FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 1 juni 2010[1]

1. Genom två på varandra följande beslut har Bundesverwaltungsgericht (Tyskland) med stöd av artiklarna 68.1 EG och 234 EG till domstolen ställt en rad frågor som avser dels tolkningen av artikel 12.2 b i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (nedan kallat direktivet)[2], dels om tolkningen av artikel 3 i detta direktiv. Dessa frågor har ställts inom ramen för tvister mellan Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av Bundesministerium des Inneren (Tysklands inrikesministerium), i sin tur företrätt av Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (den federala myndigheten för migration och flyktingar, nedan kallad Bundesamt), angående Bundesamts avslag på B:s asylansökan (mål C-57/09) och Bundesamts beslut att återkalla den flyktingstatus som ursprungligen beviljats D (mål C-101/09).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Folkrätten*

1. Genèvekonventionen av år 1951 om flyktingars rättsliga ställning

2. Genèvekonventionen om flyktingars rättsliga ställning (nedan kallad 1951 års konvention eller konventionen)[3] godkändes den 28 juli 1951 av en särskild FN-konferens och trädde i kraft den 22 april 1954. I konventionen som har kompletterats genom ett protokoll som antagits år 1967 och genom vilket tillämpningsområdet, som ursprungligen begränsats till flyktingar från andra världskriget har utökats, definieras begreppet flykting och fastställs de rättigheter och skyldigheter

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EUT L 304, s. 2.

3 — Förenta nationernas fördragssamling, volym 189, nr I-2545.

som är knutna till ställningen som flykting. För närvarande har 146 stater undertecknat konventionen.

3. Efter det att det i artikel 1 A har definierats vad som i konventionen avses med begreppet flykting, anges det i artikel 1 F a, b och c följande:

”Stadgandena i denna konvention äga icke tillämpning på den beträffande vilken föreligga allvarliga skäl antaga, att han

a) förövat brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, sådana dessa brott blivit definierade i de internationella överenskommelser, som tillkommit för att meddela bestämmelser angående sådana brott; eller

b) förövat grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet, innan han erhöll tillträde till detsamma såsom flykting; eller

c) gjort sig skyldig till gärningar, stridande mot Förenta nationernas syften och grundsatser [4].”

4 — Fotnoten avser endast den italienska versionen av förslaget till avgörande.

4. I artikel 33 i konventionen, som har rubriken ”Förbud mot utvisning och avvisning”, föreskrivs följande:

”1. Fördragsslutande stat må icke, på vilket sätt det vara må, utvisa eller avvisa flykting till gränsen mot område varest hans liv eller frihet skulle hotas på grund av hans ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning.

2. Denna bestämmelse må likväl icke åberopas av flykting, vilken det föreligger skälig anledning att betrakta som en fara för det lands säkerhet i vilket han uppehåller sig eller vilken, med hänsyn till att han genom lagakraftägande dom har dömts för synnerligen grovt brott, utgör en samhällsfara i sagda land.”

2. FN:s säkerhetsråds resolutioner

5. FN:s säkerhetsråd (nedan kallat säkerhetsrådet), som handlade på grundval av kapitel VII i FN-stadgan, antog den 28 september 2001 resolution 1373 (2001). Enligt punkt 2 c) i denna resolution ska staterna ”vägra ge dem asyl som finansierar, organiserar, stöder eller begår terroristhandlingar

eller som tillhandahåller en fristad”.[5] Enligt följande punkt 3 f) och g) uppmanas staterna ”att vidta lämpliga åtgärder i enlighet med relevanta bestämmelser i nationell och internationell lagstiftning, inklusive de internationella normerna för mänskliga rättigheter, i syfte att garantera att den asylsökande inte har planerat, underlättat eller deltagit i genomförandet av terroristhandlingar” och att ”i enlighet med internationell lagstiftning vidta åtgärder för att garantera att flyktingstatus inte missbrukas av personer som genomfört, organiserat eller underlättat terroristhandlingar, och för att garantera att anförande av politiska skäl inte godkänns som anledning till att avslå framställningar om utlämning av personer som påstås vara terrorister”. Säkerhetsrådet har slutligen i punkt 5 i denna resolution förklarat ”att handlingar, metoder och bruk som utgör terrorism liksom uppsåtlig finansiering och planering av terrorhandlingar och anstiftan till sådana, står i strid med [FN:s] syften och grundsatser”.[6]

6. Deklarationer med i huvudsak samma ordalydelse förekommer även i därpå följande resolutioner, avseende de hot mot den internationella freden och säkerheten som terrorism framkallar, från och med resolution 1377 (2001). Säkerhetsrådet har till denna bifogat en deklaration på ministernivå, i vilken dessutom ”det otvetydiga fördömandet av alla former av terroristhandlingar som kriminella och oförsvarliga, oavsett motiven för dem och oavsett var de begås eller av vem” upprepas.[7]

B — *Unionsrätten*

1. Primärrätten

7. Enligt artikel 2 FEU ”ska [unionen] bygga på värdena respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna,

5 — Fotnoten avser endast den italienska versionen av förslaget till avgörande.

6 — Se redan, för ett liknande resonemang, FN:s säkerhetsråds resolution 1269 (1999) av den 19 oktober 1999.

7 — Exempelvis har säkerhetsrådet i resolution 1566 (2004), som antogs den 8 oktober 2004, fortfarande på grundval av kapitel VII i FN-stadgan, erinrat om att ”kriminella handlingar, inklusive mot civila, som begås med uppsåt att orsaka dödsfall eller allvarlig kroppsskada, eller tagande av gisslan i syfte att framkalla ett skräcktillstånd hos allmänheten eller hos en persongrupp eller hos bestämda enskilda personer, injaga skräck hos en befolkningsgrupp eller att tvinga en regering eller en internationell organisation att vidta eller avstå från att vidta en åtgärd, vilka utgör brott som omfattas av och fastställs i internationella konventioner och protokoll om terrorism, under inga omständigheter kan försvaras av politiska, filosofiska, ideologiska, rasmässiga, etniska, religiösa eller andra liknande skäl”.

inklusive rättigheter för personer som tillhör minoriteter ...". I artikel 3.5 FEU stadgas att unionen ska bidra till "skydd för de mänskliga rättigheterna ... samt till strikt efterlevnad och utveckling av internationell rätt, inklusive respekt för principerna i Förenta nationernas stadga".

2. Gemensam ståndpunkt 2001/931/GUSP

8. Enligt artikel 6.1 första stycket FEU ska unionen erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), som ska ha samma rättsliga värde som fördragen. I artikel 18 i stadgan anges att "[r]ätten till asyl ska garanteras med iakttagande av reglerna i [1951 års] konvention[en] och i enlighet med fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt".

9. Enligt artikel 63 första stycket punkt 1 c EG ska rådet inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande vidta åtgärder som avser asyl, i enlighet med 1951 års konvention samt andra relevanta fördrag, särskilt inom området "[m]iniminormer för när medborgare i tredje land skall betraktas som flyktingar".

10. Den gemensamma ståndpunkten 2001/931/GUSP av den 27 december 2001 om tillämpning av särskilda åtgärder i syfte att bekämpa terrorism, som antagits med stöd av artiklarna 15 EU och 34 EU, syftar enligt skälen i densamma till att genomföra de åtgärder mot finansieringen av terrorism som anges i säkerhetsrådets ovannämnda resolution 1373/2001. [8] Enligt artikel 1.1 i den gemensamma ståndpunkten ska den tillämpas "på personer, grupper och enheter som deltar i terroristhandlingar och finns förtecknade i bilagan". Enligt artikel 1.2 i den gemensamma ståndpunkten ska med "personer, grupper och enheter som deltar i terroristhandlingar" avses "personer som begår eller försöker begå terroristhandlingar eller som deltar i eller underlättar genomförandet av terroristhandlingar" och "grupper och enheter som ägs eller kontrolleras direkt eller indirekt av sådana personer och personer, grupper eller enheter som agerar på sådana personers, gruppers eller enheters vägnar eller under deras ledning,

8 — EGT L 344, s. 93.

inklusive kapital som härrör från eller uppstår genom egendom som direkt eller indirekt ägs eller kontrolleras av sådana personer och av associerade personer, grupper och enheter". Artikel 1.3 innehåller definitionerna av "terroristhandling" och "terroristgrupp" i den mening som avses i den gemensamma ståndpunkten. Enligt artiklarna 2 och 3 i denna kommer "Europeiska gemenskapen, som handlar inom ramen för sina befogenheter enligt Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, ... att beordra att alla penningmedel och andra finansiella tillgångar eller ekonomiska resurser [ska] frysas för personer, grupper och enheter som finns i förteckningen i bilagan" och "skall se till att penningmedel, finansiella tillgångar eller ekonomiska resurser eller finansiella eller andra därmed besläktade tjänster varken direkt eller indirekt görs tillgängliga" för sådana personer, grupper och enheter.

11. Enligt artikel 1 i gemensam ståndpunkt 2002/340/GUSP av den 2 maj 2002 [9] har förteckningen över personer, grupper och enheter på vilka den gemensamma ståndpunkten 2001/931 är tillämplig uppdaterats för första gången. I samband härmed har Kurdiska arbetarpartiet (PKK) och Revolutionary People's Liberation Army/Front/Party (DHKP/C), (alias Devrimci Sol, Revolutionary Left, Dev Sol) förts upp i förteckningen, med verkan samma dag som den gemensamma ståndpunkten antas (artikel 2). [10]

3. Rambeslut 2002/475/RIF

12. I rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism [11] ges en allmän definition av terroristbrott, brott som begås av en terroristgrupp och brott med anknytning till terroristverksamhet. Det fastställs vidare att varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att sådana brott ska beläggas med effektiva, proportionella och avskräckande straffrättsliga påföljder, som kan medföra utlämning. Enligt artikel 2 i ovannämnda rambeslut som har rubriken "Brott som begås av en terroristgrupp" avses i detta rambeslut med "terroristgrupp" en strukturerad grupp, inrättad för en viss tid, bestående av mer än två

9 — EGT L 166, s. 75.

10 — I april 2004 ändrades, såvitt avser PKK, upptagande i förteckningen enligt följande: "Kurdistan Workers' Party (PKK) (alias KADEK, alias KONGRA-GEL)", se gemensam ståndpunkt 2004/309/GUSP av den 2 april 2004 (EUT L 99, s. 61).

11 — EGT L 164, s. 3.

personer, som handlar i samförstånd för att begå terroristbrott". I artikel 2.2 föreskrivs att varje medlemsstat ska "vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga följande uppsåtliga handlingar: a) Att leda en terroristgrupp. b) Att delta i en terroristgrupps verksamhet, vari inbegripes att förse den med information eller ge den materiellt stöd eller bidra med varje form av finansiering av gruppens verksamhet, med vetskap om att deltagandet kommer att bidra till gruppens brottsliga verksamhet.

4. Direktivet

13. Europeiska rådet enades vid sitt särskilda möte i Tammerfors den 15 och den 16 oktober 1999 "om att arbeta för att ett gemensamt europeiskt asylsystem skapas, grundat på en fullständig och absolut tillämpning av Genèvekonventionen". Enligt den tidsplan som fastställts i Amsterdamfördraget och i handlingsplanen från Wien medförde detta i förstone i synnerhet antagandet av "gemensamma normer för ett rättvist och effektivt asylförfarande" och "tillnärmning av reglerna för erkännande och innebörd av flyktingstatus". [12]

14. Enligt detta programmål är syftet med direktivet, såsom anges i skäl 6 i detta, dels "att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd", dels "att garantera att en miniminivå av förmåner är tillgänglig för dessa personer i samtliga medlemsstater". Såsom särskilt anges i skälen 16 och 17 i direktivet bör det i direktivet fastställas "miniminormer för definitionen och innebörden av flyktingstatus för att vägleda medlemsstaternas behöriga myndigheter vid tillämpningen av Genèvekonventionen" och "gemensamma kriterier för när asylsökande skall erkännas som flyktingar i den mening som avses i artikel 1 i Genèvekonventionen". I skäl 3 i direktivet anges att Genèvekonventionen och protokollet av år 1967 utgör "grundstenen i det folkrättsliga systemet för skydd av flyktingar". I skäl 15 medges att "[s]amråd med FN:s flyktingkommissariat kan ge medlemsstaterna värdefull vägledning när det gäller att fastställa flyktingstatus enligt artikel 1 i Genèvekonventionen [av år 1951]". I skäl 8 anges att "[d]et ligger i miniminormernas

12 — Se ordförandeskapets slutsatser på webbplatsen http://www.europarl.europa.eu/summits/.

natur att medlemsstaterna bör ha befogenhet att införa eller behålla förmånligare bestämmelser för tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som ansöker om internationellt skydd i en medlemsstat, om en sådan ansökan anses bygga på förutsättningen att personen i fråga antingen är flykting i den mening som avses i artikel 1 A i Genèvekonventionen, eller en person som av andra skäl behöver internationellt skydd". Enligt skäl 22 i direktivet slutligen fastslås följande: "Handlingar som är oförenliga med Förenta nationernas syften och principer anges i inledningen till Förenta nationernas stadga och i artiklarna 1 och 2 i denna stadga och ingår bl.a. i Förenta nationernas resolutioner om åtgärder för terrorismbekämpning, enligt vilka handlingar, metoder och bruk som utgör terrorism strider mot Förenta nationernas syften och principer, och även avsiktlig finansiering, planering och anstiftan av terroristhandlingar är oförenligt med Förenta nationernas syften och principer."

15. Enligt artikel 1 i direktivet, som har rubriken "Syfte och räckvidd", är syftet med detta att "införa miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd och innehållet i det beviljade skyddet". Artikel 2 innehåller vissa definitioner för direktivet. Enligt artikel 2 c avses med flykting särskilt en "tredjelandsmedborgare som med anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till viss samhällsgrupp befinner sig utanför det land där han eller hon är medborgare och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av det landets skydd, eller en statslös person som av samma skäl som nämnts ovan befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill återvända dit och som inte omfattas av artikel 12".

16. Enligt artikel 3 i direktivet, som har rubriken "Förmånligare bestämmelser", "får [medlemsstaterna] införa eller behålla förmånligare bestämmelser för att fastställa vem som skall betraktas som flykting eller som en person som uppfyller kraven för att betecknas som skyddsbehövande i övrigt och för att fastställa innebörden av internationellt skydd, förutsatt att de är förenliga med detta direktiv".

17. Artikel 12 i direktivet, som har rubriken "Undantag", ingår i kapitel III med rubriken "Förutsättningar för att betraktas som

flykting". I artikel 12.2 och 12.3 föreskrivs följande:

"2. En tredjelandsmedborgare eller en statslös person kan inte ges flyktingstatus om det finns synnerliga skäl för att anta att

a) han eller hon har förövat brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott, eller

b) han eller hon har förövat ett grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet, innan vederbörande fick tillträde till det landet som flykting, vilket innebär den tidpunkt då uppehållstillstånd utfärdades på grundval av beviljad flyktingstatus; särskilt grymma handlingar, även om de begåtts i förment politiskt syfte, får betecknas som allvarliga icke-politiska brott, eller

c) han eller hon har gjort sig skyldig till gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga.

3. Punkt 2 gäller personer som anstiftar eller på annat sätt deltar i förövandet av de brott eller gärningar som nämns däri."

18. Enligt artikel 14.3 a i direktivet, som ingår i kapitel IV som har rubriken "Flyktingstatus", ska medlemsstaterna återkalla, upphäva eller vägra att förnya en tredjelandsmedborgares eller statslös persons flyktingstatus om den berörda medlemsstaten efter beviljandet av flyktingstatus har fastställt att "vederbörande inte skulle ha getts eller inte kan ges flyktingstatus i enlighet med artikel 12".

19. I kapitel VII, som har rubriken "Innebörden av internationellt skydd", föreskrivs bestämmelser i vilka det fastställs vilka skyldigheter medlemsstaterna har gentemot de personer som har erhållit flyktingstatus vad särskilt avser utfärdande av uppehållstillstånd och resedokument, tillträde till arbetsmarknaden och utbildning, tillgång till bostad och till hälso- och sjukvård. I detta kapitel ingår även artikel 21, som har rubriken "Skydd mot avvisning". I artikel 21.1 fastställs att medlemsstaterna i enlighet med sina internationella förpliktelser ska respektera principen om *non-refoulement*.

C — *Den nationella rätten*

20. Enligt artikel 16a i den tyska grundlagen (Grundgesetz) "åtnjuter politiskt förföljda personer asylrätt". Den tyska lagstiftningen om flyktingstatus kan på grundval av den hänskjutande domstolens uppgifter, såvitt avser de frågor som är relevanta i förevarande mål, återges enligt följande.

21. Tillerkännande av flyktingstatus reglerades ursprungligen av 51 § utlänningslagen (Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet, Ausländergesetz). Bestämmelsen i 51 § tredje stycket har med verkan från och med den 1 januari 2002 ändrats genom lagen om bekämpning av terrorism (Terrorismusbekämpfungsgesetz). Genom denna lag har de undantag från tillerkännandet av flyktingstatus som föreskrivs i artikel 1 F i Genèvekonventionen införts.

22. Efter det att lagen om genomförande av Europeiska unionens direktiv om uppehålls- och asylrätten (Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union), genom vilken även direktiv 2004/83/EG har införlivats, trädde i kraft den 27 augusti 2007, framgår förutsättningarna för att tillerkänna flyktingstatus av bestämmelserna i 60 § första stycket i uppehållslagen (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet) i förening med bestämmelserna i 3 § första stycket asylprocesslagen (Asylenverfahrensgesetz). Enligt den sistnämnda bestämmelsen är ”[e]n utlänning ... en flykting i [Genèvekonventionens] mening när vederbörande är utsatt för hot enligt 60 § första stycket [uppehållslagen]”.

23. Genom 3 § andra stycket första meningen andra och tredje punkten asylprocesslagen, som från och med den 27 augusti 2007 har ersatt 60 § åttonde stycket andra meningen uppehållslagen, vilken i sin tur har ersatt 51 § tredje stycket andra meningen utlänningslagen, har artikel 12.2 och 12.3 i direktivet införlivats med tysk rätt. I denna paragraf stadgas bland annat att en utländsk medborgare inte kan ges flyktingstatus i den mening som avses i 3 § första stycket, om det finns synnerliga skäl för att anta

”2. att han eller hon har förövat ett grovt icke-politiskt brott utanför det nationella territoriet innan vederbörande fick tillträde till landet som flykting, särskilt en grym handling, även om detta brott har begåtts i förment politiskt syfte, eller

3. att han eller hon har gjort sig skyldig till gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser”.

24. Enligt 3 § andra stycket andra meningen gäller vad som föreskrivs i första meningen dessutom för utländska medborgare som har anstiftat sådana brott eller gärningar eller som på annat sätt har deltagit i dem.

25. I 73 § första stycket asylprocesslagen, i ändrad lydelse, föreskrivs att rätten till asyl och flyktingstatus ska återkallas omedelbart,

om förutsättningarna för ett tillerkännande inte längre är uppfyllda.

II — Målen vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

A — *Målet Bundesrepublik Deutschland mot B (C-57/09)*

26. B, född år 1975, är turkisk medborgare av kurdisk härkomst. I slutet av år 2002 reste han till Tyskland och ansökte om asyl där. Han anförde härvid att han redan som student i Turkiet hade sympatiserat med Dev Sol (numera DHKP/C) och från slutet av år 1993 till början av år 1995 hade stött den väpnade gerillakampen i bergsområdena. Efter att ha gripits i februari 1995 misshandlades han grovt och tvingades under tortyr att erkänna. I december 1995 dömdes han till livstids fängelse. Efter det att han hade erkänt att han hade dödat en medfånge dömdes han år 2001 på nytt till livstids fängelse. Under hösten år 2000 deltog han i en hungerstrejk. I anledning av de därvid ådragna hälsoproblemen frigavs han i december 2002 villkorligt. Han passade då på att lämna Turkiet. På grund av dessa händelser lider han av ett gravt posttraumatiskt stressyndrom samt på grund av hungerstrejken av hjärnskador och därtill relaterade bortfallssymtom. DHKP/C betraktar numera B som en förrädare.

27. Bundesamt [13] avslog den 14 september 2004 ansökan om asyl efter att ha konstaterat att förutsättningarna enligt 51 § första stycket utlänningslagen (Ausländergesetz) inte var uppfyllda. Bundesamt ansåg att undantaget enligt 51 § tredje stycket andra meningen andra momentet utlänningslagen (numera 3§ andra stycket första meningen andra punkten asylprocesslagen (Asylenverfahrengesetz)) var tillämpligt. Bundesamt konstaterade dessutom att det inte förelåg hinder för att utvisa B till Turkiet och fastslog att han skulle kunna utvisas.

28. Verwaltungsgericht i Gelsenkirchen upphävde den 13 oktober 2004 Bundesamts beslut och ålade Bundesamt att tillerkänna B rätten till asyl och att fastställa att

13 — Beslutet har antagits av Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (nationell myndighet för migration och flyktingar), som senare ersattes av Bundesamt.

förutsättningarna för förbudet att utvisa B till Turkiet förelåg.

B — *Målet Bundesrepublik Deutschland mot D (C-101/09)*

29. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen avslog den 27 mars 2007 Bundesamts överklagande och fann att B skulle tillerkännas rätten till asyl i den mening som avses i artikel 16a i den tyska grundlagen och ges flyktingstatus. Enligt nämnda domstol gäller inte skälet till undantag enligt 51 § tredje stycket andra meningen andra momentet utlänningslagen, när det framgår att den utländska medborgaren inte längre utgör en risk – till exempel på grund av att han har lämnat all terroristverksamhet eller på grund av sitt hälsotillstånd – och tillämpningen av undantaget kräver en helhetsbedömning av det enskilda fallet mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.

30. Bundesamt överklagade denna dom till Bundesverwaltungsgericht. Bundesamt åberopade därvid att båda skälen till undantag enligt 51 § tredje stycket andra meningen i utlänningslagen (3 § andra stycket punkterna 2 och 3 asylprocesslagen) var tillämpliga. Bundesamt gjorde även gällande att artikel 12.2 i direktivet, i vilken dessa skäl till undantag förekommer, ingår bland de principer från vilka staterna enligt artikel 3 i detta direktiv inte kan avvika. Vertreter des Bundesinteresses (företrädaren för nationella intressen vid Bundesverwaltungsgericht) har fört talan i målet och ifrågasatt Oberverwaltungsgerichts uppfattning.

31. D, född år 1968, är turkisk medborgare av kurdisk härkomst. I maj 2001 reste han till Tyskland och ansökte om asyl där. Han anförde härvid att han i slutet av 80-talet hade gripits tre gånger och utsatts för tortyr på grund av sitt ställningstagande för kurdernas självbestämmanderätt. År 1990 anslöt han sig till PKK, kämpade i gerillan och blev en högt uppsatt funktionär i partiet. I slutet av år 1998 skickade PKK honom till norra Irak där han blev kvar till slutet av år 2001. På grund av politiska meningsskiljaktigheter med PKK:s ledning lämnade han organisationen i maj 2000 och betraktas nu som förrädare och utsätts som sådan för hot. D fruktar förföljelser både från de turkiska myndigheterna och PKK.

32. Bundesamt [14] erkände i maj 2001 D som asylberättigad enligt den vid denna tidpunkt gällande lagstiftningen. Efter det att Terrorismusbekämfungsgesetz (lagen om bekämpning av terrorism) trätt i kraft år 2002 begärde Bundeskriminalamt (den federala

14 — Även i fallet D, i likhet med fallet B, har beslutet antagits av Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, som senare blivit Bundesamt.

kriminalpolisen) att Bundesamt skulle inleda ett förfarande för att återkalla hans rätt till asyl. Enligt den federala polisens uppgifter hade D från och med februari 1999 varit en av PKK:s 41 ledare. I augusti 2000 hade Interpol i Ankara utfärdat en efterlysning avseende D, med motiveringen att han mellan åren 1993 och 1998 var delaktig i attentat som sammanlagt hade dödat 126 personer och var ansvarig för mordet på två gerillasoldater från PKK. Bundesamt återkallade genom beslut av den 6 maj 2004 D:s tillerkännande av asyl- och flyktingstatus med stöd av 73 § första stycket i asylprocesslagen. Bundesamt ansåg att det gentemot D fanns grundade misstankar att han hade begått ett grovt icke-politiskt brott utanför Förbundsrepubliken Tysklands territorium och gjort sig skyldig till gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser. Enligt Bundesamt var i detta fall de skäl till undantag som ursprungligen föreskrevs i 51 § tredje stycket andra meningen i utlänningslagen, därefter i 60 § åttonde stycket andra meningen uppehållslagen och slutligen i 3 § andra stycket asylprocesslagen följaktligen tillämpliga.

33. Verwaltungsgericht Gelsenkirschen upphävde den 29 november 2005 beslutet om återkallelse. Genom dom av den 27 mars 2007 avslog Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen Bundesamts överklagande. Sistnämnda domstol ansåg med ett resonemang som motsvarade resonemanget i den dom som meddelades samma dag, genom vilken denna domstol hade avslagit Bundesamts överklagande i det mål som avsåg avslaget på B:s asylansökan, att de skäl till undantag som föreskrivs i den tyska lagstiftningen inte heller var tillämpliga i D:s fall.

34. Bundesamt har överklagat denna dom till Bundesverwaltungsgericht. Vertreter des Bundesinteresses har fört talan och ifrågasatt appellationsdomstolens uppfattning.

C — *Tolkningsfrågorna*

35. Bundesverwaltungsgericht anser att lösningen av tvisterna är beroende av tolkningen av direktivet och har genom beslut av den 14 oktober 2008 (C-57/09) och av den 25 november 2008 (C-101/09) vilandeförklarat respektive mål och för vart och ett av målen ställt följande fem tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Föreligger ett grovt icke-politiskt brott eller sådana gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser i den mening som avses i artikel 12.2 b och 12.2 c i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 när

(mål C-57/09) en asylsökande har tillhört en organisation, som förts upp i förteckningen över personer, grupper och enheter i bilagan till rådets gemensamma

ståndpunkt av den 17 juni 2002 [15], om tillämpning av särskilda åtgärder i syfte att bekämpa terrorism och som har använt sig av terrormetoder, och asylsökanden aktivt har stött organisationens väpnade kamp?

(mål C-101/09) en utlänning under flera år i egenskap av soldat och funktionär – emellanåt även som medlem i ledningen – har tillhört en organisation (här PKK) som i dess väpnade kamp mot staten (här Turkiet) har fortsatt att använda sig av terrormetoder, och som förts upp i förteckningen över personer, grupper och enheter i bilagan till rådets gemensamma ståndpunkt av den 17 juni 2002 om tillämpning av särskilda åtgärder i syfte att bekämpa terrorism, och utlänningen därmed aktivt har stött dess väpnade kamp i ledande position?

2) Om den första frågan besvaras jakande: Förutsätter en tillämpning av undantagen enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktiv 2004/83/EG från huvudregeln om tillerkännande av flyktingstatus att den asylsökande fortfarande utgör en säkerhetsrisk?

3) Om den andra frågan besvaras nekande: Förutsätter en tillämpning av undantagen enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktiv 2004/83/EG från huvudregeln om tillerkännande av flyktingstatus att det görs en proportionalitetsprövning i det enskilda fallet?

4) Om den tredje frågan besvaras jakande:

a) Ska man vid proportionalitetsprövningen beakta att den asylsökande åtnjuter ett skydd mot utvisning i enlighet med artikel 3 i Europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna eller i enlighet med nationell lagstiftning?

b) Ska undantagen endast anses vara oproportionerliga i exceptionella fall?

15 — Det är fråga om gemensam ståndpunkt 2001/931. Se härvidlag ovan punkt 11.

5) Är det förenligt med direktiv 2004/83/EG, i den mening som avses i artikel 3 i detta direktiv, att

(mål C-57/09) en asylsökande har rätt till asyl med stöd av en nationell grundlagsbestämmelse trots att det föreligger ett skäl till undantag enligt artikel 12.2 i direktivet?

(mål C-101/09) en utlänning behåller sin flyktingstatus med stöd av en nationell grundlagsbestämmelse trots att det föreligger ett skäl till undantag enligt artikel 12.2 i direktivet och status som flykting frånkänts enligt artikel 14.3 i direktivet?"

D — *Förfarandet vid domstolen*

36. Domstolens ordförande beslutade den 4 maj 2009 att förena målen C-57/09 och C-101/09 vad gäller det skriftliga och muntliga förfarandet samt domen. B, D, Konungariket Sverige, Konungariket Nederländerna, Republiken Frankrike, Förenade kungariket och kommissionen har inkommit med inlagor och skriftliga yttranden enligt artikel 23.2 i domstolens stadga. B, D, de ovannämnda regeringarna, kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland har yttrat sig vid förhandlingen den 9 mars 2010.

III — Bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

37. Före prövningen av tolkningsfrågorna vill jag först göra några kortfattade påpekanden.

38. Jag påpekar först och främst att de beslut om att vägra tillerkänna asylrätt och flyktingstatus och återkalla dem som utfärdats gentemot B respektive D har antagits på grundval av den lagstiftning som gällde innan direktivet införlivades med den tyska rätten (vilket skedde genom Richtlinienumsetzungsgesetz, som trädde i kraft den 27 augusti 2007), och är daterade före den dag då medlemsstaternas tidsfrist för att införliva direktivet hade löpt ut (den 10 oktober 2006). [16] Bundesverwaltungsgericht anser trots detta att de tolkningsfrågor som ställts till domstolen är relevanta. Bundesverwaltungsgericht anser i huvudsak att om ett av eller båda de skäl till undantag som föreskrivs i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet är tillämpliga på B och D utgör detta hinder för att upphäva de beslut som antagits gentemot dem. När det i synnerhet gäller D har den hänskjutande domstolen utgått från förutsättningen att enligt artikel 14.3 i direktivet ska flyktingstatus som tillerkänts den som inte borde ha getts denna status i den mening som avses i

16 — Beslutet om återkallelse av den 6 maj 2004 i målet D och avslagsbeslutet av den 14 september 2004 i mål B, har dessutom antagits innan direktivet trädde i kraft.

artikel 12, återkallas, även om detta tillerkännande skedde innan direktivet trädde i kraft. Härav följer enligt den hänskjutande domstolen att även om det är rättsstridigt enligt de bestämmelser som gällde när det antogs kan det beslut om återkallelse som utfärdats gentemot D dock inte upphävas, med stöd av unionsrättens företräde, utan måste omedelbart ersättas av ett beslut med identiskt innehåll. Den hänskjutande domstolen har däremot lämnat den frågan öppen huruvida en ändrad rättslig situation enligt den tyska rätten kan motivera ett återkallande av tillerkännandet av flyktingstatus. Jag anser inte att de ovan anförda omständigheterna kan innebära att det ifrågasätts att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Det ankommer i princip på den nationella domstolen att bedöma relevansen av de frågor som ställs till domstolen för att lösa den tvist som den ska avgöra. Om de situationer som av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) inte omfattas av direktivet, ska jag i fråga om domstolens behörighet endast hänvisa till vad domstolen nyligen har slagit fast i punkt 48 i domen i målet Aydin Salahadin Abdulla m.fl. [17].

B — *Tolkningsfrågorna*

1. Inledande synpunkter

39. Jag påpekar dessutom att Bundesverwaltungsgericht som utgått från Oberverwaltungsgerichts faktiska konstateranden, vilken domstol är bunden av den talan som väckts vid den, har slagit fast att förutsättningarna för att tillerkänna flyktingstatus förelåg hos B och D enligt såväl de bestämmelser i nationell rätt som var tillämpliga före direktivets införlivande som bestämmelserna i direktivet. Bundesverwaltungsgericht har endast ställt frågan om hur ett skäl till undantag från denna status ska tillämpas gentemot dem. Domstolen ska således på intet sätt uttala sig om dessa förutsättningar. Det visar sig dessutom att det vid de nationella domstolarna har fastställts att B och D var anslutna till PKK respektive Dev sol, samt hur länge, hur intensivt och på vilket sätt de deltog i dessa organisationers verksamhet. Även i dessa avseenden ska domstolen således följa resultaten av vad domstolarna har fastställt i sak i de nationella förfarandena.

40. Det är det osäkra sambandet mellan staternas åligganden i fråga om bekämpningen av terrorism och dessas ansvar vid

17 — Dom av den 2 mars 2010 i de förenade målen C-175/08, C-176/08 och C-179/08, Aydin Salahadin Abdulla m.fl. (REG 2010, s. I-1493).

tillämpningen av instrumenten till skydd för dem som åberopar internationellt skydd för att undgå förföljelser i sina länder som ligger till grund för tolkningsfrågorna från Bundesverwaltungsgericht. Det internationella samfundets bestämda fördömande av internationella terroristhandlingar och antagandet av restriktiva åtgärder i den mening som avses i kapitel VII i FN-stadgan, som är riktade gentemot enskilda eller organisationer som hålls ansvariga för dessa gärningar, har en direkt inverkan på materiella frågor om tillerkännandet av flyktingstatus [18]. Tolkningsfrågorna avser just det känsliga spörsmålet huruvida denna status ska ges till personer som tidigare har varit anslutna till organisationer som är upptagna i de förteckningar som bilagts gemenskapsinstrumenten för bekämpning av terrorism, eller ej.

41. Vid behandlingen av dessa frågor ska hänsyn tas till det nära samband som föreligger mellan direktivet och 1951 års konvention, till vilken karaktär flyktingrätten har och, särskilt, till vilken karaktär och vilka syften skälen till undantag från flyktingstatusen har.

18 — I resolution 1373/2001 fastställs det exempelvis sålunda att ”handlingar, metoder och bruk som utgör terrorism” strider mot FN:s syften och grundsatser och att det är förbjudet för staterna att ge asyl till dem som ”finansierar, organiserar, stöder eller begår terroristhandlingar”. Se ovan, punkterna 5 och 6.

a) Direktivet och 1951 års konvention

42. En överensstämmelse mellan unionslagstiftningen och medlemsstaternas internationella åligganden, särskilt genom 1951 års konvention, är ett grundläggande krav i fråga om asyl. Denna slutsats kan dras av direktivets rättsliga grund [19] och av dess tillkomst [20], förutom att det klart uttrycks i skälen till direktivet [21], och uppenbarligen av ordalydelsen i ett stort antal av bestämmelserna i direktivet, i vilka innehållet i motsvarande konventionsbestämmelser upprepas nästan ordagrant. Domstolen har för övrigt nyligen fastställt detta krav. [22]

43. Förutom samråd med FN:s flyktingkommissariat (nedan kallat UNHCR), som det hänvisas till i skäl 15 i direktivet [23], utgör i detta avseende följande texter underlag för tolkningen av de bestämmelser i direktivet som har sin bakgrund i konventionstexten: slutsatser om flyktingars internationella skydd som antagits av UNHCR:s exekutiva kommitté, i vilka innehållet av den av konventionen

19 — Särskilt artikel 63.1 c EG som är en av de bestämmelser som legat till grund för direktivets antagande.

20 — Se ovan punkt 13.

21 — Se ovan punkt 14.

22 — Domen i de förenade målen Aydin Salahadin Abdulla m.fl. (ovan fotnot 17), punkt 53.

23 — Se ovan punkt 14. Redan i förklaring nr 17 till Amsterdamfördraget föreskrevs det ett samråd med UNHCR. Betydelsen av UNHCR:s roll har nyligen åter bekräftats i Europeiska pakten för invandring och asyl av år 2008 och i förslaget till förordning om inrättande av en europeisk byrå för samarbete i asylfrågor, som antogs av kommissionen den 18 februari 2009 (KOM (2009) 66 slutlig).

fastställda skyddsnivån anges [24], Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning (Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status, nedan kallad Handbok) [25] och riktlinjer för internationellt skydd (Guidelines on International Protection, nedan kallade Guidelines), som utfärdats av UNHCR:s avdelning för internationellt skydd efter summariskt godkännande av exekutivkommittén och i vilka enskilda ämnen behandlas ingående för att komplettera Handbook. Det har inte saknats påpekanden i doktrinen [26] att denna mångfald av texter som i vissa fall är sinsemellan motstridande och till vilka de ställningstaganden kommer som UNHCR på olika grunder har antagit (det utlåtande som bilagts B:s skriftliga yttrande är ett exempel på detta), inte gör det lättare för de anslutna staterna att utveckla en praxis och en enhetlig tillämpning av konventionen. I den följande bedömningen kommer det dock att göras ett försök att ta hänsyn till de anvisningar som framgår av de ovannämnda olika källorna.

b) Flyktingsrättens karaktär

44. Även om flyktingrätten traditionellt betraktas som ett fristående regelverk har den nära samband med den internationella humanitära rätten och med den internationella rätten avseende mänskliga rättigheter, så att de framsteg som gjorts av det internationella samfundet på dessa områden återspeglas i innehållet i och räckvidden av flyktingars internationella skydd i ett nära sambandsförhållande [27]. Flyktingrättens huvudsakligen

24 — Exekutivkommittén som för närvarande består av 78 medlemmar, företrädare för FN:s medlemsstater eller medlemmar i ett av fackorganen, bildades år 1959 av FN:s ekonomiska och sociala råd på begäran av generalförsamlingen. Exekutivkommitténs slutsatser antas enhälligt. En tematisk samling av exekutivkommitténs slutsatser, som uppdaterats till augusti 2009, finns tillgänglig på UNCHR:s webbplats. Även om dessa slutsatser inte är bindande ska de iakttas inom ramen för det samarbete med UNHCR som de anslutna staterna har åtagit sig enligt artikel 35.1 i konventionen.

25 — UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugees Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1 januari 1992, som finns tillgänglig på följande webbplats: http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3314.html. Handboken utarbetades av exekutivkommittén år 1977. Även i detta fall är det fråga om en text som inte är bindande för de anslutna staterna. Den har dock tillerkänts en viss påtryckande verkan. Se Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 114.

26 — Hathaway, a.a., s. 115 och 116.

27 — I UNCHR:s exekutivkommittés slutsats nr 81 av år 1997 om det intenationella skyddet uppmanas staterna under e) ”to take all necessary measures to ensure that refugees are effectively protected, including through national legislation, and in compliance with their obligations under international human rights and humanitarian law instruments bearing directly on refugee protection, as well as through full cooperation with UNHCR in the exercise of its international protection function and its role in supervising the application of international conventions for the protection of refugees”. I slutsats nr 50 av år 1988 påpekar exekutivkommittén under c) att ”States must continue to be guided, in their treatment of refugees, by existing international law and humanitarian principles and practice bearing in mind the moral dimension of providing refugee protection”.

humanitära karaktär och dess nära samband med den dynamiska utvecklingen av de mänskliga rättigheterna utgör således med nödvändighet fortfarande bakgrunden varje gång det är fråga om att tolka och tillämpa instrumenten för detta skydd. Domstolen har för övrigt nyligen uttalat sig med ett liknande resonemang, när den i punkt 54 i domen i målet Aydin Salahadin Abdulla m.fl. [28] slog fast att direktivet ska tolkas med beaktande av de grundläggande rättigheter och principer som erkänns särskilt i stadgan.

45. Det ska i detta sammanhang erinras om att rätten att ansöka om asyl på grund av förföljelse är erkänd som en grundläggande unionsrätt och i stadgan hänförs till rätten till frihet.

c) Karaktären på och syftet med skälen till undantag från flyktingstatus

46. Skälen till undantag innebär att personer beträffande vilka det har konstaterats att de behöver internationellt skydd fråntas de garantier som föreskrivs i 1951 års konvention och i direktivet [29] och utgör på detta sätt undantag för eller begränsningar av tillämpningen av en humanitär regel. Mot bakgrund av de potentiella följderna av att de tillämpas måste man gå särskilt försiktigt till väga. [30] UNHCR har ständigt framhållit att skälen till undantag enligt 1951 års konvention måste tolkas restriktivt, även i samband med kampen mot terrorismen. [31]

47. Vad avser syftena med skälen till undantag hänvisades det redan i förarbetena till 1951 års konvention till två separata mål, dels målet att vägra dem flyktingstatus som på grund av sitt agerande har gjort sig ”ovärdiga” det internationella skydd som konventionen ger, dels att hindra att sådana personer kan åberopa flyktingrätten för att undandra sig rättvisan. Med skälen till undantag eftersträvas på detta sätt målet att bevara integriteten och trovärdigheten i konventionssystemet och de ska följaktligen tillämpas ”noggrant”. [32]

28 — Se ovan, fotnot 17.

29 — Bedömningen av förutsättningarna för tillerkännande av flyktingstatus sker, utom i undantagsfall, före bedömningen av huruvida det föreligger skäl till undantag (”inclusion before exclusion”).

30 — Global consultations on International Protection, 3–4 maj 2001, punkt 4 i slutsatserna, som finns tillgängliga på UNHCR:s webbplats.

31 — Special Rapporteur on the promotion and the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, rapport av den 15 augusti 2007, punkt 71, som finns tillgänglig på webbplatsen http://www.unhcr.org/refworld/docid/472850e92.html.

32 — Se, för ett liknande resonemang, exempelvis UNHCR:s exekutivkommittés slutsats nr 82 av år 1997 om skyddet av asyl.

2. Den första tolkningsfrågan

48. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida B:s och D:s deltagande, på de sätt som fastställts i respektive mål i sak, i organisationer som är upptagna i förteckningen som bilagts rådets gemensamma ståndpunkt 2001/931, såsom den uppdaterats och vilka, även om det endast sker delvis, använder terrormetoder, utgör ett grovt icke-politiskt brott eller en sådan gärning som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser i den mening som avses i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet.

49. För att besvara denna fråga krävs det först och främst att begreppen ”grovt icke-politiskt brott” och ”gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser” i den mening som avses i direktivet definieras. I ett andra skede ska det bedömas på vilket sätt dessa begrepp kan hänföras till verksamheter i en organisation som är upptagen i förteckningar över personer på vilka unionslagstiftningen om kampen mot terrorism är tillämplig. Det ska slutligen fastställas huruvida och under vilka förutsättningar deltagandet i en sådan organisation utgör ett ”grovt icke-politiskt brott” och/eller en ”gärning som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser”.

a) Begreppet ”grovt icke-politiskt brott” enligt artikel 12.2 b i direktivet

50. För att ett visst agerande ska motsvara det fall som avses i artikel 12.2 b i direktivet måste det först och främst betecknas som ”brott”. De olika betydelser som detta begrepp kan få beroende på den rättsordning som ligger till grund för bedömningen bidrar till att begreppet blir svårt att definiera, såväl i samband med 1951 års konvention som i samband med direktivet. Det räcker för denna bedömning att i det avseendet påpeka att, mot bakgrund av den aktuella bestämmelsens ursprung – vilken bokstavligt återger bestämmelsen i artikel 1 F b i konventionen – och det ovannämnda syftet med direktivet, en sådan beteckning i huvudsak kräver att internationella normer tillämpas, även om kriterier som tillämpas i den rättsordning enligt vilken ansökan om asyl prövas även är av betydelse, liksom eventuellt principer som är gemensamma för medlemsstaternas lagstiftningar eller som härrör från unionsrätten.

51. Av förarbetena till konventionen och av en systematisk tolkning av artikel 1 F b [33] framgår, förutom mer allmänt, av karaktären på och syftena med denna bestämmelse att det, för att det skäl till undantag som föreskrivs i denna ska tillämpas, krävs att det

33 — Särskilt om denna bestämmelse läses mot bakgrund av de andra två skälen till undantag som föreskrivs i artikel 1 F a och c i konventionen.

brott som är i fråga ska vara mycket allvarligt. Denna tolkning bekräftas av tolkningen av UNCHR:s olika instanser och av de anslutna staternas praxis [34], som också doktrinen instämmer i [35].

52. Frågan om den brottsliga handlingen ska konkret bedömas från fall till fall mot bakgrund av alla förmildrande och försvårande omständigheter, förutom alla andra relevanta subjektiva [36] eller objektiva [37] omständigheter, antingen före eller efter det brottsliga agerandet [38], och som medför att internationella hellre än lokala normer används. Denna bedömning lämnar oundvikligen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning till den myndighet som ska göra den.

53. UNHCR har bland de faktorer som ska beaktas i sina Guidelines av den 4 september 2003 (nedan kallade Guidelines av år 2003) [39] på ett icke uttömmande sätt angett följande: gärningens karaktär, de konsekvenser som faktiskt har resulterat av denna, det sätt på vilket brottet begåtts, straffets karaktär, och frågan huruvida det utgör ett grovt brott i ett betydande antal rättsordningar. [40] Av särskild betydelse är omfattningen av det straff som föreskrivs eller som faktiskt ådömts [41] i den stat i vilken ansökan om tillerkännande av flyktingstatus har prövats, även om det inte är fråga om en omständighet som är avgörande i sig, på grund av att dess karaktär växlar från en rättsordning till en annan. De brott som rör en persons liv, fysiska integritet eller frihet betraktas allmänt som grova. [42]

54. Det krävs att brottet ska kvalificeras som ”icke-politiskt” för att förhindra att flyktingstatus ska kunna åberopas, för att undgå en process eller verkställande av ett straff i

34 — Se i detta avseende det dokument som UNHCR har utarbetat för förevarande mål, som ingetts i bilagan till B:s skriftliga yttrande, punkt 4.1.1.1.

35 — Se exempelvis Grahl-Madsen, *Status of Refugees*, volym 1, s. 294, Goodwin-Gill och MacAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, tredje upplagan, s. 117.

36 — Exempelvis åldern vid den tidpunkt när brottet begås, eller de ekonomiska, sociala och kulturella förutsättningarna för den person som ansöker om flyktingstatus, särskilt när det är fråga om personer som tillhör bestämda kategorier (exempelvis etniska eller religiösa minoriteter).

37 — Enligt min mening ska, i det avseendet, exempelvis den politiska, sociala och ekonomiska situationen i den stat i vilken brottet har begåtts beaktas samt omfattningen av skyddet för de mänskliga rättigheterna.

38 — Enligt Handbook, punkterna 151–161, har – även för det fall att skälet till undantag inte tillämpas – den omständigheten betydelse att den person som ansöker om flyktingstatus, helt eller delvis, har avtjänat sitt straff, eller har varit föremål för en åtgärd avseende amnesti eller nåd.

39 — UNHCR, Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 september 2003, punkt 14.

40 — Ibidem.

41 — Enligt Handbook ska brottet vara åtminstone ett ”capital crime or a very grave punishable act”. I slutsatserna från Global Consultations on International Protection av den 3–4 maj 2001 betecknas däremot ett brott som allvarligt som motsvarar ett långt fängsligt förvar (punkt 11). Se för ett liknande resonemang även Gilbert, *Current Issues in the Application of the Exclusion Clasues*, 2001, som finns tillgängligt på webbplatsen http://www.unhcr.org/3b389354b.html, s. 17.

42 — Goodwin-Gill och McAdam, a.a., s. 177, och den doktrin som anges i fotnot 216.

ursprungsstaten. Denna beteckning har till syfte att skilja mellan ”fugitives from justice” [43] och dem som har begått handlingar som kan kvalificeras som brott och som motiverats av politiska mål, ofta direkt knutna till fruktan för förföljelse. Denna förutsättning har på detta sätt samband med utvisning, även om den omständigheten att ett brott betraktas som icke-politiskt i ett fördrag om utvisning inte i sig, även om den är relevant, är avgörande för den bedömning som ska göras enligt artikel 1 F b i 1951 års konvention [44], och ska följaktligen inte heller enligt direktivet vara det.

55. Vid bedömningen av huruvida ett brott har politisk karaktär eller inte rekommenderar UNHCR först och främst att ett huvudsaklighetskriterium ska tillämpas på grundval av vilket det brott ska betraktas som icke politiskt i vilket icke politiska (exempelvis personliga eller vinstgivande) motiveringar överväger. Faktorer som gärningens karaktär [45], det sammanhang i vilket brottet har förövats [46], sätten [47], dess motivering [48] och huruvida de åberopade målen är proportionerliga är omständigheter som är relevanta för att ett brotts politiska karaktär ska kunna bedömas [49].

56. I synnerhet anses det att när det inte föreligger något klart eller direkt samband mellan brottet och det förmodade politiska syftet, eller när den aktuella gärningen är oproportionerlig i förhållande till detta syfte, har icke politiska motiveringar företräde. [50] På motsvarande sätt har gemenskapslagstiftaren uttryckt sig, som när den, genom att upprepa texten i artikel 1 F b i 1951 års konvention i artikel 12.2 b och ange att ”särskilt grymma handlingar, även om de begåtts i förment politiskt syfte” ”får betecknas som allvarliga icke-politiska brott”, har kodifierat UNHCR:s

43 — Uttrycket har använts i förarbetena till 1951 års konvention med hänvisning till artikel 1 F b.

44 — Guidelines av år 2003, punkt 15.

45 — Även om vissa brott, som exempelvis rån eller narkotikahandel, har begåtts i syfte att finansiera strävan att uppnå politiska mål, kan de, mot bakgrund av sin karaktär, betecknas som icke politiska brott.

46 — Mord eller mordförsök kan inom vissa gränser bedömas annorlunda om det skett i samband med ett inbördeskrig eller uppror.

47 — Det är exempelvis av betydelse huruvida gärningen har begåtts mot civila eller militära eller också politiska mål, huruvida det innebär att blint våld har använts eller att gärningen har begåtts på ett inhumant sätt.

48 — Förutom den individuella motiveringen ska det bedömas huruvida det föreligger ett uppenbart och direkt orsakssamband med det politiska målet. Se, för ett liknande resonemang, Handbook, punkt 152, och Guidelines av år 2003, punkt 15.

49 — Se Handbook, punkt 152, och Guidelines av år 2003, punkt 15.

50 — Se Handbook, punkt 152, och Guidelines av år 2003, punkt 15.

tolkningsanvisningar. Förutom brott som enligt internationella instrument för skydd för mänskliga rättigheter och den humanitära rätten ska tas bort förtjänar de brott som innebär att onormalt och godtyckligt våld används (som exempelvis i det fall det används spränganordningar), särskilt när de är riktade mot civila mål, att betecknas som ”särskilt grymma handlingar”.

57. Det är obestridligt att denna undersökning är komplicerad och känslig från en etisk synpunkt – eftersom den bygger på en underförstådd uppfattning om en inom vissa gränser berättigad användning av våld – och från en politisk synpunkt, i högre grad än från en rättslig synpunkt. Det kan vid en sådan bedömning svårligen bortses från en prövning av betydelsen av de skäl som legat till grund för gärningen. I detta mål kommer realistiskt sett den avvägande faktorn för de olika omständigheter som kännetecknar fallet att beaktas. [51] Härav följer oundvikligen ett visst utrymme för skönsmässig bedömning för de myndigheter som har till uppgift att pröva ansökan om tillerkännande av flyktingstatus. Det är konkret inte heller uteslutet att det vid denna bedömning tas hänsyn till den statens intressen i vilken denna ansökan har framförts, exempelvis ekonomiska, politiska eller militära intressen.

51 — En viss gärning kan exempelvis bedömas annorlunda om den sker i samband med opposition mot totalitära, kolonialistiska, rasistiska regimer eller regimer som är ansvariga för allvarliga överträdelser av de mänskliga rättigheterna. Det ska i vart fall erinras om att enligt UNHCR ska, för att ett brott ska kunna betraktas som politiskt, de eftersträvade målen dock överensstämma med principerna om skydd för de mänskliga rättigheterna.

b) Begreppet ”gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser”

58. Uttrycket ”gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser” som förekommer i artikel 1 F c i 1951 års konvention och i artikel 12.2 c i direktivet är vagt och gör det svårt att definiera den typ av gärningar som kan omfattas av denna kategori och de personer som kan begå sådana gärningar. I förhållande till bestämmelsen i konventionen anges det i artikel 12.2 c i direktivet att Förenta nationernas syften och grundsatser ”[har fastställts] i inledningen och [i] artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga”.

59. De allmänna begrepp som används i denna stadga har, förutom att staterna saknar en fast praxis, lett tanken till en restriktiv tolkning av artikel 1 F c som för övrigt bekräftas i förarbetena till konventionen. Det framgår av dessa förarbeten att denna bestämmelse ”på ett övervägande sätt omfattar överträdelser av de mänskliga rättigheterna som även om de inte uppställs som brott mot mänskligheten åtminstone har karaktär av undantag”. I olika av UNHCR utarbetade dokument påpekas

denna bestämmelses undantagskaraktär och det varnas för faran av att missbruka denna [52]. På så sätt har UNHCR i Guidelines av år 2003 påpekat att bestämmelsen ska tillämpas endast under ”extrema omständigheter” gentemot verksamheter som ”hotar själva grunden till det internationella samfundets samexistens”. Enligt UNHCR ska sådan verksamhet dock ha en *internationell dimension*, såsom i fallet med ”brott som kan påverka den internationella freden, säkerheten och det fredliga förhållandet mellan staterna”, samt med ”allvarliga och bekräftade överträdelser av de mänskliga rättigheterna”. I Background Note on the Application of the Exclusion Clauses av den 4 september 2003 (nedan kallad Background Note), [53] har UNHCR angett att hänvisningarna till Förenta nationernas syften och grundsatser finns i olika instrument, som exempelvis multilaterala konventioner som ingåtts under FN:s generalförsamlings ledning eller säkerhetsrådets resolutioner. Att anse att varje gärning som strider mot sådana instrument omfattas av tillämpningsområdet för artikel 1 F c stämmer dock inte med denna bestämmelses anda och syften. [54] Artikel 12.2 c ska enligt min mening tolkas på samma sätt.

60. Här har frågan dessutom ställts vilka personer som kan göra sig skyldiga till sådana gärningar. Mot bakgrund av att FN:s stadga endast gäller staterna ansågs det ursprungligen att endast personer på toppen av en stats hierarki eller statskontrollerade enheter var i stånd att begå gärningar som kan omfattas av definitionen i artikel 1 F c i konventionen [55]. Denna tolkning, som fann stöd både i förarbetena till konventionen [56] och i Handbook [57], synes dock ha överskridits i praktiken och den aktuella bestämmelsen har i själva verket tillämpats även på personer som inte utövar offentlig makt [58].

c) Huruvida artikel 12.2 b och 12.2 c ska tillämpas på ”terroristhandlingar”

61. En av de mest komplicerade och diskuterade frågorna när det gäller tillämpningen av skälen till undantag enligt artikel 1 F b och c i

52 — Flyktingkommissariatet har påpekat att i den största delen av fallen är det snarare de skäl till undantag som föreskrivs i artikel 1 F a och b som ska tillämpas.

53 — Texten finns tillgänglig på följande webbplats: http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html.

54 — Punkt 47.

55 — Se Goodwin-Gill och McAdam, a.a., s. 22, fotnot 143.

56 — I vilka det framhölls att den aktuella bestämmelsen inte riktades mot ”mannen på gatan”, se Background Note, punkt 47.

57 — Punkt 163.

58 — I Guidelines av år 1996 har UNHCR hänvisat till att denna artikel under 50-talet tillämpades på personer som hade gjort sig skyldiga till angivelser till ockupationsmyndigheterna med oerhörda följder för de angivna personerna, inklusive dödsfall, punkt 61. Se Gilbert, a.a., s. 22, fotnot 144. Denna författare synes dock instämma med en mindre vidsträckt tolkning av den aktuella bestämmelsen och har föreslagit att den endast ska tillämpas på personer som har en hög ställning inom en stats regering eller inom en rebellrörelse som kontrollerar en del av territoriet inom en stat.

1951 års konvention avser terroristhandlingar. Svårigheten ligger delvis i att det på nuvarande stadium inte finns någon internationellt erkänd definition av terrorism. Nyligen har i några resolutioner från FN:s generalförsamling [59] och från säkerhetsrådet [60], och i den internationella konventionen om bekämpande av finansiering av terrorism [61], försök gjorts att definiera en gärnings terrorkaraktär med hänvisning till dess art (gärningar riktade mot civila med avsikt att döda eller att vålla allvarliga skador) och till dess syfte (sprida terror eller hota en befolkning, en grupp av personer eller enskilda, tvinga en regering eller en organisation att utföra en gärning eller att avhålla sig från att utföra den). Även det ovannämnda rambeslutet 2002/475/RIF har gått i samma riktning. I artikel 1 i detta ges en särskilt tydligt formulerad definition av begreppet ”terroristbrott”.

62. Det stora antalet internationella instrument i vilka enskilda aspekter på terrorismen regleras – såsom finansieringen, eller specifika ageranden som allmänt betraktas så att de omfattas av kategorin terroristhandlingar, såsom kapningar, tagande av gisslan, bombattentat, brott mot diplomater, eller den så kallade ”nukleära terrorismen” – samt de många resolutionerna på området från säkerhetsrådet påverkar oundvikligen flyktingrätten och särskilt frågorna om fastställandet av flyktingstatus. I detta avseende har redan säkerhetsrådets resolutioner 1373 och 1269 nämnts, i vilka staterna rekommenderas att förvissa sig om att den asylsökande inte har planerat, deltagit i eller underlättat terroristhandlingar och att vägra att tillerkänna den flyktingstatus som har gjort sig skyldig till sådana gärningar. Säkerhetsrådet betecknar dessutom handlingar, metoder och bruk som utgör terrorism såsom oförenliga med Förenta nationernas syften och principer och kräver att de ska avpolitiseras, såväl för erkännandet av flyktingstatus som för utvisning. Gemenskapslagstiftaren har i skälen till direktivet hänvisat härtill, genom att i skäl 22 ange att handlingar som är oförenliga med Förenta nationernas syften och principer anges ”bl.a. i Förenta nationernas resolution om åtgärder för terrorismbekämpning, enligt vilka handlingar, metoder och bruk som utgör terrorism strider mot Förenta nationernas syften och principer, och även avsiktlig finansiering, planering och anstiftan av terroristhandlingar är oförenligt med Förenta nationernas syften och principer.”

63. Det ska inför sådana ställningstaganden å ena sidan dock påpekas att säkerhetsrådets resolutioner inte alltid är bindande till alla delar och att säkerhetsrådet under alla

59 — Se resolution 53/108 av den 26 januari 1999.

60 — Se ovan, punkt 5.

61 — Bilagd FN:s generalförsamlings resolution 54/109 av den 5 februari 2000.

omständigheter är skyldigt att agera enligt FN-stadgan och dennas principer och syften, bland annat med den följden att det finns gränser för säkerhetsrådets möjlighet att ingripa i staternas internationella åligganden. [62] Det ska å andra sidan hållas i minnet att generalförsamlingen och säkerhetsrådet ständigt har påmint staterna om att i samband med kampen mot terrorism iaktta de internationella instrumenten för skydd av de mänskliga rättigheterna, inklusive 1951 års konvention och principen om *non-refoulement*.

64. Såsom det har påpekats i doktrinen grundar sig flyktingrätten dock på systemet i 1951 års konvention. Inom området för denna konvention har det utarbetats specifika internationella normer, särskilt såvitt avser fastställandet av flyktingstatus och de förutsättningar på vilka erkännandet av denna status kan vägras. [63] Det är framför allt i detta system, vars samstämmighet och organiska helhet i den utsträckning som det är möjligt ska garanteras och upprätthållas, som ledning ska sökas vid bedömningen av huruvida ett visst brott, oavsett vilken kategori av brott som fastställts i förhållande till allmänna kännetecken som det kan hänföras till, har betydelse för tillämpningen av skälen till undantag enligt artikel 1 F b och c i konventionen.

65. På samma sätt är det framför allt reglerna i detta system som ska användas vid tolkningen av bestämmelserna i direktivet, även när det är fråga om att tillämpa begrepp som har sin självständiga definition i unionsrättens rättsakter som antagits inom andra områden än området för flyktingrätt.

66. Kommissionens argument, enligt vilket det för att bedöma huruvida tillhörigheten till en terroristorganisation utgör ett ”grovt icke-politiskt brott” i den mening som avses i artikel 12.2 b ska hänvisas till bestämmelserna i rambeslut 2002/475/RIF, ska följaktligen hanteras med mycket stor försiktighet. Rambeslutet antogs i ett sammanhang, kampen mot terroristverksamhet, som motsvarar andra krav än de krav av huvudsakligen humanitär art som har betydelse för det internationella skyddet av flyktingar. Även om kommissionens argument har dikterats av viljan att på unionsnivå främja utarbetandet av enhetliga kriterier vid tillämpningen av bestämmelserna i 1951 års konvention, har det bortsetts

62 — Se i detta avseende exempelvis Halberstam och Stein, The United Nations, *The European Union and the King of Sweden: Economic sanctions and individual rights in a plural world order*, i Common Market Law Review, 2009, s. 13 och följande sidor.

63 — Goodwin-Gill och McAdam, a.a., s. 195.

från att tillnärmningen av medlemsstaternas lagstiftningar och praxis på området enligt direktivet ska fullföljas med iakttagande av konventionen och med hänsyn till den internationella karaktär som kännetecknar bestämmelserna i denna.

67. Mot denna bakgrund har det påpekats ovan att ett av de särskilda kännetecknen för konventionens system är det kasuistiska synsättet vid tillämpningen av skälen till undantag enligt artikel 1 F b och c, ett synsätt som i sig är svårt att förena med användandet av generaliseringar och kategoriseringar. Å andra sidan har inom FN:s ram påpekats riskerna med att godtyckligt använda beteckningen terrorism. [64]

68. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag således, såsom UNHCR föreslagit i det dokument som utarbetats för förevarande mål, att det utöver definitionerna ska hänvisas till gärningens art och allvar i sig.

69. Enligt den tolkning som UNHCR har rekommenderat och som är allmänt godtagen både i doktrinen och i praxis ska de brott som allmänt får benämningen terroristhandlingar anses vara oproportionerliga i förhållande till de åberopade politiska målen [65], i den mån som de innebär genomförande av ett urskiljningslöst våld och är riktade mot civila eller personer som inte har något samband med de syften som eftersträvas. Sådana gärningar betecknas efter det att alla relevanta omständigheter i det konkreta fallet har bedömts troligen som icke-politiska brott.

70. På samma sätt tycks den inriktning som på senare tid har utvecklats inom UNCHR:s olika instanser vara att sådana handlingar med hänsyn till sin art, de metoder som använts och sitt allvar anses strida mot Förenta nationernas syften och principer i den mening som avses i artikel 1 F c i konventionen. I Guidelines av år 2003 och i Background Note har det såsom framgått dock föreslagits att det ska bedömas huruvida dessa handlingar har en internationell dimension, särskilt vad gäller allvaret, inverkan och konsekvenserna för internationell fred och säkerhet [66]. Inom dessa gränser förefaller det således kunna göras åtskillnad mellan internationell terrorism och nationell terrorism. Även i detta fall ska bedömningen göras mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter.

64 — Se UN doc. E/CN.4/2004/4, 5 augusti 2003.

65 — Se Guidelines av år 2003, punkt 15.

66 — I Background Note och Guidelines av år 2003 hänvisas det till ”egregious acts of international terrorism affecting global security”. I Background Note anges dessutom att ”only the leaders of groups responsible for such atrocities would in principle be liable to exclusion under this provision”, punkt 49. Även det dokument som UNHCR har utarbetat för förevarande mål tycks luta mot detta resonemang.

71. Samma synsätt ska enligt min mening följas vid tillämpningen av skälen till undantag enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet.

d) Deltagande i en enhet som är upptagen i en förteckning som Europeiska unionen har utarbetat inom ramen för instrumenten för bekämpning av terrorism som skäl till undantag i den mening som avses i artikel 12.2 b och 12.2 c

72. Av det hittills anförda anser jag att det kan uteslutas att endast den omständigheten att asylsökanden förekommer i förteckningar över personer som är inblandade i terroristhandlingar, vilka har utarbetats inom ramen för de åtgärder för att bekämpa terrorismen som Unionen har vidtagit, i sig, kan vara avgörande, eller endast utgöra en presumtion, för att ett av eller båda skälen till undantag enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet ska kunna tillämpas. Såsom har angetts ovan och såsom särskilt påpekats av Nederländernas regering finns det inte något samband mellan dessa instrument och direktivet, särskilt vad avser de mål som eftersträvas. En motsatt slutsats skulle dessutom strida mot principerna i 1951 års konvention som kräver en noggrann bedömning av de situationer som kan leda till att erkännande av flyktingstatus vägras och som ska göras mot bakgrund av de särskilda kännetecknen för varje enskilt fall.

73. *A fortiori* anser jag inte att det automatiskt går att dra slutsatsen att förutsättningarna för att tillämpa de ovannämnda skälen till undantag föreligger enbart på grund av att sökanden tidigare tillhört en grupp eller en organisation som är upptagen i dessa förteckningar. Utan att i sak gå in på huruvida dessa förteckningar – vars sammanställning inte har undgått kritik [67] – återspeglar den ofta komplicerade verkligheten bakom de organisationer eller grupper som är uppförda i dem, räcker det att påpeka att tillämpningen de aktuella skälen till undantag är beroende av att det fastställs ett *personligt ansvar* hos den berörda personen, beträffande vilken det ska finnas synnerliga skäl för att anta att han eller hon har begått ett icke-politiskt brott eller att han eller hon har gjort sig skyldig till en gärning som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser, i den mening som avses i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet, eller

67 — Som bekant upphävde Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt mellan slutet av år 2006 och de första månaderna av år 2008, vid prövningen av den talan som några organisationer som är upptagna i denna förteckning hade väckt, i huvudsak på grund av bristande motivering och åsidosättande av rätten till försvar, de beslut genom vilka rådet hade uppfört klagandeorganisationerna i förteckningen, i den mån som de angick de sistnämnda. Se särskilt, såvitt avser PKK, förstainstansrättens dom av den 3 april 2008 i mål T-229/02, PKK mot rådet (REG 2008, s. II-45).

att han eller hon enligt artikel 12.3 har anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövandet av ett sådant brott eller en sådan gärning.

74. Endast den omständigheten att den berörda personen frivilligt har anslutit sig till en organisation medger inte, utom om man handlar genom presumtioner [68], att slutsatsen kan dras att han eller hon faktiskt har varit inblandad i verksamheter som har medfört att denna organisation har upptagits i de aktuella förteckningarna. [69]

75. Frånsett vad som allmänt just har anförts är den omständigheten av betydelse i målen vid de nationella domstolarna att B och D sedan länge hade fjärmat sig från de aktuella grupperna vid den tidpunkt då dessa grupper uppfördes i de aktuella förteckningarna. Såsom har framgått förekommer PKK och Dev sol i den till den gemensamma ståndpunkten 2001/931 bilagda förteckningen från och med den 2 maj 2002. Enligt ansökningarna om erkännande av flyktingstatus var B medlem i Dev sol under åren 1993—1995, medan D hade anslutit sig till PKK under perioden mellan åren 1990 och 1998. Härav följer att även om det med en automatik som alla de intervenerande regeringarna och kommissionen har tillbakavisat ska anses att enbart en frivillig tillhörighet till en grupp som är upptagen i de ovannämnda förteckningarna utgör ett agerande som har betydelse för tillämpningen av skälen till undantag enligt artikel 12.2 b och 12.2 c, är dessa förutsättningar dock inte uppfyllda såvitt avser B:s och D:s perioder för aktivt stöd i Dev sol och i PKK.

76. Mot denna bakgrund omfattar bedömningen av huruvida förutsättningarna för att tillämpa skälen till undantag enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet föreligger, i det fall den berörda personen tidigare har varit ansluten till en grupp som är inblandad i brott som kan kvalificeras som terroristhandlingar, enligt min mening i huvudsak tre etapper.

77. I den första etappen finns det anledning att beakta den aktuella gruppens art, struktur, organisation och verksamheter samt det politiska, ekonomiska och sociala sammanhang i vilket denna grupp verkade under den period som den berörda personen var medlem i denna. Även om upptagande i en förteckning som utarbetats på nationell nivå, på unionsnivå eller på internationell nivå kan utgöra en relevant omständighet, kan det dock inte innebära att de behöriga myndigheterna i den

68 — UNHCR har i Guidelines av år 2003 påpekat att presumtion om ansvar icke desto mindre kan framgå av den frivilliga anslutningen till grupper ”vars mål, verksamhet och metoder är särskilt våldsamma”. En sådan presumtion kan dock alltid upphävas (punkt 19).

69 — Det kan exempelvis inte uteslutas att de för sådan verksamhet ansvariga endast är några extremistiska minoritetsgrupper med vilka denna person aldrig har kommit i kontakt eller att denna person har ingått i organisationen under en period före eller efter det att terrorstrategin genomförts, eller också att personen i fråga har anslutit sig till den endast för den tid som krävs för att förstå de metoder som används och fjärma sig från dem. Det är i detta avseende värt att erinra om att domstolen i domen i målet Van Duyn, även om det skett i ett annat sammanhang, nämligen med avseende på inskränkningar i den fria rörligheten för arbetstagare som motiverats med hänsyn till allmän ordning, angett att tillhörigheten till en grupp eller en organisation anses utgöra en frivillig handling från den berörda personens sida och följaktligen en del av hans eget uppförande, om det ger uttryck för ett deltagande i rörelsens eller organisationens verksamhet och ett godtagande av dess mål och avsikter. Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, Van Duyn (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389), punkt 17.

berörda staten befrias från att genomföra en sådan undersökning [70].

78. I en andra etapp ska det kontrolleras huruvida det föreligger tillräckliga uppgifter för att med hänsyn till beviskraven enligt artikel 12.2 i direktivet fastställa den berörda personens personliga ansvar för de handlingar som kan hänföras till gruppen under den period han eller hon har varit medlem i denna, med beaktande av såväl objektiva (materiellt agerande) som subjektiva (medvetenhet och uppsåt) kriterier för ansvarsfördelning. Det är för detta syfte nödvändigt att fastställa den roll som denna person faktiskt har haft när sådana gärningar har begåtts (anstiftan, deltagande vid brottets begående, rekognoscerings- eller stödverksamhet med mera), hans eller hennes ställning inom gruppen (inblandning i beslutsprocessen, ledningsuppdrag eller representativa uppdrag, värvning eller anskaffning av medel med mera), graden av kännedom som han eller hon hade eller borde ha haft om gruppens verksamheter, eventuella fysiska eller psykologiska tvång som han eller hon utsatts för eller andra faktorer som kan påverka agerandets subjektiva del (till exempel mentalt handikapp, ej uppnått myndighetsålder med mera) [71], hans eller hennes faktiska möjlighet att hindra att de ifrågavarande gärningarna begås eller att fjärma sig från dem (utan att löpa någon risk för den egna integriteten). De just anförda omständigheterna är endast några av de omständigheter som ska beaktas vid denna undersökning. Fastställandet av den anslutnes personliga ansvar ska göras mot bakgrund av samtliga omständigheter som kännetecknar det enskilda fallet. [72]

79. I den tredje etappen ska det avgöras huruvida de gärningar för vilka detta ansvar kan anses vara fastställt omfattas av de gärningar som anges i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet. Hänsyn ska därvid tas till vad som uttryckligen föreskrivs i artikel 12.3, enligt vilken ”[p]unkt 2 gäller personer som anstiftar eller på annat sätt deltar i förövandet av de brott eller gärningar som nämns däri”. Denna uppskattning ska göras mot bakgrund av samtliga försvårande och förmildrande

70 — Den aktuella gruppen kan, för att endast ta några exempel, ha en fragmentarisk sammansättning och inom sig bestå av olika celler eller strömningar, även i konflikt med varandra, varav några moderata och andra extremistiska, eller kan under tiden ha ändrat mål och strategier och exempelvis ha övergått från politisk opposition till gerillakrig och omvänt – från att ge företrädesrätt åt militära mål till att genomföra en verklig terrorstrategi och så vidare. På samma sätt kan det sammanhang i vilket denna grupp verkar ha ändrats, exempelvis på grund av en förändrad politisk situation, eller att gruppen utsträckt sin verksamhet från ett lokalt eller regionalt område till ett internationellt sammanhang.

71 — Se Guidelines av år 2003.

72 — Enligt Guidelines av år 2003 ska exempelvis skälen till undantag inte tillämpas i det fall att straffet för brott har avtjänats (till exempel om straffet har avtjänats eller om en betydande tid har gått sedan brottet begicks). UNHCR är mer försiktigt i fall av nåd eller amnesti, särskilt vid särskilt grymma brott och gärningar (punkt 23).

omständigheter och alla andra relevanta omständigheter.

80. De ovan angivna kriterierna och samtliga hittills anförda överväganden ska göra det möjligt att vägleda den hänskjutande domstolen på den punkt som är föremål för den första tolkningsfrågan. Det framgår dock av de begrepp som den domstolen har använt att den i själva verket i vart och ett av målen vid den nationella domstolen begär att få ett beslut om de konkreta fallen som den ska avgöra. Av i huvudsak två skäl anser jag att domstolen inte ska acceptera denna begäran.

81. För det första har den hänskjutande domstolen ensam kännedom om de omständigheter som kännetecknar de aktuella fallen, såsom det framgår i det administrativa skedet av undersökningen av B:s och D:s ansökningar och i målets olika steg. För fastställandet av huruvida de aktuella skälen för undantag konkret kan göras gällande mot B och D krävs det en noggrann bedömning och analys av dessa omständigheter.

82. För det andra fastställs i direktivet allmänna miniminormer för definitionen och innebörden av flyktingstatus, för att vägleda medlemsstaternas nationella behöriga myndigheter vid tillämpningen av 1951 års konvention. Det har inte genom direktivet införts något enhetligt system på området [73], eller ett centraliserat förfarande för prövning av ansökningarna om erkännande av flyktingstatus. Det ankommer därför på medlemsstaternas behöriga myndigheter och domstolar, vid vilka sådana ansökningar ska prövas, att mot bakgrund av de allmänna kriterier som fastställts i direktivet, såsom domstolen tolkat dem, konkret bedöma huruvida kraven föreligger för att denna status ska kunna erkännas, inklusive förutsättningarna för att den eventuellt inte ska ges.

3. Den andra tolkningsfrågan

83. Den nationella domstolen har ställt den andra frågan, som är identisk i de båda besluten om hänskjutande, för att, om den första frågan besvaras jakande, få klarhet i huruvida en tillämpning av undantagen från flyktingstatus enligt artikel 12.2 b och 12.2. c i direktivet förutsätter att den asylsökande fortfarande utgör en säkerhetsrisk. B och D har föreslagit att domstolen ska besvara

73 — I Haagprogrammet, i vilket målen och instrumenten i rättsliga och inrikes frågor för perioden 2005–2010 har fastställts, har Europeiska rådet förbundit sig att ytterligare utveckla det gemensamma europeiska asylsystemet genom ändring av regelverket och utökat praktiskt samarbete, särskilt genom inrättandet av Europeiska byrån för samarbete i asylfrågor. Såsom Europeiska rådet nyligen har erinrat om i den europeiska pakten för invandring och asyl av år 2008 är varje medlemsstat dock behörig att bevilja skydd och, särskilt, flyktingstatus.

denna fråga jakande, medan den hänskjutande domstolen, alla de intervenerande regeringarna och kommissionen har föreslagit att den ska besvaras nekande. [74]

84. Jag instämmer i det sistnämnda svaret, som följer av en bokstavlig och teleologisk tolkning av artikel 12.2 i direktivet. Av ordalydelsen i denna artikel framgår det klart att förutsättningen för att tillämpa de skäl till undantag som föreskrivs i denna är den asylsökandes *tidigare agerande* som kompletterar de beskrivna fallen och som förekommit innan han erkänts som flykting. Detta framgår särskilt av de verbformer som använts – ”har förövat” i artikel 12.2 b och ”har gjort sig skyldig till” i artikel 12.2 c – och av preciseringen i artikel 12.2 b att agerandet i fråga ska ha förekommit innan den asylsökande fick tillträde som flykting, det vill säga, såsom därefter klargjorts i denna bestämmelse, före ”den tidpunkt då uppehållstillstånd utfärdades på grundval av beviljad flyktingstatus”.

85. Däremot innehåller varken den aktuella bestämmelsen eller den motsvarande konventionsbestämmelsen någon uttrycklig eller underförstådd hänvisning till ett omdöme om den asylsökandes *aktuella* farlighet för allmänheten som *ytterligare ett villkor* som ställts för tillämpningen av de aktuella skälen till undantag. Denna underlåtenhet står i samklang med de syften som eftersträvas med skälen till undantag och vilka syften, såsom har framgått, består i att hindra dels att den som har begått allvarliga eller icke-politiska brott genom att åberopa flyktingrätten kan undgå rättvisan, dels att flyktingstatus tillerkänns den som på grund av sitt agerande har gjort sig ”ovärdig” det internationella skyddet, och detta oavsett om hans farlighet för allmänheten har upphört.

86. Visserligen har UNHCR när det gäller tillämpningen av artikel 1 F b i 1951 års konvention påpekat att det i det fall i vilket den asylsökande som dömts för ett grovt icke-politiskt brott har avtjänat sitt straff, har fått amnesti eller benådats, antas att det skäl till undantag som föreskrivs i denna bestämmelse inte längre är tillämpligt ”utom om det visats att den asylsökandes brottsliga karaktär, trots amnestin eller benådningen fortfarande överväger” [75]. Detta påstående tyder dock endast på att den berörda staten under sådana förhållanden kan fortsätta att vägra den asylsökande flyktingstatus på grund av hans farlighet för allmänheten, på ett sätt som påminner om mekanismen för undantaget till

74 — Även UNHCR har uttalat sig på samma sätt i det dokument som har utarbetats för förevarande mål.

75 — Se Handbook, punkt 157.

principen om *non-refoulement* enligt artikel 33.2 i konventionen [76]. Man kan av detta däremot inte dra slutsatsen, ens *e contrario*, att det rör sig om ett allmänt ställningstagande till förmån för en tolkning av den bestämmelsen som *under alla omständigheter* utesluter att det aktuella skälet till undantag kan tillämpas i det fall i vilket asylsökandens farlighet för allmänheten har upphört.

87. För att besvara den hänskjutande domstolens fråga är det enligt min mening slutligen varken nödvändigt eller lämpligt att göra en jämförande analys av artikel 12.2 och artikel 21.2 i direktivet, i vilket det med stöd av artikel 33.2 i 1951 års konvention, föreskrivs ett undantag från principen om *non-refoulement*. Den hänskjutande domstolen har inte begärt att domstolen ska uttala sig om möjligheten att vägra flyktingstatus till en asylsökande på grund av synpunkter på hans farlighet, som motsvarar dem som kan ge medlemsstaterna rätt att göra undantag från principen om *non-refoulement*, utan endast huruvida konstaterandet att det inte föreligger någon sådan farlighet utgör hinder för att tillämpa ett av de skäl till undantag som föreskrivs i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet.

88. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den andra tolkningsfrågan enligt följande. En tillämpning av undantagen enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet från huvudregeln om tillerkännande av flyktingstatus förutsätter inte att den asylsökande fortfarande utgör en säkerhetsrisk.

4. Den tredje och den fjärde tolkningsfrågan

89. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida tillämpningen av undantagen enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet förutsätter att det görs en proportionalitetsprövning. Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan, om den tredje frågan besvaras jakande, för att få klarhet i dels huruvida det vid en sådan prövning har betydelse att den asylsökande åtnjuter skydd enligt principen om non-refoulement enligt artikel 3 i Europakonventionen eller enligt nationell rätt, dels huruvida undantagen ska anses vara oproportionerliga i exceptionella fall som har särskilda kännetecken.

90. Dessa frågor som ska undersökas tillsammans innebär även att följande känsliga fråga som sedan länge diskuterats inom ramen för 1951 års konvention ställs. Innebär tillämpningen av artikel 1 F i denna konvention en avvägning mellan brottets eller gärningens allvar och följderna av att undantagen tillämpas, så att det säkerställs att tillämpningen av denna bestämmelse är proportionerlig till

76 — Se Goodwin-Gill och McAdam, a.a., s. 174.

sitt mål? Trots att begreppen i frågan förefaller vara delvis ändrade genom att skyddet för de mänskliga rättigheterna har utvidgats och konsoliderats, särskilt såvitt avser skyldigheten till skydd mot tortyr, utvecklingen av den internationella straffrätten och av utvisning [77] samt tendensen till ett gradvis erkännande av en universell jurisdiktion vid allvarliga internationella brott [78], är ämnet fortfarande aktuellt.

91. UNHCR förefaller godkänna en sådan avvägning såvitt avser artikel 1 F b i 1951 års konvention och i princip inte godkänna den i fråga om artikel 1 F c, på grund av den särskilt allvarliga karaktären på de gärningar som anges i denna bestämmelse. [79] Många domstolar i de anslutna staterna har uttalat sig i motsatt riktning även i samband med den förstnämnda bestämmelsen. [80] Bland intervenienterna motsätter sig den franska regeringen, den tyska regeringen och regeringarna i Förenade kungariket samt Nederländerna en proportionalitetsprövning. Den svenska regeringen liksom även kommissionen har däremot uttalat sig till stöd för en sådan prövning.

92. Några intervenerande regeringar har påpekat att ingen del i bestämmelsen i artikel 1 F i 1951 års konvention och i artikel 12.2 i direktivet synes tillåta en proportionalitetsprövning. Enligt min mening kan det på samma sätt hävdas att inget i dessa artiklar motsätter sig denna. Behovet av en sådan prövning har för övrigt uttryckligen framhållits av Danmark i förarbetena till konventionen. [81]

93. Det har även med hänvisning till direktivets uppkomst framförts att ett argument mot en sådan prövning framgår av att kommissionens ursprungliga förslag innehöll en särskild hänvisning till proportionaliteten som dock inte upprepades i direktivets slutliga text. Jag anser dock inte att detta är ett särskilt bärande argument, eftersom underlåtenheten i fråga helt enkelt kan tillskrivas gemenskapslagstiftarens vilja att hålla sig inom gränserna för texten till 1951 års konvention och låta svaret på denna fråga komma genom

77 — Gilbert, a.a., s. 5, vilken har påpekat att det i en stor del av utlämningsfördragen föreskrivs en skyldighet att utvisa eller att åtala (aut dedere aut judicare) och att olika multilaterala konventioner om kampen mot terrorismen omfattar klausuler enligt vilka utvisning inte ska ske om det finns risk för förföljelser på grund av ras, religion, nationalitet, politisk åskådning och etniskt ursprung.

78 — Ibidem, s. 4.

79 — Se Guidelines av år 2003. Se även Handbook av år 1979, s. 156. Denna skillnad framgår enligt min mening dock inte så klart av det dokument som UNHCR har utarbetat för förevarande mål.

80 — Se Gilbert, a.a., s. 18.

81 — Se även fotnot 52 i det dokument som UNHCR har utarbetat för förevarande mål.

rättspraxis och på så sätt göra det möjligt med en större anpassning till eventuella ändringar i tillämpningen av konventionen.

94. Det har dessutom påpekats att enligt artikel 1 F b och c i konventionen och artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet beror undantagen från tillämpningen endast på den asylsökandes tidigare agerande och att det bortses från betydelsen och allvaret i de hot om förföljelse som vilar på honom. Inte heller detta argument är enligt min mening avgörande. Det har i själva verket framgått ovan att det allmänt även tas hänsyn till omständigheter som inträffat efter det brottsliga agerandet – åtminstone i artikel 12.2 b – vid bedömningen av huruvida detta agerande omfattas av de aktuella skälen till undantag. Olika intervenerande regeringar har, även då de motsatt sig en proportionalitetsprövning, till sådana omständigheter exempelvis hänfört den omständigheten att den asylsökande som aktivt stöder en grupp som ansetts vara ansvarig för terroristhandlingar har fjärmat sig därifrån och öppet tagit avstånd från denna. UNHCR däremot betraktar den omständigheten att straffet har avtjänats eller helt enkelt att det har gått lång tid från det att gärningen begicks såsom relevanta faktorer som potentiellt kan hindra att undantagen tillämpas.

95. Proportionalitetsprincipen har en central betydelse i skyddet för de grundläggande rättigheterna och allmänt vid tillämpningen av instrumenten för den internationella humanitära rätten. Dessa instrument kräver att de tillämpas på ett flexibelt och dynamiskt sätt. Införandet av ett moment av rigiditet vid tillämpningen av skälen till undantag, även om det motiveras med avsikten att behålla trovärdigheten i systemet för flyktingars internationella skydd, är enligt min mening inte önskvärt. Jag anser tvärtom att det är väsentligt att på detta område behålla en nödvändig flexibilitet för att dels beakta det internationella samfundets framsteg i skyddet för de mänskliga rättigheterna, dels med ett synsätt som grundas på en prövning av samtliga omständigheter som kännetecknar det aktuella fallet, även om detta innebär att ett system med dubbel avvägning tillämpas (vid den tidpunkt då det ska bedömas huruvida agerandet är tillräckligt allvarligt för att undantagen ska tillämpas och vid den tidpunkt då detta allvar ska vägas mot konsekvenserna av att undantagen tillämpas).

96. För det svar som ska ges den hänskjutande domstolen kan man enligt min mening dessutom särskilja avvägningen mellan dels agerandets allvar och följderna av att undantagen eventuellt tillämpas, dels tillämpningen av proportionalitetsprincipen.

97. I det första avseendet ska den omständigheten beaktas att asylsökanden har ett

effektivt skydd mot *refoulement*, antingen vid tillämpningen av internationella instrument [82] eller med stöd av den nationella rätten. Om detta skydd är möjligt och konkret tillgängligt kan den asylsökande inte ges flyktingstatus, vilket medför en rad rättigheter som går utöver skyddet mot *refoulement* och som i princip ska vägras den som visar sig ovärdig internationellt skydd. I det fall i vilket däremot erkännandet av denna status utgör den enda möjligheten för att hindra avvisningen till ett land i vilket han har allvarliga skäl att frukta att han på grund av ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller sin politiska åskådning blir utsatt för sådan förföljelse att han riskerar sitt liv eller sin fysiska integritet eller att han utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling, kan det inte fastställas att flyktingstatus inte ska ges. Även om möjligheten att inte heller ge det minimala skyddet som består av *non-refoulement* kan förefalla oacceptabel anser jag dock att när det gäller vissa brott av exceptionellt allvar kan denna avvägning dock inte godtas. [83]

98. I det andra avseendet anser jag att medlemsstaternas behöriga myndigheter och domstolar ska säkerställa att artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet tillämpas proportionellt i förhållande till sitt mål och mer allmänt till flyktingrättens humanitära karaktär. Detta innebär i huvudsak att fastställandet av huruvida förutsättningarna föreligger för att tillämpa denna bestämmelse ska medföra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som kännetecknar det enskilda fallet.

99. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen ska besvara den tredje och den fjärde tolkningsfrågan på det sätt som angetts ovan i punkterna 97 och 98.

5. Den femte tolkningsfrågan

100. Bundesverwaltungsgericht har ställt den femte tolkningsfrågan – vars formulering, förutom den anpassning som krävts till hur vart och ett av målen kännetecknats, huvudsakligen är identisk i båda besluten om hänskjutande – för att få klarhet i huruvida det är förenligt med direktivet att tillerkänna en person som inte kan ges flyktingstatus

82 — Till exempel med stöd av artikel 3 i Europakonventionen eller artikel 3 i konventionen mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, som antogs i New York den 10 december 1984.

83 — För de personer som har gjort sig skyldiga till sådana brott kan det eventuellt finnas ett informellt skydd i den stat där ansökan sker, vilken dessutom kan åtala dessa personer med stöd av den allmänna rättspraxis som fastställts för vissa brott i multilaterala avtal. Se för ett liknande resonemang Gilbert, a.a., s. 19.

enligt artikel 12.2 asylrätt enligt nationella grundlagsbestämmelser.

101. Det ska i detta avseende å ena sidan påpekas att det i direktivet enligt dess rättsliga grund endast fastställs allmänna miniminormer och att medlemsstaterna enligt artikel 3 i direktivet har möjlighet att införa eller behålla förmånligare bestämmelser för att fastställa vilka personer som ska betraktas som flyktingar samt för att definiera väsentliga delar i det internationella skyddet, förutsatt att de är förenliga med bestämmelserna i direktivet. Å andra sidan definieras, såsom redan har påpekats, flyktingstatus i direktivet i enlighet med Genèvekonventionen.

102. Skälen till undantag har, såsom framgått, en grundläggande betydelse för att bevara trovärdigheten i det system som skapats genom 1951 års konvention och för att förhindra eventuellt missbruk. När villkoren för tillämpning av dessa skäl är uppfyllda är medlemsstaterna enligt konventionen och direktivet således skyldiga att inte ge den asylsökande flyktingstatus. I motsatt fall bryter de såväl mot sina internationella åligganden som mot artikel 3 i direktivet, som tillåter förmånligare bestämmelser för att fastställa flyktingstatus endast om de är förenliga med direktivet.

103. Den fråga som Bundesverwaltungsgericht har ställt avser dock medlemsstaternas möjlighet att ge en sådan person ett skydd med stöd av nationella bestämmelser. Den hänskjutande domstolen vill särskilt få klarhet i huruvida ett sådant skydd är förenligt med direktivet, när, såsom förefaller vara fallet med den asylrätt som garanteras med stöd av artikel 16a i den tyska grundlagen enligt de uppgifter som nämnda domstol lämnat, dess innehåll definieras med hänvisning till 1951 års konvention. På samma sätt som denna konvention inte av de anslutna staterna kräver att de ska vidta särskilda åtgärder gentemot asylsökande som inte getts flyktingstatus, innebär den inte heller ett förbud mot att bevilja sådana personer ett skydd som eventuellt föreskrivs i nationella bestämmelser om asylrätt. Av direktivet kan det inte heller dras någon slutsats om ett sådant förbud.

104. Det är dock klart att den rättsliga situationen för dessa personer i detta fall endast regleras genom den nationella rätten och att – såsom för övrigt uttryckligen påpekats i skäl 9 i direktivet såvitt avser ”[d]e tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som tillåts stanna inom medlemsstaternas territorier av skäl som inte hänför sig till ett behov av internationellt skydd utan efter en skönsmässig bedömning av ömmande eller humanitära skäl” – varken direktivet eller Genèvekonventionen är tillämpliga på dem.

105. Mot denna bakgrund och i likhet med vad som kommissionen har påpekat äventyras syftet med skälen till undantag, att bevara trovärdigheten i systemet för flyktingars internationella skydd, om det nationella skydd som beviljas på detta sätt är sådant att det uppkommer oklarheter om dess bakgrund och gör att det kan anses att dess innehavare åtnjuter flyktingstatus i den mening som avses i konventionen och direktivet. Det ankommer därför på den medlemsstat som avser att bevilja asyl, på grundval av bestämmelser i sin egen rättsordning, till personer som inte getts flyktingstatus enligt direktivet att vidta nödvändiga åtgärder som gör att det klart kan skiljas mellan detta skydd och det skydd som beviljas med stöd av direktivet. Detta ska inte göras i fråga om innehållet i detta skydd, som enligt min mening den ifrågavarande medlemsstaten fortfarande har befogenhet att fastställa, utan för att källan till detta skydd kan förväxlas.

106. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den femte tolkningsfrågan enligt följande. Direktivet och särskilt artikel 3 i detta utgör inte hinder för en medlemsstat att bevilja en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som inte getts flyktingstatus enligt artikel 12.2 i direktivet det skydd som föreskrivs i de nationella bestämmelserna om asylrätt, under förutsättning att detta skydd inte kan förväxlas med det skydd som beviljas flyktingar enligt direktivet.

IV — Förslag till avgörande

107. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara frågorna från Bundesverwaltungsgericht på följande sätt:

”1. Medlemsstaternas behöriga myndigheter är skyldiga att – vid tillämpningen av skälen till undantag enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i rådets direktiv 2004/83/EG

av den 29 april 2004, i det fall i vilket den asylsökande tidigare varit ansluten till en grupp som är upptagen i de förteckningar som utarbetats inom ramen för unionens åtgärder för bekämpning av terrorism – beakta den aktuella gruppens art, struktur, organisation, verksamheter och metoder, samt det politiska, ekonomiska och sociala sammanhang i vilket den verkade under den period som den berörda personen var medlem i denna. Medlemsstaternas behöriga myndigheter ska dessutom kontrollera huruvida det föreligger tillräckliga omständigheter för att med hänsyn till beviskravet enligt artikel 12.2 i direktiv 2004/83/EG fastställa den berörda personens personliga ansvar för de handlingar som kan hänföras till gruppen under den period han eller hon var medlem i denna, med beaktande av både objektiva och subjektiva kriterier för ansvarsfördelningen och mot bakgrund av samtliga omständigheter som kännetecknar det enskilda fallet. Dessa myndigheter ska slutligen fastställa huruvida de handlingar för vilka detta ansvar kan anses ha fastställts omfattas av de handlingar som anges i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktiv 2004/83/EG, med hänsyn till vad som uttryckligen föreskrivs i artikel 12.3. Denna bedömning ska göras mot bakgrund av samtliga försvårande och förmildrande omständigheter och alla andra relevanta omständigheter.

Det ankommer på medlemsstaternas behöriga myndigheter, som ska pröva en begäran om erkännande av flyktingstatus, och på de domstolar vid vilka en talan väckts mot ett beslut som antagits efter en sådan prövning att, mot bakgrund av de allmänna kriterier som fastställts i direktivet såsom domstolen har tolkat dem, konkret bedöma huruvida det finns förutsättningar för att erkänna denna status, inbegripet villkoren för att flyktingstatus eventuellt inte ges i den mening som avses i artikel 12.2 b och 12.2 c i direktiv 2004/83/EG.

2. Det är, för att undantagen om tillerkännande av flyktingstatus enligt artikel 12.2 b och 12.2 c i direktiv 2004/83/EG ska tillämpas, inte en förutsättning att den asylsökande fortfarande utgör en säkerhetsrisk.

3. De medlemsstaters behöriga myndigheter eller domstolar som har att ta ställning till en begäran om erkännande av flyktingstatus ska, vid tillämpningen av artikel 12.2 b och 12.2 c i direktiv 2004/83/EG, göra en avvägning mellan allvaret i det agerande som motiverar att denna status inte ges och följderna av att den inte ges. Denna prövning ska göras med hänsyn till den omständigheten att den asylsökande på andra grunder åtnjuter ett effektivt skydd mot *refoulement*. Om detta skydd är möjligt och konkret tillgängligt kan den asylsökande inte ges flyktingstatus. I det fall i vilket däremot erkännandet av denna status utgör den enda möjligheten för att hindra avvisningen till ett land i vilket han har allvarliga skäl att frukta att han på grund av ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller sin politiska åskådning blir utsatt för sådan förföljelse att han riskerar sitt liv eller sin fysiska integritet eller att han utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling, kan det inte fastställas att flyktingstatus inte ska ges. Vid brott av exceptionellt allvar är en sådan avvägning inte tillåten.

   Medlemsstaternas behöriga myndigheter och domstolar ska säkerställa att artikel 12.2 b och 12.2 c i direktivet tillämpas proportionellt i förhållande till sitt mål och mer allmänt i förhållande till flyktingsrättens humanitära karaktär.

4. Direktiv 2004/83/EG, och särskilt artikel 3 i detta, utgör inte hinder för en medlemsstat att bevilja en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som inte getts flyktingstatus enligt artikel 12.2 i direktivet det skydd som föreskrivs i de nationella bestämmelserna om asylrätt, under förutsättning att detta skydd inte kan förväxlas med det skydd som beviljas flyktingar enligt direktivet."