

United Nations High Commissioner for Refugees	Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców
---	---

Do wiad.: OGÓLNE HCR/GIP/13/10/Corr. 1. 12 listopada 2014 r. Język oryginału:
ANGIELSKI

WYTYCZNE W SPRAWIE OCHRONY MIĘDZYNARODOWEJ NR 10:

Wnioski o udzielenie statusu uchodźcy w związku ze służbą wojskową w kontekście art. 1 sekcja A ust. 2 Konwencji z 1951 r. i/lub Protokołu z 1967 r. dotyczącego statusu uchodźcy

Agencja Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (UNHCR) wydała niniejsze Wytyczne na podstawie posiadanego mandatu w brzmieniu zawartym w Statucie Biura Wysokiego Komisarza Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, w związku z art. 35 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r. oraz art. II Protokołu do niej z 1967 r. Niniejsze Wytyczne stanowią uzupełnienie Podręcznika UNHCR pt. „Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźców z 1951 r.” (wydanie wznowione z 2011 r.) oraz w szczególności powinny być interpretowane zgodnie z Wytycznymi UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 6: „Wnioski o udzielenie statusu uchodźcy z powodów związanych z wyznaniem” oraz Wytycznymi UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 8: „Wnioski o udzielenie azylu dziecku”. Niniejsze Wytyczne zastępują „Stanowisko UNHCR w sprawie niektórych przypadków uchylania się od służby wojskowej” (1991 r.).

Niniejsze Wytyczne, będące wynikiem szeroko zakrojonych konsultacji, mają służyć jako zbiór zaleceń dotyczących interpretacji przepisów skierowanych do rządów, prawników, decydentów i przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, a także pracowników UNHCR prowadzących, na mocy nadanych im uprawnień, postępowania o przyznanie statusu uchodźcy.

Podręcznik UNHCR pt. „Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy” oraz „Wytyczne w sprawie ochrony międzynarodowej” są dostępne na stronie: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>.

I. WPROWADZENIE

1. Sytuacja „dezertków i osb unikajacych sluzby wojskowej” została wyraźnie uwzględniona w Podręczniku UNHCR pt. „Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźców z 1951 r. oraz Protokołem dotyczącym udzielania statusu uchodźcy z 1967 r.” [zwanym dalej „Podręcznikiem UNHCR”].¹ Od czasu opublikowania Podręcznika UNHCR nastąpiły znaczne zmiany zarówno w praktykach stosowanych przez Państwa, jak i w ograniczeniach nałożonych na służbę wojskową przez prawo międzynarodowe. Biorąc pod uwagę te zmiany oraz różnice w orzecznictwie, UNHCR wydaje niniejsze Wytyczne w celu ułatwienia spójnego i uzasadnionego stosowania w takich przypadkach definicji uchodźcy zawartej w art. 1A ust. 2 Konwencji z 1951 r. i/lub Protokole z 1967 r. dotyczącym udzielania statusu uchodźcy. Niniejsze Wytyczne analizują sytuację osób, które ubiegają się o ochronę międzynarodową, aby uniknąć powołania do państwowych sił zbrojnych i służby w państwowych siłach zbrojnych, a także przymusowego powołania do służby wojskowej przez niepaństwowe ugrupowania zbrojne.

2. W niniejszych Wytycznych przedstawiono definicję kluczowych terminów [część II], a w dalszej ich części znajduje się przegląd zmian w prawie międzynarodowym dotyczącym służby wojskowej [część III]. W części IV przeanalizowano kryteria ustalania statusu uchodźcy, jako że mają one zastosowanie do wniosków związanych ze służbą wojskową. W części V omówiono kwestie proceduralne i dowodowe. Wytyczne koncentrują się na interpretacji elementów definicji uchodźcy związanych z „integracją”. Kwestie wykluczenia nie zostały uwzględnione, chociaż mogą być istotne w takich przypadkach i powinny zostać poddane odpowiedniej ocenie.² Ponadto kwestie dotyczące zachowania cywilnego i humanitarnego charakteru azylu nie są omawiane w niniejszych Wytycznych, choć często mają znaczenie w przypadku takich wniosków.³

II. TERMINOLOGIA

3. Na potrzeby niniejszych Wytycznych poniższe terminy definiuje się w następujący sposób:

Służba zastępcza odnosi się do służby w interesie publicznym wykonywanej zamiast obowiązkowej służby wojskowej w państwowych siłach zbrojnych przez osoby, które odmawiają odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania [„osoby odmawiające odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania”]. Służba zastępcza może przyjąć formę służby cywilnej poza siłami zbrojnymi lub roli w strukturach wojskowych niezwiązanej z działaniami bojowymi.⁴ Służba zastępcza może obejmować na przykład pracę w państwowych zakładach opieki zdrowotnej lub wolontariat na rzecz organizacji charytatywnych w kraju lub za granicą. Służba wojskowa niezwiązana z działaniami bojowymi obejmuje prace na takich stanowiskach jak kucharz czy urzędnik administracyjny.

Odmowa odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania odnosi się do sprzeciwu wobec takiej służby, który „wynika z zasad i sumienia, w tym głębokich przekonań, wynikających z powodów religijnych, moralnych, etycznych, humanitarnych lub podobnego rodzaju”.⁵ Taka odmowa nie ogranicza się do **osób bezwzględnie odmawiających udziału w działaniach bojowych** [pacyfistów], czyli osób, które sprzeciwiają się wszelkiemu użyciu siły zbrojnej lub uczestnictwu we wszelkich wojnach. Pojęcie to obejmuje również osoby, które uważają, że „użycie siły jest uzasadnione w niektórych okolicznościach, ale nie w innych, i że w związku z

¹Podręcznik UNHCR pt. „Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 r. i Protokołem dotyczącym statusu uchodźców z 1967 r.” (wydanie wznowione, Genewa, 2011 r.) („Podręcznik UNHCR”) dostęp : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4f33c8d92.pdf>, pkt 167-174.

²Wytyczne UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 5: Zastosowanie klauzul wyłączających: art. 1F Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r., HCR/GIP/03/05, 4 września 2003 r. („Wytyczne UNHCR w sprawie włączeń”), dostęp : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857684.html>.

³Zob. Wniosek Komitetu Wykonawczego („Excom”) nr 94 (LII), 2002, w sprawie cywilnego i humanitarnego charakteru azylu, pkt c) ppkt (vii).

⁴Zob. na przykład Raport analityczny Rady Praw Człowieka ONZ w sprawie odmawiania służby wojskowej ze względu na przekonania: Sprawozdanie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka, A/HRC/23/22 z dnia 3 czerwca 2013 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/51b5c73c4.html>.

⁵Zob. Komisja Praw Człowieka ONZ, rezolucja 1998/77, „Odmowa odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania”, E/CN.4/RES/1998/77, 22 kwietnia 1998 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3b00f0be10.html>. Komisja została zastąpiona przez Radę Praw Człowieka ONZ w 2006 r.

tym w takich innych przypadkach należy mu się sprzeciwić” [częściowy lub selektywny sprzeciw wobec służby wojskowej].⁶ Przekonanie o konieczności odmowy odbycia służby wojskowej może pojawić się z czasem, w związku z czym wolontariusze mogą również na pewnym etapie składać wnioski oparte na takim przekonaniu, o charakterze tak bezwzględny, jak i częściowym.

Dezercja stanowi porzucenie służby lub stanowiska bez zezwolenia lub sprzeciwienie się powołaniu do pełnienia obowiązków wojskowych.⁷ W zależności od przepisów krajowych nawet osoba w wieku poborowym, która ukończyła służbę krajową i została zdemobilizowana, ale nadal jest uznawana za osobę podlegającą służbie krajowej, może w pewnych okolicznościach zostać uznana za dezercera. Dezercja może mieć miejsce również w odniesieniu do sił policyjnych, żandarmerii lub równorzędnych służb bezpieczeństwa. Termin ten stosuje się również w odniesieniu do dezercerów z niepaństwowych ugrupowań zbrojnych. Dezercja może być podyktowana sumieniem lub innymi względami.

Uchylanie się od poboru do służby wojskowej ma miejsce, gdy dana osoba nie rejestruje się lub nie odpowiada na wezwanie lub rekrutację do obowiązkowej służby wojskowej. Uchylanie się może być wynikiem ucieczki takiej osoby za granicę lub może polegać, między innymi, na odesłaniu wezwania do organów wojskowych. W tym ostatnim przypadku dana osoba może być niekiedy określana jako sprzeciwiająca się poborowi, a nie jako uchylająca się od poboru, chociaż w niniejszych Wytycznych stosuje się termin „osoba uchylająca się od poboru” dla obu takich scenariuszy. Uchylanie się od poboru może mieć również charakter wyprzedzający w tym sensie, że pewne działania mogą zostać podjęte w oczekiwaniu na faktyczne wezwanie do rejestracji lub zgłoszenia się do odbycia służby. Zjawisko uchylania się od poboru pojawia się jedynie w przypadku obowiązkowego poboru do służby wojskowej [„pobór”]. Uchylanie się od poboru może nastąpić ze względu na przekonania lub z innych powodów.

Pojęcie „**rekrutacja przymusowa**” odnosi się w niniejszych wytycznych do wymuszonego, obowiązkowego lub przymusowego wcielenia do sił zbrojnych państwa lub niepaństwowych grup zbrojnych.

Służba wojskowa odnosi się przede wszystkim do służby w siłach zbrojnych Państwa. Taka służba może mieć miejsce w czasie pokoju lub w okresie konfliktu zbrojnego i może mieć charakter dobrowolny lub obowiązkowy. Obowiązek służby wojskowej nałożony przez Państwo znany jest również jako **pobór**. W przypadku gdy indywidualni wolontariusze wstępują do wojska państwowego, nazywa się to **zaciąganiem się do wojska**.

Rezerwiści to osoby, które służą w rezerwach sił zbrojnych Państwa. Uznaje się, że nie pełnią oni czynnej służby, ale muszą być dostępni na każde wezwanie w przypadku pojawienia się sytuacji nadzwyczajnej.

4. Jeżeli nie są dostępne alternatywne rozwiązania dla obowiązkowej służby wojskowej, odmowa służby wojskowej ze względu na przekonania może mieć formę uchylania się od poboru lub dezercji. Niemniej jednak uchylanie się od poboru lub dezercja nie są synonimami odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania, ponieważ mogą one mieć inne przyczyny, takie jak obawa przed służbą wojskową lub warunkami takiej służby. Odmowa służby wojskowej ze względu na przekonania, uchylanie się od poboru i dezercja mogą mieć miejsce zarówno w czasie pokoju, jak i podczas konfliktu zbrojnego. Ponadto, choć odmowa służby wojskowej ze względu na przekonania oraz uchylanie się od poboru/dezercja zwykle mają miejsce w związku z ogłoszenia poboru, mogą występować również wtedy, gdy pierwotna decyzja o dołączeniu do sił zbrojnych była dobrowolna lub obowiązek odbycia obowiązkowej służby wojskowej został początkowo zaakceptowany.⁸

⁶Zob. Dokument ONZ o odmowie odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, E/CN.4/Sub.2/1983/30/Rev.1, 1985 r. („Sprawozdanie Eide i Mubanga-Chipoya”), dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/pdfid/5107cd132.pdf>, pkt 21. Zobacz także pkt 128-135 dotyczące prześladowań w kontekście zgodnego z sumieniem sprzeciwu wobec konfliktów naruszających podstawowe zasady zachowania ludzi.

⁷Zob. Dokument ONZ o odmowie odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, E/CN.4/Sub.2/1983/30/Rev.1, 1985 r. („Sprawozdanie Eide i Mubanga-Chipoya”), dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/pdfid/5107cd132.pdf>, pkt 21. Zobacz także pkt 128-135 dotyczące prześladowań w kontekście zgodnego z sumieniem sprzeciwu wobec konfliktów naruszających podstawowe zasady zachowania ludzi.

⁸Zob. np. Komisja Praw Człowieka ONZ, rezolucja 1998/77, pkt preambuły, zob. przypis 5 powyżej.

III. MIĘDZYNARODOWE PRAWO DOTYCZĄCE SŁUŻBY WOJSKOWEJ

A. Prawo Państw do nakładania obowiązku służby wojskowej

5 . Państwa mają prawo do samoobrony zarówno na mocy Karty Narodów Zjednoczonych, jak i zwyczajowego prawa międzynarodowego.⁹ Państwa mają prawo wymagać od obywateli odbycia służby wojskowej do celów wojskowych,¹⁰ co samo w sobie nie stanowi naruszenia praw jednostki.¹¹ Zostało to wyraźnie uwzględnione w przepisach dotyczących praw człowieka związanych z pracą przymusową, na przykład w art. 8 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 1966 r. [„ICCPR”].¹² Państwa mogą również nakładać kary na osoby, które dezertują lub unikają służby wojskowej, jeżeli taka dezercja lub unikanie służby wojskowej nie jest uzasadnione ważnymi względami sumienia, pod warunkiem że takie kary i związane z nimi procedury są zgodne z normami międzynarodowymi.¹³

6 . Prawo Państwa do nakładania na obywateli obowiązku odbycia służby wojskowej nie podlega innym wymogom prawa międzynarodowego w zakresie praw człowieka, jak również międzynarodowego prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa karnego [zob. części III.B. i III.C. poniżej]. Zasadniczo, aby rekrutacja do wojska i służba wojskowa były uzasadnione, muszą one spełniać pewne kryteria: być określone przepisami prawa, stosowane w sposób niearbitralny i niedyskryminujący, ponadto funkcje i dyscyplina w odniesieniu do rekrutowanych muszą opierać się na potrzebach i planach wojskowych, a także muszą one podlegać zaskarżeniu do sądu.¹⁴

7 . Pozycja niepaństwowych ugrupowań zbrojnych różni się od pozycji państwowych sił zbrojnych – tylko Państwa mogą nakładać wymóg poboru do sił wojskowych. Prawo międzynarodowe nie uprawnia

⁹Art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych. Zob. również Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, Sprawa dotycząca działalności wojskowej i paramilitarnej w Nikaragui i przeciwko Nikaragui (Nikaragua v. Stany Zjednoczone Ameryki) (Istota sprawy), 27 czerwca 1986 r., dostęp: : <http://www.refworld.org/docid/4023a44d2.html>, pkt 187-201.

¹⁰Nie obejmuje to poboru cudzoziemców na terenach okupowanych w kontekście międzynarodowych konfliktów zbrojnych: Zobacz art. 51 Konwencji genewskiej z 1949 r. o ochronie osób cywilnych podczas wojny (zwanej dalej „Konwencją genewską IV”), zgodnie z którym „Okupant nie może zmuszać osób chronionych do pełnienia służby w jego siłach zbrojnych lub pomocniczych”. „Osoby chronione” w tym kontekście oznacza osoby cywilne na okupowanych terytoriach, które nie są obywatelami Okupanta.

¹¹Komitet Praw Człowieka ONZ („KPC”) odnotował to w związku ze skargą dotyczącą dyskryminacji (art. 26 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 1966 r. („ICCPR”). Zob. M.J.G. (nazwisko usunięte) v. Holandia, CCPR/C/32/D/267/1987, 24 marca 1988 r., dostęp: :

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/50b8eca22.pdf>, pkt 3.2; zob. podobny wcześniejszy przypadek R.T.Z. (nazwisko usunięte) v. Holandia, CCPR/C/31/D/245/1987, 5 listopada 1987 r., dostęp: : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/50b8ed122.pdf>. To prawo człowieka, w szczególności Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, ma zastosowanie zarówno do członków sił wojskowych, jak i do ludności cywilnej, oraz zostało wyraźnie określone przez Komitet Praw Człowieka w sprawie *Vuolanne v. Finlandia*, CCPR/C/35/D/265/1987, 2 maja 1989 r., dostęp: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/50b8ee372.pdf>.

¹²Artykuł 8(3)(c)(ii) ICCPR wyłącza z zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej (ustanowionej w art. 8(3)(a)) „wszelką służbę o charakterze wojskowym oraz w krajach, w których uznaje się prawo do odmowy odbywania służby wojskowej ze względu na przekonania, wszelką służbę na rzecz kraju wymaganą przez prawo w odniesieniu do osób odmawiających odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania”. Ponadto art. 2(2)(a) Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy („MOP”) z 1930 r. nr 29: „Konwencja dotycząca pracy przymusowej”, wyłącza z zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej (art. 1(1)) „wszelką pracę lub służbę wykonywaną na mocy przepisów o obowiązkowej służbie wojskowej w odniesieniu do pracy o charakterze czysto wojskowym”. Odniesienie do „przepisów o służbie wojskowej” wskazuje, iż aby wyłączenie to było ważne, musi ono być określone w prawie. Zob. również decyzje KPC w sprawach: „Venier i Nicholas v. Francja”, CCPR/C/69/D/690/1996, 1 sierpnia 2000 r., dostęp pod adresem: : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/50b8ec0c2.pdf> oraz „Foin v. Francja”, CCPR/C/67/D/666/1995, 9 listopada 1999 r., gdzie KPC stwierdził, że zgodnie z art. 8 ICCPR Państwa mogą nakładać obowiązek służby o charakterze wojskowym, dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a3a3aebf.html>, pkt 10.3.

¹³W sprawie procedur, w Europejskim Trybunale Praw Człowieka, zob. „Savda c. Turquie”, nr wniosku 42730/05 z dnia 12 czerwca 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/4fe9a9bb2.html>, , zob. również „FetiDemirtaş c. Turquie”, zob. przypis nr 7 powyżej.

¹⁴Międzypaństwowa Komisja Praw Człowieka (IACHR), „Czwarte sprawozdanie na temat sytuacji praw człowieka w Gwatemali”, OEA/Ser.L/V/II.83, dok. 16 wyd. z dnia 1 czerwca 1993 r., rozdział V. Zob. również IACHR, „Pichće Cuca v. Gwatemala”, nr raportu 36/93, sprawa 10.975, orzeczenie co do istoty sprawy, 6 października 1993 r., z którego wynika, że proces poboru musi podlegać zaskarżeniu do sądem, dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/5020dd282.html>.

pozapaństwowych ugrupowań zbrojnych do prowadzenia przymusowej lub obowiązkowej rekrutacji – niezależnie od tego, czy faktycznie sprawują one władzę nad określoną częścią terytorium.

B. Prawo do odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania

8 . Prawo do odmowy odbycia państwowej służby wojskowej ze względu na przekonania jest prawem pochodnym, wywodzącym się z interpretacji prawa do wolności myśli, sumienia i religii zawartego w art. 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Międzynarodowe orzecznictwo dotyczące tego prawa zmienia się. W orzecznictwie Komisji Praw Człowieka ONZ (KPC) zmieniono kwalifikację tego prawa jako wywodzącego się z prawa do „uzewnętrzniania” swojej religii lub przekonań, a zatem podlegającego pewnym ograniczeniom określonym w art. 18(3),¹⁵ na kwalifikację tego prawa jako „zawierającego się w prawie” do wolności myśli, sumienia i wyznania określonym w art. 18(1).¹⁶ Jest to istotna zmiana, choć opinie na ten temat były podzielone.¹⁷ Zdaniem Komisji Praw Człowieka prawo to zatem „uprawnia jednostkę do zwolnienia z obowiązkowej służby wojskowej, jeżeli nie da się tego pogodzić z religią lub przekonaniem tej jednostki. Prawa tego nie wolno naruszać za pomocą przymusu”.¹⁸ Komisja Praw Człowieka wyjaśniła ponadto, że „państwo może, jeśli sobie tego życzy, nałożyć na osobę odmawiającą odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania obowiązek podjęcia cywilnej służby zastępczej wobec służby wojskowej, poza sferą wojskową oraz niepodlegającej dowództwu wojskowemu. Taka służba zastępcza nie może mieć charakteru represyjnego. Musi być prawdziwą służbą na rzecz społeczności i musi być zgodna z prawami człowieka.”¹⁹ Nawet we wcześniejszym orzecznictwie, w którym Komitet Praw Człowieka opierał swoje decyzje na prawie do *uzewnętrzniania* swojej religii lub przekonań [określonym w art. 18(3) i interpretowanym w związku z art. 18(1) ICCPR], państwo musiało wykazać, dlaczego takie ograniczenie było „konieczne”, biorąc pod uwagę, że w wielu innych państwach udaje się pogodzić interes jednostki z interesem państwa poprzez stosowanie służby zastępczej.²⁰

9 . W związku z tym prawa osoby odmawiającej odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania na mocy art. 18 ICCPR będą przestrzegane, jeżeli osoba ta (i) jest zwolniona z obowiązku odbywania służby wojskowej lub (ii) dostępna jest odpowiednia służba zastępcza. Przy ocenie stosowności służby zastępczej zasadniczo uznaje się, że musi być ona: zgodna z powodami dla odmowy odbycia służby wojskowej; o charakterze niebojowym lub cywilnym; w interesie publicznym; oraz nie może mieć charakteru represyjnego.²¹ Na przykład w przypadku osób, które sprzeciwiają się jakimkolwiek związkom z wojskiem, konieczna będzie służba cywilna pod kierownictwem pracowników cywilnych.²²

¹⁵Artykuł 18(3) Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych przewiduje pewne ograniczenia prawa do uzewnętrzniania swojej religii lub przekonań, a mianowicie „określone ustawą i (...) niezbędne do ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego, zdrowia lub moralności albo podstawowych praw i wolności innych osób”. Więcej informacji na ten temat można znaleźć w Wytocznych UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 6: Wnioski o przyznanie statusu uchodźcy ze względu na wyznanie na mocy art. 1 ust. A pkt. 2 Konwencji z 1951 r. i/lub Protokołu z 1967 r. dotyczącego statusu uchodźców, HCR/GIP/04/06 z dnia 28 kwietnia 2004 r. („Wytoczne UNHCR w sprawie wniosków związanych z wyznaniem”), dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4090f9794.html>, pkt. 15. Ponadto, w przeciwieństwie do innych praw zawartych w Pakcie, ograniczenia ze względu na bezpieczeństwo narodowe nie są w ogóle dozwolone. Jak zauważyła Komisja Praw Człowieka, „(...) ograniczenia takie nie mogą naruszać samej istoty danego prawa”. Zob. HRC, „Yoon i Choi v. Republika Korei”, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 stycznia 2007 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd57dd.html>, pkt 8.3 oraz „EU-min Jung i in. v. Republika Korei”, CCPR/C/98/D/1593-1603/2007, 30 kwietnia 2010 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4c19e0322.pdf>, pkt 7.4.

¹⁶Zob. HRC, „Min-Kyu Jeong i in. v. Republika Korei”, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, 27 kwietnia 2011 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff59b332.html>, pkt 7.3 - 7.4; „Atasoy i Sarkut v. Turcja”, CCPR/C/104/D/1853-1854/2008, 19 czerwca 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff5b14c2.html>, pkt 10.4 - 10.5; oraz „Jong-nam Kim i in. v. Republika Korei”, CCPR/C/106/D/1786/2008, 1 lutego 2013 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/532a9f1a4.html>, pkt 7.4 - 7.5.

¹⁷Zob. Indywidualna opinia członka Komisji Gerarda L. Neumana, a także następujących członków: Yuji Iwasawa, Michael O’Flaherty i Walter Kaelin (opinia zgodna), „Atasoya i Sarkuta v. Turcja”, *ibidem*.

¹⁸„Min-Kyu Jeong i in. v. Republika Korei”, pkt 7.3; „Atasoy i Sarkut v. Turcja”, pkt 10.4 oraz „Jong-nam Kim i in. v. Republika Korei”, pkt 7.4, zob. przypis nr 16 powyżej.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰Zob. „Yoon and Choi v. Republika Korei”, pkt 8.4 oraz „Eu-min Jung i in. v. Republika Korei”, pkt 7.4, zob. przypis nr 15 powyżej.

²¹Rezolucja 1998/77 Komisji Praw Człowieka ONZ, pkt 4, zob. przypis nr 5 powyżej. Zob. także przypis nr 18 powyżej.

²²Zob. „Min-Kyu Jeong i in. v. Republika Korei”, pkt 7.3; „Atasoy i Sarkut v. Turcja”, pkt 10.4 oraz „Jong-nam Kim i in. v. Republika Korei”, pkt 7.4, przypis nr 16 powyżej.

Jeżeli jednak taka odmowa dotyczy posługiwania się przez taką osobę bronią, właściwe może być skorzystanie z możliwości pełnienia służby w ramach wojska, lecz o charakterze niebojowym. Wiele państw unika trudności związanej z oceną rzetelności odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania poprzez umożliwienie takim osobom swobodnego wyboru między służbą wojskową a służbą zastępczą.²³ W niektórych państwach prawo do odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania przyznano tylko niektórym grupom religijnym. Jednakże, jak wskazano powyżej, nie jest to zgodne z zakresem prawa do wolności myśli, sumienia i religii, ani też z zakazem dyskryminacji.²⁴

10 . Prawo do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania zostało również potwierdzone w dokumentach regionalnych, w sposób wyraźny lub w drodze wykładni, ²⁵jak również w różnych międzynarodowych dokumentach ustanawiających normy.²⁶

11 . Prawo do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania ma zastosowanie do osób odmawiających takiej służby ze względu na przekonania w sposób bezwzględny, częściowy lub selektywny (zob. II);²⁷ wolontariuszy oraz poborowych przed i po wcieleniu do sił zbrojnych; w czasie

²³W celu zapoznania się z ogólnym przeglądem praktyk w poszczególnych państwach, zob. „Raport analityczny w sprawie odmawiania służby wojskowej ze względu na przekonania: Sprawozdanie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka”, zob. przypis nr 4 powyżej. Zob. także War Resisters' International (Organizacja na rzecz sprzeciw wojnom), Światowy przegląd dotyczący poborów i odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania, dostęp pod adresem: <http://www.wri-irg.org/co/rtba/index.html>. W odniesieniu do krajów europejskich zob. również wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie „Bayatyan przeciwko V. Armenia”, nr wniosku 23459/03, 7 lipca 2011 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e254eff2.html>, pkt 110.

²⁴Zob. np. HRC, „Uwaga ogólna nr 22: Prawo do wolności myśli, sumienia i religii (art. 18)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 z dnia 30 lipca 1993 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/453883fb22.pdf>, zgodnie z którym „(...) nie dokonuje się rozróżnienia osób odmawiających odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania w zależności od charakteru takich przekonań.”, pkt 11. W odniesieniu do praktyki państw w zakresie uznawania prawa do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, nawet jeżeli taka odmowa wynika z poglądów innych niż poglądy niektórych formalnych religii, zob. „Raport analityczny w sprawie odmawiania służby wojskowej ze względu na przekonania: Sprawozdanie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka”, pkt 12, zob. przypis nr 4 powyżej. Zob. również „Brinkhof v. Holandia”, CCPR/C/48/D/402/1990, 29 lipca 1993 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a3a3ae913.html>.

²⁵Prawo do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania zostało wyraźnie uznane w dwóch traktatach regionalnych: Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z 2000 r., art. 10(2); Konwencja iberoamerykańska o prawach młodych ludzi z 2005 r., art. 12(3). Prawo to wynika również z prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania zapisanego w regionalnych traktatach o prawach człowieka, a także zostało uznane za takie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (zob. wyrok w sprawie „Bayatyan v. Armenia”, pkt 110, przypis nr 28 powyżej, oraz sprawa „Feti Demirtaş c. Turquie”, przypis nr 7 powyżej; „Savda c. Turquie”, zob. przypis nr 13 powyżej; oraz „Tarhan c. Turquie”, nr wniosku 9078/06, 17 lipca 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/51262a732.html>) oraz przez IACHR (zob. „Cristian Daniel Sahli Vera i in. v. Chile”, sprawa 12.219, sprawozdanie nr 43/05, 10 marca 2005 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4ff59edc2.pdf>; zob. także polubowne rozstrzygnięcie sporu w sprawie „Alfredo Diaz Bustos v. Boliwia”, sprawa 14/04, sprawozdanie nr 97/05, 27 października 2005 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4ff59fbc2.pdf>, pkt 19). Zob. również IACHR, Raport Roczny, 1997 r., rozdział VII: Zalecenie nr 10, dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/50b8bd162.html>; Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, zalecenie nr 1518 (2001 r.) w sprawie wykonywania prawa do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania w państwach członkowskich Rady Europy, 23 maja 2001 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/5107cf8f2.html>; Komitet Ministrów Rady Europy, Zalecenie nr R (87) 8, 9 kwietnia 1987 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/5069778e2.html>; oraz Komitet Ministrów Rady Europy, zalecenie CM/Rec (2010) 4 w sprawie praw człowieka członków sił zbrojnych, 24 lutego 2010 r., dostęp na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/506979172.html>.

²⁶Zob. rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 33/165 z 1978 r. w sprawie statusu osób odmawiających służby w siłach wojskowych lub policyjnych służących do wyegzekwowania apartheidu, dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3b00f1ae28.html>. Zob. HRC, Komentarz Ogólny Nr 22: Prawo do wolności myśli, sumienia i religii (art. 18), pkt 11, zob. przypis nr 24 powyżej oraz końcowe uwagi HRC na temat Ukrainy, CCPR/CO/73/UKR, z dnia 12 listopada 2001 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3cbb1c4.html>, pkt 20 oraz na temat Kirgistanu, CCPR/CO/69/KGZ, 24 lipca 2000 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/507572ef2.html>, pkt 18. Była Komisja Praw Człowieka ONZ potwierdziła również, że prawo do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania wynika z prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania (Uchwała Komisji Praw Człowieka ONZ „odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania”, E/CN.4/RES/1989/59, 8 marca 1989 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f0b24.html>), co potwierdzono i rozwinięto w rezolucjach E/CN.4/RES/1993/84, 10 marca 1993 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f1228c.html>; E/CN.4/RES/1995/83, 8 marca 1995 r., dostęp: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f0d220.html>; E/CN.4/RES/1998/77, zob. pkt 5 powyżej, E/CN.4/RES/2000/34, 20 kwietnia 2000 r., dostęp: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00efa128.html>; E/CN.4/RES/2002/45, 23 kwietnia 2002 r., dostęp: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/5107c76c2.html>; and E/CN.4/RES/2004/35, 19 kwietnia 2004 r., dostęp: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/415be85e4.html>). Jej następcza, Rada Praw Człowieka ONZ, poparła to stanowisko w swojej rezolucji z 2012 r. w sprawie Odmowa odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania (A/HRC/RES/20/2 z dnia 16 lipca 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/501661d12.html>), oraz w rezolucji z 2013 r. (A/HRC/24/L.23, 23 września 2013 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/526e3e114.html>).

²⁷Chociaż Komisja Praw Człowieka nie omówił częściowej ani selektywnej odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania w dokumencie „Uwaga ogólna nr 22: Prawo do wolności myśli, sumienia i religii (art. 18)”, zob. przypis nr 29 powyżej

pokoju i w czasie konfliktu zbrojnego.²⁸ Obejmuje to odmowę odbycia służby wojskowej uzasadnioną względami moralnymi, etycznymi, humanitarnymi lub podobnego rodzaju.²⁹

C. Zakaz rekrutacji do wojska nieletnich oraz udziału nieletnich w działaniach wojennych

12. Istnieją wyraźne zabezpieczenia zapobiegające narażeniu dzieci na służbę wojskową.³⁰ Wszelka rekrutacja (zarówno przymusowa, jak i dobrowolna) do państwowych sił zbrojnych oraz udział w działaniach wojennych³¹ osób poniżej 15 roku życia są zakazane na mocy prawa traktatów międzynarodowych.³² Rekrutacja taka stanowi zbrodnię wojenną.³³ Przymusowa rekrutacja do wojska osób poniżej 18 roku życia, prowadzona zarówno przez rządy, czy to przez niepaństwowe ugrupowania zbrojne, jest również zakazana na mocy protokołu fakultatywnego z 2000 r. do Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. („Konwencja o prawach dziecka”) w sprawie udziału dzieci w konfliktach zbrojnych („Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka”).³⁴ Podobne ograniczenie znajduje się w Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1999 r. dotyczącej zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci.³⁵ Protokół fakultatywny z 2000 r. do Konwencji o prawach dziecka zobowiązuje państwa do „podjęcia wszelkich możliwych środków” w celu zapobiegania podejmowaniu przez dzieci poniżej 18 roku życia „bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”, czy to w charakterze członków państwowych sił zbrojnych państw, czy też innych ugrupowań zbrojnych, a także zakazuje ze skutkiem natychmiastowym dobrowolnego rekrutowania dzieci poniżej 18 roku życia do pozapaństwowych ugrupowań zbrojnych.³⁶ Podczas gdy dobrowolne wcielanie do sił zbrojnych dzieci w wieku lat 16 i starszych jest dozwolone w przypadku państwowych sił zbrojnych, państwo jest zobowiązane do wprowadzenia zabezpieczeń w celu zapewnienia, między innymi, aby każde takie wcielenie do sił zbrojnych było faktycznie dobrowolne.³⁷ Pomimo różnych granic wiekowych

lub jej niedawne orzeczenia dotyczące indywidualnych skarg, wiele państw przewiduje możliwość częściowej lub selektywnej odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania. Zob. na przykład: „Raport analityczny w sprawie odmawiania służby wojskowej ze względu na przekonania: Sprawozdanie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka”, pkt 47, zob. przypis nr 4 powyżej.

²⁸Zob. Część II „Terminologia”.

²⁹Zob. również „Savda c. Turquie”, pkt 96, przypis nr 13 powyżej.

³⁰Zob. w tym względzie rezolucję nr 1882 (2009 r.) Rady Bezpieczeństwa ONZ w sprawie dzieci w konfliktach zbrojnych, S/RES/1882 (2009), z dnia 4 sierpnia 2009 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a7bdb432.html>.

³¹Z technicznego punktu widzenia międzynarodowe prawo humanitarne rozróżnia pod tym względem wewnętrzne konflikty zbrojne i międzynarodowe konflikty zbrojne. W wewnętrznym konflikcie zbrojnym (art. 4 ust. 3 lit. c), Protokół dodatkowy II do Konwencji genewskich z 1949 r. dotyczący ochrony ofiar wewnętrznych konfliktów zbrojnych („Protokół dodatkowy II”) zakaz dotyczy korzystania z udziału nieletnich w działaniach wojennych. W międzynarodowym konflikcie zbrojnym (art. 77 ust. 2), Protokół dodatkowy I do Konwencji genewskich z 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych („Protokół dodatkowy I”) zakaz ten ogranicza się do bezpośredniego udziału w działaniach wojennych. Konwencja o prawach dziecka przyjmuje węższą normę „bezpośredniego udziału w działaniach wojennych”, zob. art. 38 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka.

³²Art. 77 ust. 2 Protokołu dodatkowego I; art. 4 ust. 3 lit. c) Protokołu dodatkowego II; art. 38 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka.

³³Zob. art. 8 ust. 2 lit. b) ppkt xxvi) i art. 8 ust. 2 lit. e) ppkt vii) Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 1998 r., który wymienia jako zbrodnie wojenne „wcielanie lub włączanie dzieci poniżej piętnastego roku do krajowych sił zbrojnych lub wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach wojennych”. Zob. także Międzynarodowy Trybunał Karny, „Sytuacja w Demokratycznej Republice Konga, w sprawie Prokuratora v. Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06, 14 marca 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f69a2db2.html>; Sąd Specjalny dla Sierra Leone („SCSL”), „Prokurator v. Issa Hassan Sesay”, „Morris Kallon i Augustine GBAO (oskarżony RUF) (wyrok sądu), sygn. akt SCSL-04-15-T, 2 marca 2009 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49b102762.html>, pkt 184 (stwierdzenie, że zakaz takiej rekrutacji jest zwyczajowym prawem międzynarodowym). Dalsze omówienie tego, co stanowi zbrodnię wojenną rekrutacji nieletnich do sił zbrojnych znajduje się w SCSL, „Prokuratura v. Charles Ghankay Taylor”, SCSL-03-01-T, 18 maja 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/50589aa92.html>.

³⁴Art. 2 i 4, Protokołu fakultatywnego z 2000 r. do Konwencji o prawach dziecka w sprawie udziału dzieci w konfliktach zbrojnych.

³⁵Art. 3 lit. a), Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy z 1999 r. nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci.

³⁶Art. 1 i 4, Protokół fakultatywny z 2000 r. do Konwencji o prawach dziecka.

³⁷Art. 3, Protokół fakultatywny z 2000 r. do Konwencji o prawach dziecka. Zob. również UNHCR, *Wytyczne w sprawie ochrony międzynarodowej nr 8: „Wnioski o udzielenie azylu dzieciom na podstawie art. 1A(2) i 1(F) Konwencji z roku 1951 r. i/lub Protokołu z roku 1967 dotyczącego statusu uchodźców, HCR/GIP/09/08, 22 grudnia 2009 r.*, („Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom”) dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b2f4f6d2.html>, pkt 22.

ustanowionych przez prawo międzynarodowe, zdaniem UNHCR przymusowe wcielanie do sił zbrojnych i/lub bezpośredni udział w działaniach zbrojnych dzieci poniżej 18 roku życia w ramach państwowych sił zbrojnych lub przez niepaństwowych ugrupowań zbrojnych stanowiłoby prześladowanie.³⁸ Dokumenty regionalne również zawierają zakaz rekrutacji i bezpośredniego udziału dzieci w działaniach zbrojnych.³⁹

IV. ANALIZA MERYTORYCZNA

A. Uzasadniona obawa przed prześladowaniem

13. To, co stanowi uzasadnioną obawę przed prześladowaniem zależy od szczególnych okoliczności sprawy, w tym od pochodzenia wnioskodawcy, jego profilu i doświadczeń, rozpatrywanych w świetle aktualnych informacji o kraju jego pochodzenia.⁴⁰ Należy wziąć pod uwagę osobiste doświadczenia wnioskodawcy, jak również doświadczenia innych osób znajdujących się w podobnej sytuacji, ponieważ mogą one wskazywać na uzasadnione prawdopodobieństwo, że krzywda, której obawia się wnioskodawca, wcześniej lub później faktycznie nastąpi.⁴¹ Pytanie pierwszego stopnia brzmi: *Jaka byłaby sytuacja [konsekwencje] wnioskodawcy w przypadku powrotu?* Pytanie drugiego stopnia brzmi: *Czy taka sytuacja [lub konsekwencje] spełniają definicję prześladowania?* Standard dowodu do ustalenia ryzyka stanowi uzasadnione prawdopodobieństwo.⁴²

14. Prześladowania stwierdza się, jeżeli zagrożone jest życie lub wolność danej osoby,⁴³ istnieje ryzyko innych poważnych naruszeń praw człowieka lub innej poważnej krzywdy.⁴⁴ Przykładowo, niewspółmierna lub arbitralna kara za odmowę odbycia państwowej służby wojskowej lub działania sprzeczne z prawem międzynarodowym – takie jak zbyt wysokie kary pozbawienia wolności lub kary cielesne – stanowią formę prześladowania. Inne prawa człowieka, które są istotne w świetle takich wniosków, obejmują niedyskryminację i prawo do rzetelnego procesu sądowego, a także zakaz tortur lub nieludzkiego traktowania, pracy przymusowej i niewolnictwa/zniewolenia.⁴⁵

15. Oceniając ryzyko prześladowania, należy wziąć pod uwagę nie tylko bezpośrednie konsekwencje odmowy odbycia służby wojskowej [takie jak ściganie i karanie], ale także wszelkie negatywne skutki pośrednie. Takie pośrednie konsekwencje mogą wynikać z działań podmiotów niewojskowych i niepaństwowych i obejmować na przykład przemoc fizyczną, poważne przypadki dyskryminacji lub nękania ze strony społeczności. Inne formy karania za uchylanie się od poboru do sił wojskowych lub dezercję mogą przejawiać się również w innych sytuacjach, takich jak zawieszenie prawa własności gruntów, prawa do edukacji w szkole lub na uczelni lub dostępu do usług socjalnych.⁴⁶ Tego rodzaju

³⁸Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 21.

³⁹Zob. art. 22 ust. 2 Afrykańskiej karty praw i dobrobytu dziecka z 1990 r. oraz art. 12 ust. 3 Iberoamerykańskiej konwencji praw młodych ludzi z 2005 r.

⁴⁰Podręcznik UNHCR, pkt. 51-53, zob. przypis nr 1 powyżej.

⁴¹Podręcznik UNHCR, pkt. 42-43, zob. przypis nr 1 powyżej oraz Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie statusu uchodźcy z powodów związanych z wyznaniem, pkt 14, zob. przypis nr 15 powyżej.

⁴²Zob. UNHCR, „Nota w sprawie ciężaru dowodu i standardu dowodu z dnia 16 grudnia 1998 r. („Nota w sprawie ciężaru dowodu i standardu dowodu”), dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html>, pkt 10; UNHCR, „Interpretacja art. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r.”, kwiecień 2001 r., („Interpretacja art. 1 według UNHCR”, dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>, pkt 16-17.

⁴³Art. 33 ust. 1 Konwencji z 1951 r.

⁴⁴ Zob. Podręcznik UNHCR, pkt. 51-53, zob. przypis nr 1 powyżej. Zob. także Wytyczne UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 7: „Stosowanie art. 1 ust. A pkt. 2 Konwencji z 1951 r. i/lub Protokołu z 1967 r. dotyczącego statusu uchodźców w przypadku ofiar handlu ludźmi lub osób zagrożonych handlem ludźmi”, HCR/GIP/06/07, 7 kwietnia 2006 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/443679fa4.html>, pkt 14 oraz Podręcznik UNHCR, pkt. 54-55, zob. przypis nr 1 powyżej.

⁴⁵Zob. na przykład IACHR, „Czwarte sprawozdanie na temat sytuacji praw człowieka w Gwatemali”, OEA/Ser.L/V/II.83, dok. 16 wyd. z dnia 1 czerwca 1993 r., rozdział V.

⁴⁶W kontekście odmowy przyjęcia do szkoły lub uczelni zob. np. UNHCR, „Wytyczne w sprawie kwalifikacji w ocenie międzynarodowych potrzeb w zakresie ochrony osób ubiegających się o azyl z Erytrei”, kwiecień 2009 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/49de06122.html>, str. 13; w odniesieniu do zawieszenia prawa własności gruntów i odmowy dostępu do usług publicznych zob. np. UNHCR, „Wytyczne w sprawie kwalifikacji w ocenie międzynarodowych potrzeb w zakresie

krzywdy mogą stanowić prześladowanie, jeżeli same w sobie są wystarczająco poważne lub jeżeli łącznie spowodowałyby poważne ograniczenia w korzystaniu przez wnioskodawcę z podstawowych praw człowieka, czyniąc jego życie nie do zniesienia.

16. Wnioski związane ze służbą wojskową mogą pojawiać się w różnych sytuacjach. W tej części przedstawiono pięć najczęstszych rodzajów wniosków, choć ich zakres częściowo się pokrywa.

(1) Odmowa odbycia państwowej służby wojskowej ze względu na sumienie [osoby odmawiające odbycia służby wojskowej w sposób bezwzględny lub częściowy]

17. Oceniając, jakiego rodzaju traktowanie stanowiłoby prześladowanie w przypadkach, w których wnioskodawca jest osobą odmawiającą odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania [zob. V. A. poniżej w odniesieniu do kwestii dotyczących wiarygodności i prawdziwości przekonań wnioskodawcy], kluczową kwestią jest to, czy prawo krajowe dotyczące służby wojskowej przewiduje odpowiednie przepisy dotyczące praw osób odmawiających odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, poprzez: (i) zwolnienie takich osób ze służby wojskowej lub (ii) zapewnienie odpowiedniej służby zastępczej. Jak wspomniano w części III powyżej, państwa mogą zgodnie z prawem nakładać na obywateli obowiązek służby wojskowej lub służby zastępczej. Jeżeli jednak odbywa się to w sposób niezgodny ze standardami prawa międzynarodowego, pobór do sił wojskowych może być równoznacznym z prześladowaniem.

18. W krajach, w których nie ma możliwości zwolnienia ze służby wojskowej ani służby zastępczej, konieczne będzie dokładne zbadanie konsekwencji takiej sytuacji dla wnioskodawcy. Na przykład w przypadku, gdy dana osoba byłaby zmuszona do odbycia służby wojskowej lub wzięcia udziału w działaniach wojennych mimo, iż byłoby to sprzeczne z jej sumieniem lub jeśli istnieje ryzyko, że w przypadku odmowy takiej służby taka osoba byłaby ścigana przez organy lub podlegała nieproporcjonalnej lub arbitralnej karze, mielibyśmy do czynienia z prześladowaniem. Ponadto zagrożenie takim ściganiem i karaniem, które wywiera presję na osoby odmawiające odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, aby zmieniły swoje poglądy, z naruszeniem prawa do wolności myśli, sumienia lub przekonań, również spełniałoby kryteria prześladowania.⁴⁷

19. Kryterium prześladowania nie zostałyby wypełnione w krajach, które nie przewidują możliwości służby zastępczej, ale gdzie jedyną konsekwencją jest teoretyczne ryzyko pełnienia służby wojskowej, ponieważ w praktyce poboru nie egzekwuje się lub można go uniknąć poprzez uiszczenie opłaty administracyjnej.⁴⁸ Podobnie w sytuacji, gdy osoba uchylająca się od poboru jest zwolniona ze służby wojskowej lub gdy dezertjer otrzymuje honorowe zwolnienie, nie dochodzi do prześladowania, chyba że wystąpią inne czynniki.

20. W przypadku gdy służba zastępcza jest dostępna, ale ma represyjny charakter i przebieg, ze względu na jej rodzaj lub jej nieproporcjonalny czas trwania, kwestia prześladowania może być w takim przypadku również rozpatrywana. Dysproporcja w czasie trwania służby zastępczej sama w sobie wystarczy, aby wypełnić kryterium prześladowania. Jeżeli na przykład czas trwania służby zastępczej opiera się na obiektywnych i rozsądnych kryteriach, takich jak charakter konkretnej służby lub potrzeba specjalnego szkolenia w celu jej wykonywania, prześladowanie nie ma miejsca.⁴⁹ Jeżeli jednak służba zastępcza ma charakter czysto teoretyczny, na przykład dlatego, że odnośny przepis prawny nigdy nie został wdrożony; procedura ubiegania się o służbę zastępczą jest arbitralna lub nieuregulowana; lub procedura jest otwarta dla niektórych osób, ale nie dla wszystkich, konieczne jest podjęcie dalszych czynności wyjaśniających. W przypadku gdy wnioskodawca nie skorzystał z istniejących procedur, ważne byłoby zrozumienie powodów, dla których zdecydował się z nich nie skorzystać. Gdyby okazało się, że przyczyny związane są z uzasadnioną obawą przed prześladowaniem za publiczne wyrażanie swoich przekonań, musiałyby to zostać uwzględnione w ogólnej analizie.

ochrony osób ubiegających się o azyl z Erytrei", 20 kwietnia 2011 r., HCR/EG/ERT/1 1/01, dostęp pod adresem: : <http://www.refworld.org/docid/4d4afe0ec2.html>, , odpowiednio str. 10 i 25.

⁴⁷Zob. Komisja Praw Człowieka ONZ, „Prawa obywatelskie i polityczne, w tym kwestia tortur i przetrzymywania: sprawozdanie grupy roboczej ds. arbitralnego przetrzymywania”, E/CN.4/2001/14, 20 grudnia 2000 r., zalecenie nr 2, dostęp: <http://www.refworld.org/docid/3b00f54d18.html>, pkt 91-94.

⁴⁸Zbyt wysokie opłaty administracyjne mające na celu zniechęcenie osób odmawiających odbycia służby wojskowej jako faktycznie sprzecznej z ich przekonaniem do wybrania służby zastępczej lub opłaty, które można uznać za mające charakter kary, również mogą zostać uznane za dyskryminujące i mogłyby łącznie wypełniać kryterium prześladowania.

⁴⁹Zob. podejście KPC w sprawie „Foin v. Francja”, zob. przypis nr 12 powyżej. Również zob. sprawę „Richard Maille v. Francja”, CCPR/C/69/D/689/1996, 31 lipca 2000 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f588efd3.html>, oraz „Venier i Nicholas v. Francja”, zob. przypis nr 12 powyżej.

(11) Odmowa służby wojskowej w konflikcie sprzecznym z podstawowymi zasadami postępowania człowieka

21 . Wnioski uchodźców dotyczące służby wojskowej mogą być również wyrażone jako sprzeciw wobec (i) określonego konfliktu zbrojnego lub (ii) środków i metod wojennych [zachowania strony konfliktu]. Pierwszy rodzaju sprzeciwu dotyczy bezprawnego użycia siły [*ius ad bellum*], podczas gdy drugi odnosi się do środków i metod w ramach działań wojennych regulowanych międzynarodowym prawem humanitarnym [*ius in bello*], a także międzynarodowymi prawami człowieka i międzynarodowym prawem karnym.⁵⁰ Obydwa te rodzaje sprzeciwu dotyczą przymusowego udziału w działaniach konfliktowych, które wnioskodawca uważa za sprzeczne z podstawowymi zasadami postępowania ludzi.⁵¹ Takie rodzaje sprzeciwu mogą być wyrażone jako sprzeciw motywowany sumieniem i jako takie mogą być traktowane jako „odmowa służby wojskowej ze względu na przekonania” [zob. (i) powyżej]; nie zawsze jednak tak będzie. Jednostki mogą na przykład sprzeciwić się udziałowi w działaniach wojskowych, ponieważ uważają, że jest to konieczne do spełnienia ich wojskowego kodeksu postępowania, lub mogą odmówić udziału w działaniach, które łamią międzynarodowe prawo humanitarne, karne lub prawa człowieka.

22 . Uznanie prawa do odmowy odbycia służby wojskowej na takiej podstawie oraz do uzyskania statusu uchodźcy jest zgodne z przesłankami leżącymi u podstaw klauzul wyłączających zawartych w Konwencji z 1951 roku. Artykuły 1F lit. a) i 1F lit. c) wyłączają z ochrony osoby, w odniesieniu do których istnieją poważne powody, aby uważać, że popełniły one zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości lub są winne czynów sprzecznych z celami i zasadami Organizacji Narodów Zjednoczonych i które w związku z tym są uważane za niezasługujące na ochronę międzynarodową przyznaną uchodźcom. Spoczywający na jednostkach na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa karnego obowiązek powstrzymania się od określonych działań podczas konfliktu zbrojnego znalazłby odzwierciedlenie w międzynarodowym prawie uchodźczym w przypadku osób, którym grozi kara za przestrzeganie ograniczeń, jakich oczekuje się od nich na mocy prawa międzynarodowego [zob. pkt 14]. W tym względzie należy zauważyć brak obrony nadrzędnych zarządzeń, które są w sposób oczywisty niezgodne z prawem.⁵²

Odmowa udziału w nielegalnym konflikcie zbrojnym

23 . W przypadku gdy konflikt zbrojny jest uznawany za bezprawny w świetle prawa międzynarodowego [z naruszeniem zasady *ius ad bellum*], nie jest konieczne, aby wnioskodawca był narażony na indywidualną odpowiedzialność karną, jeżeli uczestniczyłby w danym konflikcie, lecz wnioskodawca musi wykazać, że jego odmowa udziału jest szczerą i że ze względu na taką odmowę istnieje ryzyko prześladowania. Indywidualna odpowiedzialność za zbrodnie agresji wynika z prawa międzynarodowego jedynie w przypadku osób, które sprawują władzę w danym państwie.⁵³ Żołnierze, którzy wstąpili do sił wojskowych przed danym konfliktem lub w jego trakcie, mogą również odmówić udziału w konflikcie, jeśli zmieniła się ich wiedza o nielegalności użycia siły lub poglądy na ten temat.

24 . Przy ustalaniu zgodności z prawem takiego konfliktu potępienie przez społeczność międzynarodową stanowi istotny dowód, ale nie jest niezbędne do stwierdzenia, że takie użycie siły jest sprzeczne z prawem międzynarodowym. Takie oświadczenia nie zawsze są wydawane, nawet jeśli obiektywnie doszło do agresji. W związku z tym stwierdzenie bezprawności w odniesieniu do użycia siły

⁵⁰ *Jus ad bellum* odnosi się do ograniczeń wynikających z prawa międzynarodowego w zakresie użycia siły, natomiast *ius in bello* reguluje postępowanie stron konfliktu zbrojnego. Tradycyjnie takie prawa człowieka odnoszą się do międzynarodowego prawa humanitarnego, ale odpowiednie standardy znajdują się również w mających zastosowanie przepisach międzynarodowych praw człowieka i międzynarodowego prawa karnego.

⁵¹ Zob. Podręcznik UNHCR, pkt. 170-171, przypis nr 1 powyżej. W odniesieniu do pkt 171: „Jednakże w przypadku gdy rodzaj działań wojskowych, z którymi dana osoba nie chce być powiązana, zostanie potępiony przez społeczność międzynarodową jako sprzeczny z podstawowymi zasadami zachowania człowieka, karanie za dezercję lub uchylanie się od poboru do sił wojskowych może samo w sobie, w świetle wszystkich innych wymogów definicji, zostać uznane za prześladowanie”. Zob. także, na szczeblu regionalnym, Rada Unii Europejskiej, „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 osób, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony”, Dz.U. L 304/12, 30 września 2004 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4157e75e4.html>. Artykuł 9 ust. 2 lit. e), który jako formę prześladowania określa: „ściganie lub kary 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”.

⁵² Zob. na przykład art. 33 statutu MTK, zob. przypis nr 33 powyżej.

⁵³ Zob. na przykład Międzynarodowy Trybunał Karny, „*Elements of Crimes*”, ICC-ASP/1/3, s. 108, ONZ Dok. Pcnic/2000/1/add.2 (2000), art. 8a, dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4ff5dd7d2.pdf>.

musi nastąpić poprzez zastosowanie przepisów prawa międzynarodowego. Odpowiednie normy nakładają na państwa obowiązek powstrzymania się od groźby lub użycia siły wobec innych państw; przyznają prawo do samoobrony indywidualnej lub zbiorowej oraz zezwolenia na użycie siły zgodnie z uprawnieniami Rady Bezpieczeństwa ONZ w zakresie utrzymywania pokoju i bezpieczeństwa.⁵⁴

25. Jeżeli konflikt zostanie obiektywnie oceniony jako niebędący nielegalnym konfliktem zbrojnym w świetle prawa międzynarodowego, wniosek uchodzący zazwyczaj nie zostanie uwzględniony, chyba że występują inne czynniki. Podobnie, jeżeli zgodnie z prawem międzynarodowym zgodność z prawem konfliktu zbrojnego nie została jeszcze rozstrzygnięta, wniosek może zostać rozpatrzony zgodnie z ppkt (i) powyżej jako przypadek odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania.

Sprzeciw wobec środków i metod wojennych [Postępowanie Stron]

26. Jeżeli sprzeciw wnioskodawcy dotyczy metod i środków zastosowanych w konflikcie zbrojnym [tj. zachowania jednej lub kilku stron konfliktu], należy dokonać oceny uzasadnionego prawdopodobieństwa, że dana osoba zostanie zmuszona do udziału w działaniach naruszających normy określone w prawie międzynarodowym. Odpowiednie standardy można znaleźć, w zależności od sytuacji, w międzynarodowym prawie humanitarnym [*ius in bello*], międzynarodowym prawie karnym oraz prawie międzynarodowym praw człowieka.

27. Zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości stanowią poważne naruszenia, które pociągają za sobą indywidualną odpowiedzialność bezpośrednio na mocy prawa międzynarodowego [prawa traktatów lub prawa zwyczajowego]. Przy określaniu, jakie zachowania lub metody zastosowane w działaniach wojennych stanowią takie zbrodnie, należy wziąć pod uwagę zmiany w postrzeganiu elementów takich zbrodni.⁵⁵ Ponadto przy ocenie rodzajów czynów, jakie dana osoba może być zmuszona popełnić w ramach konfliktu zbrojnego, istotne mogą być również inne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, analizowane w sposób łączny. Należy również pamiętać o znaczeniu prawa międzynarodowego praw człowieka w międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktach zbrojnych.

28. Ustalenie, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że dana osoba będzie zmuszona do popełnienia czynów naruszających podstawowe zasady ludzkiego postępowania lub do poniesienia za nie odpowiedzialności, będzie zazwyczaj zależało od oceny całościowego przebiegu danego konfliktu. W związku z tym istotny będzie zakres, w jakim w konflikcie dochodzi do naruszeń podstawowych zasad zachowania ludzi. Jednakże pod uwagę brane jest ryzyko bycia zmuszonym do udziału w danym działaniu lub działaniach, a nie sam konflikt, w związku z czym indywidualna sytuacja wnioskodawcy powinna zostać zbadana z uwzględnieniem jego roli.

29. Jeżeli istnieje prawdopodobieństwo, że wnioskodawca zostanie zaangażowany w roli, która wyklucza narażenie na ryzyko udziału w danym działaniu lub działaniach – na przykład na stanowisku niebojowym, takim jak kucharz lub w ramach wsparcia wyłącznie logistycznego lub technicznego – jest mało prawdopodobne, aby wniosek motywowany prześladowaniem został uwzględniony, jeśli nie występują dodatkowe czynniki. Takie dodatkowe czynniki mogą obejmować związek między rolą wnioskodawcy w zakresie wsparcia logistycznego lub technicznego a przewidywalnością [lub przyczynianiem się do] popełniania przestępstw z naruszeniem międzynarodowego prawa humanitarnego lub międzynarodowego prawa karnego. Ponadto powody sprzeciwu wnioskodawcy – niezależnie od przewidywalności lub zależności zbrodni w związku z jego działaniami – mogą być wystarczające do zakwalifikowania go jako osoby odmawiającej odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania [zob. (i) powyżej].

30. Natomiast w przypadku gdy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że dana osoba nie będzie w stanie uniknąć zaangażowania do roli, która narazi ją na ryzyko popełnienia niezgodnych z prawem czynów, jej obawy przed prześladowaniem zostaną uznane za uzasadnione [zob. pkt 14]. W niektórych

⁵⁴Zob. odpowiednio art. 2(4), art. 51 i art. 42 Karty Narodów Zjednoczonych. Zob. również Zgromadzenie Ogólne ONZ, „Deklaracja w sprawie niedopuszczalności ingerowania w wewnętrzne sprawy państw i ochrony ich niezależności i suwerenności”, 9 grudnia 1981 r., A/RES/36/103, dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3b00f478f.html>.

⁵⁵Przegląd znajduje się w: „Nocie wyjaśniającej UNHCR w sprawie wykluczenia, 4 września 2003 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>, pkt 30-32. Przykłady zbrodni wojennych w kontekście międzynarodowego konfliktu zbrojnego obejmują umyślne zabijanie cywilów, żołnierzy *hors de combat* lub jeńców wojennych; tortury; zabijanie lub okrutne ranienie osób należących do wrogiej armii; świadome kierowanie atakami na ludność cywilną; gwałty; wcielanie do sił wojskowych dzieci poniżej piętnastego roku do sił zbrojnych lub wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach wojennych; oraz użycie trującej broni. W wewnętrznym konflikcie zbrojnym zbrodnie wojenne obejmują: umyślne kierowanie atakami na ludność cywilną; zabijanie lub okrutne ranienie walczącego przeciwnika; gwałty; wcielanie do sił wojskowych dzieci poniżej piętnastego roku do sił zbrojnych lub wykorzystywanie ich do aktywnego udziału w działaniach wojennych.

przypadkach przedmiotowy konflikt może nie charakteryzować się w ujęciu ogólnym naruszeniami prawa międzynarodowego. Dana osoba może jednak należeć do oddziału, którego szczególne obowiązki wskazują, że jest ona w sposób szczególny lub bardziej prawdopodobny narażona na udział w naruszeniach podstawowych zasad ludzkiego postępowania. W takich okolicznościach istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że dana osoba będzie zmuszona do popełnienia, na przykład, zbrodni wojennych lub zbrodni przeciwko ludzkości. W przypadku gdy dostępne są opcje zwolnienia, przeniesienia [w tym do służby zastępczej] lub zastosowania skutecznego środka prawnego przeciwko przełożonym lub wojsku, który to wniosek zostałby sprawiedliwie zbadany oraz nie będzie wiązał się z odwetem, ryzyko prześladowania nie zachodzi, chyba że występują również inne czynniki.⁵⁶

(iii) Warunki państwowej służby wojskowej

31. W przypadkach związanych z warunkami służby w państwowych siłach zbrojnych, dana osoba w sposób wyraźny nie jest uchodzącą, jeżeli jedyną przyczyną jej dezercji lub uchylania się od poboru do sił wojskowych jest po prostu niechęć do państwowej służby wojskowej lub strach przed walką. Gdyby jednak warunki państwowej służby wojskowej były tak trudne, że nosiłyby znamiona prześladowań, może zachodzić potrzeba ochrony międzynarodowej.⁵⁷ Miałoby to miejsce na przykład w przypadku, gdy warunki służby wojskowej są równoznaczne z torturami lub innego rodzaju okrutnym lub nieludzkim traktowaniem,⁵⁸ naruszają prawo do bezpieczeństwa⁵⁹ i nietykalności cielesnej,⁶⁰ lub też wiążą się z przymusową lub obowiązkową pracą,⁶¹ formami niewolnictwa lub poddaństwa [w tym niewolnictwa seksualnego].⁶²

32. Takie przypadki mogą w szczególności prowadzić do dyskryminacji ze względu na pochodzenie etniczne lub płeć. Jeżeli w ramach państwowych sił zbrojnych personel wojskowy dopuszcza się złego traktowania, należy ocenić, czy takie praktyki mają charakter systemowy i/lub są w praktyce dozwolone,

⁵⁶Zob. na przykład: „Raport analityczny w sprawie odmawiania służby wojskowej ze względu na przekonania: Sprawozdanie Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka”, zob. przypis nr 4 powyżej, dotyczący praktyki prowadzonej przez niektóre państwa, w ramach której żołnierzom wcielonym do wojska pozwala się na przeniesienie do innej jednostki o charakterze niebojowym, jeśli odmawiają oni udziału w konkretnym konflikcie ze względu na przekonania lub w ogóle odmawiają posługiwania się bronią, pkt 26-27. Taka możliwość może jednak nie być dostępna dla osoby, której odmowa udziału w konkretnym konflikcie nie jest oparta na odmowie ze względu na przekonania.

⁵⁷Zob. na przykład ustawy Lord Justice in obiter dictum: „Chciałbym podkreślić, że jest oczywiste (a nawet niesporne), że istnieją okoliczności, w których osoba odmawiająca odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania może słusznie twierdzić, że kara za uchylanie się od poboru stanowiłaby prześladowanie: w przypadku gdy służba wojskowa, do której jest werbowany, obejmuje działania, z którymi osoba taka może być związana, a które są sprzeczne z podstawowymi zasadami postępowania człowieka; gdy warunki służby wojskowej same w sobie są tak surowe, że prowadzą do faktycznego prześladowania; oraz gdy kara, o której mowa, jest nieproporcjonalnie surowa lub ciężka. Zajmę się tu przypadkiem, w którym żaden z tych dodatkowych czynników nie występuje” w sprawie „Yasin Sepet, Erdem Bulbul v. Sekretarz Stanu Departamentu Spraw Wewnętrznych, C/2777; C/2000/2794, Zjednoczone Królestwo: Sąd Apelacyjny (Anglia i Walia), 1 maja 2001 r., dostęp pod adresem: : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ffbc024.html>, , ust. 61. Zob. Grupa Robocza ONZ ds. Arbitralnych Zatrzymań, opinia nr 24/2003 (Izrael), E/CN.4/2005/6/Add.1, 19 listopada 2004 r., dostęp pod adresem: : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/470b77b10.pdf>. Podobnie HRC, „Komentarz ogólny nr 32: Prawo do równości wobec sądów i do rzetelnego procesu sądowego (art. 14), 23 sierpnia 2007 r., dostęp pod adresem: : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b2b2f2.html>, , w którym wskazano, że: „Powtarzające się karanie osób odmawiających odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania za niewykonanie ponownego nakazu służby wojskowej może stanowić ukaranie za to samo przestępstwo, jeżeli taka późniejsza odmowa opiera się na tym samym nieustannym rozstrzygnięciu podyktowanym sumieniem”, pkt 55; zob. również Rezolucja Nr 98/77 Komisji Praw Człowieka ONZ, pkt 5, Zobacz przypis nr 5 powyżej. W następstwie orzeczenia HRC w sprawie art. 18 i prawa do odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania w sprawie „Yoon i Choi v. Republika Korei”, zob. przypis nr 15 powyżej, Grupa Robocza ONZ ds. Arbitralnych Zatrzymań stwierdziła, że uwięzienie osoby odmawiającej odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania za taką odmowę stanowi arbitralne zatrzymanie, ponieważ stanowi naruszenie praw zagwarantowanych w art. 18 oraz w art. 9 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych: Opinia nr 16/2008 (Turcja), A/HRC/10/21/Add.1, 4 lutego 2009 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/5062b12e2.pdf>. Zob. także Europejski Trybunał Praw Człowieka, który orzekł, że kumulacyjnym skutkiem wielokrotnego ścigania i karania osób odmawiających odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania za dezercję była ich „śmierć cywilna” stanowiąca uwłaczające traktowanie z naruszeniem art. 3 EKPC. Zob. „Ulke v. Turcja”, nr wniosku 39437/98, 24 stycznia 2006 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4964bd752.html> oraz „Savda c. Turquie”, przypis nr 13 powyżej i „Tarhan c. Turquie”, przypis nr 21 powyżej, oraz „Feti Demirtaş c. Turquie”, zob. przypis nr 7 powyżej.

⁵⁸Zob. art. 7 ICCPR.

⁵⁹Zob. art. 9 ICCPR.

⁶⁰Patrz interpretacja art. 7, 9 i 17 ICCPR.

⁶¹Zob. art. 8(3) ICCPR oraz art. 1(b) [Konwencji o likwidacji pracy przymusowej z 1957 r. \(nr 105\)](#).

⁶²Zob. art. 8 ust. 1 ICCPR i art. 6 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r. („CEDAW”).

tolerowane lub akceptowane w ramach hierarchii wojskowej. Należy ocenić dostępność środków odwoławczych przeciwko takiemu złemu traktowaniu.

33 . Zgodnie z prawem międzynarodowym zakaz „pracy przymusowej lub obowiązkowej”⁶³ nie obejmuje służby wojskowej lub służby zastępczej. Niemniej jednak, jeżeli można stwierdzić, że obowiązkowa służba wojskowa jest wykorzystywana do zmuszania poborowych do wykonywania robót publicznych, a roboty te nie mają „czysto wojskowego charakteru” lub nie są wykonywane w nagłych przypadkach i nie stanowią konieczności na potrzeby obrony narodowej ani zwykłego obowiązku obywatelskiego, praca taka stanowi pracę przymusową.⁶⁴ Według Międzynarodowej Organizacji Pracy warunek „czysto wojskowego charakteru” ma właśnie na celu zapobieżenie wzywaniu poborowych do wykonywania robót publicznych.⁶⁵ W sytuacjach nadzwyczajnych, które zagrażałyby istnieniu państwa lub dobrobytowi całej ludności lub jej części, można jednak wezwać poborowych do podjęcia prac o charakterze niewojskowym. Czas trwania i zakres obowiązkowej służby, jak również cele, dla których jest ona wykorzystywana, muszą ograniczać się do tego, co jest ściśle wymagane w danej sytuacji.⁶⁶ Wykorzystywanie poborowego do osiągania zysków w wyniku jego wykorzystywania [np. niewolnictwo, niewolnictwo seksualne, praktyki podobne do niewolnictwa i poddaństwo] jest zabronione przez prawo międzynarodowe i uznawane za przestępstwo w ustawodawstwie krajowym coraz większej liczby państw.

34 . Podobnie jak w przypadku innych wniosków o przyznanie statusu uchodźcy, o których mowa powyżej w ppkt (i) - (ii), jeżeli wnioskodawca ma możliwość zwolnienia, przeniesienia [w tym odpowiedniej służby zastępczej] lub skutecznego środka prawnego bez ryzyka odwetu, ryzyko prześladowania nie zachodzi, chyba że występują inne czynniki.

(iv) Przymusowa rekrutacja i/lub warunki służby w niepaństwowych ugrupowaniach zbrojnych

35 . Jeśli chodzi o przymusową rekrutację do niepaństwowych ugrupowań zbrojnych, przypomina się, że niepaństwowe ugrupowania zbrojne nie są uprawnione do rekrutacji pod przymusem ani siłą.⁶⁷ Osoba, która ubiega się o ochronę międzynarodową zagranicą z powodu obawy przymusowej rekrutacji lub ponownej rekrutacji przez niepaństwowe ugrupowania zbrojne, może kwalifikować się do uzyskania statusu uchodźcy, pod warunkiem że zostaną stwierdzone inne elementy definicji uchodźcy; w szczególności jeśli państwo nie jest w stanie lub nie chce chronić takiej osoby przed taką rekrutacją [zob. pkt 42-44 i 60-61 poniżej]. Podobnie przymusowa rekrutacja przez niepaństwowe ugrupowania do wykonywania prac niewojskowych może obejmować m.in. pracę przymusową, poddaństwo i/lub niewolnictwo oraz stanowić prześladowanie.⁶⁸

36 . W przypadku gdy wnioskodawca podlegałby warunkom służby stanowiącym poważne naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego lub międzynarodowego prawa karnego,⁶⁹ poważne naruszenia praw człowieka lub inną poważną krzywdę, może zachodzić sytuacja prześladowania.⁷⁰

⁶³Zob. art. 8 ICCPR.

⁶⁴Konwencja MOP z 1930 r. nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej. Zob. również IACHR, „Czwarte sprawozdanie na temat sytuacji praw człowieka w Gwatemali”, OEA/Ser.L/V/II.83, dok. 16 wyd. z dnia 1 czerwca 1993 r., rozdział V.

⁶⁵Jego następstwem jest art. 1 lit. b) Konwencji o likwidacji pracy przymusowej z 1957 r. (nr 105), który zakazuje wykorzystywania pracy przymusowej lub obowiązkowej „jako metody pozyskiwania i wykorzystywania siły roboczej do celów rozwoju gospodarczego”.

⁶⁶MOP, Komitet ekspertów ds. stosowania Konwencji i zaleceń (CEACR), „CEACR: Indywidualny wniosek bezpośredni dotyczący Konwencji o pracy przymusowej z 1930 r. (nr 29); Erytrea” (ratyfikacja: 2000), 2010 r.

⁶⁷Zob. pkt 7 powyżej.

⁶⁸Zob. art. 8 ust. 3 ICCPR, art. 1 lit. b) Konwencji o zniesieniu pracy przymusowej (nr 105), 1957 r.; art. 8 ust. 1 ICCPR; oraz art. 6 CEDAW.

⁶⁹Zobacz art. 3 wspólny dla czterech konwencji genewskich z 1949 r.; Art. 8 Statutu Rzymskiego MTK (ostatnio zmieniony w 2010 r.) z dnia 17 lipca 1998 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html>.

⁷⁰Na przykład tortury lub inne okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie (zob. art. 7 ICCPR), naruszenia prawa do bezpieczeństwa (zob. art. 9 ICCPR) oraz integralność osoby (zob. interpretacja art. 7, 9 i 17 ICCPR), praca przymusowa lub obowiązkowa (zob. art. 8 ust. 3 ICCPR i art. 1 lit. b) Konwencji o likwidacji pracy przymusowej z 1957 r. (nr 105)) lub formy niewolnictwa (w tym niewolnictwo seksualne, zob. art. 8 ust. 1 i art. 6 CEDAW).

(v) Niezgodne z prawem zatrudnienie dzieci

37. Szczególne obawy związane z ochroną pojawiają się, gdy na przymusową rekrutację do sił wojskowych i służbę wojskową narażone są dzieci.⁷¹ To samo dotyczy dzieci, które miałyby „dobrowolnie” zgłosić się do państwowych sił zbrojnych lub niepaństwowych ugrupowań zbrojnych w celu udziału w działaniach wojskowych. Wrażliwość i niedojrzałość dziecka sprawiają, że jest ono szczególnie podatne na przymusową rekrutację i posłuszeństwo wobec państwowych sił zbrojnych lub niepaństwowych ugrupowań zbrojnych; należy to wziąć pod uwagę.

38. Jak wskazano w punkcie III. C. powyżej, istnieją poważne ograniczenia dotyczące rekrutacji i udziału dzieci w działaniach wojennych na mocy prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, zarówno w odniesieniu do międzynarodowych, jak i wewnętrznych konfliktów zbrojnych, a także w odniesieniu do tak państwowych sił zbrojnych, jak i niepaństwowych ugrupowań zbrojnych.⁷² Dzieci muszą być chronione przed takimi naruszeniami; w związku z tym dziecko uchylające się od przymusowej rekrutacji, ścigania lub karania lub innych form poważnego odwetu za dezercję miałyby uzasadnione obawy przed prześladowaniem.

39. Mogą wystąpić przypadki, w których dzieci „wolontariusze” znajdują się pod presją lub są wysyłane do walki przez swoich rodziców lub społeczności. Takie przypadki mogą również stanowić podstawę do przyznania statusu uchodźcy. Kluczową kwestią jest prawdopodobieństwo wystąpienia ryzyka, że takie dziecko zostanie zwerbowane i/lub zmuszone do walki, co należy ocenić na podstawie aktualnych informacji o kraju pochodzenia, z uwzględnieniem profilu dziecka i doświadczeń z przeszłości, a także doświadczeń dzieci znajdujących się w podobnej sytuacji. Co ważne, we wnioskach o przyznanie statusu uchodźcy dotyczących naruszenia ograniczeń rekrutacji do sił wojskowych i udziału dzieci w działaniach wojennych nie ma dodatkowego wymogu rozpatrywania kwestii odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania.

40. Prześladowania mogą również dotyczyć rodzaju traktowania, jakiemu poddane byłoby dziecko przebywające w grupie wojskowej lub ugrupowaniu zbrojnym. W tym względzie należy zauważyć, że oprócz aktywnego udziału w działaniach wojennych, dzieci są również wykorzystywane jako szpierzy, kurierzy, tragarze, służący, niewolnicy [w tym niewolnicy seksualni] lub do umieszczania lub usuwania min lądowych. Niezależnie od pełnionej przez dziecko funkcji może ono być narażone na poważne lub wielokrotne krzywdy, w tym bycie świadkiem okropnych przestępstw.⁷³

41. Prześladowania mogą mieć również miejsce w przypadku, gdy istnieje ryzyko złego traktowania dziecka po powrocie do kraju pochodzenia, na przykład ze względu na wcześniejsze powiązania dziecka z państwowymi siłami zbrojnymi lub niepaństwowymi ugrupowaniami zbrojnymi, w roli żołnierza, bojownika lub też w innej funkcji. Takie dzieci mogą zostać uznane za „wrogów” odpowiednio przez państwo lub niepaństwowe ugrupowania zbrojne i w związku z tym mogą być narażone na odwet, w tym ataki fizyczne, lub na ostracyzm ze strony społeczności w takim stopniu, że ich życie stanie się nie do zniesienia. We wszystkich takich przypadkach należy zwrócić szczególną uwagę na wyjątkową podatność dzieci na zagrożenia oraz najlepszy interes dzieci wnioskujących o przyznanie statusu uchodźcy.⁷⁴

Sprawcy prześladowania

42. W definicji uchodźcy rozpoznano zarówno państwowych, jak i pozapaństwowych sprawców prześladowania. W krajach, w których toczy się wojna domowa, powszechna jest przemoc, wybuchy powstań lub rozdrobnienie państwowe, groźba przymusowego wcielania do sił zbrojnych często pochodzi od niepaństwowych ugrupowań zbrojnych. Może to wynikać z utraty przez państwo kontroli nad częściami jego terytorium. Takie państwo może upoważnić, kierować, kontrolować lub tolerować działalność niepaństwowych ugrupowań zbrojnych [na przykład jednostek paramilitarnych lub prywatnych grup bezpieczeństwa]. Zgodność interesów Państwa i niepaństwowych ugrupowań zbrojnych zaangażowanych w przymusową rekrutację do sił wojskowych nie zawsze jest jasna. Inne

⁷¹Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, zob. przypis nr 37 powyżej.

⁷²Zob. ogólnie Komitet Praw Dziecka ONZ, „Uwaga ogólna CRC nr 6: Traktowanie dzieci bez opieki i odseparowanych poza krajem pochodzenia” („Uwaga ogólna CRC nr 6”), CRC/GC/2005/6, 1 września 2005 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42dd174b4.html>, pkt 59.

⁷³Zob. przypis nr 70 powyżej; zob. również Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 23, zob. przypis nr 37 powyżej.

⁷⁴Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 4 i 5, zob. przypis nr 37 powyżej oraz „Uwaga ogólna CRC nr 6”, zob. przypis nr 72 powyżej.

podmioty niepaństwowe mogą być również sprawcami prześladowań w formach innych niż przymusowa rekrutacja, na przykład poprzez przemoc i dyskryminację ze strony członków rodziny i sąsiadów byłych dzieci-żołnierzy postrzeganych jako udzielający pomocy wrogowi.

43. We wszystkich przypadkach dotyczących krzywdy ze strony niepaństwowych ugrupowań zbrojnych lub innych niepaństwowych sprawców konieczne jest ustalenie, w jakim stopniu państwo jest w stanie i/lub jest skłonne do zapewnienia ochrony przed takimi krzywdami.

44. W przypadku gdy wniosek o przyznanie statusu uchodźcy opiera się na ryzyku bycia zmuszonym do popełnienia czynów naruszających podstawowe zasady ludzkiego postępowania, należy zbadać stopień, w jakim takie naruszenia mają miejsce, jak również zdolność lub chęć władz, w szczególności władz wojskowych, do zapobiegania takim naruszeniom w przyszłości. Pojedyncze naruszenia zasady *ius in bello*, które są skutecznie badane i rozpatrywane przez władze wojskowe, będą wskazywać na istnienie dostępnej i skutecznej ochrony ze strony państwa. Tego rodzaju działania ze strony państwa mogą obejmować podjęcie działań wobec osób odpowiedzialnych i wprowadzenie środków zapobiegających powtórzeniu się takich sytuacji.

45. W odniesieniu do złego traktowania przez innych żołnierzy, takiego jak poważne nękanie lub fala, należy ustalić, czy takie czyny są akceptowane przez władze wojskowe i czy są dostępne skuteczne środki dochodzenia rekompensaty za pośrednictwem systemu wojskowego lub w ramach innych części struktury państwowej.

Amnestia

46. Po zakończeniu konfliktu państwo może zaoferować amnestię osobom, które uchylały się od odbycia służby wojskowej, w szczególności osobom odmawiającym odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania. Inicjatywy takie mogą zagwarantować immunitet przed ściganiem lub oficjalne uznanie statusu osoby odmawiającej odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, tym samym eliminując ryzyko krzywdy związanej z takim ściganiem lub karaniem. Niemniej jednak wpływ amnestii na obawy jednostki przed prześladowaniem wymaga dokładnej oceny. Amnestie mogą nie obejmować wszystkich dezertersów i osób uchylających się od poboru. Ponadto należy zbadać, czy ochrona ta jest skuteczna w praktyce; czy dana osoba może nadal być narażona na zwerbowanie do sił zbrojnych; czy może być poddana innym formom prześladowania oprócz odpowiedzialności karnej uchylonej amnestią; i/lub czy istnieje ryzyko, że dana osoba poszukiwana przez podmioty niepaństwowe – w tym na przykład grupy społeczne uznające ją za zdrajcę – niezależnie od ustawodawstwa przyjętego przez państwo. W szczególności osoby, które były świadkami popełniania zbrodni wojennych lub innych poważnych czynów i w związku z tym zdezerterowały, mogą w pewnych okolicznościach powołać się na uzasadnioną obawę przed prześladowaniem, jeżeli na przykład musiałyby występować w charakterze świadków w postępowaniu karnym po powrocie do kraju, co naraziłoby je na poważną szkodę.

B. Podstawy Konwencji

47. Podobnie jak w przypadku wszystkich wniosków o nadanie statusu uchodźcy, uzasadniona obawa przed prześladowaniem musi być związana z jednym lub większą liczbą powodów określonych w definicji uchodźcy zawartej w art. 1A ust. 2 Konwencji z 1951 r.; oznacza to, że musi ona powoływać się na „powody związane z” rasą, wyznaniem, narodowością, przynależnością do określonej grupy społecznej lub poglądami politycznymi. Powód wymieniony w Konwencji może być tylko czynnikiem przyczyniającym się do uzasadnionej obawy przed prześladowaniem; nie jest konieczne wykazanie, że jest jej głównym lub jedynym powodem. Ponadto istotna może być jedna lub więcej podstaw wymienionych w Konwencji; nie wykluczają się one wzajemnie i mogą się pokrywać.

48. Intencje lub motywy działania prześladowcy mogą być istotnym czynnikiem podczas ustalania związku przyczynowego między obawą przed prześladowaniem a powodami prześladowania określonymi w Konwencji, jednak nie mają charakteru nadrzędnego, między innymi dlatego, że trudno je ustalić.⁷⁵ Sprawca nie musi kierować się chęcią ukarania swojej ofiary, aby związek przyczynowy został ustalony; należy koncentrować się raczej na przyczynach sytuacji wnioskodawcy i prawdopodobieństwie wystąpienia jego krzywdy. Nawet jeśli dana osoba traktowana jest w taki sam sposób jak większość ludności, nie wyklucza to sytuacji, w której prześladowanie wynika z powodów określonych w Konwencji. Podobnie, jeżeli sprawca kierował się powodem prześladowania wskazanym w Konwencji, wtedy jest to wystarczające, by stwierdzić istnienie związku przyczynowego. W przypadku gdy sprawca prześladowania jest niepaństwowym podmiotem zbrojnym, związek przyczynowy

⁷⁵Podręcznik UNHCR, pkt. 66, zob. przypis nr 1 powyżej.

stwierdza się, gdy prześladowca wyrządza szkodę wnioskodawcy z powodów określonych w Konwencji lub gdy państwo nie chroni wnioskodawcy z powodów określonych w Konwencji.⁷⁶

Wyznanie

49. Powody związane z wyznaniem nie ograniczają się do systemów wyznaniowych [„teistycznych, nieisteistycznych i ateistycznych”],⁷⁷ lecz obejmują również pojęcia tożsamości lub sposobu życia.⁷⁸ Jest on zgodny z art. 18 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych oraz obejmuje szersze rozważania dotyczące myśli i sumienia, w tym poglądów moralnych, etycznych, humanitarnych lub podobnego rodzaju. Powód związany z wyznaniem ma zatem szczególne znaczenie w przypadkach odmowy odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, w tym odmowy wyrażonej w drodze uchylania się od poboru lub dezercji, jak wyjaśniono w pkt III. B. W odniesieniu do wniosków składanych przez osoby odmawiające odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, w Podręczniku UNHCR określono, że:

Odmowa pełnienia służby wojskowej może wynikać również z przekonań religijnych. Jeżeli wnioskodawca jest w stanie wykazać, że jego przekonania religijne są autentyczne i że takie przekonania nie są uwzględniane przez władze jego kraju, które żądają od niego odbycia służby wojskowej, może on w sposób uzasadniony złożyć wniosek o udzielenie statusu uchodźcy. Taki wniosek musiałby zostać oczywiście poparty wszelkimi dodatkowymi informacjami wskazującymi, że wnioskodawca lub jego rodzina mogli napotkać trudności ze względu na przekonania religijne.⁷⁹

50. Powody związane z wyznaniem mogą mieć również znaczenie w przypadkach związanych ze służbą wojskową innych niż przypadki odmowy jej odbycia ze względu na przekonania. Rekruci mogą doświadczać pozbawienia wolności, złego traktowania [takiego jak pobicia lub silna presja psychologiczna] oraz poważnej dyskryminacji ze względu na ich przekonania religijne, tożsamość lub praktyki. Mogą być również zmuszani do rezygnacji ze swoich przekonań na rzecz innej wiary.

Poglądy polityczne

51. Powody wnioskodawców związane z poglądami politycznymi obejmują zakres szerszy niż powiązanie z konkretnym ruchem politycznym lub ideologią; obejmują one „wszelkie poglądy w jakichkolwiek kwestiach dotyczących państwa, społeczeństwa lub polityki”.⁸⁰ Ponadto obejmują one zarówno posiadanie faktycznej opinii politycznej i jej wyrażanie, neutralność polityczną, a także przypadki, w których opinia polityczna jest przypisywana wnioskodawcy, nawet jeśli nie posiada on takiej opinii.⁸¹ Takie sytuacje mogą mieć miejsce w przypadkach, gdy państwo lub niepaństwowe ugrupowania zbrojne przypisują danej osobie określony pogląd polityczny.

52. Sprawy dotyczące odmowy odbycia służby wojskowej mogą być rozstrzygane na podstawie powiązania z powodami dla składania wniosku dotyczącymi poglądów politycznych, określonymi w Konwencji z 1951 r. W zależności od stanu faktycznego, odmowa odbycia służby wojskowej – w szczególności odmowa oparta na przekonaniu, że konflikt narusza podstawowe zasady ludzkiego postępowania [zob. IV. A. (ii) powyżej] – może być analizowana przez pryzmat rzeczywistego lub przypisywanego poglądu politycznego. W takich przypadkach władze mogą interpretować odmowę danej osoby wobec udziału w konflikcie lub w czynności lub czynnościach jako przejaw politycznego

⁷⁶Zob. UNHCR, Wytyczne w sprawie ochrony międzynarodowej nr 2: „Przynależność do określonej grupy społecznej” w kontekście art. 1 ust. A pkt. 2 Konwencji z 1951 r. i/lub Protokołu do niej z 1967 r. dotyczącego statusu uchodźców, HCR/GIP/02/02, 7 maja 2002 r. („Wytyczne UNHCR w sprawie grupy społecznej”), dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html>, pkt 23.

⁷⁷Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie statusu uchodźcy z powodów związanych z wyznaniem, pkt 6, zob. przypis nr 15 powyżej.

⁷⁸ *Ibid*, pkt 4 i 8.

⁷⁹Podręcznik UNHCR, pkt. 172, zob. przypis nr 1 powyżej.

⁸⁰ Wytyczne UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 1: Wytyczne w sprawie prześladowań ze względu na płeć w kontekście art. 1 ust. A pkt. 2 Konwencji z 1951 r. i/lub Protokołu do niej z 1967 r. dotyczącego statusu uchodźców, HCR/GIP/02/01, 7 maja 2002 r., („Wytyczne UNHCR w sprawie prześladowania ze względu na płeć”), dostęp na stronie: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>, pkt 32, zaadaptowany na podstawie: G. Goodwin-Gill, „The Refugee in International Law”, Clarendon Press 1983, wydanie pierwsze, s. 31, oraz najnowsze wydanie 3, Oxford University Press 2007 wraz z J. McAdam, s. 87, cytowany również w sprawie „Kanada (Prokurator Generalny) v. Ward”, [1993 r.] 2 S.C.R. 689, Kanada: Sąd Najwyższy, 30 czerwca 1993 r., dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b673c.html>.

⁸¹Zob. UNHCR, „Sekretarz Stanu Departamentu Spraw Wewnętrznych (wnoszący odwołanie) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) i AM (Zimbabwe) (pозwani) oraz Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców (interweniujący) - sprawa dotycząca interweniującego”, 25 maja 2012 r., dostęp pod adresem: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, pkt 8.

braku zgody na prowadzoną przez władze politykę. Akt dezercji lub uchylania się od poboru może sam w sobie stanowić wyrażenie poglądów politycznych lub może być jako taki postrzegany.

53. Uzasadnienie wniosku poglądami politycznymi może mieć znaczenie również w innych okolicznościach. Na przykład wniosek o udzielenie statusu uchodźcy złożony przez żołnierza, który dowiadyuje się o działalności przestępczej prowadzonej lub tolerowanej przez personel wojskowy w kontekście konfliktu (takiej jak nielegalna sprzedaż broni, wymuszenia na ludności cywilnej, handel narkotykami lub ludźmi) i który obawia się prześladowań w wyniku sprzeciwu wobec takiej działalności, może zostać rozpatrzony z uwzględnieniem uzasadnienia poglądami politycznymi. Niezależnie od tego, czy żołnierz będzie sygnalistą, próby uniknięcia służby wojskowej mogą być postrzegane przez władze jako oznaka przynależności do opozycji politycznej. Odmowa wobec rekrutacji do sił zbrojnych przez niepaństwowe ugrupowania zbrojne może również być wyrazem poglądów politycznych.

54. Poglądy polityczne może być również znajdującym zastosowanie uzasadnieniem w odniesieniu do członków rodziny osoby odmawiającej odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, osoby uchylającej się od poboru do sił zbrojnych lub dezertera, którzy zostali uznani przez państwo lub niepaństwowe ugrupowanie zbrojne za oddanych konkretnej sprawie politycznej. W takich przypadkach prześladowanie może być powiązane z przypisywanymi poglądami politycznymi, jeśli zakłada się, że członek rodziny ma poglądy podobne do poglądów przypisywanych osobie odmawiającej odbycia służby wojskowej, osoby uchylającej się od poboru do sił zbrojnych lub dezertera. Istotnym uzasadnieniem w takich przypadkach może być również „rodzina” traktowana jako grupa społeczna [zob. pkt 58 poniżej].

Rasa lub narodowość

55. Rasa i narodowość, w znaczeniu etniczności, są często czynnikami związanymi ze służbą wojskową. Uzasadniona obawa przed prześladowaniem może opierać się bezpośrednio na rasie wnioskodawcy, na przykład gdy poborowi z określonej grupy rasowej są narażeni na służbę w bardziej surowych warunkach niż inni poborowi, lub też gdy są jedynymi, którzy rzeczywiście podlegają poborowi. Dzieci również mogą być zmuszane do rekrutacji do sił wojskowych z powodu przynależności do określonej grupy etnicznej. Przypadki oparte na warunkach służby wojskowej wynikających z prześladowań mogą również dotyczyć dyskryminacji ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne i mogą powoływać się na ten powód.

Przynależność do określonej grupy społecznej

56. Konwencja z 1951 r. nie zawiera szczegółowej listy konkretnych grup społecznych. Można w niej jednak znaleźć stwierdzenie, że „przynależność do określonej grupy społecznej należy pojmować w sposób ewolucyjny, otwarty na zróżnicowanie i zmienny charakter grup w różnych społeczeństwach, a także na ewoluujące prawa człowieka.”⁸² UNHCR definiuje „określoną grupę społeczną” jako:

Określona grupa społeczna odnosi się do grupy osób o wspólnych cechach innych niż ryzyko ich prześladowania lub do osób, które są przez społeczeństwo postrzegane jako grupa. Cechą łączącą te osoby będzie często cecha wrodzona, niezmienna lub w inny sposób istotna dla ich tożsamości, świadomości lub posiadanych praw człowieka.⁸³

57. Dwa podejścia – „cechy chronione” i „społeczne postrzeganie” – do identyfikacji „określonych grup społecznych” uwzględnione w definicji stanowią podejścia alternatywne w stosunku do siebie i nie łączą się ze sobą. Podejście oparte na „cechach chronionych” bada z jednej strony, czy osoby z grupy łączą wrodzone lub niezmiennie cechy, lub czy grupa jest połączona cechą, która jest tak istotna dla godności ludzkiej, iż nie można członków danej grupy zmusić do jej wyrzeczenia się. Niezmienna cecha „może być wrodzona [na przykład płeć lub pochodzenie etniczne] lub niezmienna z innych powodów [takich jak historyczny fakt istnienia związku, zawodu lub statusu w przeszłości]”.⁸⁴ Podejście oparte na „społecznym postrzeganiu” natomiast bada, czy członkowie określonej grupy społecznej posiadają wspólną cechę, dzięki której są rozpoznawani lub cechę, która odróżnia ich od ogółu społeczeństwa. To drugie podejście nie wymaga, aby taka wspólna cecha była łatwo rozpoznawalna przez ogół odbiorców czy też widoczna gołym okiem. Aby wykazać istnienie określonej grupy społecznej, wnioskodawca nie musi wykazać, że wszyscy członkowie danej grupy społecznej są narażeni na prześladowania.⁸⁵

⁸²Wytyczne UNHCR dot. grup społecznych, pkt 3, zob. przypis nr 81 powyżej.

⁸³ *Ibid*, pkt 11.

⁸⁴ *Ibid*, pkt 6.

⁸⁵ *Ibid*, pkt 17.

Ponadto, niezależnie od przyjętego podejścia, określona grupa społeczna może powstać nawet wtedy, gdy obejmuje ona dużą liczbę osób.⁸⁶ Niemniej jednak każdy członek danej grupy społecznej niekoniecznie będzie uchodźcą; wymagane jest ustalenie uzasadnionej obawy przed prześladowaniem ze względu na przynależność do takiej grupy.

58. W ramach każdego z tych podejść „osoby odmawiające odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania” stanowią określoną grupę społeczną, ponieważ łączy ich przekonanie, które ma fundamentalne znaczenie dla ich tożsamości, a także mogą być postrzegane jako określona grupa przez społeczeństwo. Określoną grupę społeczną mogą stanowić również osoby ze wspólnym doświadczeniem z przeszłości, na przykład nieletni żołnierze. Taka sytuacja może mieć miejsce również w przypadku osób uchylających się od poboru lub dezertków, ponieważ obie te grupy wnioskodawców mają wspólną cechę, która jest niezmienna – historia unikania lub uchylania się od służby wojskowej. W niektórych społeczeństwach dezertki mogą być postrzegani jako określona grupa społeczna ze względu na ogólną postawę wobec służby wojskowej jako symbol lojalności wobec kraju lub ze względu na zróżnicowane traktowanie takich osób [na przykład dyskryminację pod względem dostępu do zatrudnienia w sektorze publicznym], prowadzącą do ich rozgraniczenia lub wyróżnienia jako grupy. To samo może dotyczyć osób uchylających się od poboru do sił wojskowych. Poborowi mogą tworzyć grupę społeczną charakteryzującą się ich młodym wiekiem, przymusowym werbowaniem do oddziałów wojskowych lub gorszym statusem ze względu na brak doświadczenia i niską pozycję.

59. Kobiety stanowią określoną grupę społeczną, definiowaną przez wrodzone i nieodłączne cechy charakterystyczne i często traktowaną inaczej niż mężczyźni.⁸⁷ Może to być istotny powód wskazywany we wnioskach związanych z przemocą seksualną wobec żołnierzy płci żeńskiej lub kobiet czy dziewcząt zmuszonych do roli niewolnic seksualnych; nie wyklucza to jednak zastosowania innego uzasadnienia wniosku. Dziewczęta stanowią podgrupę tej grupy społecznej. Dzieci również stanowią określoną grupę społeczną i będzie to istotny powód stanowiący uzasadnienie wniosku w sprawach związanych z obawami przed przymusową rekrutacją do sił wojskowych osób nieletnich.⁸⁸

C. Alternatywa ucieczki wewnętrznej lub relokacji

60. W przypadku gdy obawy dotyczą prześladowań, których źródłem jest państwo lub też podmioty państwowe, lub też na które to prześladowania państwo lub podmioty państwowe przyzwalają lub je tolerują, zasadniczo nie będzie dostępna alternatywa ucieczki wewnętrznej lub relokacji, ponieważ domniemywa się, że podmioty państwowe kontrolują cały kraj i mają dostęp do wszystkich jego obszarów. W przypadku osób odmawiających odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania, w jeśli państwo nie przewiduje zwolnienia lub służby zastępczej oraz w przypadku gdy obawa przed prześladowaniem jest związana z takimi przepisami i/lub praktykami oraz ich egzekwowaniem, rozpatrzenie alternatywy ucieczki wewnętrznej lub relokacji [IFA] nie ma zastosowania, ponieważ można założyć, że osoba odmawiająca odbycia służby wojskowej ze względu na przekonania będzie narażona na prześladowania w całym kraju.⁸⁹

61. Ustalenie możliwości zastosowania ucieczki wewnętrznej lub relokacji w przypadkach, w których ryzyko prześladowania pochodzi od niepaństwowych ugrupowań zbrojnych, wymaga oceny zdolności i/lub woli państwa do ochrony wnioskodawcy przed krzywdą, której się obawia. Ocena ta musi uwzględniać, czy ochrona państwa jest skuteczna i trwała, zapewniona przez zorganizowany i stabilny organ sprawujący pełną kontrolę nad danym terytorium i daną ludnością. W kontekście wewnętrznych konfliktów zbrojnych należy w szczególności zwrócić uwagę na profil wnioskodawcy oraz na to, czy został on zwerbowany przez niepaństwowe ugrupowanie zbrojne uznawane za będące w opozycji wobec rządu oraz czy brał udział w jego działaniach, a także na ewentualne represje ze strony rządu. Często nieuzasadnione byłoby oczekiwanie od byłych rekrutów do niepaństwowych ugrupowań, że zgodzą się na relokację na terytorium kontrolowane przez rząd w sytuacji trwającego konfliktu, zwłaszcza jeśli ma on wymiar religijny lub etniczny.

⁸⁶ *Ibid*, pkt 18-19.

⁸⁷Wytoczne UNHCR w sprawie prześladowania ze względu na płeć, pkt 30, zob. przypis nr 80 powyżej.

⁸⁸Wytoczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 48 i nast., zob. przypis nr 37 powyżej.

⁸⁹Wytoczne UNHCR w sprawie ochrony międzynarodowej nr 4: „Ucieczka wewnętrzna lub relokacja” w kontekście art. 1 ust. A pkt. 2 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r., HCR/GIP/03/04, 23 lipca 2003 r., („Wytoczne UNHCR w sprawie ucieczki wewnętrznej”), dostęp pod adresem: <http://www.refworld.org/docid/3f2791a44.html>.

V. KWESTIE PROCEDURALNE I DOWODOWE

A. Ustalenie istotnych faktów

62. Ocena wiarygodności odnosi się do procesu ustalania, czy w świetle wszystkich informacji, którymi dysponuje podmiot podejmujący decyzję, oświadczenia wnioskodawcy dotyczące istotnych elementów wniosku mogą zasadniczo zostać uznane za prawdziwe dla celów określenia, czy wnioskodawca spełnia kryteria istotne dla statusu uchodźcy. Jeżeli jednak pomimo rzeczywistych starań wnioskodawcy, aby przedstawić dowody potwierdzające istotne fakty, istnieją pewne wątpliwości co do niektórych podnoszonych przez niego okoliczności faktycznych, należy takie wątpliwości rozstrzygać na korzyść wnioskodawcy, jeśli osoba podejmująca decyzję uzna, że wniosek jest w sposób ogólny wiarygodny.⁹⁰

63. W odniesieniu do wniosków uzasadnianych służbą wojskową, rzetelne i istotne informacje dotyczące kraju pochodzenia, w tym zakres, w jakim dostępne jest zwolnienie ze służby wojskowej lub służba zastępcza, sposób, w jaki egzekwowany jest pobór, oraz traktowanie osób lub grup w ramach sił zbrojnych kraju pochodzenia, mogą pomóc w ocenie prawdziwości wersji wnioskodawcy oraz określeniu form traktowania i prawdopodobieństwa ich wystąpienia w przypadku powrotu.⁹¹

64. Ustalenie autentyczności i/lub osobistego znaczenia przekonań, myśli lub etyki wnioskodawcy odgrywa kluczową rolę w analizie wniosków o udzielenie statusu uchodźcy na podstawie odmowy odbycia służby wojskowej, w szczególności w przypadku odmowy ze względu na przekonania [zob. IV. A. (i)-(ii)].⁹² Wnioskodawca musi mieć możliwość wyjaśnienia podczas rozmowy indywidualnej osobistego znaczenia powodów swojej odmowy odbycia służby wojskowej, a także tego, w jaki sposób powody te wpływają na jego zdolność do odbycia służby wojskowej. Pozyskanie informacji dotyczących charakteru takich powodów, okoliczności, w jakich wnioskodawca je przyjął, sposobu, w jaki przekonania te stoją w konflikcie z odbywaniem służby wojskowej, a także znaczenia takich powodów dla kodeksu religijnego lub moralnego/etycznego wnioskodawcy jest wskazane i pomaga w ustaleniu wiarygodności oświadczeń wnioskodawcy.

65. W przypadku gdy odmowa odbycia służby wojskowej wynika z formalnej religii, istotne może być pozyskanie informacji o doświadczeniach religijnych danej osoby, między innymi poproszenie jej o opisanie sposobu, w jaki przyjęła dane wyznanie, miejsca i sposobu kultu lub wykonywanych rytuałów, znaczenia religii dla danej osoby lub wartości, które w jej przekonaniu ta religia wyznaje, w szczególności w odniesieniu do posługiwania się bronią. W związku z tym gruntowne badanie lub testowanie wiedzy danej osoby na temat religii i jej zasad nie zawsze musi być konieczne lub przydatne, tym bardziej jeśli wiedza ta będzie się znacznie różnić w zależności od sytuacji osobistej takiej osoby. Szczegółowa wiedza wnioskodawcy na temat jego religii niekoniecznie musi być skorelowana ze szczerością przekonań oraz odwrotnie.

66. Czasami mamy do czynienia z przypadkami błędnych przekonań co do poglądów w ramach danej religii dotyczących posługiwania się bronią. Jeżeli w grę wchodzi błędne przekonanie, należałoby wykazać, że wnioskodawca, pomimo błędnych przekonań, nadal żywi uzasadnioną obawę przed prześladowaniem ze względu na co najmniej jeden z powodów określonych w Konwencji.⁹³

67. Jeżeli wnioskodawca myli się co do charakteru konkretnego konfliktu, na przykład zgodności konfliktu z prawem międzynarodowym, nie podważa to automatycznie wiarygodności rzekomych powodów jego odmowy odbycia służby wojskowej. Ocenę wiarygodności w takich sytuacjach należy przeprowadzić w świetle wyjaśnień wnioskodawcy dotyczących powodów, dla których udział w konflikcie byłby niezgodny z jego przekonaniami religijnymi lub moralnymi, oraz rzeczywistego stanu rzeczy. Niemniej jednak, o ile taka odmowa odbycia służby wojskowej może być wiarygodna, o tyle w przypadku gdy opiera się ona na błędnym założeniu, ryzyko prześladowania może powstać tylko wtedy, gdy osoby te będą narażone na inne prześladowania z powodu dezercji lub uchylania się od służby wojskowej i gdy zostanie ustalony związek z jednym z powodów określonych w Konwencji.

⁹⁰Podręcznik UNHCR, pkt. 204, zob. przypis nr 1 powyżej.

⁹¹Podręcznik UNHCR, pkt. 196 i 203-204, zob. przypis nr 1 powyżej oraz „Interpretacja art. 1 według UNHCR”, pkt 10, zob. przypis nr 42 powyżej. Zob. „Światowy przegląd dotyczący poborów i odmowy służby wojskowej ze względu na przekonania”, który zawiera analizę sytuacji w poszczególnych krajach, zob. przypis nr 28 powyżej.

⁹²Ogólne omówienie kwestii wiarygodności we wnioskach uzasadnianych wolnością myśli, sumienia i religii znajduje się w Wytycznych UNHCR w sprawie wniosków uzasadnianych wyznaniem, pkt 28-29, zob. przypis nr 15 powyżej.

⁹³ *Ibid*, pkt 30.

68. W przypadku osób odmawiających odbycia służby wojskowej, których powody odmowy są związane z myślami lub sumieniem [a nie wyznaniem], nie będą oni mogli powoływać się na praktyki wspólnoty religijnej lub nauczanie instytucji religijnej na poparcie swojego twierdzenia. Powinni oni jednak być w stanie określić podstawy moralne lub etyczne swoich przekonań. Może to opierać się na przekonaniach lub praktykach społecznych lub wspólnotowych, przekonaniach rodzicielskich lub na przekonaniach dotyczących filozofii lub praw człowieka. Wcześniejsze zachowania i doświadczenia mogą rzucić światło na ich poglądy.

69. W przypadkach dotyczących osób, które dobrowolnie zgłosiły się do służby wojskowej lub odpowiedziały na wezwanie, a następnie wybrały dezercję, ważne jest uznanie, że przekonania religijne lub innego rodzaju mogą z czasem ewoluować lub zmieniać się, podobnie jak okoliczności danej służby wojskowej. W związku z tym niekorzystna ocena wiarygodności wnioskodawcy co do zasady nie powinna opierać się wyłącznie na fakcie, że pierwotnie przystąpił on do służby wojskowej z własnej woli; należy dokładnie przeanalizować pełną sytuację i przekonania takiej osoby.

B. Wnioski dotyczące dzieci

70. Zważywszy na młody wiek, zależność i względną niedojrzałość ich autorów, wnioski dzieci o nadanie statusu uchodźcy wymagają specjalnych zabezpieczeń proceduralnych i dowodowych.⁹⁴ W szczególności dzieci, które mają za sobą doświadczenie działania jako żołnierze/bojownicy lub jako wsparcie dla ugrupowań zbrojnych, mogą cierpieć z powodu poważnych traum i być zastraszone przez władze. Może to wpłynąć na ich zdolność do przedstawienia ich doświadczeń w zrozumiały sposób. W związku z tym w trakcie procedury oceny spełniania kryteriów do nadania statusu uchodźcy niezbędne są odpowiednie techniki przeprowadzania rozmów, jak również stworzenie niezagrażającego środowiska do przeprowadzania takich rozmów.

71. W sprawach dotyczących dzieci na decydentach spoczywać będzie większy ciężar dowodu niż w przypadku innych wniosków o nadanie statusu uchodźcy, zwłaszcza gdy dziecko pozostaje bez opieki.⁹⁵ Biorąc pod uwagę niedojrzałość dzieci, nie można oczekiwać, że przedstawią one swoje doświadczenia w taki sposób, jak robią to dorośli. Jeżeli nie można ustalić stanu faktycznego sprawy i/lub dziecko nie jest w stanie w pełni przedstawić swojego wniosku, decyzja musi zostać wydana na podstawie wszystkich znanych okoliczności.

72. Ocena wieku może być szczególnie ważna w przypadku wniosków o nadanie statusu uchodźcy uzasadnionych służbą wojskową, jeśli wiek wnioskodawcy jest wątpliwy. Dzieje się tak nie tylko w przypadku wniosków dotyczących poborów, ale również w przypadku, gdy dziecko uważa, że działało „dobrowolnie”, biorąc pod uwagę ograniczenia w zakresie służby dobrowolnej ustanowione przez prawo międzynarodowe [zob. część B.B. powyżej]. Ocenę wieku, która może stanowić część kompleksowej oceny uwzględniającej zarówno wygląd fizyczny, jak i dojrzałość psychologiczną jednostki, należy przeprowadzać w sposób bezpieczny, uwzględniający niedojrzałość dziecka i jego płeć, z należyтым poszanowaniem jego godności.⁹⁶ Jeżeli ocena jest niejednoznaczna, wnioskodawcę należy uznać za dziecko. Przed dokonaniem oceny należy wyznaczyć niezależnego opiekuna, który doradzi dziecku w sprawie celu i przebiegu procedury oceny, co należy wyraźnie wyjaśnić w języku zrozumiałym dla dziecka. Badanie DNA powinno w normalnych okolicznościach być przeprowadzane tylko wtedy, gdy zezwala na to prawo i za świadomą zgodą odpowiednich osób.

⁹⁴W celu zapoznania się z pełnym omówieniem minimalnych wymaganych zabezpieczeń zob. Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 65-77, zob. przypis nr 37 powyżej. Zob. również ExCom, „Wniosek dotyczący dzieci narażonych na ryzyko. 107 (LVIII), 5 października 2007 r., dostęp: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/471897232.html>, pkt g(viii). To, czy wnioskodawca jest uznawany za dziecko dla celów takich zabezpieczeń, zależy od jego wieku w dniu złożenia wniosku o nadanie statusu uchodźcy.

⁹⁵Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 73, zob. przypis nr 37 powyżej.

⁹⁶Zob. Wytyczne UNHCR w sprawie wniosków o udzielenie azylu dzieciom, pkt 75-76, zob. przypis nr 37 powyżej.