Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 11. november 2014[1]

Sag C-472/13

Andre Lawrence Shepherd
mod
Bundesrepublik Deutschland

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bayerisches Verwaltungsgericht München (Tyskland))

»Område med frihed, sikkerhed og retfærdighed — asyl — minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere som flygtninge og indholdet af en sådan beskyttelse — betingelser for opnåelse af flygtningestatus — forfølgelse som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83/EF — retsforfølgning og straf af et medlem af Amerikas Forenede Staters væbnede styrker for nægtelse af at gøre tjeneste i krigen i Irak«

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bayerisches Verwaltungsgericht München (forvaltningsdomstol, München (Tyskland)) stiller Domstolen over for en speciel og usædvanlig sag.

2. Andre Lawrence Shepherd, statsborger i Amerikas Forenede Stater (herefter »USA«), meldte sig til tjeneste i USA's væbnede styrker i december 2003. Han blev uddannet som servicetekniker for Apache-helikoptere. I september 2004 blev han forflyttet til Tyskland. Hans enhed havde på det tidspunkt været udsendt til Irak siden februar 2004, og han blev følgelig udsendt for at tilslutte sig dem. I Irak udførte han vedligeholdelse, navnlig på helikoptere, fra september 2004 til februar 2005. Han deltog ikke i direkte militære aktioner eller kampoperationer. I februar 2005 vendte han med sin enhed tilbage til enhedens base i Tyskland. Han begyndte herefter at nære tvivl med hensyn til krigens lovlighed og at undersøge disse bekymringer.

3. I begyndelsen af 2007 oplystes det, at Andre Lawrence Shepherds enhed inden længe igen ville blive udsendt til Irak. Den 1. april 2007 modtog han ordre om udsendelse. På dette tidspunkt var han af den opfattelse, at krigen i Irak var i strid med folkeretten og tilsidesatte artikel 2, stk. 4, i De Forenede Nationers pagt. Han mente, at de militære aktioner i Irak indebar en systematisk, vilkårlig og uforholdsmæssig anvendelse af våben uden hensyntagen til den civile befolkning. Som en følge af navnlig den stigende indsættelse af Apache-helikoptere led flere og flere civile skade, og folkeretten blev krænket. Han var af den opfattelse, at helikopterne ikke ville kunne indsættes, hvis han og andre serviceteknikere ikke havde gjort dem kampklare. (Mellem 2007 og 2008, da Andre Lawrence Shepherds enhed igen var i aktion i Irak, fandt der yderligere bombninger sted. Der foreligger en række rapporter, der hævder, at den amerikanske hær begik krigsforbrydelser i Irak, selv om Andre Lawrence Shepherd ikke ved, om netop de helikoptere, som han havde udført vedligeholdelse på, var involveret i de anfægtede operationer.)

1 — Originalsprog: engelsk.

4. Andre Lawrence Shepherd ville ikke risikere at deltage i krigsforbrydelser i forbindelse med sin enheds udsendelse til Irak. Han overvejede ikke muligheden af at fremsætte en anmodning til de amerikanske myndigheder om ikke at blive udsendt på grundlag af militærnægtelse af samvittighedsgrunde [2], idet han ikke fuldt ud afviser anvendelsen af krig og magt. Han havde da også igen meldt sig til tjeneste i slutningen af sin første tjenesteperiode. Han mente ikke, at en anmodning om at nægte at gøre militærtjeneste ville have beskyttet ham mod yderligere udsendelse til Irak. Han besluttede sig derfor for at forlade den amerikanske hær inden påbegyndelse af anden tjenesteperiode og deserterede den 11. april 2007. Ved at nægte at gøre militærtjeneste i Irak risikerer han at blive retsforfulgt for desertering. Ud fra et amerikansk perspektiv vil en domfældelse for at have begået denne strafbare handling efterfølgende begrænse ens liv. I august 2008 ansøgte Andre Lawrence Shepherd derfor om asyl i Tyskland [3].

Folkeretten

Genèvekonventionen om flygtninges retsstilling

5. Ifølge Genèvekonventionen [4], som direktiv 2004/83 [5] er baseret på, finder udtrykket »flygtning« anvendelse på enhver person, der »som følge af velbegrundet frygt for forfølgelse på grund af sin race, religion, nationalitet, sit tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller politiske anskuelser befinder sig uden for det land, i hvilket han har statsborgerret, og som ikke er i stand til – eller på grund af en sådan frygt ikke ønsker – at søge dette lands beskyttelse, eller som ikke har nogen statsborgerret og på grund af sådanne begivenheder befinder sig uden for det land, hvor han tidligere havde fast bopæl, og ikke er i stand til – eller på grund af sådan frygt ikke ønsker – at vende tilbage dertil« [6].

6. I henhold til artikel 1, afsnit F, litra a), finder Genèvekonventionen ikke anvendelse på den, om hvem der er alvorlig grund til at antage, at han »har begået en forbrydelse mod freden, en krigsforbrydelse eller en forbrydelse mod menneskeheden, således som disse forbrydelser er defineret i de mellemfolkelige aftaler, som er indgået for at træffe forholdsregler herimod« [7].

Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder

7. Artikel 9, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder [8] garanterer retten til tanke-, tros- og religionsfrihed, som omfatter frihed til at skifte religion eller overbevisning.

2 — Jf. punkt 48-59 nedenfor.

3 — Jf. punkt 20-23 nedenfor, hvor jeg giver en kort fremstilling af tvisten i hovedsagen.

4 — Konventionen om flygtninges retsstilling, undertegnet i Genève den 28.7.1951, trådte i kraft den 22.4.1954 (herefter »Genèvekonventionen«). Den er blevet suppleret af protokollen vedrørende flygtninges retsstilling, indgået i New York den 31.1.1967, der trådte i kraft den 4.10.1967. Denne protokol er ikke relevant for besvarelsen af den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse.

5 — Rådets direktiv 2004/83/EF af 29.4.2004 om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse (EUT L 304, s. 12) (herefter »direktiv 2004/83« eller »direktivet«). Dette direktiv blev ophævet og erstattet i omarbejdet form ved direktiv 2011/95/EU (EUT L 337, s. 9). Ordlyden af de relevante bestemmelser er ikke ændret væsentligt.

6 — Genèvekonventionens artikel 1, afsnit A, stk. 2, første afsnit.

7 — Genèvekonventionens artikel 1, afsnit F, litra b) og c), bestemmer, at den ikke finder anvendelse på en person, som har gjort sig skyldig i grove ikke-politiske forbrydelser uden for asyllandet. henholdsvis har gjort sig skyldig i handlinger, der er i strid med De Forenede Nationers mål og grundsætninger.

8 — Undertegnet i Rom den 4.11.1950 (herefter »EMRK«).

EU-retten

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

8. Artikel 10, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) [9] svarer til EMRK's artikel 9, stk. 1. I henhold til artikel 10, stk. 2, anerkendes retten til militærnægtelse af samvittighedsgrunde i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret. Artikel 52, stk. 3, bestemmer, at de i chartret fastsatte rettigheder skal fortolkes i overensstemmelse med tilsvarende rettigheder, som er sikret ved EMRK.

Direktiv 2004/83

9. Direktiv 2004/83 er en af de foranstaltninger, der udgør det fælles europæiske asylsystem. Det bygger på en fuldstændig og inklusiv anvendelse af Genèvekonventionen, som udgør hovedhjørnestenen i det internationale retssystem til beskyttelse af flygtninge [10]. Direktiv 2004/83 fastsætter minimumsstandarder og fælles kriterier for alle medlemsstater for anerkendelse af flygtningestatus og indholdet af denne status, for identifikation af personer, som reelt har behov for international beskyttelse og for en retfærdig og effektiv asylprocedure [11]. Grundlæggende rettigheder og principper, som anerkendes i chartret, anerkendes og følges [12]. I deres behandling af de personer, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, er medlemsstaterne bundet af deres forpligtelser i henhold til folkeretlige instrumenter [13].

10. Som en afspejling af Genèvekonventionens artikel 1, afsnit A, stk. 2, definerer direktiv 2004/83 en »flygtning« som »en tredjelandsstatsborger, som i kraft af en velbegrundet frygt for forfølgelse på grund af race, religion, nationalitet, politisk anskuelse eller tilhørsforhold til en bestemt social gruppe opholder sig uden for det land, hvor den pågældende er statsborger, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil påberåbe sig dette lands beskyttelse, eller en statsløs person, som opholder sig uden for det land, hvor han tidligere havde sit sædvanlige opholdssted, af samme grunde som anført ovenfor, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil vende tilbage til dette land, og som ikke er omfattet af artikel 12« [14].

11. Vurderingen af kendsgerninger og omstændigheder i forbindelse med ansøgninger om flygtningestatus reguleres af artikel 4. Medlemsstaterne kan betragte det som ansøgerens pligt hurtigst muligt at forelægge alle de elementer, der er nødvendige for at underbygge hans ansøgning om international beskyttelse. Medlemsstaterne har pligt til i samarbejde med ansøgeren at vurdere de relevante elementer i ansøgningen [15].

12. I henhold til direktiv 2004/83 omfatter »[a]ktører, der kan stå bag forfølgelse eller alvorlig overlast«, staten, parter eller organisationer, der kontrollerer staten og ikke-statslige aktører [16].

9 — EUT 2010 C 83, s. 389.

10 — Første til fjerde betragtning. Jf. også Rådets direktiv 2005/85/EF af 1.12.2005 om minimumsstandarder for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus i medlemsstaterne (EUT L 326, s. 13) (herefter »direktivet om asylprocedurer«), som gælder for alle asylansøgninger, der indgives på Unionens område.

11 — Første til fjerde, sjette, syvende, ottende, tiende, ellevte og syttende betragtning.

12 — Tiende betragtning.

13 — 11. betragtning.

14 — Artikel 2, litra c).

15 — Artikel 4, stk. 1.

16 — Artikel 6.

13. Der kan indrømmes beskyttelse mod forfølgelse af bl.a. staten [17]. En sådan beskyttelse ydes normalt, når staten f.eks. tager rimelige skridt til at forhindre forfølgelse eller udsættelse for alvorlig overlast, ved at anvende et effektivt retssystem til afsløring, retsforfølgning og sanktionering af sådanne handlinger, og når ansøgeren har adgang til en sådan beskyttelse [18].

14. En person, der opfylder betingelserne i kapitel II i direktiv 2004/83 om vurdering af ansøgninger om international beskyttelse, anerkendes som flygtning, hvis han kan godtgøre, at han har været udsat for eller har grund til at frygte forfølgelse som omhandlet i artikel 9. En sådan forfølgelse skal være tilstrækkelig alvorlig på grund af sin karakter til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder, navnlig de ufravigelige rettigheder ifølge EMRK's artikel 15, stk. 2 [19], eller bestå i anvendelse af flere foranstaltninger, der er tilstrækkelig alvorlige til at udgøre en sådan krænkelse af grundlæggende menneskerettigheder [20]. Handlinger, der kan falde ind under definitionen af forfølgelse, omfatter: »juridiske, administrative, politimæssige og/eller retlige foranstaltninger, der i sig selv er diskriminerende eller gennemføres på en diskriminerende måde« [21], »uforholdsmæssig eller diskriminerende retsforfølgning eller straf« [22] og »retsforfølgning eller straf for at nægte at gøre militærtjeneste i en konflikt, hvis militærtjeneste ville omfatte forbrydelser eller handlinger, der falder ind under udelukkelsesbestemmelserne i artikel 12, stk. 2« [23]. Der skal være en sammenhæng mellem de i artikel 10 nævnte årsager til forfølgelse og forfølgelse som beskrevet i artikel 9 i direktiv 2004/83 [24].

15. De i artikel 10, stk. 1, nævnte årsager omfatter:

»(d) […] [tilhørsforhold til] en bestemt social gruppe, navnlig når:

— medlemmerne af den pågældende gruppe har samme medfødte karakteristiske træk eller en fælles baggrund, der ikke kan ændres, eller er fælles om et karakteristisk træk eller en tro, der er så grundlæggende for deres identitet eller samvittighed, at ingen mennesker bør tvinges til at give afkald derpå, og

— den pågældende gruppe har en særskilt identitet i det relevante land, fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund.

Afhængigt af omstændighederne i hjemlandet kan en bestemt social gruppe omfatte en gruppe, hvis fælles karakteristiske træk er seksuel orientering.

[…]

(e) Begrebet politisk anskuelse omfatter navnlig det forhold, at en person har en bestemt mening, overbevisning eller tro med hensyn til anliggender, der vedrører de i artikel 6 definerede aktører, der kan stå bag forfølgelse, og deres politik eller metoder, uanset om ansøgeren har handlet i overensstemmelse med denne mening, overbevisning eller tro.«

17 — Artikel 7, stk. 1.

18 — Artikel 7, stk. 2.

19 — De ufravigelige rettigheder i henhold til EMRK's artikel 15, stk. 2, er retten til livet (artikel 2), forbuddet mod tortur, slaveri og tvangs- eller pligtarbejde (henholdsvis artikel 3 og 4) og retten til ikke at blive straffet uden forudgående retslig procedure (artikel 7).

20 — Artikel 9, stk. 1.

21 — Artikel 9, stk. 2, litra b).

22 — Artikel 9, stk. 2, litra c).

23 — Artikel 9, stk. 2, litra e). Den engelske version af denne bestemmelse nævner ikke *begåelse* af forbrydelser eller handlinger. Efter min opfattelse er den engelske versions brug af ordet »include« (omfatte) underlig. Det anføres i den franske version: »[…] en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes […]«. Dette synes at være tættere på meningen med bestemmelsen. Jf. desuden punkt 35 og 37 nedenfor.

24 — Artikel 9, stk. 3.

16. En tredjelandsstatsborger er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2004/83, hvis den pågældende er omfattet af dets artikel 12. I den foreliggende sag er den relevante udelukkelse artikel 12, stk. 2, som afspejler ordlyden af Genèvekonventionens artikel 1, afsnit F. Således udelukkes en person fra beskyttelse i henhold til direktivet, hvis der er tungtvejende grunde til at antage, at den pågældende har begået »en forbrydelse mod freden, en krigsforbrydelse eller en forbrydelse mod menneskeheden, som defineret i de internationale instrumenter, der er udarbejdet for at træffe forholdsregler mod sådanne forbrydelser« [25]. Artikel 12, stk. 2, »finder anvendelse på personer, der anstifter til eller på anden vis deltager i begåelsen af de [heri] nævnte forbrydelser eller handlinger« [26].

17. Medlemsstaterne skal tildele tredjelandsstatsborgere, der kan anerkendes som flygtninge i medfør af kapitel II og III i direktiv 2004/83, flygtningestatus [27].

National ret

18. Ifølge den forelæggende rets bemærkninger er de nationale bestemmelser, som regulerer definitionen af en flygtning, udledt af Genèvekonventionens artikel 1, afsnit A, stk. 2. En person er ikke omfattet af denne definition, hvis der er alvorlig grund til at antage, at en af grundene i denne konventions artikel 1, afsnit F, finder anvendelse [28].

19. National lovgivning indeholder et forbud mod udvisning til en stat, hvor den pågældendes liv eller frihed er truet på grund af hans race, religion, nationalitet, hans tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller hans politiske anskuelser. Hvor sådanne trusler udgår fra staten, udgør de forfølgelse som omhandlet i de relevante nationale bestemmelser [29].

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

20. I indledningen til dette forslag har jeg redegjort for de faktiske omstændigheder vedrørende Andre Lawrence Shepherd, som de kan udledes af forelæggelsesafgørelsen.

21. Ved afgørelse af 31. marts 2011 gav Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (forbundsstyrelsen for indvandrere og flygtninge, herefter »Bundesamt«) afslag på Andre Lawrence Shepherds ansøgning om asyl. Følgende grunde blev anført: i) Der foreligger ikke nogen grundlæggende ret til nægtelse af samvittighedsgrunde, ii) Andre Lawrence Shepherd kunne lovligt have afsluttet sin militærtjeneste, og iii) han er ikke omfattet af artikel 9, stk. 2, litra e), sammenholdt med artikel 12 i direktiv 2004/83. Dette direktiv forudsætter, at der i den pågældende konflikt er blevet begået handlinger, der er i strid med folkeretten. USA's væbnede styrker tolererer ikke sådanne krænkelser, og endnu mindre tilskynder de til det. Andre Lawrence Shepherd var alene helikoptertekniker og deltog ikke personligt i kamphandlinger. Der er ingen indikation af, at han deltog indirekte i krigsforbrydelser, og/eller at »hans« helikoptere var involveret i sådanne forbrydelser. Selv hvis han indirekte havde deltaget i sådanne forbrydelser, ville dette ikke være tilstrækkeligt for at statuere, at han er strafferetligt ansvarlig for dem som omhandlet i artikel 25 i Romstatutten for Den Internationale Straffedomstol [30]. Hvad endvidere angår en mulig forbrydelse mod freden, uanset om invasionen af Irak var i strid med

25 — Artikel 12, stk. 2, litra a). Ordlyden af artikel 12, stk. 2, litra b) og c), svarer til Genèvekonventionens artikel 1, afsnit F, litra b) og c), jf. fodnote 7 ovenfor.

26 — Artikel 12, stk. 3.

27 — Artikel 13.

28 — Jf. § 3, stk. 1 og 2, i Asylverfahrensgesetz (lov om asylproceduren).

29 — § 60, stk. 1, i Aufenthaltsgesetz (lov om opholdsret).

30 — Statutten for Den Internationale Straffedomstol, undertegnet i Rom den 17.7.2008, som trådte i kraft den 1.7.2002 (herefter »Romstatutten«). Den forelæggende ret har anført, at Bundesamt er af den opfattelse, at deltagelse i begåelsen af en forbrydelse sædvanligvis kræver, at den pågældende handling er begået med vilje og viden (jf. Romstatuttens artikel 30).

folkeretten eller ej, kan Andre Lawrence Shepherd ikke betragtes som »gerningsmand«, da han ikke er en del af det højtstående militærpersonel. Indsættelsen af koalitionsstyrkerne i Irak var ydermere allerede blevet lovliggjort i henhold til folkeretten under Andre Lawrence Shepherds første tjenesteperiode i Irak.

22. Endelig bemærkede Bundesamt, at for så vidt som Andre Lawrence Shepherd måtte blive retsforfulgt af de amerikanske myndigheder for misligholdelse af sine militære tjenstlige forpligtelser, navnlig desertering, var denne mulighed alene et udtryk for hans hjemlands legitime interesse i at tage et sådant skridt.

23. Den 7. april 2011 anlagde Andre Lawrence Shepherd sag til prøvelse af Bundesamts afgørelse ved den forelæggende ret. Han har anført, at Bundesamt med urette tog udgangspunkt i begrebet *forfølgelse* og forsømte begrebet *årsager* til forfølgelse. Bundesamt anvendte fejlagtigt principperne i international strafferet på en asylansøgning. Det blev derfor fejlagtigt konkluderet, at en person, der nægter at gøre militærtjeneste, alene kan tildeles flygtningestatus, hvis han kan bevise, »ud over enhver rimelig tvivl«, at såfremt han var forblevet i de væbnede styrker, ville han have gjort sig skyldig i begåelsen af et strafbart forhold i henhold til international strafferet. Den forelæggende ret har anført, at Andre Lawrence Shepherds krav er baseret på en frygt for forfølgelse som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83, idet det gøres gældende, at der foreligger to årsager til forfølgelse: i) at han tilhører en social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), og/eller ii) på grund af hans politiske anskuelse som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra e). Under den mundtlige forhandling blev det tilkendegivet over for Domstolen, at Andre Lawrence Shepherd alene påberåber sig artikel 10, stk. 1, litra d) [31].

24. På baggrund heraf har Verwaltungsgericht anmodet om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 9, stk. 2, litra e), i [direktiv 2004/83] fortolkes således, at dens beskyttelsesområde alene omfatter henholdsvis personer, hvis konkrete militære opgaver omfatter deltagelse i direkte kamphandlinger, dvs. tjeneste med våben, og personer, der har bemyndigelse til at anordne sådanne operationer (første alternativ), eller er tillige andre personer i de væbnede styrker omfattet af beskyttelsen i henhold til denne bestemmelse, når deres opgaver udelukkende består i logistisk, teknisk understøttelse af styrkerne uden for egentlige kamphandlinger og alene har indirekte betydning for den egentlige kamp (andet alternativ)?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares i overensstemmelse med andet alternativ:

Skal artikel 9, stk. 2, litra e), i [direktiv 2004/83] fortolkes således, at det kræves, at militærtjeneste i en (international eller mellemstatslig) konflikt overvejende eller systematisk tilskynder til eller indebærer pligt til deltagelse i forbrydelser eller handlinger som omhandlet i artikel 12, stk. 2, i [direktiv 2004/83] (første alternativ), eller er det tilstrækkeligt, at asylansøgeren godtgør, at der af de styrker, som han er en del af, i de områder, hvor de har været indsat, i konkrete tilfælde er blevet begået forbrydelser som omhandlet i artikel 12, stk. 2, litra a), i [direktiv 2004/83], enten fordi enkelte kampordrer har vist sig at udgøre forbrydelser i henhold til denne bestemmelse, eller fordi enkeltpersoner har begået overgreb (andet alternativ)?

31 — Jf. endvidere punkt 47-60 nedenfor.

3) Såfremt spørgsmål 2 besvares i overensstemmelse med andet alternativ:

Ydes der kun beskyttelse af flygtninge, såfremt der ligeledes for fremtiden ikke hersker rimelig tvivl om, at det må påregnes, at der vil ske overtrædelser af humanitær folkeret, eller er det tilstrækkeligt, at asylansøgeren henviser til faktiske omstændigheder, hvorefter der i den konkrete konflikt (nødvendigvis eller sandsynligvis) forekommer sådanne forbrydelser, og muligheden for, at han vil kunne blive involveret i disse, derfor ikke kan udelukkes?

4) Udelukker nultolerance over for eller militærdomstoles retsforfølgning af overtrædelser af humanitær folkeret flygtningebeskyttelse i henhold til artikel 9, stk. 2, litra e), i [direktiv 2004/83], eller er denne omstændighed uden betydning?

Kræves det endog, at der er indledt retsforfølgning ved Den Internationale Straffedomstol?

5) Udelukker den omstændighed, at den militære indsats eller besættelsen sanktioneres af det internationale samfund eller er baseret på et mandat fra FN's Sikkerhedsråd, flygtningebeskyttelse?

6) Kræver anerkendelse af flygtningebeskyttelse i henhold til artikel 9, stk. 2, litra e), i [direktiv 2004/83], at den asylsøgende ved varetagelse af sine tjenestepligter kan dømmes i henhold til statutten for Den Internationale Straffedomstol (første alternativ), eller ydes der flygtningebeskyttelse, selv om denne tærskel ikke er nået, således at den asylsøgende altså ikke må befrygte strafforfølgning, men han desuagtet ikke er i stand til at forene aftjening af militærtjeneste med sin samvittighed (andet alternativ)?

7) Såfremt spørgsmål 6 besvares i overensstemmelse med andet alternativ:

Udelukker den omstændighed, at den asylsøgende ikke har benyttet muligheden for at gennemføre en regulær militærnægterprocedure, uanset at han har haft mulighed for dette, flygtningebeskyttelse i henhold til de ovennævnte bestemmelser, eller kan flygtningebeskyttelse ligeledes komme i betragtning, når der er tale om en aktuel beslutning af samvittighedsmæssige grunde?

8) Udgør afskedigelse i vanære fra hæren, pålæggelse af en frihedsstraf og en deraf følgende social udstødelse og diskriminering en forfølgelse i henhold til artikel 9, stk. 2, litra b) eller c), i [direktiv 2004/83]?«

25. Der er indgivet skriftlige indlæg af Andre Lawrence Shepherd, Tyskland, Grækenland, Nederlandene, Det Forenede Kongerige og Europa-Kommissionen. Bortset fra Nederlandene afgav alle parter mundtlige indlæg under retsmødet den 25. juni 2014.

Indledende bemærkninger

26. De omstændigheder, som har ført til Andre Lawrence Shepherds ansøgning om asyl, kunne tænkes at udløse bredere spørgsmål, såsom grænsefladen mellem EU-retten og folkeretten. Den forelæggende ret har dog fokuseret på mere snævre spørgsmål i dens forelæggelsesafgørelse. Nærmere bestemt ønsker den oplyst, om artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 finder anvendelse i denne sag, og, i givet fald, hvordan ansøgningen om asyl skal vurderes. I henhold til artikel 9, stk. 2, litra e), foreligger der en handling, som vil kunne anerkendes som »forfølgelse«, når en person risikerer retsforfølgning eller straf for at nægte at gøre militærtjeneste i en konflikt, såfremt dette ville omfatte begåelsen af visse handlinger, herunder forbrydelser mod freden, krigsforbrydelser og forbrydelser mod

menneskeheden som omhandlet i dette direktivs artikel 12, stk. 2. Efter min mening bør Domstolen afstå fra at undersøge de bredere spørgsmål, som ikke er blevet tilstrækkeligt belyst i indlæggene for Domstolen, i svaret til den forelæggende ret, og jeg skal følgelig ikke behandle disse bredere spørgsmål i dette forslag til afgørelse.

27. Genèvekonventionen er et dynamisk instrument, der skal fortolkes i lyset af de forhold, der hersker i dag, og i overensstemmelse med udviklingen i international ret [32]. FN's Højkommissariat for Flygtninge (herefter »UNHCR«) spiller en særlig rolle inden for rammerne af konventionen ved at give medlemsstaterne en værdifuld vejledning i forbindelse med anerkendelse af flygtningestatus [33]. Genèvekonventionen er hovedhjørnestenen i det internationale system til beskyttelse af flygtninge, og direktiv 2004/83 skal fortolkes i lyset af den generelle opbygning og formålet med denne konvention [34]. Som det klart fremgår af artikel 78, stk. 1, TEUF, skal enhver fortolkning af direktiv 2004/83 endvidere være i overensstemmelse med Genèvekonventionen og andre relevante traktater samt med rettigheder, som anerkendes i chartret [35].

28. Enhver fortolkning af de enkelte bestemmelser i direktiv 2004/83 skal desuden tage hensyn til den sædvanlige betydning af de sproglige udtryk, der anvendes, dets formål samt opbygning og kontekst. Med hensyn til sidstnævnte regulerer artikel 4 (i direktivets kapitel II) vurderingen af ansøgninger om international beskyttelse [36]. Med denne vurderingsproces søges der at foretage en interesseafvejning. Reelle flygtninge har behov for og krav på beskyttelse, men medlemsstaterne må være berettigede til at anvende procedurer, der skiller reelle ansøgere fra falske ansøgere. Der skal utvivlsomt tages hensyn til den omstændighed, at reelle ansøgere er mennesker, der har været udsat for traumatiske oplevelser. Ikke desto mindre må den enkelte ansøger fremsætte en klar og troværdig forklaring til støtte for sin ansøgning om asyl.

29. I Andre Lawrence Shepherds sag har den forelæggende ret fremsat otte indbyrdes afhængige, delvist overlappende, spørgsmål. Hovedspørgsmålet er, hvorvidt en person i Andre Lawrence Shepherds situation kan påberåbe sig forfølgelse som beskrevet i artikel 9, stk. 2, litra e), til støtte for sin ansøgning om flygtningestatus i henhold til direktiv 2004/83. Derfor vil jeg primært fokusere på anvendelsesområdet for denne bestemmelse og dens sammenhæng med de »årsager til forfølgelse«, som er anført i artikel 10, stk. 1, litra d) og e).

Det første spørgsmål

30. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret en afklaring af rækkevidden af artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83, navnlig betydningen af formuleringen »[…] hvis *militærtjeneste ville omfatte* forbrydelser eller handlinger, der falder ind under udelukkelsesbestemmelserne i artikel 12, stk. 2« [37]. Er kun personer, der er direkte involveret i kamphandlinger, omfattet af denne bestemmelse, eller omfatter den alt militært tjenestepersonel, herunder personer, der yder logistisk og teknisk bistand, såsom en helikoptertekniker?

32 — Jf. UNHCR's *Introductory Note* (orienterende note) til Genèvekonventionen af december 2010 og jf. desuden Genèvekonventionens artikel 35 samt artikel 8, stk. 2, litra b), og artikel 21 i direktivet om asylprocedurer og 15. betragtning til direktiv 2004/83. UNHCR har udgivet nogle nyttige dokumenter, herunder *Guidelines on International Protection No 10* (retningslinjer om international beskyttelse nr. 10) vedrørende ansøgninger om flygtningestatus med relation til militærtjeneste inden for rammerne af Genèvekonventionens artikel 1, afsnit A, stk. 2 (herefter »UNHCR's retningslinjer nr. 10«), og *Guidelines on the application of the exclusion clauses: Article 1(F) of the Geneva Convention* (retningslinjer for anvendelse af udelukkelsesbestemmelserne: Genèvekonventionens artikel 1, afsnit F) (herefter »UNHCR's retningslinjer om udelukkelsesbestemmelser«). Ingen af disse dokumenter er juridisk bindende, men de afspejler ikke desto mindre anerkendte principper i folkeretten.

33 — Jf. 15. betragtning til direktiv 2004/83.

34 — Domme Salahadin Abdulla m.fl. (C-175/08, C-176/08, C-178/08 og C-179/08, EU:C:2010:105, præmis 52), Y og Z (C-71/11 og C-99/11, EU:C:2012:518, præmis 47) og X (C-199/12 – C-201/12, EU:C:2013:720, præmis 39).

35 — Dom X (EU:C:2013:720, præmis 40). Jf. også chartrets artikel 10.

36 — De i artikel 4, stk. 1, omhandlede elementer er nærmere anført i artikel 4, stk. 2, i direktiv 2004/83. Jf. desuden dom M.M. (C-277/11, EU:C:2012:744, præmis 73).

37 — Min fremhævelse.

Artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83

31. Andre Lawrence Shepherd, Tyskland, Det Forenede Kongerige og Kommissionen har anført, at alt militært personel falder ind under anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83. Grækenland har en anden tilgang og er af den opfattelse, at den forelæggende ret ønsker oplyst, i hvilket omfang den person, der ansøger om flygtningestatus, skal være involveret i begåelsen af handlinger såsom krigsforbrydelser, for at han kan anses for at være personligt ansvarlig for sådanne handlinger. Nederlandene har anført, at personel i hjælpefunktioner ikke generelt deltager i militære aktioner eller kamphandlinger. Hvorvidt Nederlandene mener, at sådant personel alligevel kan falde ind under anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), er ikke helt klart.

32. Efter min mening omfatter artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 alt militært personel, herunder logistisk personale og støttepersonale, såsom en tekniker, der vedligeholder helikoptere.

33. Ved definitionen af en særlig kategori af »forfølgelse« henviser artikel 9, stk. 2, litra e), udtrykkeligt til artikel 12, stk. 2, i direktiv 2004/83, som skal sammenholdes med artikel 12, stk. 3 [38]. Der er intet i ordlyden af direktiv 2004/83, der begrænser formuleringen »hvis militærtjeneste ville omfatte« til kamppersonel. Selve ordlyden af artikel 12, stk. 3 (»*eller på anden måde deltager i begåelsen af*«), bekræfter, at personer, der ikke er direkte involveret i begåelsen af de faktiske handlinger, der er omfattet af artikel 12, stk. 2, ikke desto mindre kan udelukkes fra beskyttelsen i henhold til direktiv 2004/83 i medfør af denne bestemmelse. Såfremt artikel 9, stk. 2, litra e), skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 12, stk. 2 og 3, følger det heraf, at den givne funktion, titel eller jobbeskrivelse for den pågældende person ikke kan være afgørende for, om han frygter forfølgelse som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83.

34. Inkluderingen af støttepersonel under anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), er i øvrigt i overensstemmelse med det overordnede mål med direktiv 2004/83 om at identificere de personer, som er tvunget af omstændighederne til at søge beskyttelse i Den Europæiske Union, og som reelt har behov herfor [39]. Hvis en person kan godtgøre, at han, såfremt han gjorde militærtjeneste, ville være involveret i begåelsen af en af de handlinger, der i direktivets artikel 12, stk. 2, er angivet som udelukkelsesgrunde, er der ikke nogen rimelig grund til at udelukke ham fra anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 (der er endog god grund til at formode, at han reelt kan have behov for beskyttelse).

35. Endvidere kan jeg ikke se nogen grund til, at en person er, eller skulle være, forhindret i at påberåbe sig direktivets artikel 9, stk. 2, litra e), fordi vedkommende frivilligt har ladet sig hverve og ikke er værnepligtig. Formuleringen »[…] nægte at gøre militærtjeneste […]« er tilstrækkelig bred til at kunne omfatte enhver i militærtjeneste. Der sondres ikke på grundlag af den måde, hvorpå den pågældende person blev rekrutteret, hvilket dermed ikke er relevant.

36. Den næste del af undersøgelsen er mere vanskelig. Kunne den pågældende person blive foranlediget til at deltage i begåelsen af handlinger, såsom krigsforbrydelser, som anført i artikel 12, stk. 2, i direktiv 2004/83? Dette indebærer en vurdering af kravene i artikel 12, stk. 2, i lyset af artikel 9, stk. 2, litra e). Artikel 9, stk. 2, litra e), kræver en *ex ante*-vurdering af ansøgerens situation, og således af sandsynligheden for, at en handling indtræffer. Artikel 12, stk. 2, vedrører en *ex post* -vurdering af handlinger, der allerede er indtruffet.

38 — Artikel 12, stk. 3, anfører, at artikel 12, stk. 2, finder anvendelse på personer, der anstifter til eller på anden måde deltager i begåelsen af de i stykket nævnte krigsforbrydelser eller handlinger.

39 — Jf. første og sjette betragtning til direktiv 2004/83.

37. For det første forekommer det mig, at artikel 9, stk. 2, litra e), med formuleringen »[…] ville omfatte forbrydelser eller handlinger, der falder ind under udelukkelsesbestemmelserne i artikel 12, stk. 2«, må forstås således, at den pågældende person ved udførelsen af militærtjeneste ville anstifte til eller på anden måde deltage i begåelsen af sådanne handlinger. Denne fortolkning er i overensstemmelse med og støttes af den franske version af direktivets artikel 9, stk. 2, litra e), »[…] *en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes* […]«[40]. Fokus er på, hvad udførelsen af denne militærtjeneste ville *eller kunne* medføre. For det andet indikerer ordet »ville«, at begåelsen af sådanne handlinger som de i artikel 12, stk. 2, angivne, er betinget af, at den pågældende person udfører sin militærtjeneste[41]. For det tredje indikerer »ville« også, at den pågældende person endnu ikke har begået sådanne handlinger. Det henviser derfor til mulige fremtidige handlinger snarere end handlinger, der er indtruffet på et tidligere tidspunkt.

38. Denne vurdering er således grundlæggende forskellig fra den *ex post*-undersøgelse, der foretages, enten når der indledes strafferetlig forfølgning, eller når en medlemsstat forsøger at påvise, at en bestemt person bør udelukkes fra den beskyttelse, der ydes af direktiv 2004/83, idet den pågældende tilhører den udelukkede kategori, som er beskrevet i artikel 12, stk. 2. Artikel 9, stk. 2, litra e), kan ikke med rimelighed udlægges således, at den pålægger ansøgeren om flygtningestatus at bevise, at han er omfattet af artikel 12, stk. 2. Kunne han dette, ville han pr. definition ikke være berettiget til beskyttelse.

39. Artikel 12, stk. 2, i direktiv 2004/83 er afledt af Genèvekonventionens artikel 1, afsnit F. Det er alene artikel 12, stk. 2, litra a), der er relevant i Andre Lawrence Shepherds tilfælde. Lad mig kort forklare, hvorfor jeg indtager dette standpunkt.

40. Direktivets artikel 12, stk. 2, litra b), henviser til personer, der har begået en »alvorlig ikke-politisk forbrydelse«. Der er ikke noget i forelæggelsesafgørelsen, der tyder på, at Andre Lawrence Shepherd falder ind under denne kategori. Der er derfor ikke behov for at komme nærmere ind på artikel 12, stk. 2, litra b). Artikel 12, stk. 2, litra c), omhandler personer, som har gjort sig skyldige i handlinger, der er i strid med De Forenede Nationers mål og grundsætninger[42]. Kun personer, der har indtaget magtfulde positioner i en stat eller i en statslignende enhed, kan, som jeg ser det, begå sådanne handlinger. Andre Lawrence Shepherd indtog ikke en sådan position.

41. For derfor at vende tilbage til artikel 12, stk. 2, litra a), er de handlinger, der er nævnt i denne bestemmelse og i Genèvekonventionens artikel 1, afsnit F, litra a), ens. De omfatter forbrydelser mod freden, krigsforbrydelser og forbrydelser mod menneskeheden, som defineret i de internationale instrumenter, der er udarbejdet for at træffe forholdsregler mod sådanne forbrydelser (der findes ingen særskilt definition i direktivet).

42. Pagten for Den Internationale Militærdomstol[43] definerer »forbrydelse mod freden« som omfattende planlægning, forberedelse, iværksættelse eller gennemførelse af angrebskrig eller en krig i strid med internationale traktater og andre aftaler. En sådan forbrydelse kan på grund af selve sin karakter kun begås af personel, der indtager en højtstående og magtfuld position og repræsenterer en stat eller en statslignende enhed[44]. Andre Lawrence Shepherd har aldrig indtaget en sådan position.

40 — Jf. fodnote 23 ovenfor.

41 — Direktiv 2004/83 blev vedtaget den 29.4.2004. På tidspunktet for dets vedtagelse var Den Europæiske Unions officielle sprog dansk, nederlandsk, engelsk, fransk, finsk, tysk, græsk, italiensk, portugisisk, spansk og svensk. Artikel 9, stk. 2, litra e), er udtrykt i konditionalis på disse sprog (om end ikke på dem alle, idet der er brugt præsens i den nederlandske tekst).

42 — De Forenede Nationers (»FN's«) mål og grundsætninger er fastsat i kapitel I til De Forenede Nationers pagt og statut for Den Mellemfolkelige Domstol, undertegnet i San Francisco den 26.6.1945 (herefter »FN-pagten«). I forhold til medlemmerne omfatter disse grundsætninger anerkendelse af suveræn ligeberettigelse, bilæggelse af mellemfolkelige tvistigheder ved fredelige midler og afholdelse fra trussel om magtanvendelse i deres mellemfolkelige forhold (FN-pagtens artikel 2).

43 — Pagten for Den Internationale Militærdomstol, undertegnet i London den 8.8.1945.

44 — Jf. f.eks. punkt 11 i UNHCR's retningslinjer om udelukkelsesbestemmelser.

Det er derfor usandsynligt, at han var udsat for en risiko for at begå en sådan handling. »Forbrydelser mod menneskeheden« omfatter handlinger, såsom folkedrab, mord, voldtægt og tortur, der er udført som led i et generelt eller systematisk angreb på en civilbefolkning [45]. I mangel af faktiske oplysninger herom i forelæggelsesafgørelsen skal jeg ikke forfølge dette spørgsmål yderligere [46].

43. En række internationale instrumenter definerer »krigsforbrydelser« [47]. Sådanne forbrydelser omfatter alvorlige krænkelser af reglerne i den humanitære folkeret, der har til formål at beskytte personer, der ikke, eller ikke længere, deltager i fjendtligheder, og at begrænse de metoder og midler, der anvendes til krigsførelse. Det er anerkendt, at krigsforbrydelser omfatter forsætlige drab og tortur af civile [48]. Oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen antyder, at denne kategori (og denne kategori alene) af påståede krigsforbrydelser er relevant i Andre Lawrence Shepherds tilfælde.

44. Jeg har allerede konkluderet, at militærpersonel, som ikke direkte deltager i kamphandlinger, ikke er udelukket fra anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83. Hvorvidt sådanne personer ville begå krigsforbrydelser, såfremt de udførte deres militære tjenstlige forpligtelser, er et faktisk spørgsmål, som skal vurderes af de kompetente nationale myndigheder. Det er en vanskelig vurdering, fordi den kræver, at disse myndigheder tager handlinger og konsekvenserne af handlinger, der endnu ikke har fundet sted, i betragtning. Spørgsmålet bliver herefter, om det er sandsynligt, at den pågældende persons handlinger *ville* muliggøre begåelsen af krigsforbrydelser [49].

45. Domstolen kan ikke med rimelighed opstille udtømmende kriterier, som de nationale myndigheder skal anvende. F.eks. er militærpersonel, der arbejder i barbersalonen på en amerikansk militærbase, og som sørger for, at alt tjenestepersonel har den samme standardfrisure, langt væk fra kampoperationer, og det er derfor usandsynligt, at de ville kunne påvise en sådan direkte sammenhæng. En person, der udstyrer et fly med bomber, eller som vedligeholder jagerfly, ville derimod snarere kunne godtgøre, at hans rolle hænger direkte sammen med sådanne operationer, og derfor også med muligheden af at begå krigsforbrydelser. I denne henseende er en soldat, der flyver eller bemander et fly, som retter et missil mod, eller som med maskingevær skyder mod en gruppe af civile flygtninge, klart tættere i begivenhedskæden på begåelsen af en krigsforbrydelse end den person, der har udstyret et fly eller en helikopter med våben, og sikret, at det var kampklart. Dette betyder dog ikke, at en servicetekniker ikke kan være »involveret i« (eller at der ikke er nogen sandsynlighed for, at den pågældende kunne være involveret i) begåelsen af denne forbrydelse.

46. I det væsentlige forekommer det mig, at de nationale myndigheder må tage stilling til, om der er en direkte sammenhæng mellem den pågældende persons handlinger og en rimelig grad af sandsynlighed for, at krigsforbrydelser ville kunne blive begået, således at den pågældende person kunne blive foranlediget til at deltage i begåelsen af krigsforbrydelser, fordi den pågældendes handlinger udgør et nødvendigt element i disse forbrydelser. I alt væsentligt er spørgsmålet, om krigsforbrydelserne eller handlingerne ikke ville være mulige uden denne medvirken eller al medvirken fra personer i samme situation som den pågældende person.

45 — Jf. f.eks. punkt 13 i UNHCR's retningslinjer om udelukkelsesbestemmelser.

46 — Den forelæggende ret har bemærket, at Andre Lawrence Shepherd anså krigen i Irak for at være i strid med folkeretten (jf. punkt 3 ovenfor). Det tilkommer ikke Domstolen eller de nationale myndigheder at tage stilling til spørgsmålet om denne krigs lovlighed i Andre Lawrence Shepherds sag. Dette spørgsmål er fortsat genstand for debat mellem juridiske eksperter i folkeret og i øvrigt også blandt politiske ledere. Den 16.9.2004 udtalte Kofi Annan (den daværende FN-generalsekretær), at 2003-invasionen af Irak var i strid med FN-pagten. Efter denne udtalelse blev en række resolutioner fra FN's Sikkerhedsråd vedrørende Irak imidlertid vedtaget.

47 — Jf. 11. betragtning til direktiv 2004/83; jf. desuden Romstatuttens artikel 8.

48 — Jf. f.eks. punkt 12 i UNHCR's retningslinjer om udelukkelsesbestemmelser.

49 — Jf. punkt 37 ovenfor.

Anerkendelse som flygtning

47. En person, som har en velbegrundet frygt for forfølgelse på grund af f.eks. tilhørsforhold til en bestemt social gruppe [artikel 10, stk. 1, litra d)] eller den pågældendes politiske anskuelse [artikel 10, stk. 1, litra e)], og som opfylder betingelserne i artikel 2, litra c), i direktiv 2004/83, skal tildeles flygtningestatus [50]. Der skal være en sammenhæng mellem de i artikel 10 opregnede årsager og forfølgelse som defineret i artikel 9 i direktiv 2004/83. Ifølge den forelæggende ret er Andre Lawrence Shepherds ansøgning om flygtningestatus baseret på artikel 9, stk. 2, litra e), sammenholdt med både artikel 10, stk. 1, litra d), og artikel 10, stk. 1, litra e). Under retsmødet for Domstolen tilkendegav Andre Lawrence Shepherds advokat imidlertid, at sagen alene var baseret på artikel 9, stk. 2, litra e), og artikel 10, stk. 1, litra d) [med andre ord, at artikel 10, stk. 1, litra e), ikke påberåbtes]. Den forelæggende ret har ikke anmodet Domstolen om at fortolke artikel 10, stk. 1, litra d), i direktiv 2004/83. Ikke desto mindre finder jeg det nødvendigt også at undersøge denne bestemmelse i lyset af Andre Lawrence Shepherds mundtlige indlæg.

48. Efter min opfattelse ville Andre Lawrence Shepherd klart være omfattet af artikel 10, stk. 1, litra e), i direktiv 2004/83. Det at have en politisk anskuelse indbefatter det at have en bestemt mening, overbevisning eller tro med hensyn til en stat og dens politik eller metoder. Dette må omfatte en tro på, at man ikke kan udføre militærtjeneste i en konflikt, hvor det at gøre dette muligvis ville føre til begåelsen af krigsforbrydelser.

49. Retsstillingen er dog mindre klar i forhold til artikel 10, stk. 1, litra d) (tilhørsforhold til en bestemt social gruppe).

50. Andre Lawrence Shepherd har anført, at hans tro på, at deltagelse i krigen i Irak betød, at han ville risikere at begå de i artikel 12, stk. 2, nævnte handlinger, er så grundlæggende for hans samvittighed, at han ikke bør tvinges til at handle i strid med den [dermed er han omfattet af artikel 10, stk. 1, litra d), første led], og at han derfor er medlem af en gruppe, der har en særskilt identitet i USA, fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund [som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d)].

51. Om dette er tilfældet, afhænger af en række faktorer.

52. Udtrykket »militærnægter af samvittighedsgrunde« findes ikke i formuleringen af chartrets artikel 10, stk. 1, som nøje afspejler EMRK's artikel 9, stk. 1. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har imidlertid fastslået, at modstand mod militærtjeneste – hvis den er begrundet i en alvorlig og uoverstigelig konflikt mellem forpligtelsen til at gøre tjeneste i militæret og en persons samvittighed – udgør en overbevisning af tilstrækkelig styrke, alvorlighed, sammenhæng og vigtighed til at være beskyttet af EMRK's artikel 9, stk. 1 [51]. Chartrets artikel 10, stk. 1, må derfor fortolkes på samme måde. Chartrets artikel 10, stk. 2, nævner og anerkender retten til militærnægtelse af samvittighedsgrunde i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret [52].

53. Udtrykket »militærnægter af samvittighedsgrunde« har dog mere end én betydning. Det antages at omfatte pacifister (såsom kvækere), hos hvem modstanden mod militær aktion er absolut [53]. Det kan også henvise til personer, der er imod en bestemt konflikt af juridiske, moralske eller politiske grunde, eller som er imod de midler og metoder, der anvendes til at føre denne konflikt til ende.

50 — Jf. artikel 13 i direktiv 2004/83.

51 — Menneskerettighedsdomstolen, Bayatyan mod Armenien (Storkammerafgørelse), sag nr. 23459/03, præmis 110, ECHR 2011.

52 — Om chartrets artikel 10, stk. 2, er relevant i Andre Lawrence Shepherds sag, afhænger således af den nationale lovgivning om militærnægtelse af samvittighedsgrunde i den medlemsstat (Tyskland), hvor han har søgt asyl. Det påhviler de relevante nationale myndigheder at vurdere dette, med forbehold af de nationale retters prøvelsesret. Hvad angår Andre Lawrence Shepherds situation som amerikansk statsborger og tidligere medlem af de amerikanske væbnede styrker se punkt 74 og 75 nedenfor.

53 — Jf. f.eks. punkt 3 i UNHCR's retningslinjer nr. 10.

54. Jeg kan forstå, at personer, der absolut afviser militær aktion, på sin vis forholdsvis nemt kan anses for at være »fælles om et karakteristisk træk eller en tro, der er så grundlæggende for deres identitet eller samvittighed, at ingen mennesker bør tvinges til at give afkald derpå«, som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), første led. Deres standpunkt er klart og utvetydigt. De er ikke indstillet på under nogen omstændigheder at overveje anvendelsen af magt. Fordi deres holdning er så klar, er den umiddelbart troværdig.

55. De, der har en mere nuanceret modstand mod anvendelsen af magt, er i en vanskeligere situation. Præcist hvad de af samvittighedsgrunde er imod, vil være forskelligt fra person til person. En er måske imod en bestemt krig, en anden imod de midler og metoder, der anvendes i en given konflikt, en tredje nægter måske af meget personlige grunde, fordi den pågældende skal kæmpe imod sin egen etniske gruppe. Fordi der ikke er en absolut modstand mod anvendelsen af magt, men kun en delvis modstand, kan sådanne personer tilsvarende finde det vanskeligere at godtgøre, at deres personlige holdning er troværdig, at deres personlige modstand er baseret på samvittighed og principper, snarere end bekvemmelighed. De kan således have større vanskelighed ved at godtgøre, at de er omfattet af artikel 10, stk. 1, litra d), første led.

56. Jeg ser ikke så store vanskeligheder i forhold til artikel 10, stk. 1, litra d), andet led. Begrebsmæssigt er det fuldkommen rimeligt, at både de, hvis modstand mod anvendelsen af magt er absolut, og de, hvis modstand er mere nuanceret (hver for sig eller sammen), kan udgøre en gruppe, der »har en særskilt identitet i det relevante land« (her USA), »fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund«. Hvorvidt dette faktisk er tilfældet, er op til de kompetente myndigheder at afgøre på grundlag af de beviser, der er fremlagt for dem, med forbehold af de nationale retters prøvelsesret.

57. Bedømt ud fra disse kriterier er Andre Lawrence Shepherd da omfattet af de to (kumulative) led i artikel 10, stk. 1, litra d)?

58. Den forelæggende ret har anført, at Andre Lawrence Shepherds modstand mod militær aktion ikke er absolut. Han havde ladet sig hverve til den amerikanske hær. Han er ikke fuldstændig imod anvendelsen af væbnet magt. Hans argument er snarere, at han er imod en bestemt måde at føre en bestemt krig på (en måde, som han mener har indebåret og/eller i fremtiden vil indebære begåelsen af krigsforbrydelser), og at han frygtede, at han kunne blive indblandet i sådanne aktiviteter, hvis han havde fortsat sin militærtjeneste og efterkommet ordren om igen at blive udsendt til Irak.

59. For det første skal de nationale myndigheder afgøre, hvorvidt Andre Lawrence Shepherd skal betegnes som en militærnægter af samvittighedsgrunde eller som desertør. Ved afgørelsen af spørgsmålet bør de tage hensyn til, om Andre Lawrence Shepherd er af en overbevisning af tilstrækkelig styrke, alvorlighed, sammenhæng og vigtighed hvad angår den pågældende konflikt, til, at han er omfattet af artikel 10, stk. 1, litra d), første led. Sagt på en anden måde: Er Andre Lawrence Shepherd ganske enkelt desertør, eller havde han, som han indtrængende har gjort gældende, en modstand mod yderligere militærtjeneste i Irak af samvittighedsgrunde? Såfremt de nationale myndigheder finder, at han slet og ret er desertør, er det højst usandsynligt, at han kan godtgøre at være omfattet af artikel 10, stk. 1, litra d), første led. Eftersom begge led i artikel 10, stk. 1, litra d), skal være opfyldt, ville det i så fald være uden betydning, om de, der deserterer fra militæret, betragtes som en samlet ensartet gruppe af samfundet.

60. Såfremt de nationale myndigheder derimod finder, at Andre Lawrence Shepherd nægtede at gøre yderligere militærtjeneste i Irak, fordi der forelå en alvorlig og uoverstigelig konflikt mellem, hvad han rimeligvis forventede, at denne forpligtelse til at gøre tjeneste ville føre med sig, og hans samvittighed, vil han være omfattet af artikel 10, stk. 1, litra d), første led. De nationale myndigheder ville herefter på grundlag af de beviser, der er fremlagt for dem, skulle vurdere, om det er rimeligt at antage, at

personer i Andre Lawrence Shepherds specifikke situation i USA behandles anderledes og er udsat for en bestemt behandling af samfundet generelt. I bekræftende fald ville artikel 10, stk. 1, litra d), andet led, også være opfyldt. Efter min opfattelse er sagen ikke tilstrækkeligt oplyst til, at Domstolen er i stand til at give yderligere vejledning på dette punkt.

Det andet spørgsmål

61. Den forelæggende ret har her udformet sit spørgsmål således, at der opstilles to alternativer. For at artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 kan finde anvendelse, skal den pågældende konflikt da hovedsageligt eller systematisk indebære begåelsen af forbrydelser eller handlinger som nævnt i dets artikel 12, stk. 2, eller er det tilstrækkeligt for ansøgeren at godtgøre, at sådanne handlinger i konkrete tilfælde er blevet begået af de væbnede styrker, som han tilhører?

62. Efter min opfattelse er hverken det ene eller det andet alternativ bestemmende for, om artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 finder anvendelse eller ej. Det afgørende er sandsynligheden for, at *ansøgeren* risikerer at begå krigsforbrydelser. Den berørte person må godtgøre, hvorfor han mener, at han ville løbe en risiko for at begå sådanne forbrydelser, hvis han udførte sine militære tjenstlige forpligtelser.

63. I en konflikt, hvor sådanne handlinger hævdes allerede at have fundet sted systematisk, og hvor bevismateriale er offentligt tilgængeligt, kan det (relativt set) være mindre vanskeligt for en ansøger at opfylde dette krav. I mangel af en politikændring før han sendes til indsatsområdet vil han have rimelig grund til at hævde, at sådanne handlinger sandsynligvis vil finde sted i fremtiden, og at han vil kunne blive involveret heri. Hvor sådanne handlinger hævdes at have fundet sted i en konflikt som enkeltstående eller isolerede tilfælde, står en ansøger over for en vanskeligere opgave. Han vil skulle godtgøre, hvorfor han finder det sandsynligt, at *hans* handlinger, hvis han udførte sin militærtjeneste, ville udsætte *ham* for en risiko for deltagelse i begåelsen af krigsforbrydelser (det subjektive element). Således ville han (f.eks.) skulle forklare, hvorfor han det sted, hvortil han skulle udsendes, og de handlinger, som han ville være forpligtet til at udføre, taget i betragtning, med rimelighed kunne mene, at han ville kunne komme til at deltage i sådanne forbrydelser. Der er også et objektivt element: Er det på grundlag af de foreliggende oplysninger rimeligt at konkludere, at ansøgeren ville kunne befinde sig i en sådan situation? Det er således nødvendigt at vurdere, om der er objektive grunde til at antage, at den pågældende person kunne blive involveret i begåelsen af krigsforbrydelser.

Det tredje spørgsmål

64. Jeg vil mene, at det tredje spørgsmål nødvendigvis er omfattet af min foreslåede besvarelse af det andet spørgsmål. Det er ikke fornødent at bevise ud over enhver rimelig tvivl, at krænkelser af den humanitære folkeret kan forventes at finde sted.

Det sjette spørgsmål

65. Det er herefter hensigtsmæssigt at behandle det sjette spørgsmål, hvormed den forelæggende ret ønsker oplyst, om det er relevant at tage bestemmelserne i Romstatutten for Den Internationale Straffedomstol (herefter »ICC«) i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83.

66. Jeg mener ikke, at bestemmelserne i statutten for ICC er relevante. Artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 er ikke rettet mod personer, som ville kunne retsforfølges for begåelsen af internationale forbrydelser. Tværtimod: Dens formål er at yde beskyttelse til personer, som ønsker at *undgå* begåelsen af sådanne handlinger i forbindelse med udførelse af militærtjeneste. At anvende sandsynligheden for, at retsforfølgning af soldat X for en krigsforbrydelse skulle føre til domfældelse,

som kriterium for at afgøre, om soldat X burde beskyttes som flygtning, fordi han ønsker at undgå at blive sat i en situation, hvor retsforfølgning af ham *kunne* føre til domfældelse, går stik imod dette formål. Artikel 4 i direktiv 2004/83 beskriver de kendsgerninger og omstændigheder, der er nødvendige for at bedømme en ansøgning om flygtningestatus. I sidste ende er spørgsmålet i en given sag, om det af ansøgeren anførte er troværdigt. Kriterierne i henhold til international strafferet for, at retsforfølgning af krigsforbrydelser kan føre til domfældelse, er fuldstændig anderledes (de er væsentligt strengere) og spiller ingen rolle i denne vurdering [54].

Det fjerde spørgsmål

67. Den forelæggende ret ønsker her oplyst, om flygtningestatus i visse tilfælde er udelukket. Nærmere bestemt: a) Udelukker den omstændighed, at myndighederne i det land, i hvilket en ansøger har statsborgerret, retsforfølger krigsforbrydelser, ham fra at påberåbe sig artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83, og b) er retsforfølgning ved ICC af betydning? I sine bemærkninger har den forelæggende ret antydet, at hvis der eksisterer en sådan ordning med henblik på at retsforfølge og straffe personer, der begår krigsforbrydelser, kan det antages, at krigsforbrydelser sandsynligvis ikke vil blive begået, idet de ikke tolereres af den pågældende stat. Alene den omstændighed, at krigsforbrydelser retsforfølges – således lyder argumentet – betyder, at staten yder beskyttelse mod forfølgelse som omhandlet i artikel 7 i direktiv 2004/83.

68. Efter min opfattelse kan begge disse spørgsmål kort besvares benægtende. Det forhold, at der eksisterer en national eller international ordning med henblik på at retsforfølge krigsforbrydelser, kan i princippet afskrække fra at begå sådanne forbrydelser. Det er dog et trist, men uundgåeligt faktum, at selv om en sådan ordning eksisterer, *bliver* krigsforbrydelser undertiden begået i kampens hede [55] (ligesom tilstedeværelsen af love, der kriminaliserer og straffer voldtægt og mord i civiliserede retssystemer, desværre ikke er en garanti for, at mennesker aldrig vil blive voldtaget eller myrdet). Hvis artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 skal have nogen værdi som et middel til at gøre det muligt for personer, der risikerer at blive tvunget til at deltage i begåelsen af krigsforbrydelser, at finde et sikkert tilflugtssted, må den finde anvendelse uafhængigt af, om der eksisterer og anvendes en national eller international ordning med henblik på at retsforfølge og straffe krigsforbrydelser eller ej.

Det femte spørgsmål

69. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 9, stk. 2, litra e), kan påberåbes, uanset at militær aktion er sanktioneret af det internationale samfund eller er indledt i medfør af et mandat fra FN's Sikkerhedsråd.

70. Jeg er ikke sikker på, at jeg præcist forstår, hvad der, juridisk set, menes med udtrykket »sanktioneres af det internationale samfund«. FN-pagten definerer ikke, hvad der forstås ved en lovlig krig, og jeg har heller ikke kendskab til et andet internationalt instrument, der udfylder denne lakune (hvis det er en lakune) [56]. Jeg kan ikke se, hvordan det skulle kunne fremme sagen at søge at definere

54 — Det bemærkes, at eftersom USA ikke er kontraherende part i ICC, ville bestemmelserne i statutten for denne domstol under alle omstændigheder ikke kunne finde anvendelse i Andre Lawrence Shepherds sag.

55 — Et berygtet eksempel er M Lai-massakren, der blev begået under Vietnamkrigen. Ud af de 26 amerikanske soldater der blev retsforfulgt for at have begået strafbare handlinger, blev kun løjtnant William Calley Jr. kendt skyldig. Som et nyere eksempel har ICC's chefanklager indledt sager vedrørende situationerne i Uganda og Den Demokratiske Republik Congo. For så vidt angår sidstnævnte førte det til domfældelse i sagen Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo.

56 — Meget er blevet sagt og skrevet i analysen af, om og under hvilke omstændigheder en krig kan betegnes som »lovlig« og/eller »retfærdig«. Teorien om retfærdig krig (jus bellum iustum), som til at begynde med blev udforsket af Augustin af Hippo (354-430), blev som bekendt udviklet af Thomas Aquinas (1225-1274) i *Summa Theologica*. Efterfølgende teori har gradvist sondret mellem de regler, der regulerer krigens berettigelse (jus ad bellum) og dem, der regulerer retfærdig og rimelig handlemåde (jus in bello) og de krigsførende parters ansvar efter krigen (jus post bellum). Principperne om retfærdig krig anses sædvanligvis for at være, at der skal foreligge en rimelig grund, krig skal være sidste udvej, den skal erklæres af en kompetent myndighed, den skal have rette hensigt, den skal have en rimelig chance for at kunne gennemføres, og målet skal være proportionalt med de anvende midler. Hvert af disse elementer er angribeligt.

anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 med henvisning til et udefineret udtryk. Eftersom et mandat fra FN's Sikkerhedsråd ikke er en forudsætning for at starte en krig eller at forsvare sig mod angreb, kan dets tilstedeværelse eller fravær ikke være afgørende for, om de i artikel 12, stk. 2, i direktiv 2004/83 nævnte handlinger finder sted. Selv hvis en resolution fra FN's Sikkerhedsråd, der autoriserer anvendelsen af magt under visse omstændigheder og under visse betingelser, går forud for en konflikt, kan dette således ikke »pr. definition« betyde, at krigsforbrydelser hverken kan eller vil blive begået.

71. Jeg konkluderer derfor, som svar på dette spørgsmål, at et mandat fra FN's Sikkerhedsråd vedrørende den pågældende konflikt ikke overflødiggør behovet for eller påvirker resultatet af den vurdering, der foretages i henhold til artikel 4 i direktiv 2004/83. Det udelukker heller ikke i sig selv muligheden for, at de i artikel 12 i direktiv 2004/83 nævnte handlinger er blevet eller vil kunne blive begået.

Det syvende spørgsmål

72. I det sidste af dens spørgsmål om fortolkning af artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 ønsker den forelæggende ret oplyst, om en ansøger, før vedkommende kan påberåbe sig denne bestemmelse, skal benytte de almindelige retsmidler for militærnægtere af samvittighedsgrunde ved de nationale myndigheder.

73. Jeg skal først minde om, at den retsforfølgning eller straf, som Andre Lawrence Shepherd måtte blive udsat for, såfremt han blev sendt tilbage til USA, ville være for desertering snarere end nægtelse af samvittighedsgrunde.

74. Det er ikke klart, hvad den forelæggende ret forstår ved »de almindelige retsmidler for militærnægtere af samvittighedsgrunde«. For så vidt som formuleringen kunne henvise til de retsmidler, der efter amerikansk lovgivning er tilgængelige i denne henseende, er Domstolen ikke i besiddelse af nogen oplysninger om, hvorvidt Andre Lawrence Shepherd i henhold til amerikansk ret ville have adgang til et sådant retsmiddel, eller hvorvidt han er udelukket fra dette, fordi han (som den forelæggende ret har fremhævet) ikke i absolutte termer er imod anvendelsen af væbnet magt. Her skal jeg henlede opmærksomheden på punkt 1-5(a)(4) i Army Regulation 600-43, der anfører, at »anmodninger fra personel om anerkendelse som militærnægter af samvittighedsgrunde efter tiltrædelsen af militærtjenesten vil ikke blive imødekommet, hvis disse anmodninger er […] baseret på modstand imod en bestemt krig«. Jeg ved naturligvis ikke, hvordan denne bestemmelse er blevet fortolket i praksis af militærdomstolene i USA.

75. Det tilkommer de nationale myndigheder at efterprøve (om nødvendigt ved hjælp af sagkyndige udtalelser), om Andre Lawrence Shepherd med rette kan gøre gældende, at han ikke ville være blevet anerkendt som militærnægter af samvittighedsgrunde i henhold til amerikansk ret. Hvis han kunne have påberåbt sig dette retsmiddel med en rimelig udsigt til at få medhold, men ikke gjorde dette, kan jeg ikke se nogen god grund til, at han skulle indrømmes flygtningestatus på grundlag af forfølgelse, som han (ud fra denne forudsætning) kunne have undgået uden at gå på kompromis med sine overbevisninger. Hvis han som tjenestepersonel ville have været udelukket fra at anmode om status som militærnægter af samvittighedsgrunde på grund af sin modstand mod at blive udsendt til Irak igen, kan den omstændighed, at han ikke indgav en anmodning om en sådan status, omvendt ikke have nogen indflydelse på hans ansøgning om flygtningestatus i henhold til artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83.

Det ottende spørgsmål

76. I det ottende spørgsmål spørger den forelæggende ret til to forskellige former for »forfølgelse«, der nævnes i direktiv 2004/83, nemlig »juridiske, administrative, politimæssige og/eller retlige foranstaltninger, der i sig selv er diskriminerende eller gennemføres på en diskriminerende måde« [artikel 9, stk. 2, litra b)], og »uforholdsmæssig eller diskriminerende retsforfølgning eller straf« [artikel 9, stk. 2, litra c)]. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om en afskedigelse i vanære (»dishonorable discharge«) efter en fængselsdom og den sociale udstødelse og de ulemper, der er forbundet med en sådan straf, udgør forfølgelse i henhold til disse bestemmelser.

77. Det ottende spørgsmål kan stå alene. Med henblik på at besvare det erindrer jeg om, at ret til flygtningestatus kun opstår, hvis forfølgelse i henhold til artikel 9 er knyttet til en årsag til forfølgelse i henhold til artikel 10[57]. Alle de parter, der har afgivet indlæg for Domstolen, herunder Andre Lawrence Shepherd, har anerkendt, at stater kan pålægge sanktioner over for militærpersonel, som nægter at udføre yderligere militærtjeneste, hvis deres desertering *ikke* er baseret på gyldige samvittighedsgrunde, og forudsat at enhver sanktion og de hermed forbundne procedurer overholder internationale standarder. Som jeg forstår det, er det ottende spørgsmål alene relevant, hvis de nationale myndigheder finder, at Andre Lawrence Shepherd *ikke* med rimelighed kunne have været i den tro, at han risikerede at begå krigsforbrydelser, hvis han blev udsendt til Irak igen [således at han, som en konsekvens heraf, ikke er omfattet af artikel 9, stk. 2, litra e)], men finder det godtgjort, at han ikke desto mindre enten opfylder begge led i artikel 10, stk. 1, litra d) (tilhørsforhold til en bestemt social gruppe) eller er omfattet af artikel 10, stk. 1, litra e), på grund af sine politiske overbevisninger om Irakkrigens førelse. En sådan opfattelse af Andre Lawrence Shepherd kan måske beskrives således, at han er »desertør af samvittighedsgrunde«.

78. Er det diskriminerende eller uforholdsmæssigt, at en sådan person stilles for en krigsret og idømmes straf, således at det er omfattet af artikel 9, stk. 2, litra b), eller artikel 9, stk. 2, litra c)?

79. Retsforfølgning ved en krigsret og/eller afskedigelse i vanære falder klart ind under formuleringen »juridiske, administrative, politimæssige og/eller retlige foranstaltninger« i artikel 9, stk. 2, litra b). En ansøger skal dog godtgøre, at sådanne foranstaltninger i sig selv er diskriminerende, eller at de er anvendt på en måde, der er diskriminerende. Idet Andre Lawrence Shepherd har påberåbt sig direktivets artikel 10, stk. 1, litra d) (tilhørsforhold til en bestemt social gruppe), er det i forbindelse med denne vurdering nødvendigt at undersøge, om der findes sociale grupper i USA, der er sammenlignelige med den gruppe, som Andre Lawrence Shepherd påstår at tilhøre, for så vidt som sådanne grupper befinder sig i en sammenlignelig situation, og om det er mere sandsynligt, at hans gruppe vil blive udsat for diskrimination, end at den sammenlignelige gruppe vil blive det, samt om en eventuelt forskellig behandling kan begrundes. I mangel af bevismateriale i sagens akter, der indikerer, at diskrimination af en sådan art er relevant i denne sammenhæng, påhviler det de nationale myndigheder at foretage den nødvendige detaljerede vurdering af kendsgerningerne og omstændighederne for at fastlægge den reelle situation.

80. Det er ligeledes på et teoretisk plan umuligt at sige, om en eventuel retsforfølgning er uforholdsmæssig eller diskriminerende, eller om Andre Lawrence Shepherds sandsynlige straf, såfremt han blev dømt for desertering[58], ville være uforholdsmæssig, og således om artikel 9, stk. 2, litra c), finder anvendelse. Ved vurderingen af, om retsforfølgning eller straf for desertering er uforholdsmæssig, er det nødvendigt at undersøge, hvorvidt sådanne handlinger går ud over, hvad der

57 — Artikel 9, stk. 3.

58 — Det anføres i forelæggelsesafgørelsen, at »Bundesamt konstaterer, at [ansøgeren] vil kunne idømmes en frihedsstraf på mellem 100 dage og 15 måneder for desertering, der har en strafferamme på indtil fem år«.

er nødvendigt for, at den pågældende stat kan udøve sin legitime ret til at opretholde en væbnet styrke. De af den forelæggende ret beskrevne straffe synes ikke at være åbenbart uforholdsmæssige. Sådanne spørgsmål er i sidste ende også spørgsmål, som det tilkommer de nationale myndigheder at vurdere i lyset af sagens omstændigheder.

81. For fuldstændighedens skyld skal jeg tilføje, at kriterierne ville være de samme, såfremt artikel 10, stk. 1, litra e) (politisk anskuelse), påberåbes som årsag til forfølgelse. Da begrebet social gruppe ikke er relevant for denne årsag, ville det imidlertid være meget vanskeligt for en person i Andre Lawrence Shepherds situation at påvise diskrimination alene på grundlag af den pågældendes personlige stilling. En sådan person kan også få vanskeligt ved at udpege en passende gruppe til at danne grundlag for den nødvendige sammenligning.

82. Social udstødelse er ikke som sådan anført i artikel 9, stk. 2, som »forfølgelse«, og efter min opfattelse passer det heller ikke naturligt ind i hverken artikel 9, stk. 2, litra b) eller c). Når det er sagt, er det naturligvis korrekt, at opregningen i artikel 9, stk. 2, ikke er udtømmende. Den omstændighed, at social udstødelse er resultatet af handlinger foretaget af »ikke-statslige aktører« [som defineret i direktivets artikel 6, litra c)], ville ikke i sig selv udelukke, at det kunne betragtes som (yderligere) en form for forfølgelse i henhold til artikel 9, stk. 2.

83. For at kunne danne grundlag for en ansøgning om flygtningestatus, som kan imødekommes, skal forfølgelse som omhandlet i artikel 9, stk. 2, imidlertid enten »være tilstrækkelig alvorlig på grund af sin karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder« [artikel 9, stk. 1, litra a)] [59] eller »bestå i anvendelse af flere foranstaltninger, herunder krænkelse af menneskerettighederne, der er tilstrækkelig alvorlige til at berøre et menneske på en [tilsvarende] måde« [artikel 9, stk. 1, litra b)]. Der er ikke fremkommet oplysninger for Domstolen, hvoraf det fremgår, om en eventuel retsforfølgning, straf eller social udstødelse, som Andre Lawrence Shepherd vil kunne stå over for, såfremt han blev sendt tilbage til USA, ville være tilstrækkelig alvorlig til at overskride denne tærskel. Dette er (endnu en gang) spørgsmål, der skal afgøres af de kompetente nationale myndigheder, med forbehold af den nationale rets prøvelsesret.

Forslag til afgørelse

84. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Bayerisches Verwaltungsgericht München (Tyskland) har forelagt, således:

»– Anvendelsesområdet for artikel 9, stk. 2, litra e), i Rådets direktiv 2004/83/EF af 29. april 2004 om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse, omfatter militærpersonel, som ikke direkte deltager i kamphandlinger, hvis sådant personel under udførelsen af militærtjenesten ville kunne blive foranlediget til at anstifte til eller på anden måde deltage i begåelsen af forbrydelser eller handlinger af den i denne bestemmelse omhandlede art.

– Ved vurderingen af, hvorvidt dette er tilfældet, skal de nationale myndigheder tage hensyn til: i) om der er en direkte sammenhæng mellem den pågældende persons handlinger og en rimelig grad af sandsynlighed for, at krigsforbrydelser ville kunne blive begået, fordi den pågældendes handlinger udgør et nødvendigt element i disse forbrydelser, og krigsforbrydelserne eller handlingerne ikke ville være mulige uden den pågældendes medvirken eller al medvirken fra personer i samme situation som den pågældende, ii) om der er objektive grunde til at antage, at den pågældende person ville kunne blive involveret i begåelsen af krigsforbrydelser. I denne

59 — I særdeleshed de ufravigelige rettigheder, der er fastlagt i EMRK's artikel 15, stk. 2, jf. fodnote 19 ovenfor.

henseende er det ikke foreneligt med artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83 at anvende: a) et strafferetligt beviskrav (såsom »ud over enhver rimelig tvivl«) eller b) principper, der udledes af international strafferet.

– Den omstændighed, at myndighederne i det land, i hvilket en ansøger har statsborgerret, retsforfølger krigsforbrydelser, udelukker ikke den pågældende fra at påberåbe sig artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83; hvorvidt der sker retsforfølgning ved Den Internationale Straffedomstol er heller ikke af betydning i denne henseende.

– Den omstændighed, at der foreligger et mandat fra De Forenede Nationers Sikkerhedsråd, der omfatter den pågældende konflikt, udelukker ikke, at der gøres krav på flygtningestatus i henhold til artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83.

– En person, der nægter at gøre militærtjeneste, kan ikke indrømmes flygtningestatus i henhold til artikel 9, stk. 2, litra e), i direktiv 2004/83, medmindre den pågældende først har udtømt alle tilgængelige retsmidler til fremsættelse af krav på status som militærnægter af samvittighedsgrunde, eller det er sandsynliggjort, at sådanne retsmidler ikke er tilgængelige for den pågældende.

– Ved vurderingen af, hvorvidt en person, der nægter at gøre militærtjeneste, kan anses for at være medlem af en bestemt social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), i direktiv 2004/83, er det nødvendigt at tage i betragtning: i) hvorvidt den pågældende er af en overbevisning af tilstrækkelig styrke, alvorlighed, sammenhæng og vigtighed, ii) hvorvidt den pågældende i kraft af denne overbevisning opfylder kravene i artikel 10, stk. 1, litra d), første led, idet den pågældendes modstand skyldes en tro, der er grundlæggende for dennes samvittighed, og iii) hvorvidt personer, der har sådanne overbevisninger, opfattes som værende anderledes i deres hjemland som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), andet led.

– For så vidt som en ansøger påberåber sig artikel 9, stk. 2, litra b), og artikel 10, stk. 1, litra d), i direktiv 2004/83, er det nødvendigt for de kompetente nationale myndigheder at vurdere, hvorvidt en afskedigelse i vanære (»dishonorable discharge«) fra hæren og en fængselsstraf er diskriminerende, fordi ansøgeren er medlem af en bestemt social gruppe. I forbindelse med denne vurdering er det nødvendigt at undersøge, om der findes sociale grupper i det pågældende land, der er sammenlignelige med den gruppe, som ansøgeren påstår at tilhøre, for så vidt som sådanne grupper befinder sig i en sammenlignelig situation, og om det er sandsynligt, at ansøgerens gruppe bliver udsat for en forskellig behandling i kraft af den omstændighed, at den vil kunne blive udsat for retsforfølgning ved en krigsret og/eller afskedigelse i vanære, og hvorvidt en eventuel forskellig behandling kan begrundes.

– For så vidt som en ansøger påberåber sig artikel 9, stk. 2, litra c), i direktiv 2004/83, er det nødvendigt for de kompetente nationale myndigheder at vurdere, hvorvidt retsforfølgning eller straf for desertering er uforholdsmæssig. I denne henseende er det nødvendigt at undersøge, hvorvidt sådanne handlinger går ud over, hvad der er nødvendigt for, at den pågældende stat kan udøve sin legitime ret til at opretholde en væbnet styrke.«