CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 11 november 2014[1]

Zaak C-472/13

Andre Lawrence Shepherd
tegen
Bundesrepublik Deutschland

[verzoek van het Bayerische Verwaltungsgericht München (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht — Asiel — Minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling, en de inhoud van de verleende bescherming — Voorwaarden voor de verkrijging van de vluchtelingenstatus — Daden van vervolging in de zin van artikel 9, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/83/EG — Vervolging en bestraffing van een lid van de krijgsmacht van de Verenigde Staten van Amerika wegens weigering te dienen in de oorlog in Irak”

1. Met het onderhavige prejudiciële verzoek van het Bayerische Verwaltungsgericht München (Beiers bestuursgerecht, München, Duitsland) wordt het Hof een bijzondere en niet-alledaagse zaak voorgelegd.

2. Shepherd, een onderdaan van de Verenigde Staten van Amerika (hierna: „VS”), heeft in december 2003 dienst genomen in de Amerikaanse krijgsmacht. Hij heeft een opleiding tot onderhoudstechnicus voor Apache-helikopters gevolgd. In september 2004 is hij overgeplaatst naar Duitsland. Zijn eenheid was toen reeds sinds februari 2004 ingezet in Irak, zodat ook hij naar Irak werd gestuurd. Van september 2004 tot en met februari 2005 heeft hij daar onderhoudswerkzaamheden verricht, met name aan helikopters. Hij heeft niet aan rechtstreekse militaire acties of gevechtshandelingen deelgenomen. In februari 2005 is hij met zijn eenheid teruggekeerd naar de basis in Duitsland. Hij begon toen twijfels te koesteren over de rechtmatigheid van de oorlog en is zich verder in die oorlog gaan verdiepen.

3. Begin 2007 werd bekend dat Shepherds eenheid op korte termijn weer in Irak zou worden ingezet. Op 1 april 2007 ontving hij de oproep daartoe. Hij was inmiddels tot de overtuiging gekomen dat de oorlog in Irak in strijd was met het internationale recht en inbreuk maakte op artikel 2, lid 4, van het Handvest van de Verenigde Naties, op 26 juni 1945 ondertekend te San Francisco. Naar zijn mening werd bij de militaire operaties in Irak stelselmatig, willekeurig en onevenredig wapengeweld gebruikt, zonder dat daarbij rekening werd gehouden met de burgerbevolking. Met name de toenemende inzet van de Apache-gevechtshelikopters leidde tot steeds grotere aantallen burgerslachtoffers en tot schending van het internationale humanitaire recht. Volgens Shepherd hadden de helikopters niet in de oorlog kunnen worden ingezet wanneer hij en andere onderhoudstechnici ze niet gevechtsklaar

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

hadden gemaakt. (Tussen 2007 en 2008, toen Shepherds eenheid opnieuw in actie kwam in Irak, zouden de bombardementen zijn doorgegaan. Er waren tal van berichten over door het Amerikaanse leger in Irak gepleegde oorlogsmisdrijven, al is Shepherd er niet van op de hoogte of de helikopters waarvan hij het onderhoud had verzorgd concreet bij de gelaakte operaties betrokken waren geweest.)

4. Shepherd wilde niet het gevaar lopen betrokken te raken bij het plegen van oorlogsmisdrijven in het kader van de inzet van zijn eenheid in Irak. Hij heeft niet de mogelijkheid overwogen om de Amerikaanse autoriteiten te verzoeken hem op grond van gewetensbezwaren [2] niet uit te zenden, omdat hij oorlog en geweld als middel niet volledig afwijst. Hij had na zijn eerste dienstperiode zelfs bijgetekend. Hij dacht dat een beroep op dienstweigering hem niet tegen een nieuwe inzet in Irak zou hebben beschermd. Daarom besloot hij vóór het begin van de tweede uitzending naar Irak het Amerikaanse leger te verlaten en deserteerde op 11 april 2007. Als gevolg van zijn weigering om in Irak te dienen dreigt voor Shepherd vervolging wegens desertie. In de Amerikaanse context brengt een veroordeling op die grond grote beperkingen met zich voor het leven van de betrokkene. In augustus 2008 heeft Shepherd daarom asiel aangevraagd in Duitsland. [3]

Internationaal recht

Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen

5. Volgens het Verdrag van Genève [4], waarop de erkenningsrichtlijn [5] is gebaseerd, geldt als „vluchteling" elke persoon die „uit gegronde vrees voor vervolging wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging, zich bevindt buiten het land waarvan hij de nationaliteit bezit, en die de bescherming van dat land niet kan of, uit hoofde van bovenbedoelde vrees, niet wil inroepen [...]." [6]

6. Volgens artikel 1F, sub a, is het Verdrag van Genève niet van toepassing op personen ten aanzien van wie er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat zij „een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid hebben begaan, zoals omschreven in de internationale overeenkomsten die zijn opgesteld om bepalingen met betrekking tot deze misdrijven in het leven te roepen". [7]

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

7. Artikel 9, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [8] garandeert het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, dat tevens de vrijheid omvat om van godsdienst of overtuiging te veranderen.

2 — Zie voorts de punten 48-59 hierna.

3 — Zie de punten 20-23 hierna waarin ik het hoofdgeding in korte trekken beschrijf.

4 — Het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ondertekend te Genève op 28 juli 1951, is in werking getreden op 22 april 1954 (hierna: „Verdrag van Genève"). Het Verdrag is aangevuld door het Protocol betreffende de status van vluchtelingen, vastgesteld te New York op 31 januari 1967 en in werking getreden op 4 oktober 1967. Dat protocol is niet relevant voor de beoordeling van het onderhavige prejudiciële verzoek.

5 — Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (PB L 304, blz. 12; hierna: „erkenningsrichtlijn" of „richtlijn"). Deze richtlijn is ingetrokken en vervangen door richtlijn 2011/95/EU (PB 2011, L 337, blz. 9). De bewoordingen van de relevante bepalingen zijn in wezen ongewijzigd gebleven.

6 — Artikel 1A, sub 2, eerste alinea, van het Verdrag van Genève.

7 — Artikel 1F, sub b en c, van het Verdrag van Genève bepaalt respectievelijk dat het Verdrag niet van toepassing is op de persoon die een ernstig, niet-politiek misdrijf heeft begaan buiten het land van toevlucht, of zich schuldig heeft gemaakt aan handelingen welke in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties.

8 — Ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM").

Unierecht

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

8. Artikel 10, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) [9] komt overeen met artikel 9, lid 1, EVRM. Krachtens artikel 10, lid 2, wordt het recht op dienstweigering op grond van gewetensbezwaren erkend volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen. Artikel 52, lid 3, bepaalt dat de rechten van het Handvest moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de door het EVRM gewaarborgde overeenstemmende rechten.

Erkenningsrichtlijn

9. De erkenningsrichtlijn is een van de maatregelen van het gemeenschappelijk Europees asielstelsel. Zij stoelt op de volledige en niet-restrictieve toepassing van het Verdrag van Genève, dat de hoeksteen vormt van het internationale rechtsstelsel ter bescherming van vluchtelingen. [10] De richtlijn beoogt de vaststelling voor alle lidstaten van minimumnormen en gemeenschappelijke criteria aangaande de erkenning van vluchtelingen en de inhoud van de vluchtelingenstatus, ter identificatie van personen die werkelijk internationale bescherming nodig hebben en ter verzekering van een rechtvaardige en doelmatige asielprocedure. [11] De grondrechten en de in het Handvest erkende beginselen worden geëerbiedigd en in acht genomen. [12] De lidstaten zijn bij de behandeling van personen die onder de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, gebonden aan de verplichtingen uit hoofde van de instrumenten van internationaal recht. [13]

10. Naar het voorbeeld van artikel 1A, sub 2, van het Verdrag van Genève wordt „vluchteling” in de erkenningsrichtlijn gedefinieerd als „een onderdaan van een derde land die zich wegens een gegronde vrees voor vervolging om redenen van ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging of het behoren tot een bepaalde sociale groep, buiten het land bevindt waarvan hij de nationaliteit bezit en de bescherming van dat land niet kan of, wegens deze vrees, niet wil inroepen, dan wel een staatloze die zich om dezelfde reden buiten het land bevindt waar hij vroeger gewoonlijk verbleef en daarheen niet kan, dan wel wegens genoemde vrees niet wil terugkeren, en op wie artikel 12 niet van toepassing is”. [14]

11. De beoordeling van feiten en omstandigheden in verband met verzoeken om toekenning van de vluchtelingenstatus wordt geregeld in artikel 4. De lidstaten mogen van de verzoeker verlangen dat hij alle elementen ter staving van het verzoek om internationale bescherming zo spoedig mogelijk indient. De lidstaat heeft tot taak om de relevante elementen van het verzoek in samenwerking met de verzoeker te beoordelen. [15]

12. Volgens de erkenningsrichtlijn kunnen „actoren van vervolging of ernstige schade” onder meer zijn de staat, partijen of organisaties die de staat beheersen en niet-overheidsactoren. [16]

9 — PB 2010, C 83, blz. 389.

10 — Overwegingen 1-4. Zie ook richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (PB L 326, blz. 13; hierna: „procedurerichtlijn”), die van toepassing is op alle asielverzoeken die op het grondgebied van de Unie worden ingediend.

11 — Overwegingen 1-4, 6, 7, 8, 10, 11 en 17.

12 — Overweging 10.

13 — Overweging 11.

14 — Artikel 2, sub c.

15 — Artikel 4, lid 1.

16 — Artikel 6.

13. Bescherming tegen vervolging kan onder meer worden geboden door de staat.[17] In het algemeen wordt dergelijke bescherming geboden wanneer bijvoorbeeld de staat redelijke maatregelen tot voorkoming van vervolging of het lijden van ernstige schade treft, door de instelling van een doeltreffend juridisch systeem voor de opsporing, gerechtelijke vervolging en bestraffing van dergelijke handelingen, en wanneer de verzoeker toegang tot een dergelijke bescherming heeft.[18]

14. Een persoon die voldoet aan de voorwaarden van hoofdstuk II van de erkenningsrichtlijn inzake de beoordeling van verzoeken om internationale bescherming, wordt als vluchteling erkend wanneer hij kan aantonen dat hij is blootgesteld aan dan wel reden heeft om te vrezen voor daden van vervolging in de zin van artikel 9. Dergelijke daden moeten zo ernstig van aard zijn dat zij een ernstige schending vormen van de grondrechten van de mens, met name de in artikel 15, lid 2, EVRM vermelde onaantastbare rechten[19], of een samenstel van verschillende maatregelen behelzen dat voldoende ernstig is om de grondrechten van de mens op die wijze te schenden.[20] Tot de daden die onder de definitie van vervolging kunnen vallen behoren: „wettelijke, administratieve, politiële en/of gerechtelijke maatregelen die op zichzelf discriminerend zijn of op discriminerende wijze worden uitgevoerd”[21]; „onevenredige of discriminerende vervolging of bestraffing”[22], en „vervolging of bestraffing wegens de weigering militaire dienst te vervullen tijdens een conflict, wanneer het vervullen van militaire dienst strafbare feiten of handelingen inhoudt die onder de uitsluitingsclausule van artikel 12, lid 2 vallen”[23]. Er moet een verband zijn tussen de in artikel 10 genoemde gronden van vervolging en de daden die in artikel 9 van de erkenningsrichtlijn als vervolging worden aangemerkt.[24]

15. De in artikel 10, lid 1, vermelde gronden omvatten:

„d) [het behoren tot] een specifieke sociale groep, waarvan met name sprake is wanneer:

— leden van de groep een aangeboren kenmerk vertonen of een gemeenschappelijke achtergrond hebben die niet gewijzigd kan worden, of een kenmerk of geloof delen dat voor de identiteit of de morele integriteit van de betrokkenen dermate fundamenteel is, dat van de betrokkenen niet mag worden geëist dat zij dit opgeven, en

— de groep in het betrokken land een eigen identiteit heeft, omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd.

[...];

e) het begrip ‚politieke overtuiging’ houdt met name in dat de betrokkene een opvatting, gedachte of mening heeft betreffende een aangelegenheid die verband houdt met de in artikel 6 genoemde actoren van vervolging en hun beleid of methoden, ongeacht of de verzoeker zich in zijn handelen door deze opvatting, gedachte of mening heeft laten leiden.”

17 — Artikel 7, lid 1.

18 — Artikel 7, lid 2.

19 — De rechten die volgens artikel 15, lid 2, EVRM onaantastbaar zijn, zijn het recht op leven (artikel 2), het verbod van foltering, slavernij en dwangarbeid (respectievelijk artikel 3 en artikel 4) en het recht om niet gestraft te worden zonder voorafgaande strafbepaling (artikel 7).

20 — Artikel 9, lid 1.

21 — Artikel 9, lid 2, sub b.

22 — Artikel 9, lid 2, sub c.

23 — Artikel 9, lid 2, sub e. De Engelse versie van die bepaling spreekt niet van „the *commission* of crimes or acts” [„het *plegen* van strafbare feiten of handelingen”] – ik vind het gebruik van het woord „include” in de Engelse tekst vreemd. De Franse tekst bepaalt: „[...] en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d’accomplir des actes [...]” Dat geeft mijns inziens de betekenis van die bepaling beter weer. Zie verder de punten 35 en 37 hierna.

24 — Artikel 9, lid 3.

16. Een onderdaan van een derde land wordt uitgesloten van de werkingssfeer van de erkenningsrichtlijn wanneer hij onder artikel 12 ervan valt. De voor de onderhavige zaak relevante uitsluitingsgrond is die van artikel 12, lid 2, die de bewoordingen van artikel 1F van het Verdrag van Genève weerspiegelt. Een persoon is derhalve uitgesloten van de bescherming van de richtlijn wanneer er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat hij „een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid heeft begaan, zoals omschreven in de internationale overeenkomsten die zijn opgesteld om bepalingen met betrekking tot deze misdrijven in het leven te roepen”. [25] Artikel 12, lid 2, „is van toepassing op personen die aanzetten tot of anderszins deelnemen aan de in dat lid genoemde misdrijven of daden”. [26]

17. De lidstaten verlenen de vluchtelingenstatus aan een onderdaan van een derde land die overeenkomstig de hoofdstukken II en III van de erkenningsrichtlijn als vluchteling wordt erkend. [27]

Nationale bepalingen

18. Volgens de toelichting van de verwijzende rechter zijn de nationale bepalingen betreffende de definitie van „vluchteling” afgeleid van artikel 1A, sub 2, van het Verdrag van Genève. Personen vallen buiten deze definitie wanneer er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat er sprake is van een van de gronden van artikel 1F van dat Verdrag. [28]

19. Het Duitse recht verbiedt de uitzetting van een persoon naar een staat waar zijn leven of vrijheid wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep, of zijn politieke overtuiging wordt bedreigd. Wanneer deze dreigingen uitgaan van de staat leveren zij vervolging op in de zin van de relevante nationale bepalingen. [29]

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

20. In de inleiding van deze conclusie heb ik de feiten van Shepherds situatie weergegeven als blijkend uit de verwijzingsbeslissing.

21. Bij beslissing van 31 maart 2011 heeft het Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (federale dienst voor migratie en vluchtelingen; hierna: „Bundesamt”) het asielverzoek van Shepherd afgewezen met de volgende motivering: i) er bestaat geen grondrecht op dienstweigering wegens gewetensbezwaren; ii) Shepherd had de militaire dienst op legale wijze kunnen verlaten; iii) hij valt niet binnen de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, juncto artikel 12 van de erkenningsrichtlijn. Die richtlijn vooronderstelt dat met het internationale recht strijdige daden zijn gepleegd in het betrokken conflict. Dergelijke schendingen worden door het Amerikaanse leger niet getolereerd en zeker niet aangemoedigd. Shepherd was slechts een helikoptertechnicus en is niet rechtstreeks bij gevechtshandelingen betrokken geweest. Er zijn geen aanwijzingen dat hij indirect aan oorlogsmisdrijven heeft deelgenomen en/of dat „zijn” helikopters bij dergelijke misdrijven zijn ingezet. Zelfs al zou hij indirect bij dergelijke misdrijven betrokken zijn geweest, dan zou dat onvoldoende zijn voor de vaststelling van zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid in de zin van artikel 25 van het Statuut van Rome van het Internationaal Strafhof. [30] Wat een eventueel misdrijf tegen de vrede betreft, kan

25 — Artikel 12, lid 2, sub a. De bewoordingen van artikel 12, lid 2, sub b en c, stemmen overeen met die van artikel 1F, sub b en c, van het Verdrag van Genève. Zie voetnoot 7 hiervóór.

26 — Artikel 12, lid 3.

27 — Artikel 13.

28 — Zie § 3, leden 1 en 2, van het Asylverfahrensgesetz (wet op de asielprocedure).

29 — § 60, lid 1, van het Aufenthaltsgesetz (wet betreffende het verblijf van vreemdelingen).

30 — Het Statuut van Rome van het Internationaal Strafhof, ondertekend te Rome op 17 juli 1998, is in werking getreden op 1 juli 2002 (hierna: „Statuut van Rome”). De verwijzende rechter zet uiteen dat deelneming aan het plegen van een strafbaar feit naar het oordeel van het Bundesamt in het algemeen vereist dat de betrokken daad is gepleegd met opzet en kennis (zie artikel 30 van het Statuut van Rome).

Shepherd, of de inval in Irak nu al dan niet in strijd was met het internationale recht, bovendien niet als „pleger" worden aangemerkt, aangezien hij niet tot het hogere militaire personeel behoort. Bovendien was de inzet van de coalitiestrijdkrachten in Irak reeds tijdens Shepherds eerste missie naar Irak volkenrechtelijk gelegitimeerd.

22. Tot slot was het Bundesamt van oordeel dat, voor zover Shepherd door de autoriteiten van de VS kon worden vervolgd wegens niet-nakoming van zijn militaire dienstplicht, met name wegens desertie, hier slechts sprake zou zijn van een in beginsel legitiem belang daarbij van dat land.

23. Op 7 april 2011 heeft Shepherd tegen de beslissing van het Bundesamt beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. Het Bundesamt had zijns inziens het vizier ten onrechte op het begrip *daad* van vervolging gericht en daarbij het begrip *gronden* van vervolging veronachtzaamd. Het zou ten onrechte internationaalstrafrechtelijke beginselen hebben toegepast op een asielverzoek. Het had daarom ten onrechte geconcludeerd dat een dienstweigeraar alleen dan de vluchtelingenstatus kan worden toegekend indien hij „buiten redelijke twijfel" kan aantonen dat hij zich, wanneer hij in het leger was gebleven, schuldig zou hebben gemaakt aan het plegen van een internationaal misdrijf. De verwijzende rechter zet uiteen dat Shepherds verzoek is gebaseerd op vrees voor vervolging in de zin van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn en dat hij zich op twee gronden van vervolging beroept: i) het behoren tot een sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, en/of ii) zijn politieke overtuiging in de zin van artikel 10, lid 1, sub e. Ter terechtzitting is het Hof meegedeeld dat Shepherd zich uitsluitend beroept op artikel 10, lid 1, sub d.[31]

24. Tegen deze achtergrond verzoekt het Verwaltungsgericht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 9, lid 2, sub e, van [de erkenningsrichtlijn] aldus worden uitgelegd dat voor de daarin bedoelde bescherming enkel personen in aanmerking komen wier concrete militaire taken de rechtstreekse deelneming aan gevechtshandelingen, dus gewapend optreden, omvatten dan wel die het bevel tot gewapend optreden kunnen geven (alternatief 1), of kan die bescherming zich ook uitstrekken tot andere leden van de strijdkrachten, wier taken beperkt blijven tot de logistieke en technische ondersteuning van de troepen buiten de eigenlijke gevechtsactie en slechts indirect van invloed zijn op de eigenlijke gevechtshandelingen (alternatief 2)?

2) Indien de eerste vraag in de zin van het tweede alternatief wordt beantwoord:

Moet artikel 9, lid 2, sub e, van [de erkenningsrichtlijn] aldus worden uitgelegd dat het vervullen van militaire dienst tijdens een (internationaal of nationaal) conflict in overwegende mate of stelselmatig het plegen van misdrijven of handelingen in de zin van artikel 12, lid 2, van deze richtlijn dan wel het aanzetten daartoe moet inhouden (alternatief 1), of volstaat het dat de asielzoeker aantoont dat de strijdkrachten waartoe hij behoort, zich in het gebied waar zij zijn ingezet incidenteel schuldig hebben gemaakt aan misdrijven in de zin van artikel 12, lid 2, sub a, van [de erkenningsrichtlijn], waarbij het zowel om specifieke militaire acties als om excessen van individuele personen kan gaan (alternatief 2)?

3) Indien de tweede vraag in de zin van het tweede alternatief wordt beantwoord:

Wordt vluchtelingenbescherming enkel verleend indien met een grote mate van waarschijnlijkheid en dus buiten redelijke twijfel valt te verwachten dat ook in de toekomst schendingen van het internationaal humanitair recht zullen plaatsvinden, of volstaat het dat de

31 — Zie verder de punten 47-60 hierna.

asielzoeker aannemelijk weet te maken dat het concrete conflict (onvermijdelijk of waarschijnlijk) met dergelijke misdrijven gepaard zal gaan en dat daarom niet valt uit te sluiten dat hij daarbij betrokken zou kunnen raken?

4) Sluit het feit dat schendingen van het internationaal humanitair recht door de militaire rechter niet worden getolereerd dan wel worden bestraft, het verlenen van vluchtelingenbescherming overeenkomstig artikel 9, lid 2, sub e, van [de erkenningsrichtlijn] uit, of speelt deze omstandigheid geen rol?

   Dient er zelfs een vervolging voor het Internationaal Strafhof te hebben plaatsgevonden?

5) Staat het feit dat de troepeninzet en de bezettingssituatie de instemming van de internationale gemeenschap hebben of op een mandaat van de VN-Veiligheidsraad berusten, aan toekenning van de vluchtelingenstatus in de weg?

6) Is het een voorwaarde voor het verlenen van vluchtelingenbescherming overeenkomstig artikel 9, lid 2, sub e, van [de erkenningsrichtlijn] dat de asielzoeker bij het vervullen van zijn dienstplicht conform het Statuut inzake het Internationaal Strafhof zou kunnen worden veroordeeld (alternatief 1), of wordt vluchtelingenbescherming reeds verleend ook al is die drempel niet bereikt en heeft de asielzoeker dus geen strafrechtelijke vervolging te vrezen, maar kan hij desondanks de vervulling van zijn militaire dienst niet met zijn geweten in overeenstemming brengen (alternatief 2)?

7) Indien de zesde vraag in de zin van het tweede alternatief wordt beantwoord:

   Sluit het feit dat de asielzoeker de mogelijkheid om een reguliere dienstweigeringsprocedure te volgen, niet heeft benut, hoewel hij daartoe de gelegenheid heeft gehad, de toekenning van de vluchtelingenstatus overeenkomstig bovengenoemde bepalingen uit, of kan vluchtelingenbescherming ook worden verleend als er sprake is van een actuele gewetensbeslissing?

8) Vormen een oneervol ontslag uit het leger, de oplegging van een vrijheidsstraf en een daaraan gerelateerde maatschappelijke uitsluiting en achterstelling een daad van vervolging in de zin van artikel 9, lid 2, sub b of sub c, van [de erkenningsrichtlijn]?”

25. Shepherd, Duitsland, Griekenland, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van Nederland hebben alle partijen ter terechtzitting van 25 juni 2014 hun standpunten mondeling toegelicht.

Opmerkingen vooraf

26. Hoewel de omstandigheden die ten grondslag liggen aan het asielverzoek van Shepherd aanleiding zouden kunnen geven tot verderstrekkende vragen, bijvoorbeeld over het snijvlak tussen het Unierecht en het internationale recht, heeft de verwijzende rechter zich in zijn prejudiciële verzoek beperkt tot vragen met een engere strekking. Hij wenst in wezen te vernemen of artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn in casu van toepassing is en, zo ja, hoe het asielverzoek moet worden beoordeeld. Volgens artikel 9, lid 2, sub e, kan een daad als een daad van „vervolging” worden aangemerkt, wanneer een persoon kan worden vervolgd of bestraft wegens de weigering militaire dienst te vervullen tijdens een conflict, wanneer het vervullen van die dienst het plegen van bepaalde handelingen inhoudt, waaronder misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de

menselijkheid in de zin van artikel 12, lid 2, van die richtlijn. Mijns inziens kan het Hof bij zijn antwoord aan de verwijzende rechter beter afzien van een onderzoek van de verderstrekkende vragen, die ter terechtzitting niet genoegzaam aan bod zijn gekomen, en ik zal ze in deze conclusie ook niet bespreken.

27. Het Verdrag van Genève is een levend instrument dat naar hedendaagse opvattingen en in overeenstemming met internationaalrechtelijke ontwikkelingen moet worden geïnterpreteerd.[32] De Hoge Commissaris voor de vluchtelingen van de Verenigde Naties (hierna: „UNHCR") speelt een bijzondere rol in het kader van het Verdrag en biedt de lidstaten waardevolle aanwijzingen bij het vaststellen van de vluchtelingenstatus.[33] Het Verdrag van Genève vormt de hoeksteen van het internationale rechtsstelsel ter bescherming van vluchtelingen, en de erkenningsrichtlijn moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de algemene opzet en de doelstelling van dat Verdrag.[34] De uitlegging van de erkenningsrichtlijn moet voorts, zoals uit 78, lid 1, VWEU, volgt, steeds in overeenstemming zijn met het Verdrag van Genève alsmede met de andere toepasselijke verdragen en met de in het Handvest erkende rechten.[35]

28. Bovendien moet bij de uitlegging van de bepalingen van de erkenningsrichtlijn altijd rekening worden gehouden met de algemeen gangbare betekenis van de daarin gebruikte bewoordingen, alsmede met het doel en de systematiek en context ervan. Wat dit laatste punt betreft, geeft artikel 4 (in hoofdstuk II van de richtlijn) regels voor de beoordeling van verzoeken om internationale bescherming.[36] Dat beoordelingsproces tracht een evenwicht te bewerkstelligen. Echte vluchtelingen behoeven en verdienen bescherming, maar lidstaten moeten procedures kunnen toepassen om echte van valse asielzoekers te onderscheiden. Vanzelfsprekend moet rekening worden gehouden met het feit dat echte asielzoekers mensen zijn die vaak traumatische ervaringen hebben doorgemaakt. Toch zal elke individuele asielzoeker een duidelijk en geloofwaardig relaas moeten geven tot staving van zijn asielverzoek.

29. In het geval van Shepherd stelt de verwijzende rechter acht elkaar gedeeltelijk overlappende vragen. De voornaamste vraag is of een persoon in Shepherds positie zich op een daad van vervolging zoals beschreven in artikel 9, lid 2, sub e, kan beroepen tot staving van zijn verzoek om toekenning van de vluchtelingenstatus volgens de erkenningsrichtlijn. Ik zal mij daarom primair richten op de werkingssfeer van deze bepaling en het verband ervan met de in artikel 10, lid 1, sub d en e, genoemde „gronden van vervolging".

32 — Zie de inleidende aantekening van het Bureau van de Hoge Commissaris voor de vluchtelingen van de Verenigde Naties van december 2010 bij het Verdrag van Genève, en voorts artikel 35 van het Verdrag van Genève, de artikelen 8, lid 2, sub b, en 21 van de procedurerichtlijn en overweging 15 van de erkenningsrichtlijn. De UNHCR heeft nuttige documenten uitgebracht, waaronder de richtsnoeren inzake internationale bescherming nr. 10 betreffende de beoordeling van asielaanvragen in verband met de militaire dienst in het kader van artikel 1A, sub 2, van het Verdrag van Genève (hierna: „UNHCR-richtsnoeren nr. 10") en richtsnoeren voor de toepassing van de uitsluitingsbepalingen: artikel 1F van het Verdrag van Genève (hierna: „UNHCR-richtsnoeren inzake de uitsluitingsbepalingen"). Deze documenten zijn juridisch niet bindend; dit neemt echter niet weg dat zij de uitdrukking vormen van vaststaande beginselen van internationaal recht.

33 — Zie overweging 15 van de erkenningsrichtlijn.

34 — Arresten Salahadin Abdulla e.a., C-175/08, C-176/08, C-178/08 en C-179/08, EU:C:2010:105, punt 52; Y en Z, C-71/11 en C-99/11, EU:C:2012:518, punt 47, en X, C-199/12–C-201/12, EU:C:2013:720, punt 39.

35 — Arrest X, EU:C:2013:720, punt 40. Zie ook artikel 10 van het Handvest.

36 — De in artikel 4, lid 1, genoemde elementen zijn gedetailleerd vermeld in artikel 4, lid 2, van de erkenningsrichtlijn. Zie ook arrest M.M., C-277/11, EU:C:2012:744, punt 73.

Eerste vraag

30. Met zijn eerste vraag verzoekt de verwijzende rechter om uitsluitsel over de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn, met name over de betekenis van de woorden „wanneer *het vervullen van militaire dienst* strafbare feiten of handelingen *inhoudt* die onder de uitsluitingsclausule van artikel 12, lid 2, vallen." [37] Vallen alleen personen die rechtstreeks aan gevechtshandelingen deelnemen onder die bepaling of strekt zij zich uit tot alle dienstdoend militair personeel, met inbegrip van degenen die logistieke en technische ondersteuning bieden, zoals een helikoptertechnicus?

Artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn

31. Shepherd, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn van mening dat alle militair personeel binnen de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn valt. Griekenland interpreteert de vraag echter anders. Het meent dat de verwijzende rechter het Hof vraagt in hoeverre de persoon die om toekenning van de vluchtelingenstatus verzoekt, bij het plegen van daden zoals oorlogsmisdrijven betrokken moet zijn om zijn individuele verantwoordelijkheid voor dergelijke daden aan te tonen. Nederland merkt op dat personeel in ondersteunende functies in het algemeen niet deelneemt aan militaire acties of gevechtshandelingen. Of het van mening is dat dit personeel niettemin binnen de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, kan vallen is niet geheel duidelijk.

32. Naar mijn mening geldt artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn voor alle militair personeel, inclusief logistiek en ondersteunend personeel, zoals een helikopteronderhoudsmonteur.

33. Voor de kwalificatie van een bepaalde categorie „daden van vervolging" verwijst artikel 9, lid 2, sub e, uitdrukkelijk naar artikel 12, lid 2, van de erkenningsrichtlijn, dat in samenhang met artikel 12, lid 3, moet worden gelezen. [38] Niets in de tekst van de erkenningsrichtlijn beperkt de zinsnede „wanneer het vervullen van militaire dienst [...] inhoudt" tot gevechtstroepen. De duidelijke bewoordingen van artikel 12, lid 3 („anderszins deelnemen aan"), bevestigen dat personen die niet rechtstreeks bij het plegen van de specifieke handelingen van artikel 12, lid 2, betrokken zijn, op grond van die bepaling niettemin van de bescherming overeenkomstig de erkenningsrichtlijn kunnen zijn uitgesloten. Wanneer artikel 9, lid 2, sub e, in samenhang met artikel 12, leden 2 en 3, moet worden gelezen, kan de specifieke functie, titel of functiebeschrijving van de betrokken persoon derhalve niet bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of hij vreest voor een daad van vervolging in de zin van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn.

34. Het strookt bovendien met het overkoepelende doel van de erkenningsrichtlijn, namelijk het identificeren van de personen die door omstandigheden worden gedwongen bescherming te zoeken in de Europese Unie en werkelijk bescherming behoeven, om ondersteunend personeel binnen de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, te laten vallen. [39] Wanneer iemand kan aantonen dat hij door het vervullen van militaire dienst betrokken zou raken bij het plegen van een van de in artikel 12, lid 2, van de richtlijn als redenen voor uitsluiting genoemde daden, is er geen plausibele reden om hem uit te sluiten van de werkingssfeer van artikel 9, lid, 2 sub e, van de erkenningsrichtlijn (er is juist alle reden om aan te nemen dat hij werkelijk bescherming behoeft).

37 — Cursivering van mij.

38 — Artikel 12, lid 3, bepaalt dat lid 2 van dat artikel van toepassing is op personen die aanzetten tot of anderszins deelnemen aan de in dat lid genoemde misdrijven of daden.

39 — Zie de overwegingen 1 en 6 van de erkenningsrichtlijn.

35. Ik zie bovendien niet in waarom iemand zich niet mag of zou mogen beroepen op artikel 9, lid 2, sub e, van de richtlijn omdat hij als vrijwilliger dienst doet en niet als beroepsmilitair. De bewoordingen „de weigering militaire dienst te vervullen" zijn ruim genoeg om iedereen in de militaire dienst te omvatten. Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de wijze waarop de betrokkene in dienst is getreden. Dat is derhalve irrelevant.

36. De volgende stap in de analyse is hachelijker. Wordt de betrokken persoon tot deelneming aan het plegen van daden zoals de in artikel 12, lid 2, van de erkenningsrichtlijn genoemde oorlogsmisdrijven gebracht? Om die vraag te beantwoorden moeten de voorwaarden van artikel 12, lid 2, worden beoordeeld vanuit het perspectief van artikel 9, lid 2, sub e. Artikel 9, lid 2, sub e, vereist een beoordeling vooraf van de situatie van de verzoeker, en dus van de waarschijnlijkheid van een te plegen daad. Artikel 12, lid 2, heeft betrekking op een beoordeling achteraf van reeds gepleegde daden.

37. Om te beginnen komt het mij voor dat artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn waar het spreekt van „would include crimes or acts falling under the exclusion clauses as set out in Article 12(2)" [„strafbare feiten of handelingen inhoudt die onder de uitsluitingsclausule van artikel 12, lid 2, vallen"] aldus moet worden opgevat dat de betrokken persoon door het vervullen van militaire dienst zou aanzetten tot of anderszins zou deelnemen aan het plegen van dergelijke daden. Die uitlegging is in overeenstemming met en wordt ondersteund door de Franse tekst van artikel 9, lid 2, sub e, van de richtlijn: „en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes".[40] Het accent ligt op hetgeen het vervullen van militaire dienst tot gevolg heeft of *kan* hebben. In de tweede plaats duidt het woord „would" erop dat het plegen van daden zoals genoemd in artikel 12, lid 2, afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de betrokkene zijn militaire dienst vervult.[41] In de derde plaats wijst „would" er ook op dat hij dergelijke daden nog niet heeft gepleegd. Het verwijst derhalve naar mogelijke toekomstige handelingen en niet naar daden in het verleden.

38. Deze beoordeling verschilt dus wezenlijk van het ex-postonderzoek dat wordt verricht wanneer ofwel strafvervolging wordt ingesteld ofwel een lidstaat wil aantonen dat een bepaalde persoon moet worden uitgesloten van de door de erkenningsrichtlijn geboden bescherming omdat hij tot de door artikel 12, lid 2, uitgesloten categorie behoort. Artikel 9, lid 2, sub e, kan niet in redelijkheid aldus worden uitgelegd dat de aanvrager van de vluchtelingenstatus moet aantonen dat hij binnen de werkingssfeer van artikel 12, lid 2, valt. Zou hij dat kunnen, dan zou hij per definitie niet voor bescherming in aanmerking komen.

39. Artikel 12, lid 2, van de erkenningsrichtlijn is afgeleid van artikel 1F van het Verdrag van Genève. Alleen artikel 12, lid 2, sub a, acht ik relevant voor Shepherds zaak. Ik zal kort uiteenzetten waarom.

40. Artikel 12, lid 2, sub b, van de richtlijn heeft betrekking op personen die een „ernstig, niet-politiek misdrijf" hebben begaan. De verwijzingsbeslissing bevat geen aanwijzingen dat Shepherd tot die categorie behoort. Artikel 12, lid 2, sub b, behoeft dus niet verder te worden onderzocht. Artikel 12, lid 2, sub c, heeft betrekking op personen die zich schuldig hebben gemaakt aan handelingen welke in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties.[42] Alleen personen die een machtspositie hebben bekleed in een staat of een op een staat gelijkende entiteit kunnen naar mijn oordeel dergelijke handelingen plegen. Een dergelijke positie bekleedde Shepherd niet.

40 — Zie voetnoot 23 hiervóór.

41 — De erkenningsrichtlijn is goedgekeurd op 29 april 2004. Ten tijde van de vaststelling ervan waren de officiële talen van de Europese Unie het Deens, Nederlands, Engels, Frans, Fins, Duits, Grieks, Italiaans, Portugees, Spaans en Zweeds. Artikel 9, lid 2, sub e, is in deze talen in de voorwaardelijke wijs gesteld (zij het niet in elke taalversie; in de Nederlandse bijvoorbeeld wordt de aantonende wijs gebruikt).

42 — De doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties (hierna: „VN") zijn neergelegd in hoofdstuk I van het VN-Handvest (Handvest van de Verenigde Naties en Statuut van het Internationale Gerechtshof, ondertekend op 26 juni 1945 te San Francisco; hierna: „VN-Handvest"). Die beginselen houden voor alle leden van de VN in dat zij elkaars soevereine gelijkheid erkennen, hun internationale geschillen langs vreedzame weg tot een oplossing brengen en zich onthouden van bedreiging met of het gebruik van geweld in hun internationale betrekkingen (artikel 2 van het VN-Handvest).

41. Om derhalve terug te komen op artikel 12, lid 2, sub a: de daden die in deze bepaling worden genoemd stemmen overeen met die in artikel 1F, sub a, van het Verdrag van Genève. Zij omvatten misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid, zoals omschreven in de internationale overeenkomsten die zijn opgesteld om bepalingen met betrekking tot deze misdrijven in het leven te roepen (zij worden niet afzonderlijk gedefinieerd in de richtlijn).

42. Het Handvest van het Internationaal Militair Tribunaal [43] definieert „misdaad tegen de vrede" als het plannen, voorbereiden, beginnen, of voeren van een agressieoorlog, of een oorlog in strijd met internationale verdragen of andere overeenkomsten. Een dergelijk misdrijf kan naar zijn aard slechts worden gepleegd door hooggeplaatste leidinggevenden die een staat of een op een staat gelijkende entiteit vertegenwoordigen. [44] Shepherd heeft nooit een dergelijke positie gehad. Het is derhalve niet waarschijnlijk dat hij het risico had kunnen lopen een dergelijke daad te plegen. Tot de „misdrijven tegen de menselijkheid" behoren onder meer daden zoals genocide, moord, verkrachting en foltering, indien gepleegd als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking. [45] Aangezien de verwijzingsbeslissing geen feitelijke vaststellingen dienaangaande bevat, ga ik hier niet verder op in. [46]

43. Het begrip „oorlogsmisdrijven" wordt in een aantal internationale instrumenten gedefinieerd. [47] Tot die daden behoren onder meer ernstige schendingen van regels van het internationale humanitaire recht die erop zijn gericht personen die niet of niet langer rechtstreeks deelnemen aan de vijandelijkheden te beschermen en de middelen en methoden van oorlogvoering te beperken. Het opzettelijk doden en folteren van burgers worden algemeen als oorlogsmisdrijf erkend. [48] Uit de informatie in de verwijzingsbeslissing blijkt dat die categorie (en alleen die categorie) vermeende oorlogsmisdrijven relevant is in het geval van Shepherd.

44. Ik heb reeds geconcludeerd dat militair personeel dat niet rechtstreeks deelneemt aan gevechtshandelingen niet van de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn is uitgesloten. Of dergelijke personen door het vervullen van hun militaire taken oorlogsmisdrijven zouden plegen, is een feitelijke kwestie die door de bevoegde nationale rechterlijke autoriteiten moet worden beoordeeld. Die beoordeling is moeilijk, omdat die autoriteiten daartoe moeten oordelen over daden en de gevolgen van handelingen die nog niet hebben plaatsgevonden. De vraag is dan: Is het aannemelijk dat de daden van de betrokken persoon het plegen van oorlogsmisdrijven mogelijk *zouden* maken? [49]

45. Het Hof kan de nationale autoriteiten in redelijkheid geen uitputtende toepassingscriteria aanreiken. In een herenkapsalon op een Amerikaanse militaire basis werkzaam militair personeel dat ervoor zorgt dat alle militairen van het standaardkapsel worden voorzien, staat bijvoorbeeld ver af van gevechtshandelingen en zal dus niet snel een dergelijke band kunnen aantonen. Iemand die vliegtuigen met bommen uitrust of gevechtsvliegtuigen onderhoudt, zal echter gemakkelijker kunnen aantonen dat zijn taak rechtstreeks verband houdt met dergelijke operaties en dus met de mogelijkheid dat oorlogsmisdrijven worden gepleegd. In dat opzicht staat een militair die een vliegtuig of helikopter bestuurt of bemant, van waaruit een raket wordt afgevuurd of een machinegeweer wordt afgeschoten op een groep burgervluchtelingen, duidelijk dichterbij in de keten van gebeurtenissen die leidt tot het

43 — Handvest van het Internationaal Militair Tribunaal, ondertekend te Londen op 8 augustus 1945.

44 — Zie bijvoorbeeld de UNHCR-richtsnoeren inzake uitsluitingsclausules, punt 11.

45 — Zie bijvoorbeeld de UNHCR-richtsnoeren inzake uitsluitingsclausules, punt 13.

46 — De verwijzende rechter wijst erop dat Shepherd de oorlog in Irak in strijd achtte met het internationale recht (zie punt 3 hiervóór). Het staat niet aan het Hof of de nationale autoriteiten om zich uit te spreken over de rechtmatigheid van die oorlog in de zaak Shepherd. Dat is nog steeds een punt van discussie tussen deskundigen op het gebied van het internationale recht en de politieke leiders. Op 16 september 2004 heeft Kofi Annan (de toenmalige secretaris-generaal van de VN) verklaard dat de inval in Irak in strijd was met het VN-Handvest. Nadien is echter een aantal resoluties van de VN-Veiligheidsraad inzake Irak aangenomen.

47 — Zie overweging 11 van de erkenningsrichtlijn. Zie voorts artikel 8 van het Statuut van Rome.

48 — Zie bijvoorbeeld punt 12 van de UNHCR-richtsnoeren inzake uitsluitingsclausules.

49 — Zie punt 37 hiervóór.

plegen van een oorlogsmisdrijf dan degene die het vliegtuig of de helikopter heeft toegerust en ervoor heeft gezorgd dat het gevechtsklaar was. Dat betekent echter nog niet dat de onderhoudstechnicus niet „betrokken" kan zijn „bij" (of waarschijnlijk niet betrokken zal kunnen worden bij) het plegen van dat misdrijf.

46. In wezen moeten de nationale autoriteiten mijns inziens onderzoeken of er sprake is van een rechtstreeks verband tussen de daden van de betrokkene en de redelijke waarschijnlijkheid dat oorlogsmisdrijven kunnen worden gepleegd, waardoor de betrokkene medeplichtig zou kunnen worden aan het plegen van oorlogsmisdrijven omdat zijn handelingen een noodzakelijk element van die misdrijven bevatten. In wezen gaat het om de vraag of de oorlogsmisdrijven of daden zonder die bijdrage of alle bijdragen van individuen in de positie van de betrokkene, niet zouden kunnen worden gepleegd.

Erkenning als vluchteling

47. Aan een persoon die een gegronde vrees voor vervolging heeft, bijvoorbeeld wegens het behoren tot een bepaalde sociale groep (artikel 10, lid 1, sub d) of zijn politieke overtuiging (artikel 10, lid 1, sub e), en voldoet aan de voorwaarden van artikel 2, sub c, van de erkenningsrichtlijn, wordt de vluchtelingenstatus verleend.[50] Er moet een verband zijn tussen de in artikel 10 genoemde gronden en de in artikel 9 van de erkenningsrichtlijn omschreven daden van vervolging. Volgens de verwijzende rechter is Shepherds verzoek om toekenning van de vluchtelingenstatus gebaseerd op artikel 9, lid 2, sub e, juncto artikel 10, lid 1, sub d en e. De raadsman van Shepherd heeft echter ter terechtzitting verklaard dat de zaak uitsluitend aanhangig werd gemaakt op basis van de artikelen 9, lid 2, sub e, en 10, lid 1, sub d (met andere woorden, dat geen beroep werd gedaan op artikel 10, lid 1, sub e). De verwijzende rechter heeft het Hof niet verzocht om uitlegging van artikel 10, lid 1, sub d, van de erkenningsrichtlijn. Ik acht het niettemin noodzakelijk ook die bepaling te onderzoeken, gelet op Shepherds verklaringen ter terechtzitting.

48. Shepherd valt mijns inziens duidelijk binnen de werkingssfeer van artikel 10, lid 1, sub e, van de erkenningsrichtlijn. Het begrip politieke overtuiging houdt in dat de betrokkene een opvatting, gedachte of mening heeft betreffende een aangelegenheid die verband houdt met een staat en zijn beleid of methoden. Hieronder valt stellig de overtuiging dat iemand geen militaire dienst kan vervullen in een conflict indien dat zou kunnen leiden tot het plegen van oorlogsmisdrijven.

49. Met betrekking tot artikel 10, lid 1, sub d (het behoren tot een bepaalde sociale groep), liggen de zaken echter minder duidelijk.

50. Shepherd betoogt dat zijn overtuiging dat deelneming aan de oorlog in Irak het risico inhield dat hij in artikel 12, lid 2, genoemde daden zou plegen, dermate fundamenteel voor zijn morele integriteit is dat niet van hem mag worden geëist dat hij er tegenin gaat (hij valt aldus onder het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d), en dat hij derhalve behoort tot een groep die een eigen identiteit heeft in de Verenigde Staten, omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd (in de zin van het tweede streepje van artikel 10, lid 1, sub d).

51. Of dit zo is, hangt af van een aantal factoren.

52. Het begrip „gewetensbezwaarde" komt niet voor in de tekst van artikel 10, lid 1, van het Handvest, die artikel 9, lid 1, EVRM op de voet volgt. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft niettemin geoordeeld dat gewetensbezwaar tegen militaire dienst – wanneer dit zijn grond vindt in een ernstig en onoverkomelijk conflict tussen de plicht de militaire dienst te vervullen en iemands geweten – een voldoende valide, ernstige, coherente en relevante overtuiging is om door artikel 9,

50 — Zie artikel 13 van de erkenningsrichtlijn.

lid 1, EVRM te worden beschermd.[51] Artikel 10, lid 1, van het Handvest moet derhalve op overeenkomstige wijze worden uitgelegd. Artikel 10, lid 2, van het Handvest benoemt en erkent het recht op dienstweigering op grond van gewetensbezwaren volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen.[52]

53. Het begrip „dienstweigering op grond van gewetensbezwaren" heeft echter meer dan één betekenis. Pacifisten (zoals Quakers), die absolute bezwaren hebben tegen militair optreden, vallen eronder.[53] Ook kan het betrekking hebben op personen die op juridische, ethische of politieke gronden gewetensbezwaren hebben tegen een bepaalde oorlog of de middelen en methoden verwerpen waarmee die oorlog wordt gevoerd.

54. Het is mij duidelijk dat degenen die absolute bezwaren hebben tegen militair optreden gemakkelijk geacht kunnen worden „een kenmerk of geloof [te] delen dat voor de identiteit of de morele integriteit van de betrokkenen dermate fundamenteel is, dat van de betrokkenen niet mag worden geëist dat zij dit opgeven" in de zin van het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d. Hun standpunt is duidelijk en ondubbelzinnig. Zij zijn onder geen voorwaarde bereid het gebruik van geweld te overwegen. Omdat hun standpunt zo glashelder is, is het onmiddellijk geloofwaardig.

55. Personen met genuanceerdere bezwaren tegen het gebruik van geweld bevinden zich in een lastiger parket. Datgene waartegen zij precies gewetensbezwaren hebben kan van persoon tot persoon verschillen. De een kan bezwaar hebben tegen een bepaalde oorlog, de ander tegen de middelen en methoden die in een bepaald conflict worden ingezet, en een derde kan dienst weigeren om redenen van zeer persoonlijke aard omdat van hem wordt verlangd dat hij in het geweer komt tegen zijn eigen etnische groep. Omdat er geen sprake is van een absoluut maar slechts partieel bezwaar tegen het gebruik van geweld, is het voor deze personen verhoudingsgewijs moeilijker hard te maken dat hun individuele standpunt geloofwaardig is en dat hun individuele bezwaar wordt ingegeven door hun geweten en principes en niet door gemakzucht. Het kan voor hen dus problematischer zijn hun aanspraak op de toepassing van het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d, te substantiëren.

56. Het tweede streepje van artikel 10, lid 1, sub d, levert mijns inziens minder problemen op. Begripsmatig is het uiterst plausibel dat zowel degenen die absolute bezwaren hebben tegen het gebruik van geweld als degenen die genuanceerdere bezwaren hebben, (afzonderlijk of tezamen) een groep vormen die „in het betrokken land een eigen identiteit heeft" (in casu de VS) „omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd". Of dit inderdaad het geval is, staat ter beoordeling van de bevoegde autoriteiten op basis van de overgelegde bewijzen, onder toezicht van de nationale rechters.

57. Valt Shepherd bij toetsing aan die criteria onder de twee (cumulatieve) streepjes van artikel 10, lid 1, sub d?

58. Volgens de verwijzende rechter heeft Shepherd geen absolute bezwaren tegen militair optreden. Hij was als vrijwilliger in dienst van het Amerikaanse leger. Hij wijst het gebruik van gewapend geweld niet volledig af. Zijn betoog is veeleer dat hij bezwaar heeft tegen het voeren van een bepaalde oorlog op een bepaalde wijze (een wijze die volgens hem het plegen van oorlogsmisdrijven inhield en/of in de toekomst kan inhouden), en dat hij vreesde zelf bij een dergelijke activiteit betrokken te raken wanneer hij in dienst was gebleven en de bevelen tot een nieuwe inzet in Irak had opgevolgd.

51 — Arrest EHRM, Bayatyan/Armenië [Grote kamer], nr. 23459/03, § 110.

52 — Of artikel 10, lid 2, van het Handvest relevant is voor de zaak Shepherd hangt dus af van de nationale wetten van de lidstaten inzake dienstweigering op grond van gewetensbezwaren (in casu Duitsland, waar hij om asiel heeft verzocht). Dat moet door de bevoegde autoriteiten, onder toezicht van de nationale rechters, worden beoordeeld. Zie met betrekking tot de positie van Shepherd als onderdaan van de VS en voormalig lid van de Amerikaanse krijgsmacht, de punten 74 en 75 hierna.

53 — Zie bijvoorbeeld punt 3 van de UNHCR-richtsnoeren nr. 10.

59. De nationale autoriteiten moeten om te beginnen vaststellen of Shepherd moet worden gekwalificeerd als gewetensbezwaarde dienstweigeraar of als deserteur. Daartoe moeten zij in aanmerking nemen of Shepherd met betrekking tot het betrokken conflict een zodanig valide, ernstige, coherente en relevante overtuiging heeft dat hij binnen het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d, valt. Anders gezegd: is Shepherd gewoonweg een deserteur of heeft hij, zoals hij met klem stelt, gewetensbezwaren tegen het nog langer vervullen van militaire dienst in Irak? Indien de nationale autoriteiten tot het oordeel komen dat hij eenvoudigweg een deserteur is, is het zeer onwaarschijnlijk dat hij aanspraak kan maken op de toepassing van het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d. Aangezien aan beide streepjes van artikel 10, lid 1, sub d, moet zijn voldaan, doet het vervolgens niet ter zake of deserteurs uit de militaire dienst door de samenleving als één afzonderlijke groep worden beschouwd.

60. Indien de nationale autoriteiten daarentegen tot het oordeel komen dat Shepherd heeft geweigerd langer dienst te doen in Irak omdat er sprake was van een ernstig en onoverkomelijk conflict tussen de naar zijn redelijke verwachting aan die verplichting tot dienen verbonden gevolgen en zijn geweten, zou hij onder het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d, vallen. De nationale autoriteiten moeten dan onderzoeken of op basis van de gegevens waarover zij beschikken, redelijkerwijze kan worden aangenomen dat personen in de specifieke positie van Shepherd in de VS als afwijkend worden beschouwd en door de samenleving in het algemeen op een bepaalde manier worden behandeld. In dat geval zou ook zijn voldaan aan het tweede streepje van artikel 10, lid 1, sub d. Het Hof beschikt mijns inziens niet over voldoende informatie om op dit punt meer aanwijzingen te verschaffen.

Tweede vraag

61. De verwijzende rechter formuleert in deze vraag twee alternatieven. Is het voor de toepassing van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn vereist dat het betrokken conflict in overwegende mate of stelselmatig het plegen van misdrijven of handelingen in de zin van artikel 12, lid 2, van deze richtlijn inhoudt, of volstaat het dat de verzoeker aantoont dat de krijgsmacht waartoe hij behoort zich incidenteel schuldig heeft gemaakt aan dergelijke misdrijven?

62. Mijns inziens is geen van beide alternatieven bepalend voor het antwoord op de vraag of artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn al dan niet van toepassing is. Waar het om gaat is de waarschijnlijkheid dat de *verzoeker* zich schuldig dreigt te maken aan het plegen van oorlogsmisdrijven. De betrokkene moet aantonen waarom hij meent dat het risico bestaat dat hij zulke misdrijven pleegt wanneer hij zijn militaire taken zou vervullen.

63. In een conflict waarin dergelijke daden klaarblijkelijk reeds stelselmatig zijn gepleegd en de bewijzen daarvan zich in het publieke domein bevinden, kan het (relatief gezien) voor een verzoeker minder moeilijk zijn dit aan te tonen. Tenzij er sprake is van een beleidswijziging voordat hij in de oorlog wordt ingezet, kan hij op goede gronden stellen dat dergelijke daden vermoedelijk in de toekomst zullen worden gepleegd en dat hij erbij betrokken kan raken. Wanneer dergelijke daden beweerdelijk in een conflict zijn gepleegd in incidentele of opzichzelfstaande gevallen, staat een asielzoeker voor een moeilijkere opgave. Hij moet aantonen waarom hij het waarschijnlijk acht dat *zijn* handelingen, indien hij zijn militaire plichten zou vervullen, voor *hem* het risico inhouden betrokken te raken bij het plegen van oorlogsmisdrijven (het subjectieve element). Zo zal hij (bijvoorbeeld) moeten uitleggen waarom hij, gelet op de plaats waarnaar hij zou worden uitgezonden en de daden die hij zou moeten verrichten, redelijkerwijze kon aannemen dat hij medeplichtig zou worden aan het plegen van dergelijke misdrijven. Er is ook een objectief element: kan op basis van de beschikbare gegevens redelijkerwijze worden geconcludeerd dat de asielzoeker in die situatie kan komen te verkeren? Er moet dus worden beoordeeld of er objectieve redenen zijn om aan te nemen dat de persoon in kwestie betrokken kan raken bij het plegen van oorlogsmisdrijven.

Derde vraag

64. Het komt mij voor dat met het door mij in overweging gegeven antwoord op de tweede vraag noodzakelijkerwijze het antwoord op de derde vraag al is gegeven. Er hoeft niet buiten redelijke twijfel te worden aangetoond dat er sprake is van te verwachten schendingen van het internationale humanitaire recht.

Zesde vraag

65. Thans kan het beste de zesde vraag worden behandeld, waarmee de verwijzende rechter wenst te vernemen of het bij de beoordeling van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn rekening moet worden gehouden met de bepalingen van het Statuut van Rome van het Internationaal Strafhof (hierna: „ICC").

66. De bepalingen van het Statuut van het ICC zijn mijns inziens niet ter zake dienend. Artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn is niet gericht tot degenen die eventueel vervolgd kunnen worden voor het plegen van internationale misdrijven. Het strekt er integendeel toe bescherming te bieden aan personen die willen *voorkomen* dat zij zulke daden plegen bij het vervullen van hun militaire dienst. Het gaat rechtstreeks tegen dit doel in om de waarschijnlijkheid dat soldaat X met succes wordt vervolgd voor een oorlogsmisdrijf als criterium te hanteren voor de beslissing of hij als vluchteling moet worden beschermd omdat hij wil voorkomen in een positie terecht te komen waarin hij met succes *zou kunnen* worden vervolgd. Artikel 4 van de erkenningsrichtlijn beschrijft de feiten en omstandigheden voor de beoordeling van een verzoek om toekenning van de vluchtelingenstatus. Uiteindelijk moet in elk individueel geval worden getoetst of de aanspraak van de asielzoeker geloofwaardig is. De in het internationale strafrecht voor een succesvolle vervolging voor oorlogsmisdrijven gestelde eisen zijn geheel andere (zij zijn veel hoger) en spelen bij die beoordeling geen rol.[54]

Vierde vraag

67. De verwijzende rechter vraagt hiermee of de toekenning van de vluchtelingenstatus in bepaalde omstandigheden is uitgesloten. Hij vraagt met name a) of het feit dat de autoriteiten van het land waarvan de verzoeker de nationaliteit bezit oorlogsmisdrijven vervolgen, hem belet artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn in te roepen, en b) of een vervolging voor het ICC relevant is? In zijn toelichting suggereert de verwijzende rechter dat men gezien het bestaan van een dergelijk apparaat voor het vervolgen en bestraffen van degenen die oorlogsmisdrijven plegen, zou kunnen aannemen dat het niet waarschijnlijk is dat oorlogsmisdrijven worden gepleegd omdat zij door de betrokken staat niet worden getolereerd. Het loutere feit dat oorlogsmisdrijven worden vervolgd – zo wordt geredeneerd – betekent dat de staat bescherming biedt tegen vervolging in de zin van artikel 7 van de erkenningsrichtlijn.

68. Ik ben van mening dat beide vragen zonder meer ontkennend moeten worden beantwoord. Het bestaan van een nationaal of internationaal apparaat voor de vervolging van oorlogsmisdrijven kan in beginsel een afschrikkende werking hebben op het plegen van dergelijke misdrijven. Het is echter een triest maar onontkoombaar feit dat ondanks het bestaan van een dergelijk apparaat, in de hitte van het gevecht, soms wel degelijk oorlogsmisdrijven worden gepleegd[55] (zoals ook in beschaafde rechtsstelsels

54 — Ik wijs erop dat, aangezien de VS geen overeenkomstsluitende partij is bij het ICC, de bepalingen van het statuut van dat hof hoe dan ook geen toepassing kunnen vinden in het geval van Shepherd.

55 — Een berucht voorbeeld is het bloedbad van M Lai in de Vietnam-oorlog. Van de 26 VS-militairen die zijn vervolgd voor het plegen van misdrijven in M Lai is alleen luitenant William Calley Jr. veroordeeld. Recenter heeft de hoofdaanklager van het ICC zaken aanhangig gemaakt in verband met gebeurtenissen in Oeganda en de Democratische Republiek Congo. In laatstgenoemd geval is een veroordeling uitgesproken in de zaak Aanklager tegen Thomas Lubanga Dyilo.

het voorhanden zijn van wetten die verkrachting en moord strafbaar stellen en sanctioneren helaas niet garandeert dat mensen nooit worden verkracht of vermoord). Wil aan artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn enige waarde toekomen als middel om degenen die genoodzaakt dreigen te worden zich medeplichtig te maken aan het plegen van oorlogsmisdrijven, de mogelijkheid te bieden een veilig toevluchtsoord te vinden, dan moet het onafhankelijk functioneren van het bestaan en het gebruik van nationale of internationale apparaten voor de vervolging en bestraffing van oorlogsmisdrijven.

Vijfde vraag

69. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn kan worden ingeroepen ondanks het feit dat het militair optreden de instemming van de internationale gemeenschap heeft of op een mandaat van de VN-Veiligheidsraad berust.

70. Ik weet niet zeker of ik goed begrijp wat rechtens wordt bedoeld met „de instemming van de internationale gemeenschap heeft". Het VN-Handvest bevat geen definitie van „rechtmatige oorlog" en mij is evenmin enig ander instrument bekend dat in deze leemte voorziet (voor zover van een leemte kan worden gesproken).[56] Mij ontgaat hoe een precisering van de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn aan de hand van een ongedefinieerd begrip een oplossing dichterbij kan brengen. Aangezien het bestaan van een mandaat van de VN-Veiligheidsraad geen vereiste is om een oorlog te beginnen of zich te verdedigen tegen agressie, kan het bestaan of ontbreken daarvan niet bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of er sprake is van de in artikel 12, lid 2, van de erkenningsrichtlijn genoemde daden. Dus zelfs wanneer er voorafgaand aan een oorlog een resolutie van de VN-Veiligheidsraad is die het gebruik van geweld in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden toestaat, betekent dat niet „per definitie" dat geen oorlogsmisdrijven kunnen of zullen worden gepleegd.

71. Ik kom derhalve in antwoord op deze vraag tot de slotsom dat het bestaan van een mandaat van de VN-Veiligheidsraad met betrekking tot het betrokken conflict niet afdoet aan de noodzaak of van invloed is op de uitkomst van de toetsing aan artikel 4 van de erkenningsrichtlijn. Het sluit evenmin op zich de mogelijkheid uit dat de in artikel 12 van de erkenningsrichtlijn genoemde daden zijn of kunnen worden gepleegd.

Zevende vraag

72. In zijn laatste vraag over de uitlegging van artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn vraagt de verwijzende rechter of een verzoeker, om zich op die bepaling te kunnen beroepen, eerst gebruik moet hebben gemaakt van de reguliere dienstweigeringsprocedure bij zijn nationale autoriteiten.

73. Om te beginnen wijs ik erop dat de vervolging of bestraffing waaraan Shepherd bij een eventuele terugkeer naar de VS kan worden onderworpen, zou zijn gegrond op desertie en niet op gewetensbezwaren.

56 — Er is veel denkwerk en inkt besteed aan de analyse of en onder welke omstandigheden een oorlog als „rechtmatig" of „rechtvaardig" kan worden beschouwd. De theorie van de rechtvaardige oorlog (bellum justum), die eerst is bestudeerd door Augustinus van Hippo (354-430), is verder ontwikkeld door Thomas van Aquino (1225-1274) in zijn bekende *Summa Theologica*. Later is geleidelijk onderscheid gemaakt tussen de regels voor de rechtvaardige oorlog (jus ad bellum), de regels voor een rechtvaardig en fair optreden (jus in bello) en de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de strijdende partijen na de oorlog (jus post bellum). Als grondbeginselen van een rechtvaardige oorlog worden gewoonlijk beschouwd: er moet een rechtvaardige reden voor zijn, het moet het laatste middel zijn, de oorlog is verklaard door een legitieme autoriteit en heeft een waarachtig doel en redelijke kans op succes, en het einddoel moet in verhouding staan tot de ingezette middelen. Elk van deze beginselen is vatbaar voor kritiek.

74. Onduidelijk is wat de verwijzende rechter bedoelt met „reguliere dienstweigeringsprocedure”. Voor zover dit begrip verwijst naar in het Amerikaanse recht geregelde procedures voor de erkenning van een dergelijk verzoek, beschikt het Hof niet over informatie of Shepherd naar het recht van de VS gebruik zou kunnen maken van een dergelijke procedure dan wel of hem dit niet zou zijn toegestaan omdat hij (zoals de verwijzende rechter aangeeft) geen absolute gewetensbezwaren heeft tegen het gebruik van gewapend geweld. Ik vestig in dit verband de aandacht op punt 1-5, a, punt 4, van Army Regulation 600-43, dat luidt: „verzoeken van militair personeel om als dienstweigeraar te worden erkend nadat zij dienst hebben genomen in het leger worden niet gehonoreerd wanneer zij zijn [...] [g]ebaseerd op bezwaren tegen een bepaalde oorlog”. Ik weet natuurlijk niet hoe die bepaling in de praktijk door de krijgsraden in de VS wordt uitgelegd.

75. Het staat aan de nationale autoriteiten na te gaan (zo nodig aan de hand van deskundigenbewijs) of Shepherd terecht aanneemt dat hij niet in aanmerking kon komen voor erkenning als gewetensbezwaarde dienstweigeraar naar Amerikaans recht. Indien hij met redelijke kans op succes van die procedure gebruik had kunnen maken maar dit heeft nagelaten, is er mijns inziens geen goede reden waarom hij voor de vluchtelingenstatus in aanmerking zou moeten komen wegens een grond van vervolging die hij (hiervan uitgaande) had kunnen vermijden zonder zijn overtuiging geweld aan te doen. Omgekeerd kan het feit dat hij, indien hij als vrijwillig militair niet de status van gewetensbezwaarde dienstweigeraar wegens zijn bezwaar tegen een nieuwe uitzending naar Irak kon aanvragen, geen verzoek om toekenning van die status heeft ingediend, niet van invloed zijn op zijn verzoek om toekenning van de vluchtelingenstatus overeenkomstig artikel 9, lid 2, sub e, van de erkenningsrichtlijn.

Achtste vraag

76. Met de achtste vraag wenst de verwijzende rechter uitsluitsel te verkrijgen over twee verschillende „daden van vervolging” die de erkenningsrichtlijn noemt, namelijk „wettelijke, administratieve, politiële en/of gerechtelijke maatregelen die op zichzelf discriminerend zijn of op discriminerende wijze worden uitgevoerd” (artikel 9, lid 2, sub b) en „onevenredige of discriminerende vervolging of bestraffing” (artikel 9, lid 2, sub c). Hij vraagt of een oneervol ontslag na een vrijheidsstraf en een daaraan gerelateerde maatschappelijke uitsluiting en achterstelling daden van vervolging in de zin van die bepalingen zijn.

77. De achtste vraag staat op zichzelf. Ik breng reeds aanstonds in herinnering dat de vluchtelingenstatus alleen aan de orde is wanneer een daad van vervolging in de zin van artikel 9 verband houdt met een reden van vervolging volgens artikel 10.[57] Alle partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, evenals Shepherd zelf, aanvaarden dat staten sancties kunnen opleggen aan militair personeel dat weigert nog langer militaire dienst te vervullen, wanneer hun desertie *niet* is gebaseerd op gerechtvaardigde gewetensbezwaren en voor zover sancties en de desbetreffende procedures voldoen aan internationale maatstaven. De achtste vraag zoals ik deze begrijp is derhalve uitsluitend relevant wanneer de nationale autoriteiten tot het oordeel komen dat Shepherd er *niet* in redelijkheid van overtuigd was dat hij bij het plegen van oorlogsmisdrijven betrokken kon raken wanneer hij opnieuw werd uitgezonden naar Irak (zodat hij bijgevolg niet onder artikel 9, lid 2, sub e, valt), maar hij huns inziens wel voldoet aan beide streepjes van artikel 10, lid 1, sub d (behoren tot een bepaalde sociale groep), dan wel binnen de werkingssfeer van artikel 10, lid 1, sub e, valt op grond van zijn politieke overtuiging over het voeren van de oorlog in Irak. In een dergelijke zienswijze zou Shepherd getypeerd kunnen worden als een „deserteur met een geweten”.

78. Is berechting en bestraffing van een dergelijke persoon door een krijgsraad discriminerend of onevenredig, zodat artikel 9, lid 2, sub b of sub c, van de erkenningsrichtlijn van toepassing is?

57 — Artikel 9, lid 3.

79. Procedures voor de krijgsraad en/of oneervol ontslag vallen duidelijk binnen het begrip „wettelijke, administratieve, politiële en/of gerechtelijke maatregelen" van artikel 9, lid 2, sub b van de erkenningsrichtlijn. Een verzoeker moet echter aantonen dat dergelijke maatregelen op zichzelf discriminerend zijn of op discriminerende wijze worden uitgevoerd. Aangezien Shepherd zich beroept op artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn (het behoren tot een bepaalde sociale groep) moet bij die beoordeling worden onderzocht of er in de VS sociale groepen zijn die vergelijkbaar zijn met de groep waartoe hij zegt te behoren, voor zover die groepen zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden, en of zijn groep meer kans loopt te worden gediscrimineerd dan de referentiegroep en een kennelijk verschil in behandeling gerechtvaardigd kan zijn. Bij gebreke van enig bewijs in het dossier dat deze vorm van discriminatie in casu relevant zou zijn, staat het aan de nationale autoriteiten om de noodzakelijke gedetailleerde beoordeling van de feiten en omstandigheden te maken om vast te stellen hoe de situatie werkelijk is.

80. Het is ook onmogelijk in abstracto te zeggen of een eventuele vervolging onevenredig of discriminerend is, en of de straf die Shepherd in geval van een veroordeling voor desertie vermoedelijk zou worden opgelegd [58], onevenredig zou zijn, en dus of artikel 9, lid 2, sub c, van de erkenningsrichtlijn van toepassing zou zijn. In het algemeen moet bij de beoordeling van de vraag of vervolging of bestraffing wegens desertie onevenredig is, worden onderzocht of dergelijke daden verder gaan dan wat nodig is voor de betrokken staat om zijn legitieme recht op het hebben van een krijgsmacht uit te oefenen. De door de verwijzende rechter genoemde vrijheidsstraffen lijken niet kennelijk onevenredig. Uiteindelijk zijn dit weer kwesties die ter beoordeling staan van de nationale autoriteiten in het licht van de omstandigheden van het geval.

81. Ik voeg hier volledigheidshalve aan toe dat dezelfde criteria gelden wanneer artikel 10, lid 1, sub e (politieke overtuiging), als grond van vervolging wordt aangevoerd. Aangezien het begrip sociale groep voor die grond echter irrelevant is, zou het voor iemand in de positie van Shepherd uiterst moeilijk zijn om louter op basis van zijn individuele positie aan te tonen dat er sprake is van discriminatie. Ook kan het moeilijk voor hem zijn een geschikte groep te identificeren als basis voor de noodzakelijke vergelijking.

82. Maatschappelijke uitsluiting wordt in artikel 9, lid 2, van de erkenningsrichtlijn niet als zodanig genoemd als „daad van vervolging" en past mijns inziens niet geheel vanzelfsprekend binnen de werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub b of sub c. Daarbij zij overigens vermeld dat de opsomming in artikel 9, lid 2, niet uitputtend is. Het feit dat maatschappelijke uitsluiting het gevolg is van handelingen van „niet-overheidsactoren" (zoals gedefinieerd in artikel 6, sub c, van de richtlijn) sluit op zich niet uit dat zij als een (bijkomende) daad van vervolging krachtens artikel 9, lid 2, kan worden beschouwd.

83. Om de grondslag te kunnen vormen voor een succesvolle aanvraag van de vluchtelingenstatus, moeten daden van vervolging in de zin van artikel 9, lid 2, van de erkenningsrichtlijn echter hetzij „zo ernstig van aard zijn dat zij een ernstige schending vormen van de grondrechten van de mens" (artikel 9, lid 1, sub a) [59] dan wel „een samenstel zijn van verschillende maatregelen, waaronder mensenrechtenschendingen, die voldoende ernstig zijn om iemand op een soortgelijke wijze te treffen" (artikel 9, lid 1, sub b). Het Hof beschikt niet over gegevens waaruit blijkt dat een mogelijke vervolging, bestraffing of maatschappelijke uitsluiting waarmee Shepherd bij een eventuele terugkeer naar de VS kan worden geconfronteerd, voldoende ernstig zou zijn om die drempel te overschrijden. Dat zou (wederom) door de bevoegde nationale autoriteiten moeten worden vastgesteld, onder toezicht van de nationale rechter.

58 — In de verwijzingsbeslissing wordt gesteld: „Volgens de vaststellingen van het Bundesamt hangt verzoeker wegens desertie een gevangenisstraf van honderd dagen tot vijftien maanden boven het hoofd en kan die straf zelfs tot vijf jaar oplopen."

59 — Met name de in artikel 15, lid 2, EVRM genoemde onaantastbare rechten. Zie voetnoot 19 hiervóór.

Conclusie

84. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de vragen van het Bayerische Verwaltungsgericht München als volgt te beantwoorden:

„– De werkingssfeer van artikel 9, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, strekt zich uit tot militairen die niet rechtstreeks deelnemen aan gevechtshandelingen, indien die militairen door het vervullen van militaire dienst zouden kunnen worden gebracht tot het aanzetten tot of anderszins deelnemen aan het begaan van misdrijven of daden als bedoeld in die bepaling.

— Bij de beoordeling of dit het geval is, moeten de nationale autoriteiten onderzoeken: i) of er sprake is van een rechtstreeks verband tussen de daden van de betrokkene en de redelijke waarschijnlijkheid dat oorlogsmisdrijven worden gepleegd, omdat zijn daden een noodzakelijk element van die misdrijven bevatten en de misdrijven of daden, zonder zijn bijdrage of alle bijdragen van individuen in zijn positie, niet zouden kunnen worden gepleegd, en ii) of er objectieve redenen zijn om aan te nemen dat de persoon in kwestie betrokken zou kunnen raken bij het plegen van oorlogsmisdrijven. In dit verband is het in strijd met artikel 9, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/83 om: a) een strafrechtelijk bewijscriterium (zoals ‚buiten alle redelijke twijfel') of b) aan het internationale strafrecht ontleende beginselen toe te passen.

— Het feit dat de autoriteiten van het land waarvan de verzoeker de nationaliteit bezit oorlogsmisdrijven vervolgen, belet hem niet artikel 9, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/83 in te roepen. Een eventuele vervolging voor het Internationaal Strafhof is in dit opzicht evenmin relevant.

— Het bestaan van een mandaat van de VN-Veiligheidsraad ter zake van het betrokken conflict staat niet in de weg aan op artikel 9, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/83 gebaseerde verzoeken om toekenning van de vluchtelingenstatus.

— Een dienstweigeraar kan slechts in aanmerking komen voor de vluchtelingenstatus op grond van artikel 9, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/83 wanneer hij eerst tevergeefs alle beschikbare procedures voor het aanvragen van de status van gewetensbezwaarde dienstweigeraar heeft uitgeput, dan wel wanneer dergelijke procedures hem redelijkerwijze niet ter beschikking staan.

— Bij de beoordeling of een dienstweigeraar geacht kan worden te behoren tot een bepaalde sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van richtlijn 2004/83, moet in aanmerking worden genomen: i) of hij een voldoende valide, ernstige, coherente en relevante overtuiging heeft; ii) of hij uit hoofde van die overtuiging voldoet aan de voorwaarden van het eerste streepje van artikel 10, lid 1, sub d, doordat zijn overtuiging fundamenteel is voor zijn morele integriteit, en iii) individuen die dergelijke overtuigingen hebben, in hun land van herkomst als afwijkend worden beschouwd in de zin van het tweede streepje van artikel 10, lid 1, sub d.

— Voor zover een verzoeker zich beroept op artikel 9, lid 2, sub b, en artikel 10, lid 1, sub d, van richtlijn 2004/83, dienen de bevoegde nationale autoriteiten te beoordelen of een oneervol ontslag uit de militaire dienst en een vrijheidsstraf discriminerend zijn omdat de verzoeker tot een bepaalde sociale groep behoort. Bij die beoordeling moet worden onderzocht of er in het betrokken land sociale groepen zijn die in zoverre vergelijkbaar zijn met die waartoe de verzoeker zegt te behoren, dat die groepen zich in dezelfde omstandigheden bevinden, en of de groep waartoe de verzoeker behoort gevaar loopt anders te worden behandeld wegens het feit dat hij aan een procedure voor de krijgsraad en/of een oneervol ontslag kan worden onderworpen en een klaarblijkelijk verschil in behandeling gerechtvaardigd kan zijn.

— Voor zover een verzoeker zich beroept op artikel 9, lid 2, sub c, van richtlijn 2004/83, dienen de bevoegde nationale autoriteiten te beoordelen of vervolging of bestraffing wegens desertie onevenredig is. In dit verband moet worden onderzocht of dergelijke daden verder gaan dan wat nodig is voor de betrokken staat om zijn legitieme recht op het hebben van een krijgsmacht uit te oefenen.”