wojenne są ścigane – tak brzmi argument – oznacza, iż państwo to zapewnia ochronę przed prześladowaniem w rozumieniu art. 7 dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

54 — Pragnę zauważyć, że ponieważ USA nie jest umawiającą się stroną MTK, postanowienia statutu tego sądu nie mogą być w żadnym razie stosowane w sprawie A.L. Shepherda.

68. Moim zdaniem krótka odpowiedź na obydwa te pytania brzmi „nie". Istnienie krajowego lub międzynarodowego mechanizmu ścigania zbrodni wojennych może co do zasady mieć skutek odstraszający od ich popełnienia. Niemniej jednak jest faktem, co prawda smutnym, acz niepodważalnym, że nawet jeśli taki mechanizm istnieje, zbrodnie wojenne *są* czasami popełniane w ogniu walki [55] (podobnie jak obecność w cywilizowanych systemach prawnych przepisów penalizujących i karzących gwałt i zabójstwo nie gwarantuje niestety, że nikt nie zostanie zgwałcony ani zamordowany). Jeżeli art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji ma posiadać jakąkolwiek wartość jako środek pozwalający osobom zagrożonym tym, że będą zmuszane do uczestniczenia w zbrodniach wojennych, na znalezienie bezpiecznej przystani, musi on działać niezależnie od tego, czy krajowy lub międzynarodowy mechanizm ścigania i karania przestępstw wojennych istnieje i jest stosowany.

W przedmiocie pytania piątego

69. Za pomocą tego pytania sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy na art. 9 ust. 2 lit. e) można powoływać się, mimo że operacja wojskowa ma przyzwolenie wspólnoty międzynarodowej lub została rozpoczęta na mocy mandatu RB ONZ.

70. Nie jestem pewna, czy dokładnie rozumiem, co z prawnego punktu widzenia oznacza wyrażenie „przyzwolenie wspólnoty międzynarodowej". Karta NZ nie definiuje, co stanowi zgodną z prawem wojnę, nie znam także żadnych innych instrumentów międzynarodowych, które wypełniałyby tę lukę (o ile jest to luka) [56]. Nie rozumiem, w jaki sposób działania mające na celu określenie zakresu stosowania art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji przez odniesienie do niezdefiniowanego wyrażenia miałyby przyczynić się do rozwiązania tego problemu. Ponieważ uzyskanie mandatu RB ONZ nie jest warunkiem rozpoczęcia wojny lub obrony przed agresją, jego istnienie lub brak nie może decydować o tym, czy mają miejsce działania wymienione w art. 12 ust. 2 dyrektywy w sprawie kwalifikacji. Tym samym, nawet jeżeli konflikt jest poprzedzony przyjęciem rezolucji RB ONZ upoważniającej do zastosowania siły w pewnych okolicznościach i pod pewnymi warunkami, nie oznacza to, że „z definicji" nie może dojść do popełnienia zbrodni wojennych.

71. Uważam zatem w odpowiedzi na to pytanie, że istnienie mandatu RB ONZ dotyczącego rozpatrywanego konfliktu nie zwalnia z konieczności przeprowadzenia oceny na podstawie art. 4 dyrektywy w sprawie kwalifikacji, ani nie wpływa na jej wynik. Nie wyklucza też samo z siebie możliwości popełnienia lub dalszego popełniania czynów wymienionych w art. 12 dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

W przedmiocie pytania siódmego

72. W ostatnim z pytań dotyczących wykładni art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy aby móc powoływać się na ten przepis, wnioskodawca powinien wcześniej skorzystać z możliwości poddania się zwykłej procedurze odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem przed jego organami krajowymi.

55 — Niesławnym przykładem jest masakra w M Lai popełniona w ramach wojny wietnamskiej. Spośród 26 żołnierzy USA ściganych za popełnienie zbrodni wojennych w M Lai skazany został tylko porucznik William Calley Jr. Ostatnio prokurator MTK wszczął postępowania dotyczące sytuacji w Ugandzie i Demokratycznej Republice Konga. W odniesieniu do drugiego z tych państw do skazania doszło w sprawie Prosecutor przeciwko Thomas Lubanga Dyilo.

56 — Wiele myśli poświęcono i atramentu wylano, próbując odpowiedzieć na pytanie, czy i w jakich okolicznościach wojnę można uznać za „uprawnioną" lub „sprawiedliwą". Teorię wojny sprawiedliwej (ius bellum iustum) stworzył św. Augustyn z Hippony (354–430), a następnie doskonale rozwinął św. Tomasz z Akwinu (1225–1274) w swoim dziele *Summa Theologica*. Kolejni myśliciele stopniowo zaczęli rozróżniać między normami dotyczącymi powodów, dla których można rozpocząć wojnę (ius ad bellum), normami regulującymi dozwolone sposoby prowadzenia konfliktów zbrojnych (ius in bello) a obowiązkami i odpowiedzialnością walczących stron po wojnie (ius post bellum). Powszechnie wymienia się następujące warunki wojny sprawiedliwej: sprawiedliwa przyczyna, wyczerpanie wszystkich innych możliwości rozwiązania konfliktu, wypowiedzenie wojny przez odpowiednie władze, słuszna intencja, rozsądne prawdopodobieństwo zwycięstwa, prowadzenie wojny przy użyciu proporcjonalnych środków. Do każdego z tych elementów można mieć jakieś zastrzeżenia.

73. Należy przede wszystkim przypomnieć, że ściganie lub kara, której A.L. Shepherd może podlegać, gdyby został odesłany do USA, dotyczyłaby dezercji, a nie odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem.

74. Nie jest jasne, co sąd odsyłający rozumie pod pojęciem „zwykłej procedury odmowy działania sprzecznego z własnym sumieniem". W zakresie, w jakim pojęcie to mogłoby odnosić się do procedur przewidzianych w prawie USA do wyrażenia takiej odmowy, Trybunał nie dysponuje żadnymi informacjami ani co do tego, czy A.L. Shepherd kwalifikowałby się do skorzystania z takiego postępowania zgodnie z prawem USA, ani czy skorzystania przez niego z takiego postępowania nie uniemożliwia fakt, że (na co wskazuje sąd odsyłający) A.L. Shepherd nie sprzeciwia się stosowaniu działań zbrojnych w sposób bezwzględny. W tym względzie pragnę zwrócić uwagę na pkt 1–5 lit. a) ppkt 4 Army Regulation 600–43, który stanowi, że „wnioski personelu o zakwalifikowanie jako osoby odmawiającej działania sprzecznego z własnym sumieniem nie będą rozstrzygane w sposób pozytywny, jeśli wnioski te są oparte na sprzeciwie wobec konkretnej wojny". Nie wiem, oczywiście, jak sądy wojskowe w USA interpretują ten przepis w praktyce.

75. Sprawdzenie (jeśli to konieczne, za pomocą opinii biegłego), czy A.L. Shepherd ma rację, twierdząc, że nie mógłby zostać zakwalifikowany jako osoba odmawiająca działania sprzecznego z własnym sumieniem na gruncie prawa USA, należy do organów krajowych. Jeżeli mógłby wszcząć taką procedurę z racjonalną perspektywą powodzenia, ale nie uczynił tego, nie mogę dostrzec żadnego powodu, dla którego powinien kwalifikować się do statusu uchodźcy z racji prześladowania, którego (opierając się na takim założeniu) byłby w stanie uniknąć bez działań sprzecznych ze swymi przekonaniami. Przeciwnie zaś, jeśli jako żołnierz służby czynnej nie mógłby starać się o status osoby odmawiającej działania sprzecznego z własnym sumieniem na podstawie swojego sprzeciwu wobec ponownego rozmieszczenia w Iraku, fakt, że nie złożył wniosku o taki status, nie może mieć żadnego wpływu na jego wniosek o nadanie statusu uchodźcy zgodnie z art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy w sprawie kwalifikacji.

W przedmiocie pytania ósmego

76. W ósmym pytaniu sąd odsyłający zastanawia się nad dwoma różnymi „aktami prześladowania" wskazanymi w dyrektywie w sprawie kwalifikacji, a mianowicie nad zagadnieniem „środków prawnych, administracyjnych, policyjnych lub sądowych, które same w sobie są dyskryminujące lub które są stosowane w sposób dyskryminujący" [art. 9 ust. 2 lit. b)] i „ścigania lub kar, które są nieproporcjonalne lub dyskryminujące" [art. 9 ust. 2 lit. c)]. Sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy wydalenie z zawodowej służby wojskowej, będące konsekwencją skazania na karę pozbawienia wolności, a także ostracyzm społeczny oraz niedogodności związane z taką karą stanowią akty prześladowania w rozumieniu tych przepisów.

77. Ósme pytanie prejudycjalne ma charakter samodzielny. Na wstępie przypomnę, że uprawnienie do uzyskania statusu uchodźcy powstaje jedynie wtedy, gdy akt prześladowania w rozumieniu art. 9 jest związany z powodem prześladowania zgodnie z art. 10[57]. Wszystkie strony, które przedstawiły uwagi Trybunałowi, w tym A.L. Shepherd, zgadzają się z tym, że państwa mogą nakładać kary na członków personelu wojskowego, którzy odmawiają dalszego odbywania służby wojskowej, gdy ich dezercja *nie* opiera się na przekonywających powodach związanych z sumieniem i pod warunkiem, że ewentualne kary i związane z nimi postępowania są zgodne z normami międzynarodowymi. Jak rozumiem, pytanie ósme jest zatem istotne wyłącznie jeżeli organy krajowe dojdą do wniosku, że A.L. Shepherd *nie* uważał w rzeczywistości, że jest narażony na ryzyko popełnienia zbrodni wojennych w razie ponownego wysłania do Iraku [zatem, w konsekwencji, nie byłby objęty art. 9 ust. 2 lit. e)], lecz mimo wszystko

57 — Artykuł 9 ust. 3.

będą też przekonane, że albo jednocześnie spełnia on przesłanki z obu tiret art. 10 ust. 1 lit. d) (członkostwo w szczególnej grupie społecznej) albo należy do zakresu stosowania art. 10 ust. 1 lit. e) ze względu na posiadane przez niego przekonania polityczne na temat sposobu prowadzenia wojny w Iraku. W takiej sytuacji można by ewentualnie nazwać A.L. Shepherda „dezerterem z sumieniem".

78. Czy postawienie takiej osoby przed sądem wojennym i ukaranie jej ma charakter dyskryminujący lub nieproporcjonalny i w związku z tym jest objęte zakresem art. 9 ust. 2 lit. b) i art. 9 ust. 2 lit. c)?

79. Postępowanie przed sądem wojennym lub wydalenie z zawodowej służby wojskowej jednoznacznie mieszczą się w pojęciu „środków prawnych, administracyjnych, policyjnych lub sądowych" w art. 9 ust. 2 lit. b). Jednakże wnioskodawca musi wykazać, że środki te są same w sobie dyskryminujące lub są stosowane w sposób dyskryminujący. Ponieważ A.L. Shepherd powołuje się na art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy (przynależność do szczególnej grupy społecznej), przy dokonywaniu tej oceny konieczne jest rozważenie, czy istnieją w USA grupy społeczne, które są porównywalne z tą, do której A.L. Shepherd, jak twierdzi, należy, w tym sensie, że grupy takie znajdują się w podobnej sytuacji, i czy w przypadku jego grupy jest bardziej prawdopodobne, niż w odniesieniu do grup porównywalnych, że będą one podlegać dyskryminacji, a także czy taka zarzucana różnica w traktowaniu mogłaby być uzasadniona. W braku jakiegokolwiek dowodu w aktach sprawy wskazującego, że dyskryminacja tego rodzaju ma miejsce w niniejszej sprawie, do organów krajowych należy przeprowadzenie niezbędnej szczegółowej oceny faktów i okoliczności, pozwalającej na ustalenie rzeczywistej sytuacji.

80. Niemożliwe jest również stwierdzenie w sposób abstrakcyjny, czy ewentualne ściganie ma charakter nieproporcjonalny lub dyskryminujący, ani czy ewentualna kara orzeczona wobec A.L. Shepherda, jeżeli zostanie skazany za dezercję[58], byłaby nieproporcjonalna, a zatem czy zastosowanie znalazłby przepis art. 9 ust. 2 lit. c). Mówiąc ogólnie, przy ocenie, czy ściganie dezercji lub kary za nią są nieproporcjonalne, konieczne jest rozważenie, czy takie akty wykraczają poza to, co jest niezbędne do wykonywania przez zainteresowane państwo jego uzasadnionego prawa do utrzymywania sił zbrojnych. Wyroki opisane przez sąd odsyłający nie wydają się w sposób oczywisty nieproporcjonalne. W ostatecznym rozrachunku kwestie te również należą do zagadnień podlegających ocenie organów krajowych w świetle okoliczności każdego przypadku.

81. Dla uzupełnienia pragnę dodać, że w przypadku powołania się na art. 10 ust. 1 lit. e) (przekonania polityczne) w zakresie powodów prześladowania kryteria byłyby identyczne. Niemniej jednak, ponieważ pojęcie grupy społecznej nie jest istotne w odniesieniu do tego powodu, osobie znajdującej się w sytuacji takiej, jak A.L. Shepherd, byłoby bardzo trudno wykazać dyskryminację wyłącznie ze względu na jego sytuację indywidualną. Może mieć on trudności również we wskazaniu odpowiedniej grupy na potrzeby niezbędnego porównania.

82. Ostracyzm społeczny, jako taki, nie jest wskazany w art. 9 ust. 2 jako „akt prześladowania" i moim zdaniem nie wchodzi on w sposób naturalny ani w zakres art. 9 ust. 2 lit. b), ani c). Niemniej jednak jest prawdą, że wykaz zawarty w art. 9 ust. 2 nie jest wyczerpujący. Okoliczność, że ostracyzm społeczny wynika z działań „podmiotów niepublicznych" [określonych w art. 6 ust. c) dyrektywy], sama w sobie nie sprzeciwia się uznaniu go za (dodatkowy) akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 2.

83. Jednakże, aby akty prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 2 mogły stanowić podstawę zasadnego wniosku o nadanie statusu uchodźcy, muszą „być na tyle poważne pod względem swojej istoty lub powtarzalności, by stanowić poważne naruszenie podstawowych praw człowieka" [art. 9 ust. 1 lit. a)][59] lub „być kumulacją różnych środków, w tym takich naruszeń praw człowieka, które są na tyle poważne, by oddziaływać na jednostkę w sposób podobny" [(art. 9 ust. 1 lit. b)]. Trybunał nie

58 — Z postanowienia odsyłającego wynika, że „[z]godnie ze stwierdzeniem Bundesamt skarżącemu grozi z powodu dezercji kara więzienia od 100 dni do 15 miesięcy, przy czym górna granica zagrożenia karą wynosi 5 lat".

59 — W szczególności prawa, od przestrzegania których nie można się uchylić, określone w art. 15 ust. 2 EKPC: zob. przypis 19 powyżej.

dysponuje informacjami mogącymi wskazywać, czy ewentualne ściganie, ukaranie lub ostracyzm społeczny, w obliczu których A.L. Shepherd może stanąć, gdyby został odesłany do USA, mogłyby być wystarczająco poważne, aby przekroczyć ten próg. Są to kolejne zagadnienia, które powinny zbadać właściwe organy krajowe, z zastrzeżeniem kontroli przez sąd krajowy.

Wnioski

84. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne zadane przez Bayerisches Verwaltungsgericht München (Niemcy) w sposób następujący:

— Artykuł 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony obejmuje swoim zakresem członków personelu wojskowego, którzy nie biorą bezpośrednio udziału w działaniach bojowych, jeżeli w ramach odbywania służby wojskowej tacy członkowie personelu mogliby być zmuszani do podżegania do popełniania przestępstw lub czynów, o których mowa w tym przepisie, lub w inny sposób uczestniczyć w ich popełnianiu.

— Przy ocenie, czy ma to miejsce, organy krajowe powinny zbadać: (i) czy istnieje bezpośredni związek pomiędzy działaniami danej osoby i realnym prawdopodobieństwem popełnienia zbrodni wojennych, ponieważ jej czyny stanowią konieczny element tych zbrodni i bez takiego udziału ze strony tej osoby lub każdej osoby będącej w jej sytuacji popełnienie zbrodni wojennych lub czynów nie byłoby możliwe, (ii) czy istnieją obiektywne powody, aby sądzić, że dana osoba może zostać uwikłana w popełnianie zbrodni wojennych. Stosowanie w tym względzie: a) standardu dowodu przyjętego w prawie karnym (takiego jak „ponad wszelką racjonalną wątpliwość") lub b) zasad międzynarodowego prawa karnego nie jest zgodne z przepisami art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2004/83.

— Fakt, że organy państwa, którego obywatelstwo posiada wnioskodawca, ścigają zbrodnie wojenne, nie uniemożliwia mu powołania się na art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2004/83; podobnie bez znaczenia pozostaje okoliczność ścigania ich przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym.

— Istnienie mandatu Rady Bezpieczeństwa ONZ w sprawie rozpatrywanego konfliktu nie stoi na przeszkodzie uznawaniu wniosków o nadanie statusu uchodźcy opartych na art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2004/83.

— Osoba, która odmawia odbywania służby wojskowej, nie kwalifikuje się do nadania statusu uchodźcy zgodnie z art. 9 ust. 2 lit. e) dyrektywy 2004/83, chyba że wcześniej bezowocnie wystąpi, w ramach dostępnego jej w tym celu trybu postępowania, o przyznanie statusu osoby odmawiającej działania sprzecznego z własnym sumieniem lub można zasadnie stwierdzić, że postępowanie takie nie jest dla niej dostępne.

— Przy ocenie, czy osoba, która odmówiła odbywania służby wojskowej, może być uważana za członka grupy społecznej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2004/83, należy wziąć pod uwagę: (i) czy posiada ona przekonania o wystarczającej sile, powadze, spójności i znaczeniu oraz (ii) czy ze względu na to przekonanie spełnia wymogi art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze tego przepisu, z racji tego, że jej sprzeciw wynika z przekonania, które jest istotne z punktu widzenia jej sumienia, oraz (iii) czy osoby posiadające takie przekonania są w państwie swojego pochodzenia postrzegane jako inne w rozumieniu tiret drugie art. 10 ust. 1 lit. d).

— W zakresie, w jakim wnioskodawca powołuje się na art. 9 ust. 2 lit. b) i art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2004/83, właściwe organy krajowe powinny ustalić, czy wydalenie z zawodowej służby wojskowej oraz kara pozbawienia wolności mają charakter dyskryminujący z powodu przynależności skarżącego do szczególnej grupy społecznej. Przy dokonywaniu tej oceny konieczne jest rozważenie, czy w danym kraju istnieją grupy społeczne, które są porównywalne z tą, do której wnioskodawca, jak twierdzi, należy, w tym sensie, że grupy takie znajdują się w podobnej sytuacji, i czy w przypadku grupy wnioskodawcy jest bardziej prawdopodobne, że będzie on traktowany inaczej ze względu na to, że może podlegać postępowaniu przed sądem wojennym lub wydaleniu z zawodowej służby wojskowej, a także czy taka zarzucana różnica w traktowaniu mogłaby być uzasadniona.

— W zakresie, w jakim wnioskodawca powołuje się na art. 9 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2004/83, właściwe organy krajowe powinny ustalić, czy ściganie lub karanie za dezercję jest nieproporcjonalne. W tym względzie konieczne jest rozważenie, czy takie akty wykraczają poza to, co jest niezbędne do wykonywania przez zainteresowane państwo jego uzasadnionego prawa do utrzymywania sił zbrojnych.