

BARBARA KOWALCZYK

Uniwersytet Wrocławski

OCHRONA UZUPEŁNIAJĄCA
DLA OFIAR POWSZECHNEJ PRZEMOCY
W SYTUACJI WEWNĘTRZNEGO
KONFLIKTU ZBROJNEGO.
DIALOG SĄDÓW EUROPEJSKICH I JEGO KONSEKWENCJE

1. WPROWADZENIE

„Haniebna i nieskuteczna reakcja świata na zbrodnie”. Takim zdaniem zaczyna się Roczny Raport Amnesty International 2014/2015, w którym organizacja wskazuje na konieczność zmierzania się państw ze zmieniającą się naturą konfliktów zbrojnych i potrzebą ochrony ludności cywilnej¹. Była to w ubiegłym roku grupa najbardziej poszkodowana podczas toczących się w wielu rejonach świata konfliktów, które stały się przyczyną najcięższego kryzysu uchodźczego ostatnich dziesięcioleci.

Spółeczność międzynarodowa przyjęła instrumenty ochrony uchodźców ponad sześćdziesiąt lat temu. Powszechnym aktem prawnym służącym ochronie uchodźców jest Konwencja dotycząca statusu uchodźców (dalej KG)². Dla zakresu zastosowania umowy podstawowe znaczenie ma tzw. sekcja definicyjna³, która zawiera wąskie ujęcie uchodźcy, odwołujące się do uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodów wymienionych wyczerpująco w Konwencji. Z tego powodu KG ma ograniczone zastosowanie np. do ofiar konfliktów zbrojnych (międzynarodowych i niemiędzynarodowych) oraz przypadków stosowania powszechnej przemocy i innych wydarzeń poważnie zakłócających porządek

¹ *Raport roczny Amnesty International 2014/15. Sytuacja praw człowieka na świecie*, http://amnesty.org.pl/uploads/media/Raport_roczny_2015_PL_wyb%C3%B3r_ost.pdf (dostęp: 25.02.2015).

² Umowa sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., zmieniona Protokołem dotyczącym statusu uchodźców, sporządzonym w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r. Stronami Konwencji i/lub Protokołu jest 149 państw, w tym wszystkie państwa członkowskie UE. Polska ratyfikowała obie umowy jednocześnie w 1991 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515 i poz. 517).

³ Art. 1 Konwencji zawiera definicję uchodźcy, przesłanki wyłączenia ze statusu uchodźcy oraz ustania statusu uchodźcy, określane jako klauzule włączenia, ustania i wyłączenia.

publiczny, które powodują ucieczkę z kraju pochodzenia. W ciągu tych ponad sześćdziesięciu lat obowiązywania umowy⁴ stało się oczywiste, że nie obejmuje ona wszystkich przypadków uchodźstwa i niezbędne są inne instrumenty prawne, które lukę w systemie ochrony będą w stanie wypełnić. Państwa europejskie, nie akceptując szerokiej definicji uchodźcy⁵, wprowadzały dodatkową formę, która — niezależnie od nazwy stosowanej w prawodawstwie krajowym — określana była jako ochrona komplementarna⁶. Ochrona taka ma długą tradycję, opartą na wiążących umowach z zakresu ochrony praw człowieka, przewidujących pośrednio lub bezpośrednio zasadę *non-refoulement*⁷, zwłaszcza na art. 3 Konwencji

⁴ Jak pisze Janina W. Dacyl, „Already by the mid-1950s it was apparent that the international refugee regime did not cover the protection and assistance needs of a whole range of new categories of refugees who fled not from individual persecution, but from various form of ‘generalized violence’, such as ethnic conflicts or external invasion, a massive and persistent pattern of human rights violations, or natural disasters” (*eadem*, *Europe Needs A New Protection System for ‘Non-Convention’ Refugees*, International Journal of Refugee Law 7, 1995, nr 4, s. 582 i cyt. literatura). W Europie, zwłaszcza w czasie wojny w byłej Jugosławii, problem deficytu w systemie ochrony objawił się z całą mocą.

⁵ UNHCR posługuje się — szerszym od konwencyjnego — pojęciem „uchodźca mandatorny”. Jest to osoba uznana za uchodźcę przez Wysokiego Komisarza, zgodnie z jego mandatem wynikającym z KG oraz Statutu Biura UNHCR. Podstawowa różnica sprowadza się do tego, że za uchodźców mandatornych uważa się także osoby, które znajdują się poza terytorium kraju obywatelstwa lub stałego pobytu i które nie mogą do niego powrócić z powodu poważnego i powszechnego zagrożenia życia, fizycznej integralności lub bezpieczeństwa spowodowanego powszechną przemocą lub wydarzeniami poważnie zakłócającymi porządek publiczny. Podejście właściwe dla UNHCR praktykowane jest w innych systemach regionalnych, np. w Afryce i Ameryce Łacińskiej.

⁶ Pojęcie „ochrona komplementarna” ma węższe znaczenie — prawne, i szersze — dekskryptywne, które zawiera w sobie każde działanie podejmowane w celu zapewnienia ochrony pozakonwencyjnym uchodźcom, jak np. ochrona tymczasowa, „dobre usługi” UNHCR, ochrona osób przesiedlonych wewnątrz, ochrona stosowana w prawodawstwie wewnętrznym pod różną terminologią: B status, *de facto* uchodźcy, wojenni uchodźcy, azyl humanitarny. Za monografią J. McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford 2007, s. 2.

⁷ Jako materialne źródła ochrony komplementarnej wskazuje się Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (1966), Konwencję o prawach dziecka (1989), Konwencję w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania (1984), przede wszystkim zaś EKPC (1950), uzupełnioną Protokołami, wraz orzecznictwem ETPC. Poza tym, że umowy te kształtują dynamiczną, ewolucyjną wykładnię KG, ich znaczenie przejawia się w kreowaniu reżimu ochrony pozakonwencyjnych uchodźców. Stało się to podstawą do zakwestionowania obecnego podejścia do normatywnych relacji między prawem uchodźczym a prawem praw człowieka i budowy nowego paradygmatu, opierającego się na twierdzeniu, że obecnie nie KG, lecz instrumenty z zakresu praw człowieka stanowią ramy ochrony przymusowych migrantów, a Konwencja ma wobec nich charakter komplementarny. Zob. V. Chetail, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, [w:] R. Rubio-Marín (red.), *Human Rights and Migration*, Oxford 2014, s. 69 i n. Jest to jednak pogląd odosobniony. Dominuje stanowisko, że pozycja KG jako podstawowego aktu służącego ochronie uchodźców jest niepodważona, a budowa systemu ochrony — czy to na poziomie ponadnarodowym czy krajowym — nie może mieć na celu deprecjacji znaczenia i efektywności tej umowy.

o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC). Rozszerzenie „szerokości” stosowania tego przepisu i objęcie nim sytuacji wydalenia i ekstradycji to efekt posługiwania się przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) techniką wykładni ewolucyjnej⁸. Orzecznictwo formacyjne dotyczące ochrony przed wydaleniem cudzoziemców na podstawie art. 3 Konwencji Europejskiej pochodzi z przełomu lat 80. i 90. XX w.⁹ Cudzoziemiec nie może zostać wydany do kraju, w którym narażony byłby na tortury, niehumanitarne lub niezgodne z art. 3, albo do kraju, w którym wprawdzie takie ryzyko nie istnieje, ale z powodu niewydolności systemu azylowego lub/i braku ujednoczonych reguł prawnych może nastąpić wydalenie do kraju trzeciego, w którym rzeczywiste ryzyko takiego traktowania występuje (*indirect refoulement*)¹⁰. Podstawowe zasady, które tylko w niezbędnym skrócie mogą być przedstawione, dotyczą przewidywalnych konsekwencji odesłania cudzoziemca do kraju przeznaczenia. Potrzeba zbadania wszystkich okoliczności sprawy oznacza rozważenie osobistych uwarunkowań cudzoziemca i ogólnej istniejącej sytuacji w kraju, do którego miałoby nastąpić wydalenie. W związku z sytuacją panującą w kraju pochodzenia Trybunał ocenia, czy istnieje tam ogólnie panująca przemoc. Trybunał zawsze podkreślał, że ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 Konwencji musi być rzeczywiste, uzasadnione, a państwo przyjmujące nie jest w stanie zapewnić realnej ochrony. Drugim warunkiem jest osiągnięcie przez traktowanie sprzecznego z art. 3 Konwencji pewnego stopnia dolegliwości. Na podkreślenie zasługuje także, że absolutny charakter prawa wyklucza przeprowadzenie „testu równowagi” między interesem publicznym a interesem jednostki¹¹. Do określenia tej ochrony nie używa się w orzecznictwie Trybunału specjalnej nazwy własnej, ponadto orzekając w sprawach deportacyjnych, sąd nakładał na państwa tylko obowiązki o charakterze negatywnym, pozostawiając rozwiązanie kwestii

⁸ L. Garlicki, komentarz do art. 3, nb 9 [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2010.

⁹ Po raz pierwszy ETPC stwierdził, że państwo mogłoby ponieść odpowiedzialność, gdyby zdecydowało się wydać osobę narażoną na poddanie traktowaniu sprzecznemu z art. 3 w państwie wnioskującym w wyroku w sprawie nr 14038/88 *Soering v. Wielka Brytania*.

¹⁰ Zob. np. orzeczenie ETPC z dnia 7 marca 2000 r. w sprawie nr 43844/98 *T.I. v. Wielka Brytania* i orzeczenie z dnia 21 stycznia 2011 r. w sprawie nr 30696/09 *M.M.S. v. Belgia i Grecja*.

¹¹ Zob. (wszystkie orzeczenia dostępne w bazie HUDOC) między innymi orzeczenie ETPC z dnia 30 października 1991 r. w sprawie nr 13163/87 i in. *Vilvarajah i inni v. Wielka Brytania*, orzeczenie ETPC z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie nr 25964/94 *Ahmed v. Austria*, orzeczenie ETPC z dnia 29 kwietnia 1997 r. w sprawie nr 24573/94 *H.L.R. v. Francja*. Pogląd ten został podtrzymany przez Trybunał także między innymi w wyrokach: z dnia 11 stycznia 2007 r. w sprawie nr 1948/04 *Salah Sheekh v. Holandia* i z dnia 28 lutego 2008 r. w sprawie nr 37201/06 *Saadi v. Włochy*; w kontekście działalności terrorystycznej także wyrok z dnia 11 listopada 1996 r. w sprawie nr 22414/93 *Chahal v. Wielka Brytania*, wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie nr 31143/96 *Indelicato v. Włochy*, wyrok z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie nr 59450/00 *Ramirez Sanchez v. Francja*, wyrok z dnia 11 października 2011 r. w sprawie 46390/10 *Auad v. Bułgaria*, wyrok z dnia 17 stycznia 2012 r. w sprawie nr 8139/09 *Othman (Abu Qatada) v. Wielka Brytania*.

statusu osoby objętej zakazem wydalenia czy ekstradycji prawu wewnętrznemu. Dlatego też rysem ochrony komplementarnej przewidywanej przez państwa europejskie przez wiele lat był często brak jednoznacznych uregulowań prawnych, co nie sprzyjało wyodrębnieniu tej formy ochrony jako instytucji prawnej, a także znaczne zróżnicowanie w zakresie przesłanek ochrony, jak również rozwiązań w prawie wewnętrznym kwestii statusu osoby objętej ochroną¹².

Pierwszym wiążącym aktem wyznaczającym na poziom ponadnarodowy ochronę uzupełniającą (*subsidiary protection*)¹³ i harmonizującym prawodawstwo państw europejskich w tym zakresie była podjęta po uwspólnotowaniu polityki azylowej tzw. dyrektywa kwalifikacyjna¹⁴. Poza regulacją odnoszącą się do statusu uchodźcy prawodawca unijny określił w niej też przesłanki udzielenia i zakres ochrony subsydiarnej dla pozakonwencyjnych uchodźców, obejmując te dwie formy ochrony wspólnym terminem „ochrona międzynarodowa”. Jak pisze J. McAdam, pierwotna koncepcja ochrony subsydiarnej była hojna. Harmonizowana ochrona pomyślana była jako szeroka konstrukcja, oparta na wiążących instrumentach międzynarodowego prawa ochrony prawa człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, oraz uwzględniająca inne powody ucieczki z kraju pochodzenia, np. klęski żywiołowe¹⁵. Ostatecznie jednak zdecydowano o harmonizacji istniejących koncepcji i metod ochrony subsydiarnej w UE¹⁶, stąd nie można mówić o stworzeniu nowej formy ochrony *per se*, lecz raczej o wyjaśnieniu i kodyfikacji istniejącej (choć nie „najlepszej”¹⁷) praktyki państw europejskich¹⁸.

Pojawiające się wątpliwości na tle wykładni przepisów dyrektywy kwalifikacyjnej odnoszących się do ochrony uzupełniającej wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE), wydając dwa istotne orzeczenia dotyczące przesłanek udzielenia ochrony uzupełniającej ofiarom masowej przemocy w sytuacji konfliktu

¹² Przykłady rozwiązań w krajach „Piętnastki” podaje J. McAdam, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, *International Journal of Refugee Law* 17, 2005, nr 3, s. 461–463.

¹³ Terminologia wywodzi się bezpośrednio z aktu prawnego. Jak pisze J. McAdam: „If ‘complementary protection’ describes the role of human rights law in broadening the categories of persons to whom international protection is owed beyond article 1A(2) of the Refugee Convention, then ‘subsidiary protection’ is a regionally-specific political manifestation of the broader legal concept” (*ibidem*, s. 463).

¹⁴ 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 osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony, Dz.Urz. UE L 304 z 2004 r. (dalej jako dyrektywa kwalifikacyjna z 2004 r.).

¹⁵ J. McAdam, *The European Union Qualification Directive...*, s. 464.

¹⁶ Zob. też motyw 25 preambuły dyrektywy kwalifikacyjnej z 2004 r. i motyw 34 preambuły dyrektywy kwalifikacyjnej z 2011 r.

¹⁷ J. McAdam, *The European Union Qualification Directive...*, s. 462.

¹⁸ Jak czytamy we wniosku Komisji: „Rather than creating new *ratione personae* protection obligations incumbent on Member States, the Proposal is clarifying and codifying existing international and Community obligations and practice”, COM (2001) 510 final, s. 6.

zbrojnego: w sprawie *Elgafaji* (C-465/07) i sprawie *Diakite* (C-285/12). Doktryna orzecznicza wypracowana na gruncie „meta-teleologicznego” podejścia¹⁹, a także deklaracja zgodności wykładni z EKPC (włączając w to orzecznictwo ETPC) sprawiła, że Komisja nie widziała konieczności zmiany przepisu art. 15 dyrektywy kwalifikacyjnej z 2004 r.²⁰, stąd przyjęta w ramach drugiego etapu Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego (tworzonego na podstawie art. 78 TFUE) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r.²¹ nie wprowadziła zmian w zakresie podstaw udzielenia ochrony subsydiarnej²².

Ustalenie przesłanek ochrony uzupełniającej wymaga uwzględnienia definicji „osoby kwalifikującej się do ochrony uzupełniającej”, określenia „poważnej krzywdy” oraz przyczyn wyłączenia z podmiotowego zakresu ochrony²³. Mając na względzie brzmienie tych przepisów, można stwierdzić, że ochrona subsydiarna przysługuje cudzoziemcowi — obywatelowi państwa trzeciego lub apatrydzie²⁴, który nie spełnia warunków do uznania za uchodźcę, ale wobec którego wykazano zasadnie, że w razie powrotu do kraju pochodzenia lub, w przypadku bezpieczeństwa, do kraju poprzedniego stałego miejsca zamieszkania, będzie mu rzeczywiście grozić poważna krzywda, i wobec którego nie zachodzą przesłanki negatywne oraz który nie może lub nie chce z powodu tego ryzyka korzystać z ochrony państwa obywatelstwa (lub zamieszkania).

Kluczowym elementem ochrony uzupełniającej jest „poważna krzywda”. Art. 15 dyrektywy stanowi, że obejmuje ona: a) karę śmierci lub egzekucję; lub b) tortury lub niehumanitarne, lub poniżające traktowanie, lub karanie wnioskodawcy w kraju jego pochodzenia; lub c) poważne indywidualne zagrożenie życia lub fizycznej integralności osoby cywilnej wynikające z masowej przemocy w sytuacjach międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych. Elementy poważnej krzywdy zostały określone wyczerpująco, a ich charakter jest róż-

¹⁹ Zob. *Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU). A judicial analysis*, EASO 2015, s. 11.

²⁰ Wniosek Komisji, COM (2009) 551 final, s. 6.

²¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony, Dz.Urz. UE L 337 z 2011 r. (dalej jako dyrektywa kwalifikacyjna z 2011 r.).

²² W dalszej części artykułu będę się odwoływała do brzmienia art. 15 dyrektywy kwalifikacyjnej z 2011 r. Orzecznictwo TS odnosi się do przepisu identycznej treści zawartym w dyrektywie z 2004 r. W tym miejscu warto jeszcze zwrócić uwagę na różnicę w brzmieniu polskojęzycznej wersji art. 15 dyrektywy kwalifikacyjnej z 2004 r. i z 2011 r. Pomimo że w zakresie pojęcia „poważnej krzywdy” nie nastąpiły zmiany, tłumaczenie przepisu istotnie się różni. Obecne brzmienie art. 15, zwłaszcza lit.c), zdecydowanie lepiej oddaje zamiar prawodawcy i bliższe jest treści tego przepisu w innych wersjach językowych dyrektywy.

²³ Odpowiednio art. 1 lit.f), art. 15 i art. 17 ust. 1 i 2 dyrektywy kwalifikacyjnej z 2011 r.

²⁴ To podmiotowe ograniczenie unijnej „ochrony międzynarodowej” wynika także z prawa traktatowego, zob. art. 78 TFUE.

nicowany. Art. 15 lit.a) i lit.b) wyraźnie nawiązują treścią do przepisów art. 2 i art. 3 EKPC, natomiast ostatnie źródło poważnej krzywdy miało wypełnić lukę w ochronie międzynarodowej powstałą na tle stosowania definicji uchodźcy, z której zakresu wyłączono osoby — ofiary wewnętrznych czy międzynarodowych konfliktów zbrojnych.

Po wprowadzeniu reżimu ochrony uzupełniającej do prawa unijnego główną uwagę doktryny pochłonęły relacje między art. 15 dyrektywy kwalifikacyjnej a EKPC, przede wszystkim z powodu materialnych źródeł tej formy ochrony. Przez „skopiowanie” regulacji Konwencji (art. 2 i art. 3) nieuchronne są porównania do zakresu ochrony udzielanej na podstawie tej umowy, zwłaszcza w świetle dynamicznej wykładni ETPC. Jak się podkreśla w literaturze, orzecznictwo sądów krajowych i sądu unijnego powinno odzwierciedlać doktrynę strasburską w zakresie interpretacji regulacji Konwencji i jej Protokołów (nr 6 i nr 13)²⁵. Porównaniom takim podlega również trzecia przesłanka poważnej krzywdy, a dokonywana analiza zmierza w kierunku ustalenia, czy art. 15 lit.c) gwarantuje ochronę szerszą — a jeśli tak, to pod jakim względem — niż ochrona płynąca z art. 15 lit.b), a tym samym z art. 3 EKPC. Tę wątpliwość rozstrzygały także sądy europejskie. Celem niniejszego opracowania jest analiza regulacji prawnej gwarantującej ochronę tzw. uchodźcom wojennym, ze szczególnym uwzględnieniem specjalnie ustanowionej w tym celu formy ochrony oraz ocena rozwijającej się doktryny orzeczniczej i jej wpływu na przewidywalność i ujednoczenie rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach cudzoziemców. Rozważanie konsekwencji dialogu sądów europejskich dotyczyć będzie nie tylko szczególnej podstawy udzielenia ochrony uzupełniającej, ale też całego systemu ochrony cudzoziemców.

2. OCHRONA OFIAR POWSZECHNEJ PRZEMOCY W SYTUACJI KONFLIKTU ZBROJNEGO W PRAWIE UE — KONTEKST SYSTEMOWY

Ustalenie zakresu ochrony uzupełniającej i jej znaczenia w unijnym systemie ochrony cudzoziemców wymaga wewnątrzsystemowej konfrontacji dwóch form ochrony międzynarodowej, uregulowanych w dyrektywie kwalifikacyjnej: statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej. Miejsce ochrony uzupełniającej we Wspólnym Europejskim Systemie Azylowym (WESA) wyznacza także relacja z trzecią formą ochrony przewidzianą w art. 78 TFUE, tj. ochroną tymczasową. Kontekst systemowy pozwala oddzielić trzy różne formy ochrony przewidziane w prawie UE i wskazać ich zakresy zastosowania oraz warunki, w jakich służą ochronie ofiar konfliktów zbrojnych. W określonych okolicznościach wszystkie

²⁵ H. Storey, *EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?*, International Journal of Refugee Law 1, 2008, nr 20, s. 28.

formy ochrony należące do wewnętrznego wymiaru WESA stanowią podstawy ochrony ofiar masowej przemocy w sytuacji konfliktu zbrojnego. Z jednej strony koncepcja ochrony subsydiarnej (jej podmiotowy zakres) pozostaje bowiem pod wpływem interpretacji poszczególnych elementów definicji uchodźcy (której dokonano w rozdziale III dyrektywy kwalifikacyjnej), z drugiej zaś w prawie unijnym przewidziana jest ochrona tymczasowa na wypadek masowego napływu uchodźców, uciekających między innymi od powszechnej przemocy w warunkach konfliktu zbrojnego.

Ochrona uzupełniająca pod względem konstrukcji (pozytywnych i negatywnych) przesłanek uzyskania ochrony wykazuje podobieństwo do statusu uchodźcy. Wydaje się oczywiste, że komplementarność form zakłada pewną zbieżność, zwłaszcza wobec założeń zintegrowanej procedury azylowej²⁶. Wymagane są jednak zasadnicze różnice, które pozwolą dokonać właściwej subsumcji prawa i ustalenia skutków prawnych normy. Istotę różnicy między statusem uchodźcy a ochroną uzupełniającą stanowi rzeczywista groźba doznania poważnej krzywdy, a w jej ramach elementem różnicującym jest kategoria „poważnej krzywdy”. „Rzeczywistą groźbę”, o której mówi legalna definicja osoby kwalifikującej się do otrzymania ochrony uzupełniającej, można uznać za odpowiednik „uzasadnionej obawy” determinującej status uchodźcy. Pojęcia mają określone w dyrektywie wspólne elementy; zastosowanie znajdują przepisy dotyczące alternatywy ochrony wewnętrznej (art. 8) i potrzeby ochrony powstałej *sur place* (art. 5), identyczny jest katalog podmiotów prześladowanych i wyrządzających poważną krzywdę oraz udzielających ochrony (art. 6 i art. 7). Istotnie na podobieństwo wpływa wspólna regulacja dotycząca oceny faktów i okoliczności, a więc wprowadzony standard dowodowy (art. 4).

Odmienne pod względem konstrukcji i treści od pojęcia „prześladowania” jest pojęcie „poważnej krzywdy”. Rodzaje zagrożeń zawarte w art. 15 dyrektywy kwalifikacyjnej wprawdzie wskazują na silny związek ze statusem konwencyjnym, ale art. 15 dyrektywy powinien znaleźć zastosowanie tylko wówczas, gdy krzywda przybiera postać aktów godzących w określone dobra jednostki, podczas gdy prześladowanie nie jest definiowane przez pryzmat naruszenia konkretnych wolności i praw jednostki, a więc stanowi zagrożenie bądź naruszenie prawa lub wolności z bliżej niesprecyzowanego katalogu dóbr²⁷. W przypadku wspólnego przedmiotu ochrony wypełnienie przesłanek „poważnej krzywdy” jest uzasadnione tym, że akty nie osiągają poziomu prześladowania (tak jak zostało ono określone w dyrektywie — z uwagi na istotę lub powtarzalność albo też brak kumulacji), i/albo nie wykazują związku z podstawami prześladowania wskazanymi w Konwencji

²⁶ Jest to rozwiązanie polegające na tym, że wskutek wniesienia jednego wniosku o ochronę międzynarodową organ administracji ma obowiązek badania nie tylko przesłanek do nadania statusu uchodźcy, ale także — w razie stwierdzenia ich braku — identyfikacji innych podstaw udzielenia ochrony przez państwo.

²⁷ Zob. art. 9 dyrektywy kwalifikacyjnej z 2004 i z 2011 r.

genewskiej (i bliżej określonymi w dyrektywie)²⁸. Istota ochrony uzupełniającej wskazuje zatem, że znajduje ona zastosowanie tylko w sytuacji, gdy aplikanta o ochronę nie można uznać za uchodźcę konwencyjnego z powodu braku uzasadnionej obawy prześladowania z przyczyn wymienionych w Konwencji.

Na pytanie, czy ofiarom konfliktów zbrojnych może być nadany status uchodźcy odpowiedź nie jest prosta. Nie ulega wątpliwości, że to właśnie wielki konflikt zbrojny był bezpośrednim doświadczeniem twórców Konwencji genewskiej. Z *travaux preparatoires* wynika, że autorzy umowy mieli na uwadze dwa cele, wprowadzając w art. 1F Konwencji, przewidującym tzw. klauzule wyłączenia ze statusu uchodźcy, bezpośrednie odwołanie do międzynarodowego prawa humanitarnego: po pierwsze, zapewnienie, że ochrona w postaci statusu uchodźcy nie będzie przysługiwała osobom, które na nią nie zasługują, i po drugie, że sprawcy czynów określonych w tym przepisie — zbrodni popełnionych podczas II wojny światowej — nie unikną odpowiedzialności karnej. Brak takiego odwołania w części sekcji definicyjnej zawierającej termin „prześladowanie” nie może oznaczać przyjęcia *a priori*, że prawo humanitarne jest niewłaściwe do interpretacji „prześladowania”, ponieważ niestosowanie lub zróżnicowane stosowanie KG w czasie konfliktu zbrojnego rodzi wątpliwy syllogizm: prześladowanie w czasie pokoju oznacza objęcie ochroną konwencyjną, prześladowanie w czasie wojny czy innego konfliktu zbrojnego wyklucza stosowanie Konwencji genewskiej²⁹. Jednak sama okoliczność toczącego się międzynarodowego konfliktu zbrojnego czy wojny domowej oraz występowanie niebezpieczeństwa, jakie za sobą pociągają, nie stanowią wystarczającej podstawy do ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy³⁰. W przypadku oceny przesłanek uzasadniających nadanie statusu uchodźcy nie można jednakże automatycznie założyć — ze względu na charakter współczesnych konfliktów — że „uchodźcy wojenni” nie kwalifikują się do statusu uchodźcy. Powszechna przemoc nie wyklucza indywidualnego prześladowania, a wojna i przemoc są często używane jako instrumenty prześladowania. Prześladowanie w każdym przypadku musi mieć jednak indywidualny charakter i podłożem prześladowania ma być rasa, religia, narodowość, przynależność do określonej grupy społecznej lub poglądy polityczne³¹. O możliwości objęcia uchodźców wojennych

²⁸ J. McAdam, *The European Union Qualification Directive...*, s. 474.

²⁹ E. Fripp, *International Humanitarian Law and the Interpretation of 'Persecution' in Article 1A (2) CSR51*, *International Journal of Refugee Law* 26, 2014, nr 3, s. 382 i n.

³⁰ W odniesieniu do ofiar konfliktów zbrojnych UNHCR generalnie stwierdza, że użycie siły zbrojnej zgodnie z zasadami prawa wojennego lub uznanej praktyki międzynarodowej nie stanowi prześladowania. Zob. *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją z 1951 r. dotyczącą uchodźców i Protokołem Dodatkowym z 1967 r.* Podręcznik, tłum. A. Bierzanek, M. Fleming, Genewa 1992 [polskie wydanie właśc. 1994].

³¹ I. Rzeplińska, M. Kmak, E. Zienkiewicz, *Z pomocą prześladowanym i obawiającym się prześladowań*, Rzeczpospolita nr 94 z 22 kwietnia 2003 r. Stanowisko to podziela również NSA, który stwierdził, że wojna domowa w danym kraju nie wyłącza w indywidualnych przypadkach możliwości przyznania statusu uchodźcy, jeżeli „jedna ze stron konfliktu realizuje część swojej

ochroną płynącą z Konwencji genewskiej decydują zatem szczególne okoliczności i właściwa interpretacja definicji uchodźcy³². Wszystko to powoduje, że forma ta w praktyce rzadko służy ochronie „uchodźców wojennych”³³.

Zgodnie z prawem unijnym ofiary konfliktów zbrojnych mogą uzyskać ochronę tymczasową³⁴. Funkcją tej formy ochrony jest udzielenie pomocy większej liczbie cudzoziemców bez konieczności rozstrzygnięcia w drodze decyzji administracyjnej o uprawnieniu do korzystania z ochrony w stosunku do każdego z nich. Ciężar rozstrzygnięcia o ustanowieniu tej formy ochrony przenosi się na poziom ponadnarodowy — decyzję podejmuje Rada UE³⁵, natomiast organy państw członkowskich mogą w drodze indywidualnej decyzji odmówić skorzystania z tej formy ochrony.

Ochrona czasowa nie powinna być traktowana jako alternatywa dla statusu uchodźcy czy ochrony uzupełniającej, ale jedynie jako wyjątkowy sposób rozwiązania problemu potrzeby udzielenia niezbędnej i pilnej pomocy cudzoziemcom w przypadku „masowego” uchodźstwa. Liczba uchodźców, a nie natura zagrożenia będąca przyczyną ucieczki, stanowi o istocie różnicy. Definicja „wysiedleńca” daje wyraźne wskazówki co do relacji między indywidualnymi formami ochrony

strategii wojennej w stosunku do niektórych tylko członków społeczeństwa, wyróżnionych przynależnością do określonej narodowości, grupy społecznej lub religijnej, względnie z powodu rasy. W takiej sytuacji nie można mówić tylko o prostych konsekwencjach wojny domowej, gdyż przesładowania są skierowane przeciwko osobom jako jednostkom indywidualnym, wyróżnionym na podstawie kryteriów konwencji”.

³² W. Kalin, *Refugee and Civil Wars: Only a Matter of Interpretation?*, International Journal of Refugee Law 3, 1991, nr 3. Stąd też, jak pisze H. Lambert, „the limitations of international refugee law in regard to persons fleeing armed conflict and indiscriminate violence lie in the word ‘if’” (*idem*, *The Next Frontier: Expanding Protection in Europe for Victims of Armed Conflict and Indiscriminate Violence*, International Journal of Refugee Law 25, 2013, nr 2, s. 208).

³³ Jednocześnie podkreśla się, że choć definicja uchodźcy pozwala na (zbyt) wąską interpretację przesłanek udzielenia ochrony w postaci statusu uchodźcy, to próba zmiany Konwencji w tym zakresie niosłaby za sobą zbyt duże ryzyko; zamiast zmiany konwencji UNHCR propaguje takie podejście do implementacji umowy, które zapewni każdemu uchodźcy prawo do azylu (zob. E. Feller, *The Refugee Convention at 60: Still fit for its Purpose?*” *Protection Tools for Protection Needs Statement by Erika Feller, Assistant High Commissioner (Protection), UNHCR 1 Workshop on Refugees and the Refugee Convention 60 Years On: Protection and Identity* Prato, 2 May 2011, <http://www.refworld.org/docid/4ddb6e052.html> (dostęp: 2 stycznia 2015)).

³⁴ Państwa europejskie udzieliły w latach dziewięćdziesiątych pomocy ofiarom konfliktu w byłej Jugosławii. Działając niezależnie, ustanowiły zasady udzielania ochrony czasowej jako środka o wyjątkowym charakterze. Po uchwyceniu polityki azylowej również ta materia została poddana regulacji w drodze dyrektywy Rady 2001/55/WE z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych norm przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami (Dz.Urz. WE L 212 z 2001 r.).

³⁵ Jak zauważa J. McAdam, procedura wprowadzania ochrony tymczasowej jest „filtrem” między państwami a azylantami i zostawia państwom miejsce na ocenę sytuacji, stąd też łatwiej zaakceptować szersze i bardziej elastyczne zobowiązania płynące z dyrektywy w sprawie ochrony tymczasowej (*idem*, *The European Union Qualification Directive...*, s. 486–487).

a azyłem grupowym. Zakres podmiotowy tej formy ochrony dotyczy osób, które mogą być objęte „zakresem art. 1A Konwencji Genewskiej lub innego instrumentu międzynarodowego lub krajowego przyznającego międzynarodową ochronę, w szczególności: i) osoby, które uciekły z obszarów objętych konfliktem zbrojnym lub na których dochodzi stale do aktów przemocy; ii) osoby zagrożone lub będące ofiarami systematycznych i uogólnionych naruszeń praw człowieka”.

Porównując zakresy ochrony, należy stwierdzić, że oprócz kryterium ilościowego, o różnicy stanowić będzie też węższy zasięg ochrony uzupełniającej, ponieważ, po pierwsze, tłem dla poważnej krzywdy jest zawsze międzynarodowy lub wewnętrzny konflikt zbrojny w kraju pochodzenia, podczas gdy ochrona tymczasowa obejmuje też ofiary „systematycznych i uogólnionych naruszeń praw człowieka”³⁶ oraz osoby uciekające z obszarów, na których „stale dochodzi do aktów przemocy”. Ważniejszą różnicą jest jednak wymóg wykazania poważnego indywidualnego zagrożenia życia lub integralności fizycznej osoby cywilnej, co oznacza, że — przynajmniej w pewnym zakresie — nie tylko ocena ogólnej sytuacji w kraju pochodzenia, czyli element wspólny wszystkim uchodźcom, będzie miała znaczenie dla oceny zasadności wniosku. W ten sposób został ustanowiony wyższy poziom proceduralnych (dowodowych) wymagań wobec osób opuszczających indywidualnie lub w małych grupach kraj pochodzenia, chociaż — w założeniu — masowy napływ uchodźców z tego samego obszaru powinien skutkować udzieleniem ochrony czasowej³⁷. Słowo „powinien” wydaje się tutaj najwłaściwsze, zważywszy na fakt, że ten rodzaj ochrony nigdy nie został wprowadzony przez Radę UE. Stanu tego nie zmienił dramatyczny kryzys uchodźczy w Europie, jakiego jesteśmy świadkami w 2015 r. Problem leży nie tyle w ocenie skali „masowego napływu”, lecz przede wszystkim w kwestii międzypaństwowego podziału odpowiedzialności za przyjęcie azylantów i niejasnych relacjach między ochroną czasową a tymczasowymi środkami, które mogą być przyjęte na podstawie art. 78 ust. 3 TFUE na korzyść jednego lub kilku państw członkowskich w przypadku nadzwyczajnej sytuacji charakteryzującej się nagłym napływem obywateli państw trzecich. W przypadku trwającego kryzysu uchodźczego to właśnie ten przepis TFUE znalazł zastosowanie w celu podjęcia instrumentów służących relokacji w sumie 160 tys. uchodźców, objętych następnie w państwie przyjmującym (państwie relokacji) indywidualną procedurą azylową³⁸. Nie bez znaczenia są także będące w dyspozycji unijnych agencji regulacyjnych instru-

³⁶ Prawodawca unijny ostatecznie nie przyjął proponowanego przez Komisję rozwiązania uwzględniającego w pojęciu „poważnej krzywdy” także takiej sytuacji „systematycznych i uogólnionych naruszeń praw człowieka”.

³⁷ Wniosek Komisji, COM (2001) 510 final, s. 26–27.

³⁸ Zob. decyzja Rady (UE) 2015/1523 z dnia 14 września 2015 r. ustanawiająca środki tymczasowe w obszarze ochrony międzynarodowej na rzecz Włoch i Grecji (Dz. Urz. L 239 z 2015 r.) i decyzja Rady (UE) 2015/1601 z dnia 22 września 2015 r. ustanawiająca środki tymczasowe w obszarze ochrony międzynarodowej na rzecz Włoch i Grecji (Dz. Urz. L 248 z 2015 r.).

menty przyjmujące postać operacji wsparcia, realizowanych na podstawie planów operacyjnych oraz podejmowane środki w ramach zewnętrznego wymiaru WESA, polegające na udzielaniu ochrony w regionie w ramach regionalnych programów ochrony. Te ostatnie wpływają nie tyle na zakres ochrony uzupełniającej, ile na dostęp do ochrony w państwach członkowskich Unii Europejskiej w ogóle. Tak zwany zewnętrzny wymiar WESA, obejmujący „partnerstwo i współpracę z państwami trzecimi w celu zarządzania przepływami osób ubiegających się o azyl lub o ochronę uzupełniającą lub tymczasową”, ma na celu zapobieżenie dotarciu nieprzewidywalnej liczby aplikantów o ochronę na terytorium UE. Jednym z jego aspektów jest próba eksternalizacji ochrony, czyli obarczenia tym obowiązkiem państw w regionie pochodzenia azylantów³⁹. Wysiłki skoncentrowane są raczej na wzmożonej i coraz bardziej wyrafinowanej kontroli migracji niż na działaniach ochronnych⁴⁰.

3. OCHRONA OFIAR POWSZECHNEJ PRZEMOCY W SYTUACJI KONFLIKTU ZBROJNEGO W RAMACH OCHRONY UZUPEŁNIAJĄCEJ

Ogólnym celem dyrektywy kwalifikacyjnej była harmonizacja podstaw ochrony międzynarodowej. Specjalny cel regulacji zawartej w art. 15 lit.c) dyrektywy sprowadzał się do wprowadzenia postaci poważnej krzywdy rozszerzającej zakres ochrony subsydiarnej wobec art. 15 lit.a) i zwłaszcza lit.b), a tym samym wobec art. 2 i art. 3 EKPC. Problem relacji tych przepisów okazał się istotny w praktyce orzeczniczej państw i został rozstrzygnięty w wyroku TS z dnia 17 lutego 2009 r. w sprawie *Elgafaji* (C-465/07). W odpowiedzi na pytanie prejdycjalne holenderskiego sądu TSUE dokonał wykładni art. 15 dyrektywy kwalifikacyjnej. Kierując się doktryną *effect utile*, sąd wskazał, po pierwsze, że prawo podstawowe, zagwarantowane w art. 3 EKPC, które wchodzi w skład ogólnych zasad prawa UE, znajduje swoje odbicie w art. 15 lit.b) dyrektywy kwalifikacyjnej i w związku z tym przepis ten należy interpretować zgodnie z linią orzecniczą ETPC (w późniejszym wyroku TSUE wskazał granice zgodnej interpretacji, kie-

³⁹ Idea unijnych regionalnych programów ochrony jest finansowe, prawne i techniczne wsparcie krajów położonych w regionie lub tranzytowych w celu zwiększenia ich zdolności w zakresie ochrony uchodźców i stworzenia warunków dla jednego z trzech trwałych rozwiązań: repatriacji, integracji lokalnej lub przesiedlenia do kraju trzeciego. Programami objęte są kraje położone w regionie największych ognisk wojen domowych, tj. sąsiadujące z Somalią kraje w Rogu Afryki: Kenia, Jemen, Dżibuti, dalej: Tunezja, Egipt i Libia, oraz terytoria Środkowego Wschodu — Syria i kraje sąsiadujące: Jordania, Liban, Irak, Turcja. Pierwszym programem, kontynuowanym, jako kraj tranzytowy została objęta Ukraina.

⁴⁰ Zob. nadzwyczajne posiedzenie Rady Europejskiej (23 kwietnia 2015), <http://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/> (dostęp: 26.04.2015).

rując się przede wszystkim celem regulacji dyrektywy kwalifikacyjnej i systematyką aktu⁴¹. Odnosnie do wykładni art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej TSUE stwierdził natomiast, że ponieważ jest to przepis o treści odmiennej — należy wykładni dokonywać w sposób autonomiczny, z jednoczesnym poszanowaniem praw podstawowych zawartych w EKPC⁴². Nie jest pewne, czy deklaracja autonomii została konsekwentnie przez TSUE podtrzymana, skoro na końcu uzasadnienia wyroku czytamy, że wspólnotowa „wykładnia art. 15 lit.c) dyrektywy [...] jest w pełni zgodna z EKPC, a tym samym z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącym art. 3 EKPC”⁴³.

W konsekwencji deklaracji autonomii wykładni art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej ciężar odpowiedzi przeniósł się na ustalenie „treści wspólnotowej” ochrony uzupełniającej⁴⁴. Sąd musiał odnieść się do sprzeczności, jaka

⁴¹ Wyrok TSUE z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-542/13 *Mohamed M'Boy* (ECLI: EU:C:2014:2452). Sąd stwierdził, że „okoliczność, że obywatel państwa trzeciego cierpiący na poważną chorobę nie może na mocy art. 3 EKPC, stosownie do wykładni tego przepisu nadanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, w bardzo wyjątkowych przypadkach zostać wydany do państwa, w którym brak jest odpowiedniego leczenia, nie oznacza, że powinno się mu zezwolić na przebywanie w państwie członkowskim z tytułu ochrony uzupełniającej na mocy dyrektywy 2004/83. [...] art. 15 lit.b) dyrektywy 2004/83 należy interpretować w ten sposób, że poważna krzywda, którą przepis ten definiuje, nie obejmuje sytuacji, gdy niehumanitarne lub poniżające traktowanie [...], którego może doznać wnioskodawca cierpiący na poważną chorobę w przypadku powrotu do państwa pochodzenia, jest wynikiem braku odpowiedniego leczenia w tym państwie, jeżeli nie chodzi o celowe pozbawienie tego wnioskodawcy opieki”. W literaturze wskazuje się ponadto, że węższy zakres art. 15 lit.b) wynika z zakresu podmiotowego dyrektywy (obywatele państw trzecich) oraz wprowadzenia klauzul wykluczenia. Zob. H. Storey, *EU Refugee Qualification Directive...*, s. 29–32.

⁴² Pkt 28 uzasadnienia wyroku. Dalej jeszcze poszedł w swych uwagach rzecznik generalny M. Poiares Maduro, stwierdzając, że ponieważ chodzi o ochronę przyznaną na podstawie prawa wspólnotowego „przepisy wspólnotowe, bez względu na to, do którego z nich się konkretnie odnosimy, otrzymują wykładnię autonomiczną, która w konsekwencji nie może różnić się wedle upodobań lub zależeć od orzecznictwa EPTCz” (pkt 19 opinii). Wykładnia art. 3 EKPC ma charakter dynamiczny i ewolucyjny, przy tym nieliniowy, i z założenia powinna ewoluować (pkt 20 opinii).

Bez wątpienia wykładnię autonomiczną wspiera brak w dyrektywie zarówno z 2004, jak i z 2011 r. bezpośrednich odwołań do aktów prawa międzynarodowego, które stanowiły pierwotny wzór ochrony uzupełniającej. Przyjęta jest natomiast deklaracja zgodności dyrektywy z prawami podstawowymi, w szczególności z zasadami uznanymi w Karcie Praw Podstawowych. Zgodność dyrektywy z 2011 r. (wcześniej z racji braku mocy obowiązującej Karty odwołanie miało charakter bardzo ogólny) z przywołanymi licznymi przepisami tego aktu stanowi cel dyrektywy — bezpośredni, jeśli chodzi o zapewnienie pełnego poszanowania godności ludzkiej (art. 1 Karty) i prawa do azylu (art. 18 Karty), oraz pośredni (wspierający) — jeśli chodzi o stosowanie innych wymienionych przepisów Karty. Zastanawiające, że nie zostały wymienione w motywie 16 dyrektywy przepisy art. 2, art. 4, a zwłaszcza art. 19 Karty, przewidujące prawa i wolności, których naruszenie lub zagrożenie stanowi poważną krzywdę, będące odpowiednikami art. 2 i art. 3 EKPC wraz z Protokołami.

⁴³ Pkt 44 uzasadnienia wyroku.

⁴⁴ Była to zdaniem rzecznika generalnego najważniejsza kwestia wymagająca wyjaśnienia (pkt 24 opinii).

zachodzi między „indywidualnym zagrożeniem”⁴⁵ dla jednostki a „nieselektywną przemocą”.

Z analizy porównawczej trzech rodzajów poważnej krzywdy, przeprowadzonej przez sąd, można wyprowadzić następujące wnioski:

1) pojęcia użyte w art. 15 lit.a) i lit.b) dyrektywy: kara śmierci, egzekucja, tortury, nieludzkie, poniżające traktowanie, obejmują sytuacje, w których cudzoziemiec jest narażony na ryzyko krzywdy określonego rodzaju, podczas gdy krzywda zdefiniowana w art. 15 lit.c) dotyczy ryzyka o charakterze bardziej ogólnym, obejmującym w sposób (raczej) szeroki zagrożenie życia lub integralności osoby cywilnej, a nie określone akty przemocy⁴⁶;

2) objęte art. 15 lit.c) zagrożenia stanowią „nieodłączną część ogólnej sytuacji międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych”⁴⁷; jest to zatem ryzyko raczej sytuacyjne i geograficzne niż indywidualne;

3) przemoc leżąca u podstaw zagrożeń określonych w art. 15 lit.c) została określona jako „nieselektywna” (masowa), tj. przy użyciu pojęcia oznaczającego, że przemoc ta może dotknąć osoby bez względu na ich sytuację osobistą, natomiast krzywda zdefiniowana w art. 15 lit.a) i lit.b) zakłada oczywisty stopień indywidualizacji⁴⁸; osoba nie musi stanowić konkretnego celu przemocy ze względu na elementy charakteryzujące jej sytuację osobistą;

4) w stosowaniu art. 15 lit.c) istotną rolę odgrywa element zbiorowy, tzn. że dana osoba, podobnie jak inni ludzie, należy do grona potencjalnych ofiar przemocy nieselektywnej w sytuacji konfliktu zbrojnego; interpretacja tego przepisu powinna jednak uwzględnić systematykę art. 15 i wynikający stąd wymagany poziom indywidualizacji zagrożenia⁴⁹;

5) istnieje związek między poziomem przemocy nieselektywnej w sytuacji konfliktu zbrojnego a uzasadnionymi powodami, by uznać, że jeśli dana osoba wróci do państwa lub regionu, może narazić się na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy, o której mowa w art. 15 lit.c) ze względu na sam fakt przebywania na tym obszarze⁵⁰;

6) związek ten polega na tym, że ochrona przewidziana na podstawie art. 15 lit.c) ma charakter posiłkowy i „im bardziej wnioskodawca [...] jest w stanie wykazać, że dana sytuacja konkretnie jego dotyczy ze względu na elementy właściwe jego sytuacji osobistej, tym niższy będzie poziom przemocy nieselektywnej wy-

⁴⁵ Art. 15 lit.c) mówi też o „poważnym” zagrożeniu, który to termin nie budzi tak istotnych wątpliwości interpretacyjnych. W sposobie jego rozumienia pojawiają się trzy elementy: wiarygodność (prawdziwość), nieuchronność i waga zagrożenia. Zdaniem J. McAdam pod uwagę powinna być brana kombinacja tych trzech interpretacji, a termin powinien być elastyczny i dostosowywany do okoliczności (*idem, The European Union Qualification Directive...*, s. 483–484).

⁴⁶ Pkt 32–34 uzasadnienia wyroku.

⁴⁷ Pkt 34 uzasadnienia wyroku.

⁴⁸ Pkt 34 i pkt 38 uzasadnienia wyroku.

⁴⁹ Pkt 38 uzasadnienia wyroku.

⁵⁰ Pkt 35 uzasadnienia wyroku.

magany w celu skorzystania z ochrony uzupełniającej⁵¹; na określenie wazenia tych elementów oceny używa się określenia *sliding scale*⁵².

Z powyższego wynika, że istnieje dychotomia okoliczności, w których ochrona uzupełniająca przysługuje na podstawie art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej. Pierwsza sytuacja ma charakter wyjątkowy⁵³ i zachodzi wówczas, gdy nie-selektywna przemoc osiągnęła tak wysoki poziom, że można uznać, iż sam fakt przebywania na obszarze objętym konfliktem zbrojnym narazi wnioskodawcę na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy w przypadku powrotu do państwa lub regionu. W drugiej, typowej sytuacji, wymagane jest wykazanie indywidualnych okoliczności, ze względu na które wnioskodawca jest narażony na poważne indywidualne zagrożenie doznania poważnej krzywdy wskutek stosowania masowej przemocy (o niższym nasileniu) w sytuacji międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego. Obrazowo przedstawił to rzecznik generalny, mówiąc o wysokim stopniu ryzyka indywidualnego i o ryzyku, które zależy od cech indywidualnych⁵⁴. Takie określenie warunków zastosowania art. 15 lit.c) wypełnia przestrzeń między oderwaną od indywidualizacji ochroną tymczasową, z jednej strony, a opartymi na indywidualnych okolicznościach formami ochrony, tj. statusem uchodźcy i ochroną uzupełniająca przysługującą na podstawie art. 15 lit.a) i lit.b) — z drugiej.

W konsekwencji Trybunał przyjął liberalną i elastyczną wykładnię „indywidualnego zagrożenia”. Orzekł, że „wykładni art. 15 lit.c) dyrektywy Rady 2004/83/WE [...] w związku z art. 2 lit.e) tej dyrektywy należy dokonywać w taki sposób, że:

— istnienie poważnego i zindywidualizowanego zagrożenia życia lub integralności osoby wnoszącej o ochronę uzupełniająca nie jest uzależnione od przedstawienia dowodu na to, że stanowi ona konkretny cel przemocy ze względu na elementy charakteryzujące jej sytuację osobistą;

— istnienie takiego zagrożenia może wyjątkowo zostać stwierdzone, jeżeli przemoc nieselektywna charakteryzująca trwający konflikt zbrojny — której oceny dokonują właściwe organy krajowe rozpatrujące wniosek o przyznanie ochrony

⁵¹ Pkt 39 uzasadnienia wyroku.

⁵² Zob. *Safe at Last? Law and Practice in selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, UNHCR 2011, s. 49.

⁵³ Pkt 37 uzasadnienia wyroku. Trybunał odniósł się do motywu 26 preambuły dyrektywy kwalifikacyjnej z 2004 r. (obecnie motyw 35 dyrektyw z 2011 r.), zgodnie z którym ryzyko, na które ludność państwa lub jej część jest generalnie wystawiona, normalnie nie stanowi samo w sobie indywidualnego zagrożenia kwalifikującego się jako poważna krzywda. Zdaniem Trybunału motyw ten ma takie znaczenie dla interpretacji przepisu art. 15 lit.c), że obiektywne stwierdzenie istnienia ryzyka związanego z ogólną sytuacją w danym kraju co do zasady nie wystarcza, ale użycie słowa „normalnie” dopuszcza możliwość zaistnienia sytuacji wyjątkowej, którą charakteryzuje stopień ryzyka na tyle wysoki, że istnieją istotne podstawy, aby uznać, że dana osoba byłaby indywidualnie narażona na ryzyko.

⁵⁴ Pkt 35 opinii.

uzupełniającej lub sąd państwa członkowskiego, do którego przekazano do rozpatrzenia odmowę przyznania takiej ochrony — osiągnęła poziom na tyle wysoki, że istnieją istotne podstawy, aby uznać, iż jeśli dana osoba wróci do omawianego państwa lub regionu, może narazić się na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej i zindywidualizowanej krzywdy ze względu na sam fakt przebywania na tym obszarze”.

Kolejnym zadaniem Trybunału było zrekonstruowanie reżimu prawnego rządzącego „niemiedzynarodowym konfliktem zbrojnym” w przypadku unijnego systemu azylowego⁵⁵. Indywidualne zagrożenie wynikające z nieselektywnej przemocy stanowi bowiem „nieodłączną część ogólnej sytuacji międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych”. W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Conseil d’Etat (Belgia), TSUE w wyroku z dnia 30 stycznia 2014 r. w sprawie C-285/12 opowiedział się ponownie za autonomią rozwiązań dyrektywy kwalifikacyjnej, tym razem wobec międzynarodowego prawa humanitarne- go i międzynarodowego prawa karnego. Odwołując się do literalnego brzmienia przepisów międzynarodowego prawa humanitarne- go, zwłaszcza art. 3 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich i art. 1 ust. 1 Protokołu dodatkowego II, oraz do treści art. 2 lit.e) w związku z art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej, celów tych regulacji, ich funkcji oraz mechanizmów ochrony, a także związków z innymi regulacjami (międzynarodowym prawem karnym)⁵⁶, Trybunał stwierdził, że „pod rygorem naruszenia obszarów właściwych każdemu z tych dwóch systemów [...], możliwość korzystania z tego ostatniego systemu nie może być uzależniona od tego, czy przesłanki stosowania pierwszego systemu zostały spełnione”⁵⁷. Negując możliwość zastosowania międzynarodowego prawa humanitarne- go, sąd sformułował unijne kryteria służące ocenie istnienia „wewnętrznego konfliktu zbrojnego”, unikając odwołań do konkretnych umów, ale stosując terminologię międzynarodowego prawa humanitarne- go⁵⁸. Sąd przyjął, wynikające

⁵⁵ W doktrynie wyrażono pogląd, że sformułowanie „międzynarodowy lub wewnętrzny konflikt zbrojny” należy analizować w świetle przepisów składających się na międzynarodowe prawo humanitarne, jednak z powodu niejednokrotnie pojawiających się trudności z zakwalifikowaniem konkretnego konfliktu należy to pojęcie interpretować szeroko. Zob. np. B. Mikołajczyk, *Nowa forma ochrony udzielanej cudzoziemcom*, Państwo i Prawo 2008, z. 10, s. 43. Zwracano także uwagę, co bez wątpienia miało wpływ na interpretację dokonaną przez TSUE, że państwa w przyjętej wersji dyrektywy kwalifikacyjnej zrezygnowały z bezpośredniego odwołania do czterech Konwencji genewskich i Protokołów (I i II), lecz terminologia międzynarodowego prawa humanitarne- go pojawia się w art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej.

⁵⁶ Sąd te argumenty podał raczej zdawkowo, szeroko je uzasadnia natomiast rzecznik generalny P. Mengozzi w pierwszej części swojej opinii.

⁵⁷ Pkt 26 uzasadnienia wyroku.

⁵⁸ Odnosząc się w bardzo dużym skrócie do pojęcia niemiedzynarodowego konfliktu zbrojne- go w rozumieniu międzynarodowego prawa humanitarne- go, należy podać, że na podstawie samego art. 3 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich niewiele da się powiedzieć, poza sformułowaniem definicji negatywnej, tzn. że każdy konflikt zbrojny, który nie jest konfliktem międzyna- rodowym, automatycznie jest konfliktem niemiedzynarodowym. Przepis nie pozostawia tu żadnej

ze zwyczajowego znaczenia w języku potocznym przy jednoczesnym uwzględnieniu kontekstu i celu regulacji dyrektywy, rozumienie konfliktu zbrojnego jako starć pomiędzy siłami porządkowymi państwa a jedną lub kilkoma uzbrojonymi grupami lub starć pomiędzy dwiema lub kilkoma uzbrojonymi grupami⁵⁹, co w istocie odpowiada pojęciu przyjmowanemu na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego⁶⁰. Poprzestając na tej prostej definicji, TSUE stworzył tło indywidualnego zagrożenia wynikającego z nieselektywnej przemocy, stanowi ono bowiem „nieodłączną część ogólnej sytuacji międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych”⁶¹. Elementy (cechy) zbrojnego konfliktu wewnętrznego określone w międzynarodowym prawie humanitarnym, tj. intensywność konfliktu, stopień zorganizowania uczestniczących w walkach stron oraz czas trwania konfliktu, mają znaczenie wyłącznie w kontekście oceny stopnia intensywności powszechnej przemocy⁶², który nie ma stałego punktu i pozostaje płynny. Przy-

luki. Aby sprecyzować bliżej granice i określić zakres zastosowania, określono cechy niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego: pewien stopień intensywności, pewien stopień zorganizowania uczestniczących w walkach stron oraz długotrwałość konfliktu. Elementy te wymagane są zarówno dla konfliktu, o którym mówi art. 3 wspólny dla czterech Konwencji genewskich, jak i art. 1 protokołu II do Konwencji, który zawiera definicję pojęcia „niemiędzynarodowy konflikt zbrojny”. Zakres zastosowania Protokołu ogranicza się do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, których kwalifikacja następuje przez wskazanie dwóch przesłanek negatywnych, tzn. nie stanowią takich konfliktów konflikty objęte art. 1 protokołu I, który określa międzynarodowe konflikty zbrojne oraz sytuacje, które nie osiągnęły „dolnego progu”, tzn. sytuacje „wewnętrznych napięć i niepokojów, jak rozruchy, odosobnione i sporadyczne akty przemocy oraz inne działania podobnego rodzaju”. Kryteria pozytywne odnoszą się do sił zbrojnych i stanowią wymagania odnoszące się do: pozostawania pod odpowiedzialnym dowództwem, sprawowania kontroli nad częścią terytorium, co pozwala przeprowadzać ciągłe i spójne operacje wojskowe, oraz zdolności do stosowania protokołu. Szerzej zob. R. Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law*, Cheltenham, UK — Northampton, MA, USA, s. 22–48.

⁵⁹ Zob. sentencja wyroku, *ab initio*.

⁶⁰ Jak wynika z orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (w sprawie *Tadic*).

⁶¹ TSUE nie zajmował się pojęciem międzynarodowego konfliktu zbrojnego, ale dotychczasowa wykładnia przepisu art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej skłania ku autonomicznej wykładni również tego pojęcia i nadania mu zwyczajowego znaczenia w języku potocznym, zob. *Article 15 (c)*..., s. 16.

⁶² Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku, „stwierdzenie istnienia konfliktu zbrojnego nie powinno zależeć od określonego stopnia organizacji zwalczających się sił zbrojnych czy od długiego utrzymywania się konfliktu” (pkt 34 uzasadnienia wyroku), jak również „podczas rozpatrywania wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej nie jest konieczne przeprowadzanie konkretnej oceny natężenia [...] starć w celu ustalenia, bez względu na ocenę wynikającego stąd poziomu przemocy, czy została spełniona przesłanka dotycząca istnienia konfliktu zbrojnego” (pkt 32 uzasadnienia wyroku). Tworzy to spójny obraz z definicją podmiotu wyrządzającego poważną krzywdę, wobec których nie formułuje się specjalnych wymagań organizacyjnych. Zgodnie z art. dyrektywy kwalifikacyjnej podmiotami dopuszczającymi się prześladowania lub wyrządzającymi poważną krzywdę są między innymi: a) państwo; b) partie lub organizacje kontrolujące państwo lub znaczną część jego terytorium; c) podmioty niepubliczne, jeśli można wykazać, że podmioty wymienione w lit.a) i b),

pomnijmy, że „im bardziej wnioskodawca [...] jest w stanie wykazać, że dana sytuacja konkretnie jego dotyczy ze względu na elementy właściwe jego sytuacji osobistej, tym niższy będzie poziom przemocy nieselektywnej wymagany w celu skorzystania z ochrony uzupełniającej”.

Zmienne natężenie intensywności konfliktu sprawia, że pojęcie wewnętrznego konfliktu zbrojnego ma elastyczny zakres zastosowania⁶³. Nie muszą być spełnione kryteria określone w międzynarodowym prawie humanitarnym, ale stopień zorganizowania sił zbrojnych, jak również czas trwania konfliktu muszą być wystarczające, by starcia wywoływały intensywność konfliktu, a w języku prawa unijnego — poziom przemocy na „tyle wysoki, że zaistnieją poważne i udowodnione podstawy, aby uznać, iż jeśli osoba cywilna wróci do omawianego państwa lub regionu, to może narazić się na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy ze względu na sam fakt przebywania na tym obszarze, stwarzając w ten sposób rzeczywistą potrzebę ochrony międzynarodowej wnioskodawcy, który jest faktycznie narażony na ryzyko poważnego i zindywidualizowanego zagrożenia życia lub nietykalności cielesnej”⁶⁴. Poziom intensywności konfliktu może być też odpowiednio niższy, ale wówczas konieczne jest wykazanie indywidualnych okoliczności związanych z sytuacją osobistą aplikanta. Odejście od zastosowania międzynarodowego prawa humanitarnego ma też taki skutek, że samo istnienie konfliktu wewnętrznego według prawa humanitarnego nie wyznacza zastosowania systemu ochronnego przewidzianego dyrektywą, albowiem źródłem zagrożenia jest masowa przemoc, której konflikt stanowi tło.

Podsumowując, do celów stosowania przepisu dyrektywy „przyjmuje się wystąpienie wewnętrznego konfliktu zbrojnego w sytuacji, gdy dochodzi do starć pomiędzy siłami porządkowymi państwa a jedną lub kilkoma uzbrojonymi grupami lub gdy dochodzi do starć pomiędzy dwiema lub kilkoma uzbrojonymi grupami, przy czym nie jest konieczne, by konflikt ten mógł być zakwalifikowany jako niemiędzynarodowy konflikt zbrojny w rozumieniu międzynarodowego prawa humanitarnego i by natężenie starć zbrojnych, poziom organizacji ścierających się sił zbrojnych czy czas trwania konfliktu stanowiły przedmiot oceny odrębnej od oceny poziomu przemocy szerzącej się na danym terytorium”.

W obu wyrokach sąd wyraźnie wyeksponował kwestie dowodowe, pozostawiając ocenę wymaganego do zastosowania reżimu ochrony uzupełniającej

w tym organizacji międzynarodowe, nie mogą lub nie chcą udzielić ochrony przed prześladowaniem lub poważną krzywdą, zdefiniowanej w art. 7.

⁶³ W opinii rzecznika generalnego zastosowania art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej nie można odrzucić w sytuacjach, w których na przykład przemoc zbrojna jest stosowana jednostronnie, zwalczające się strony nie wykonują kontroli na terytorium, siły rządowe nie interweniują w konflikt, nie ma „długotrwałego ścierania się” stron, konflikt zmierza do swej fazy finalnej, albo wreszcie sytuacja odpowiada, w ujęciu prawa humanitarnego, pojęciom „rozruchy wewnętrzne” lub „wewnętrzne napięcia” (pkt 92 opinii rzecznika generalnego).

⁶⁴ Pkt 30 i 34 uzasadnienia wyroku.

w konkretnym przypadku poziomu przemocy organom krajowym orzekającym w indywidualnych sprawach, co wyraźnie sugeruje, że jest tu pewna przestrzeń do poszerzenia lub ograniczenia interpretacji. W wyroku w sprawie *Elgafaji* Trybunał posługuje się nieostrym pojęciem, mówiąc z jednej strony o poziomie przemocy „na tyle wysokim”, żeby już samo przebywanie na danym obszarze stanowiło poważne i indywidualne zagrożenie dla jednostki, a z drugiej strony — o wymaganym, w celu skorzystania z ochrony uzupełniającej, poziomie przemocy „niższym”. W drugim wyroku w sprawie *Diakite* Trybunał nawiązuje do testu „ruchomej skali”, zwalniając jednocześnie organy krajowe z odrębnej oceny występowania cech konfliktu zbrojnego w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego jako ram dla powszechnej przemocy. Kluczowym elementem do oceny zastosowania ochrony na podstawie art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej jest bowiem stopień masowej przemocy charakteryzującej konflikt zbrojny.

Kryteria miary oceny poziomu przemocy nie zostały przez TSUE wskazane. W sukurs organom stosującym prawo może przyjść doktryna, która wskazuje mierniki oceny skali (intensywności) konfliktu zbrojnego z perspektywy bezpieczeństwa jednostek, do których należą: liczba osób zabitych w walkach, liczba ofiar cywilnych i — mające szerszą perspektywę społeczną — liczba uchodźców i osób przesiedlonych wewnątrz oraz (chroniczna) niewydolność państwa, prowadząca do upadku infrastruktury społecznej, politycznej i gospodarczej⁶⁵. Panuje zgodność co do tego, że w ocenie poziomu przemocy istotne są zarówno kryteria ilościowe, jak i jakościowe, a lista czynników ma charakter otwarty⁶⁶.

Orzekając w sposób dający państwom duży zakres dyskrecjonalnej władzy, sąd udzielił pewnych wskazówek odnośnie do kwestii dowodowych, nie traktując oczywiście zagadnienia wyczerpująco. W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Elgafaji*⁶⁷ zwrócił uwagę na dwie kwestie, które w każdym postępowaniu o udzielenie ochrony podlegają ocenie. Pierwszą z nich jest alternatywa ucieczki wewnętrznej (stąd w sentencji mowa o „państwie lub regionie”), która jest rozwiązaniem prawnym, stanowiącym konsekwencję substytucyjnego charakteru ochrony międzynarodowej i wyrazem przekonania, że wnioskodawca powinien najpierw poszukać schronienia i opieki w innej części własnego kraju⁶⁸. Ustalenie, że istnieje możliwość ucieczki wewnętrznej powoduje, że ryzyko doznania poważnej krzywdy nie

⁶⁵ H. Lambert, T. Farrell, *The Changing Character of Armed Conflict and the Implications for Refugee Protection Jurisprudence*, International Journal of Refugee Law 22, 2010, nr 2, s. 256.

⁶⁶ EASO, *Article 15 (c)*..., s. 31.

⁶⁷ Pkt 40 uzasadnienia wyroku.

⁶⁸ Zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy kwalifikacyjnej: „Oceniając wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej, państwa członkowskie mogą stwierdzić, że wnioskodawca nie potrzebuje ochrony międzynarodowej, jeśli na części terytorium kraju pochodzenia: a) nie zachodzi uzasadniona obawa, że będzie on prześladowany, lub nie istnieje realne niebezpieczeństwo, że doświadczy on poważnej krzywdy; lub b) ma on dostęp do zdefiniowanej w art. 7 ochrony przed prześladowaniem lub poważną krzywdą; a także może on bezpiecznie i legalnie pojechać

jest „poważne” w znaczeniu „nieuchronne”. Drugim zagadnieniem jest doznanie w przeszłości poważnej krzywdy lub bezpośredniego zagrożenia nią, co może obniżyć wymagany poziom przemocy⁶⁹.

Odnosząc się w niezbędnym skrócie do kwestii dowodowych, należy zwrócić uwagę, że w definicji osoby uprawnionej do uzyskania ochrony uzupełniającej mieści się wymóg wykazania rzeczywistego zagrożenia poważną krzywdą. Zakres ustaleń obejmuje indywidualne okoliczności i cechy wnioskodawcy oraz sytuację w kraju pochodzenia. Podstawowym źródłem dowodu w zakresie indywidualnych cech i okoliczności jest sam wnioskodawca, stąd niezwykle ważna jest kwestia oceny jego wiarygodności. Kontekst oceny oświadczeń aplikanta stanowi sytuacja społeczno-prawna i polityczno-ekonomiczna w kraju pochodzenia cudzoziemca, wskazująca na realną możliwość wystąpienia zagrożenia poważną krzywdą. Obowiązek zebrania dowodów w celu ustalenia okoliczności faktycznych związanych z sytuacją panującą w kraju pochodzenia ciąży przede wszystkim na organie prowadzącym postępowanie. Ocena obejmuje też element definicji osoby uprawnionej do ochrony uzupełniającej, który wiąże się z brakiem ochrony ze strony państwa pochodzenia lub innego podmiotu, który udziela ochrony (wewnętrznej), oraz alternatywą ucieczki wewnętrznej. Ustaleniom tym służą przede wszystkim środki dowodowe nienazwane, takie jak raporty krajowe, informacje przekazywane za pośrednictwem ministra spraw zagranicznych przez przedstawicielstwa polskie i zagraniczne, raporty dla rządów innych państw, raporty UNHCR dotyczące krajów pochodzenia potencjalnych uchodźców, raporty Urzędu Wsparcia w Dziedzinie Azylu, raporty organizacji zajmujących się ochroną praw człowieka, opinie i ekspertyzy sporządzane przez instytuty naukowo-badawcze, informacje ze środków masowego przekazu⁷⁰. Wprowadzenie przez TSUE testu „ruchomej skali”, zestawiającego w standardzie dowodowym „poważne i indywidualne zagrożenie” z „powszechną przemocą” nie tylko ma znaczenie dla przesłanek udzielenia ochrony, ale także wpłynęło istotnie na kwestie dowodowe. W przeciwieństwie do okoliczności ściśle związanych z osobą wnioskodawcy warunki w kraju pochodzenia stanowią w określonym czasie element niezmienny dla wszystkich

i uzyskać wstęp do tej części kraju oraz można racjonalnie oczekiwać, że może on się tam osiedlić”.

⁶⁹ Jeżeli wnioskodawca doznał w przeszłości poważnej krzywdy lub był bezpośrednio nią zagrożony, organ prowadzący postępowanie może stwierdzić, że nie istnieje rzeczywiste ryzyko, wyłącznie wtedy, gdy ma uzasadnione powody, aby uznać, że akty wyrządzania poważnej krzywdy się nie powtórzą (art. 4 ust. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej). Doświadczenia z przeszłości będą zatem wystarczające, jeżeli organ nie znajdzie w obiektywizujących rzeczywiste ryzyko elementach dostatecznych argumentów prowadzących do przeciwnych wniosków. Wnioskujący o ochronę międzynarodową nie musi także powoływać się na osobiste doświadczenia.

⁷⁰ Zob. G. Gyulai, *Informacje o krajach pochodzenia w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy — jakość informacji jako prawny wymóg UE*, tłum. A. Foryś, Węgierski Komitet Helsiński 2011.

spraw⁷¹. Jeśli zatem poziom przemocy jest „odpowiednio wysoki”, indywidualne okoliczności i wiarygodność wnioskodawcy są bez znaczenia, poza ustaleniem, że przybył z określonego państwa lub regionu objętego konfliktem zbrojnym, na którego terytorium występuje masowa przemoc. Ustalona sytuacja w kraju pochodzenia charakteryzująca się niższym poziomem przemocy będzie oznaczała powrót do konieczności wykazania związku poważnego indywidualnego zagrożenia z indywidualnymi cechami wnioskodawcy. Stałym elementem będzie trwający wewnętrzny lub międzynarodowy konflikt zbrojny.

Trybunał nie zajmował się wyjaśnieniem innych terminów użytych przez prawodawcę unijnego w art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej, takich jak „osoba cywilna” czy „życie i integralność fizyczna” osoby, które także nie są intuicyjnie zrozumiałe, a że występują w międzynarodowym prawie humanitarnym i prawie ochrony praw człowieka, może być im nadana treść zgodna z rozumieniem przyjętym na gruncie tych dziedzin prawa albo treść autonomiczna. Linia orzecznicza zaprezentowana na gruncie art. 15 lit.c) daje podstawy do wniosków, że również w przypadku tych pojęć należy przyjąć autonomiczną, szeroką interpretację. Ku takiej wykładni skłania krajowe sądy i organy administracji publicznej Urząd Wsparcia w Dziedzinie Azylu, sugerując⁷², że pojęciu „osoba cywilna” należy raczej nadać sens potoczny, kierując się kryteriami faktycznymi, a nie prawnymi⁷³. Dla poparcia tego stanowiska dodatkowo przytacza wyrok TSUE z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawach połączonych C-57/09 i C-101/09, odnoszący się do klauzul wyłączenia ze statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej, w którym sąd wymaga indywidualnej oceny konkretnych okoliczności przypadku. Podobnie jeśli chodzi o interpretację pojęć życia i integralności osoby fizycznej. Nie można szkody sprowadzać wyłącznie do aspektów fizycznych, ale należy brać pod uwagę także elementy psychologiczne, stąd szeroki zakres elementów podlegających ocenie z perspektywy poszanowania godności człowieka.

4. ORZECZNICTWO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Zwrócenie uwagi na problem powszechnej przemocy, która mogłaby gwarantować ochronę przed *refoulement*, nastąpiło już na początku formułowania doktryny orzeczniczej ETPC. W orzeczeniu *Vilvarajah i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* (z 30 października 1991 r.) sąd niejednoznacznie sugerował, że sama tylko sytuacja ogólnego braku stabilności może rodzić naruszenie art. 3 Konwencji,

⁷¹ J. Chlebny, *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*, Warszawa 2011, s. 256.

⁷² Urząd nie ma kompetencji w zakresie podejmowania decyzji przez organy azylowe państw członkowskich w sprawie indywidualnych wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej.

⁷³ EASO, *Article 15 (c)*..., s. 19–24.

jeśli istnieją dowody wskazujące na to, że osobista sytuacja skarżącego byłaby gorsza niż innych członków danej grupy⁷⁴. W wyroku w sprawie *NA przeciwko Wielkiej Brytanii* (z 17 czerwca 2008 r.), do którego odwołał się TSUE, wyrokując w sprawie *Elgafaji*, ETPC w nawiązaniu do wcześniejszych orzeczeń, stwierdził, że „general situation of violence will not normally in itself entail a violation of Article 3 in the event of an expulsion”⁷⁵, jednakże ustalił, że w świetle tego stanowiska Trybunał nigdy nie wykluczał możliwości, że poziom intensywności ogólnej przemocy w kraju przeznaczenia będzie wystarczający, by uznać, że każde wydalenie do tego kraju, bez względu na indywidualne cechy jednostki, będzie wiązało się z naruszeniem art. 3 Konwencji. Takie podejście będzie jednak ograniczone do „najbardziej ekstremalnych przypadków”, w których istnieje ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 Konwencji z powodu samego tylko narażenia na taką przemoc w przypadku powrotu. Oczekiwanie w takiej wyjątkowej sytuacji od aplikanta, aby wykazał — co jest ogólną regułą — istnienie dotyczących go specjalnych wyróżniających cech powodowałoby, że ochrona na podstawie art. 3 stałaby się iluzoryczna. Poza tym prowadziłoby to do zakwestionowania absolutnego charakteru gwarantowanego prawa.

Blisko dwie dekady potrzebne były Trybunałowi na ustalenie, że wyjątkowy poziom powszechnej przemocy został osiągnięty i że sama obecność jednostki na określonym terytorium grozi traktowaniem sprzecznym z art. 3 EKPC, tzn. że mamy do czynienia z „najbardziej ekstremalnym przypadkiem”. Nastąpiło to w sprawie *Sufi i Elmi* i dotyczyło deportacji do Somalii. Wyrok ten zawiera wiele istotnych ustaleń. Po pierwsze, dotyczy relacji systemów ochrony w ramach Rady Europy i Unii Europejskiej. ETPC zrewanżował się odwołaniem do wyroku TSUE w sprawie *Elgafaji* i stwierdził, że interpretacja przepisu dyrektywy kwalifikacyjnej wskazuje, że art. 3 Konwencji zapewnia ochronę porównywalną z istniejącą na podstawie tej dyrektywy. W szczególności stwierdził, że „wymagania obu przepisów mogą być wyjątkowo spełnione w przypadku powszechnej przemocy o takim nasileniu, że każda osoba odesłana do danego regionu byłaby narażona na ryzyko ze względu na samą jej tam obecność”⁷⁶. Po drugie, po raz pierwszy ETPC zawarł wytyczne dotyczące sposobu ustalania stopnia intensywności konfliktu. Wymaga to odpowiedzi na następujące pytania (przy czym kryteria nie zostały wskazane wyczerpująco): 1) czy strony konfliktu stosowały metody i taktykę działań zbrojnych, które podnosiły ryzyko ofiar cywilnych albo bezpośrednio brały na cel cywilów; 2) czy użycie takich metod lub taktyki było szeroko rozpowszechnione między stronami konfliktu; 3) czy walki były prowadzone na ograniczonym obszarze, czy obejmowały większe terytorium; 4) jaka była liczba osób cywilnych zabitych, rannych i wysiedlonych w wyniku walk.

⁷⁴ Par. 111 uzasadnienia wyroku.

⁷⁵ Par. 114 uzasadnienia wyroku.

⁷⁶ Par. 226 uzasadnienia wyroku.

W ocenie wiarygodności informacji istotnych jest wiele czynników. Trybunał stwierdził, że należy mieć na względzie źródło pochodzenia materiału, zwłaszcza jego niezależność, wiarygodność i obiektywizm. Raporty powinny podlegać ocenie pod kątem pozycji i reputacji autora, metodologii, spójności wniosków i potwierdzenia w innych źródłach.

Trzecią kwestią było rozważenie warunków skorzystania przez państwo z klauzuli „alternatywy ochrony/ucieczki wewnętrznej”. Trybunał podkreślił, że art. 3 Konwencji nie zakazuje państwom stosowania tej klauzuli. Jednak warunkiem wstępnym są pewne gwarancje: osoba, która ma być wydalana, musi mieć możliwość bezpiecznej podróży na dany obszar kraju, przyjęcia tam i osiedlenia. W tym kontekście Trybunał zajął się czwartą istotną kwestią, a mianowicie bezpieczeństwem jednostki z punktu widzenia stanu przestrzegania praw człowieka. Jak stwierdził ETPC w badanym przypadku, powszechnie panująca przemoc nie była jedynym ryzykiem, na jakie reemigrant byłby narażony, gdyby miał przenieść się do innej części kraju. Trybunał podkreślił, że najniższy poziom takiej przemocy może istnieć na terenach, na których panuje najgorsza sytuacja z punktu widzenia praw człowieka. W analizowanym wyroku Trybunał dokonał podziału na ekstremalnie złe warunki humanitarne, które wynikały wyłącznie albo głównie z biedy lub nieposiadania przez państwo środków radzenia sobie z naturalnie występującym zjawiskiem klęsk żywiołowych (suszy), i na kryzys humanitarny, który jest spowodowany głównie przez bezpośrednie lub pośrednie działania stron konfliktu, co dotyczyło badanego przypadku Somalii. Do sytuacji tego drugiego rodzaju najbardziej odpowiednie będzie podejście przyjęte w sprawie *M.S.S. v. Belgia i Grecja*, które wymaga uwzględnienia możliwości zaspokojenia przez jednostkę swoich najbardziej podstawowych potrzeb, takich jak wyżywienie, higiena i schronienie, jej podatności na złe traktowanie oraz szans poprawy sytuacji w rozsądnej perspektywie. Oznacza to, że rozpatrując możliwość przeniesienia się cudzoziemca do innej części kraju, państwa powinny kierować się poszanowaniem godności człowieka, a nie wyłącznie jego fizycznej integralności⁷⁷.

Kolejne wyroki ETPC pokazują, że poziom przemocy o takim nasileniu, że każda osoba odesłana do danego kraju czy regionu byłaby narażona na ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 Konwencji ze względu na samą jej tam obecność, to przypadek absolutnie wyjątkowy⁷⁸. Regułą pozostaje rozważenie osobistego profilu cudzoziemca i sytuacji w kraju (regionie), do którego miałyby nastąpić wydalenie w zakresie przestrzegania praw człowieka, oraz poziom powszechnej przemocy⁷⁹.

⁷⁷ H. Lambert, *The Next Frontier...*, s. 232.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Zob. wyrok z 7 stycznia 2014 r. w sprawie *A.A. przeciwko Szwajcarii* (sprawa nr 58802/12), dotyczący wydalenia do Sudanu, oraz z dnia 15 stycznia 2015 r. w sprawach *A.A. przeciwko Francji* (sprawa nr 18039/11) i *A.F. przeciwko Francji* (sprawa nr 80086/13).

5. ZNACZENIE ORZECZNICTWA SĄDÓW EUROPEJSKICH DLA REGULACJI KRAJOWEJ

Ochrona uzupełniająca została wprowadzona do krajowego systemu azylowego w 2008 r. w wyniku implementacji dyrektywy kwalifikacyjnej z 2004 r.⁸⁰ Należy podkreślić, że ochrona komplementarna w polskim prawie nie była zupełną nowością w tym czasie. Tradycje tzw. azylu humanitarnego w polskim prawie sięgają lat 90., a bezpośrednio przed wprowadzeniem ochrony uzupełniającej do polskiego systemu azylowego tę funkcję pełniła zgoda na pobyt tolerowany, odwołująca się w zakresie przesłanek udzielenia do wybranych praw zagwarantowanych w EKPC. Ostatnie istotne zmiany zachodzące w polskim systemie azylowym nie dotyczyły bezpośrednio ochrony uzupełniającej. Od czasu ustanowienia trwa ona w niezmiennym kształcie⁸¹. Zgodnie z art. 15 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁸² cudzoziemcowi, który nie spełnia warunków do nadania statusu uchodźcy, udziela się ochrony uzupełniającej, w przypadku gdy powrót do kraju pochodzenia może narazić go na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy przez:

- 1) orzeczenie kary śmierci lub wykonanie egzekucji,
 - 2) tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie,
 - 3) poważne i zindywidualizowane zagrożenie dla życia lub zdrowia wynikające z powszechnego stosowania przemocy wobec ludności cywilnej w sytuacji międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego
- i ze względu na to ryzyko nie może lub nie chce korzystać z ochrony kraju pochodzenia.

Przedstawiona analiza orzeczeń TSUE odnosi się do wskazanej wyżej regulacji, w sposób bezpośredni do art. 15 pkt 3, a pośredni także do art. 15 pkt 2 ustawy. Orzeczenia ETPC mają znaczące skutki nie tylko dla ochrony uzupełniającej, ale też dla form dodatkowych: wynikające z interpretacji art. 3 EKPC wnioski otwierają szersze możliwości udzielenia ochrony. Przyjęta bowiem w dyrektywie kwalifikacyjnej i implementowana do prawa krajowego konstrukcja ochrony uzupełniającej, stanowiąc dowód pragmatycznego podejścia i politycznego kompromisu, nie tylko nie eliminuje luki w systemie ochrony, lecz także kreuje nową kategorię osób wyłączonych z możliwości uzyskania ochrony⁸³, dla których państwa poszukują rozwiązań za pomocą instrumentów krajowych. Potwierdzeniem

⁸⁰ Ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 70, poz. 416).

⁸¹ Ani ustawa z dnia 13 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2013 r., poz. 1650), ani implementacja dyrektywy kwalifikacyjnej z 2011 r. ustawą z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 1004) nie zmieniły przesłanek udzielenia tej formy ochrony.

⁸² Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 680 ze zm.

⁸³ J. McAdam, *The European Union Qualification Directive...*, s. 462, 464–465.

tej tezy może być przykład polski. W naszym systemie azylowym występuje sześć form ochrony; stanowiąc ochronę subsydiarną wobec statusu uchodźcy, ochrona uzupełniająca nie wyczerpuje przewidzianych przez prawo możliwości udzielenia ochrony ofiarom konfliktów zbrojnych. Służą temu też ochrona czasowa oraz uregulowane w ustawie z 13 czerwca 2013 r. o cudzoziemcach zgoda na pobyt ze względów humanitarnych⁸⁴ i zgoda na pobyt tolerowany⁸⁵ jako postacie azylu humanitarnego odwołujące się bezpośrednio w swych podstawach do EKPC⁸⁶ i wprowadzone z uwagi na konieczność respektowania zasady *non-refoulement* w przypadku powrotów cudzoziemców nielegalnie przebywających na terytorium państwa. Te dwie zgody wraz z dwoma nowymi zezwoleniami na pobyt czasowy (art. 181 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 187 pkt 6 i 7 ustawy o cudzoziemcach) uzupełniają katalog form ochrony cudzoziemców, mając wobec nich charakter subsydiarny.

Orzecznictwo TSUE, mimo że szeroko i elastycznie kształtuje interpretację przepisów dyrektywy kwalifikacyjnej, nie jest w stanie, z uwagi na zakres podmiotowy ochrony uzupełniającej, jak również klauzule wykluczenia z ochrony, sięgnąć poziomu ochrony gwarantowanego przez art. 3 EKPC. Deklaracja autonomii interpretacji była TSUE potrzebna po to, by sens obowiązywania art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej był dostrzegalny wobec oferowania czegoś więcej niż gwarancje płynące z art. 3 EKPC. W warunkach zastosowania tego przepisu ostatecznie dyrektywa kwalifikacyjna nie jest w stanie zapewnić ochrony nawet na porównywalnym poziomie wobec ewoluującej wykładni art. 3 EKPC.

Ocena znaczenia orzeczeń sądów europejskich nie może się przez to ograniczać wyłącznie do ochrony uzupełniającej, ale przenosi się na inne formy ochrony przewidziane w prawie krajowym. Czy w świetle dialogu sądów europejskich organy krajowe mogą mieć wątpliwości, która forma ochrony przeznaczona jest dla ofiar konfliktów zbrojnych? Wydaje się, że mając wyraźną i szczególną podstawę prawną, określającą przesłanki zinterpretowane przez TSUE w kontekście funkcjonalnym i systemowym, odpowiedź jest negatywna. Natomiast wykładnia art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej nie sprawia, że jego stosowanie staje się bardziej przewidywalne i ujednolicone wobec zakresu ustaleń faktycznych, gdyż na organy państwa została przerzucona cała odpowiedzialność za ocenę istnienia konfliktu zbrojnego i poziomu intensywności powszechnej przemocy w zestawieniu z indywidualnym zagrożeniem jednostki. Dlatego też wzajemne odniesienia sądów do orzecznictwa dają możliwość korzystania przez krajowe organy ze wskazówek zawartych w orzeczeniach ETPC także w przypadku interpretacji przepisu art. 15 lit.c) dyrektywy kwalifikacyjnej, autonomicznego wobec art. 3 EKPC. Przypomnijmy, że pomimo nadania temu przepisowi „treści wspólnoto-

⁸⁴ Art. 348 ustawy o cudzoziemcach.

⁸⁵ Art. 351 ustawy o cudzoziemcach.

⁸⁶ Użycie przez prawodawcę sformułowania „w rozumieniu Konwencji” oznacza konieczność interpretacji zbieżnej z dokonywaną na gruncie Konwencji przez ETPC, przy czym warto podkreślić, że wiele pojęć ma charakter autonomiczny.

wej” TSUE ostatecznie zadeklarował zgodność tej interpretacji z orzecnictwem ETPC. Można z tej deklaracji zgodności wyciągać dalej idące wnioski niż tylko takie, jakie płyną ze sformułowania w rodzaju mantry, pojawiające go się w wyrokach Trybunału o zgodności jego stanowiska z „tradycjami konstytucyjnymi, wspólnymi państwom członkowskim”, a także „wskazówkami zaczerpniętymi z umów międzynarodowych, przy których tworzeniu państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły”. W świetle orzecnictwa sądów europejskich ocena podstaw udzielenia ochrony ofiarom konfliktów zbrojnych musi być ukształtowana przez uwzględnienie zmieniającego się charakteru tych konfliktów, który zwiększa zagrożenia dla ludności cywilnej, i przez paradygmat bezpieczeństwa człowieka, oparty na poszanowaniu godności człowieka. Oferuje on nową ścieżkę konceptualizacji zagrożeń dla jednostki, wywołanych nie tylko bezpośrednim atakiem, ale też kryzysem humanitarnym, który jest spowodowany głównie przez bezpośrednie lub pośrednie działania stron konfliktu.

SUBSIDIARY PROTECTION FOR VICTIMS OF INDISCRIMINATE VIOLENCE IN SITUATIONS OF INTERNAL ARMED CONFLICT. DIALOGUE OF THE EUROPEAN COURTS AND ITS CONSEQUENCES

Summary

This article examines the protection afforded in the European Union to victims of internal armed conflicts in the context of Article 15 c) of the Qualification Directive (2004 and 2011) and Article 3 of the ECHR. A short analysis of various forms of protection provided for non-convention refugees (war refugees) in EU law provides a background. The next part analyses the recent case law of the Court of Justice of the EU, important for the interpretation and implementation of Article 15 c) of the Directive. Two rulings are commented on in detail: in *Elgafaji* case and in *Diakite* case. Jurisprudence of the European Court of Human Rights is also of practical importance for the scope of subsidiary protection. The purpose of this study is to analyze the judicial dialogue and its impact on the predictability of decisions in individual cases.