Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 11. novembra 2014[1]

Zadeva C-472/13

Andre Lawrence Shepherd
proti
Zvezni republiki Nemčiji

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bayerisches Verwaltungsgericht München (Nemčija))

„Območje svobode, varnosti in pravice — Mednarodna zaščita — Minimalni standardi za izpolnitev pogojev in priznanje statusa državljanov tretjih držav kot beguncev ter vsebina zaščite — Pogoji za priznanje statusa begunca — Dejanja preganjanja po členu 9(2)(e) Direktive 2004/83/ES — Pregon in kaznovanje pripadnika oboroženih sil Združenih držav Amerike zaradi zavrnitve opravljanja vojaške službe v vojni v Iraku“

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bayerisches Verwaltungsgericht München (bavarsko upravno sodišče v Münchnu (Nemčija)), pomeni za Sodišče poseben in nenavaden primer.

2. A. L. Shepherd, državljan Združenih držav Amerike (v nadaljevanju: ZDA), se je decembra 2003 prijavil za opravljanje vojaške službe v oboroženih silah ZDA. Usposobljen je bil za mehanika za vzdrževanje helikopterjev Apache. Septembra 2004 je bil premeščen v Nemčijo. Njegova enota je bila takrat že od februarja 2004 nameščena v Iraku in zato je bil poslan, da se ji pridruži. V Iraku je od septembra 2004 do februarja 2005 skrbel zlasti za vzdrževanje helikopterjev. Ni bil udeležen v neposrednih vojaških akcijah ali bojih. Februarja 2005 se je skupaj s svojo enoto vrnil v oporišče v Nemčiji. Nato je začel dvomiti v zakonitost vojne in začel raziskovati te dvome.

3. Na začetku leta 2007 je bilo znano, da bo enota A. L. Shepherda v kratkem ponovno nameščena v Irak. 1. aprila 2007 je prejel ukaz o namestitvi. Takrat je že bil mnenja, da je vojna v Iraku v nasprotju z mednarodnim pravom in krši člen 2(4) Ustanovne listine Združenih narodov. Menil je, da pri vojaških operacijah v Iraku prihaja do sistematične, vsesplošne in nesorazmerne uporabe orožja brez upoštevanja civilnega prebivalstva. Zlasti zaradi čedalje številčnejših posredovanj helikopterjev Apache se je povečalo število ranjenih civilistov in prišlo je do kršitev mednarodnega humanitarnega prava. Menil je, da helikopterji ne bi mogli biti uporabljeni, če jih on in drugi mehaniki za vzdrževanje ne bi usposobili za bojevanje. (Med letoma 2007 in 2008, ko je enota A. L. Shepherda zopet posredovala v Iraku, je prihajalo do nadaljnjih bombardiranj. Obstajala naj bi številna poročila o vojnih zločinih vojske ZDA v Iraku, vendar A. L. Shepherd ne ve, ali so bili v domnevne operacije vključeni prav tisti helikopterji, ki jih je vzdrževal).

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

4. A. L. Shepherd ni želel tvegati sodelovanja pri vojnih zločinih v okviru namestitve njegove enote v Iraku. O možnosti vložitve prošnje pri organih ZDA, naj ga ne namestijo zaradi ugovora vesti,[2] ni razmišljal, ker vojni in uporabi sile ne nasprotuje v celoti. Dejansko se je ob koncu prvotnega obdobja opravljanja vojaške službe vnovič prijavil. Verjel je, da ga vloga za zavrnitev opravljanja vojaške službe ne bi ščitila pred nadaljnjo namestitvijo v Iraku. Zato se je odločil zapustiti vojsko ZDA pred začetkom druge premestitve tja in dezertiral 11. aprila 2007. Zaradi zavrnitve opravljanja vojaške službe v Iraku mu grozi kazenski pregon zaradi dezerterstva. Z vidika ZDA obsodba za to kaznivo dejanje posledično omejuje posameznikovo življenje. A. L. Shepherd je zato avgusta 2008 vložil prošnjo za mednarodno zaščito v Nemčiji.[3]

Mednarodno pravo

Ženevska konvencija o statusu beguncev

5. V skladu z Ženevsko konvencijo,[4] na kateri temelji Direktiva o pogojih za priznanje statusa begunca,[5] izraz „begunec“ velja za katero koli osebo, ki se zaradi „utemeljenega strahu pred preganjanjem zaradi rasne, verske, nacionalne pripadnosti, političnega prepričanja ali pripadnosti določeni družbeni skupini nahaja izven države, katere državljan je, in ne more ali zaradi tega strahu noče uporabiti zaščite te države.“[6]

6. V skladu s členom 1(F)(a) se Ženevska konvencija ne uporablja za osebo, v zvezi s katero obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da je storila „kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človeštvu, kot so opredeljeni v mednarodnih instrumentih, ki določajo takšna kazniva dejanja.“[7]

Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin

7. Člen 9(1) Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin[8] zagotavlja pravico do svobode misli, vesti in veroizpovedi, vključno s svobodo spremembe vere ali prepričanja.

2 — Glej točke od 48 do 59 spodaj.

3 — Glej točke od 20 do 23 spodaj, v katerih navajam povzetek spora v glavni stvari.

4 — Konvencija o statusu beguncev, podpisana v Ženevi 28. julija 1951, ki je začela veljati 22. aprila 1954 (v nadaljevanju: Ženevska konvencija). Dopolnjena je bila s Protokolom o statusu beguncev, sklenjenim 31. januarja 1967 v New Yorku, ki je začel veljati 4. oktobra 1967. Ta protokol ni upošteven pri odločanju o obravnavanem predlogu za sprejetje predhodne odločbe.

5 — Direktiva Sveta 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 7, str. 96). v nadaljevanju: Direktiva o pogojih za priznanje statusa begunca ali Direktiva). Ta direktiva je bila razveljavljena in v prenovljeni obliki nadomeščena z Direktivo 2011/95/EU (UL 2011 L 337, str. 9). Besedilo upoštevnih določb se vsebinsko ni spremenilo.

6 — Prvi pododstavek člena 1(A)(2) Ženevske konvencije.

7 — Člen 1(F)(b) in (c) Ženevske konvencije določa, da se ne uporablja za osebo, ki je storila težje nepolitično kaznivo dejanje izven države sprejemnice oziroma je kriva dejanj, ki nasprotujejo ciljem in načelom Združenih narodov.

8 — Podpisana v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP).

Pravo Evropske unije

Listina Evropske unije o temeljnih pravicah

8. Členu 9(1) EKČP ustreza člen 10(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).[9] V skladu s členom 10(2) se pravica do ugovora vesti prizna v skladu z nacionalnimi zakoni, ki urejajo uresničevanje te pravice. V členu 52(3) je določeno, da je treba pravice, določene v Listini, razlagati v skladu z ustrezajočimi pravicami, ki so zagotovljene z EKČP.

Direktiva o pogojih za priznanje statusa begunca

9. Direktiva o pogojih za priznanje statusa begunca je eden od ukrepov iz skupnega evropskega azilnega sistema. Temelji na polni in vključujoči uporabi Ženevske konvencije, ki je temelj mednarodne pravne ureditve za zaščito beguncev.[10] Z Direktivo o pogojih za priznanje statusa begunca se želijo vzpostaviti minimalni standardi in skupna merila vseh držav članic za priznavanje in vsebino statusa begunca, ugotavljanje, katere osebe resnično potrebujejo mednarodno zaščito, ter pošten in učinkovit azilni postopek.[11] Upošteva temeljne pravice in spoštuje načela, priznana z Listino.[12] Pri obravnavanju oseb, ki sodijo na področje uporabe Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, so države članice zavezane z obveznostmi, ki jih imajo na podlagi mednarodnopravnih instrumentov.[13]

10. Direktiva o pogojih za priznanje statusa begunca, ki odraža člen 1(A)(2) Ženevske konvencije, begunca opredeljuje kot „[…] državljana tretje države, ki se zaradi utemeljenega strahu pred preganjanjem zaradi rasne, verske, nacionalne pripadnosti, političnega prepričanja ali pripadnosti določeni družbeni skupini nahaja izven države, katere državljan je, in ne more ali zaradi tega strahu noče izkoristiti zaščite te države, ali osebo brez državljanstva, ki se nahaja izven prejšnje države stalnega prebivališča zaradi enakih razlogov, kot so navedeni zgoraj, in se zaradi tega strahu noče vrniti vanjo, in za katero se ne uporablja člen 12.“[14]

11. Obravnavanje dejstev in okoliščin v zvezi s prošnjo za status begunca ureja člen 4. Države članice lahko prosilcu naložijo dolžnost, da čim prej predloži vse potrebne elemente za utemeljitev njegove prošnje. Dolžnost države članice je, da v sodelovanju s prosilcem obravnava ustrezne elemente prošnje.[15]

12. V skladu z Direktivo o pogojih za priznanje statusa begunca so „subjekti preganjanja ali resne škode“ lahko država, stranke ali organizacije, ki nadzorujejo državo, in nedržavni subjekti.[16]

13. Zaščito pred preganjanjem lahko med drugim dodeli država.[17] Taka zaščita se načeloma zagotavlja, kadar država na primer sprejme razumne ukrepe za preprečitev preganjanja ali resne škode, med drugim z vodenjem učinkovitega pravnega sistema za odkrivanje, pregon in kaznovanje takih dejanj, prosilec pa ima dostop do takšne zaščite.[18]

9 — UL 2010, C 83, str. 389.

10 — Uvodne izjave od 1 do 4. Glej tudi Direktivo Sveta 2005/85/ES z dne 1. decembra 2005 o minimalnih standardih glede postopkov za priznanje ali odvzem statusa begunca v državah članicah (UL 2005 L 326, str. 13, v nadaljevanju: Direktiva o postopkih), ki se uporablja za vse prosilce za mednarodno zaščito v Uniji.

11 — Uvodne izjave od 1 do 4, 6, 7, 8, 10, 11 in 17.

12 — Uvodna izjava 10.

13 — Uvodna izjava 11.

14 — Člen 2(c).

15 — Člen 4(1).

16 — Člen 6.

17 — Člen 7(1).

18 — Člen 7(2).

14. Posameznik, ki izpolnjuje pogoje iz Poglavja II Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca v zvezi z obravnavanjem prošnje za mednarodno zaščito, se šteje za begunca, če lahko dokaže, da je bil izpostavljen dejanjem preganjanja ali ima razloge, da ga je strah pred tem, v smislu člena 9. Taka dejanja morajo biti dovolj resna, da predstavljajo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic, zlasti pravic, od katerih odstopanja niso mogoča po členu 15(2) EKČP,[19] ali predstavljati akumulacijo različnih ukrepov, ki je dovolj resna, da pomeni tako kršitev temeljnih človekovih pravic.[20] Dejanja, ki lahko pomenijo preganjanje, so med drugim „pravni, upravni, policijski in/ali sodni ukrepi, ki so sami po sebi diskriminatorni ali izvedeni na diskriminatoren način,“[21] „pregon ali kazen, ki je nesorazmerna ali diskriminatorna,“[22] in „pregon ali kazen zaradi zavrnitve služenja vojaškega roka [opravljanja vojaške službe] v spopadu, kjer bi služenje vojaškega roka [opravljanje vojaške službe] vključevalo kazniva dejanja ali dejanja, ki spadajo med izključitvene klavzule, navedene v členu 12(2).“[23] Med razlogi za preganjanje iz člena 10 in dejanji preganjanja, kot so opisana v členu 9 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, mora obstajati zveza.[24]

15. Razlogi iz člena 10(1) zajemajo:

„(d) […] [članstvo v] določen[i] družben[i] skupin[i] zlasti v naslednjih primerih:

— kadar je članom te skupine skupna prirojena lastnost ali skupno poreklo, ki je nespremenljivo, ali značilnost ali prepričanje, ki je tako temeljnega pomena za identiteto ali zavedanje, da se osebe ne sme prisiliti, naj se mu odreče, in

— kadar ima skupina v ustrezni državi razločno identiteto, saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno;

[…];

(e) koncept političnega prepričanja zajema zlasti imeti neko mnenje, stališče ali prepričanje o zadevi, povezani s potencialnimi subjekti preganjanja, navedenimi v členu 6, in z njihovo politiko ali metodami, ne glede na to, ali je prosilec v skladu s tem mnenjem, stališčem ali prepričanjem tudi ravnal.“

16. Direktiva o pogojih za pridobitev statusa begunca se ne uporablja za državljana tretje države, če se zanj uporablja njen člen 12. Za obravnavane namene je upoštevna izključitev tista iz člena 12(2), ki odraža besedilo člena 1(F) Ženevske konvencije. Oseba je torej izključena iz zaščite po Direktivi, če obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da je storila „kaznivo dejanje proti miru, vojni zločin ali zločin proti človeštvu, kot so opredeljeni v mednarodnih instrumentih, ki določajo takšna kazniva dejanja.“[25] Člen 12(2) „se uporablja za osebe, ki napeljujejo k izvrševanju kaznivih dejanj ali dejavnosti, navedenih v tem odstavku, ali pri njih kako drugače sodelujejo.“[26]

17. Države članice morajo priznati status begunca državljanu tretje države, ki izpolnjuje pogoje za begunca v skladu s poglavjema II in III Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca.[27]

19 — Pravice, od katerih po členu 15(2) EKČP odstopanja niso možna, so pravica do življenja (člen 2), prepovedi mučenja ter suženjstva in prisilnega dela (člena 3 oziroma 4) in pravica do tega, da ni kazni brez predhodnega ustreznega pravnega postopka (člen 7).

20 — Člen 9(1).

21 — Člen 9(2)(b).

22 — Člen 9(2)(c).

23 — Člen 9(2)(e). Angleška jezikovna različica te določbe ne omenja *storitve* kaznivih dejanj ali dejanj in menim, da je uporaba besede „include“ v angleškem besedilu nenavadna. V francoski jezikovni različici je navedeno „[…] en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes […].“ To se mi zdi bliže smislu te določbe. Glej tudi točki 35 in 37 spodaj.

24 — Člen 9(3).

25 — Člen 12(2)(a). Besedilo člena 12(2)(b) in (c) je podobno členu 1(F)(b) in (c) Ženevske konvencije; glej opombo 5 zgoraj.

26 — Člen 12(3).

27 — Člen 13.

Nacionalno pravo

18. V skladu z razlago predložitvenega sodišča nacionalni predpisi, ki urejajo opredelitev begunca, izhajajo iz člena 1(A)(2) Ženevske konvencije. Posamezniki so izključeni iz te opredelitve, če obstajajo tehtni razlogi za domnevo, da se uporablja eden od razlogov iz člena 1(F) navedene konvencije. [28]

19. Nacionalno pravo vsebuje prepoved odstranitve v državo, v kateri bi bilo njegovo življenje ali svoboda ogrožena zaradi njegove rase, vere, državljanstva, pripadnosti določeni družbeni skupini ali določenega političnega prepričanja. Če take grožnje izhajajo iz države, pomenijo preganjanje v smislu upoštevnih nacionalnih določb. [29]

Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

20. V uvodu teh sklepnih predlogov sem navedla tista dejstva o A. L. Shepherdu, ki jih je mogoče razbrati iz predložitvenega sklepa.

21. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (zvezni urad za migracije in begunce, v nadaljevanju: Bundesamt) je prošnjo tožeče stranke za mednarodno zaščito zavrnil z odločbo z dne 31. marca 2011. Navedel je te razloge: (i) temeljna pravica do ugovora vesti vojaški dolžnosti ne obstaja; (ii) A. L. Shepherd bi lahko vojaško službo zapustil zakonito; (iii) zanj se ne uporablja člen 9(2)(e) v povezavi s členom 12 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Pogoj po navedeni direktivi je, da je bilo dejanje, ki je v nasprotju z mednarodnim pravom, storjeno v zadevnem spopadu. Vojaške sile ZDA ne tolerirajo takih kršitev, še manj pa jih spodbujajo. A. L. Shepherd je bil le mehanik za helikopterje in ni osebno sodeloval v spopadih. Nič ne kaže na njegovo neposredno udeležbo pri vojnih zločinih oziroma udeležbo „njegovega“ helikopterja pri takih zločinih. Tudi če bi bil posredno udeležen pri vojaških dejavnostih, to ne bi bilo dovolj za kazensko odgovornost v smislu člena 25 Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča. [30] Poleg tega se A. L. Shepherd v zvezi z možnim kaznivim dejanjem proti miru, ne glede na to, ali je bil napad na Irak v nasprotju z mednarodnim pravom ali ne, ne more šteti za „storilca“, ker ni visoki vojaški uslužbenec. Posredovanje koalicijskih sil v Iraku je bilo poleg tega že med prvo namestitvijo A. L. Shepherda v Iraku mednarodnopravno zakonito.

22. Nazadnje, Bundesamt je menil, da če bi organi ZDA A. L. Shepherda lahko preganjali zaradi kršitve njegovih vojaških dolžnosti, zlasti zaradi dezertacije, to pomeni le temeljni legitimen interes njegove države za tako ukrepanje.

23. A. L. Shepherd je 7. aprila 2011 pri predložitvenem sodišču vložil tožbo zoper odločbo Bundesamt. Meni, da se je Bundesamt napačno preveč osredotočil na pojem *dejanja* preganjanja in pri tem zanemaril pojem *razlogov* za preganjanje. Bundesamt je napačno uporabil načela mednarodnega kazenskega prava za prošnjo za mednarodno zaščito. Zato je napačno ugotovil, da se osebi, ki zavrača opravljanje vojaške službe, status begunca lahko prizna, le če lahko „onkraj razumnega dvoma“ dokaže, da bi z vztrajanjem v oboroženih silah storila delikt po mednarodnem kazenskem pravu. Predložitveno sodišče je pojasnilo, da prošnja A. L. Shepherda temelji na strahu pred preganjanjem

28 — Glej člen 3(1) in (2) Asylverfahrensgesetz (zakon o azilnem postopku).

29 — Člen 60(1) Aufenthaltsgesetz (zakon o prebivališču).

30 — Rimski statut Mednarodnega kazenskega sodišča, podpisan v Rimu 17. julija 1998, ki je začel veljati 1. julija 2002 (v nadaljevanju: Rimski statut). Predložitveno sodišče je pojasnilo, da Bundesamt meni, da sodelovanje pri kaznivem dejanju na splošno zahteva, da se zadevno dejanje stori naklepno in zavestno (glej člen 30 Rimskega statuta).

v smislu člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, z zatrjevanjem dveh razlogov za preganjanje: (i) da pripada družbeni skupini v smislu člena 10(1)(d), in/ali (ii) zaradi njegovega političnega prepričanja v smislu člena 10(1)(e). Med ustnim postopkom je bilo Sodišče obveščeno, da se A. L. Shepherd opira samo na člen 10(1)(d).[31]

24. Na podlagi tega je Verwaltungsgericht Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člen 9(2)(e) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca] razlagati tako, da spadajo na področje zaščite le osebe, katerih konkretne vojaške dolžnosti zajemajo neposredno udeležbo v spopadih, torej oborožene operacije oziroma so pristojne za odreditev takih operacij (prva možnost), ali lahko pod zaščito te določbe spadajo tudi drugi člani vojaških sil, če so njihove dolžnosti omejene na logistično, tehnično podporo enoti zunaj dejanskega spopada in imajo le posredni vpliv na dejansko bojevanje (druga možnost)?

2. Če je treba na prvo vprašanje odgovoriti v smislu druge možnosti:

Ali je treba člen 9(2)(e) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca] razlagati tako, da mora med opravljanjem vojaške službe v (mednarodnem ali nacionalnem) spopadu pretežno ali sistematično prihajati do storitev kaznivih dejanj ali dejanj v smislu člena 12(2) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca] (prva možnost), ali zadostuje, da prosilec za mednarodno zaščito dokaže, da so bile s strani vojaških sil, katerim pripada, na posameznem območju, na katerem so se nahajale, v posameznih primerih storjene kršitve v smislu člena 12(2)(a) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca], bodisi zato ker so se posamezni ukazi za namestitev izkazali za kazniva dejanja v tem smislu, bodisi zato, ker je šlo za prestopke posameznikov (druga možnost)?

3. Če je treba na drugo vprašanje odgovoriti v smislu druge možnosti:

Ali se zaščita beguncev zagotovi le, če je tudi v prihodnosti z zahtevano stopnjo verjetnosti, onkraj razumnega dvoma, mogoče pričakovati, da bo prišlo do kršitev mednarodnega humanitarnega prava, ali zadostuje, če prosilec za mednarodno zaščito opiše dejstva, glede na katera je v konkretnem spopadu (nujno ali najverjetneje) prišlo do tovrstnih kršitev in zato možnosti, da bi bil vanjo vpleten, ni mogoče izključiti?

4. Ali nedopuščanje ali pregon kršitev mednarodnega humanitarnega prava s strani vojaškega sodišča izključuje zaščito beguncev na podlagi člena 9(2)(e) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca], ali to dejstvo ne igra nobene vloge?

Ali mora priti celo do pregona pri Mednarodnem kazenskem sodišču?

5. Ali dejstvo, da namestitev vojaških sil oziroma okupacijski statut odobri mednarodna skupnost ali da temelji na pooblastilu Varnostnega sveta ZN, izključuje zaščito beguncev?

6. Ali je za priznanje zaščite beguncev v skladu s členom 9(2)(e) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca] potrebno, da bi bilo prosilca pri izpolnjevanju njegovih dolžnosti mogoče obsoditi na podlagi statuta [MKS] (prva možnost), ali se zaščita beguncev zagotovi, še preden je dosežen ta prag, in se tako prosilcu za mednarodno zaščito ni treba bati kazenskega pregona, pa mu kljub temu njegova vest ne dopušča opravljanja vojaške službe (druga možnost)?

31 — Glej tudi točke od 47 do 60 spodaj.

7. Če je treba na šesto vprašanje odgovoriti v smislu druge možnosti:

   Ali dejstvo, da prosilec za mednarodno zaščito ni izkoristil možnosti za uporabo rednega postopka uveljavljanja ugovora vesti vojaški dolžnosti, čeprav je imel priložnost za to, izključuje zaščito beguncev na podlagi zgoraj navedenih predpisov, ali je zaščita beguncev mogoča, tudi če gre za dejansko odločitev, ki temelji na vesti?

8. Ali pomeni nečastna odpustitev iz vojske, naložitev zaporne kazni in s tem povezano socialno izobčenje ter neugodnosti dejanje preganjanja v smislu člena 9(2)(b) ali (c) [Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca]?“

25. Pisna stališča so predložili A. L. Shepherd, Nemčija, Grčija, Nizozemska, Združeno kraljestvo in Evropska komisija. Vse stranke razen Nizozemske so 25. junija 2014 na obravnavi predložile ustna stališča.

Uvodne ugotovitve

26. Lahko se zdi, da okoliščine, v katerih je A. L. Shepherd vložil prošnjo za mednarodno zaščito, porajajo širša vprašanja, na primer razmerje med pravom EU in mednarodnim pravom. Vendar se je predložitveno sodišče v predložitvenem sklepu osredotočilo na ožja vprašanja. V bistvu želi izvedeti, ali se člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca uporablja za ta primer, in če se, kako bi bilo treba presoditi prošnjo za mednarodno zaščito. Člen 9(2)(e) določa, da gre za dejanje „preganjanja“, kadar oseba tvega pregon ali kazen zaradi zavrnitve opravljanja vojaške službe v spopadu, če bi s tem storila nekatera dejanja, vključno s kaznivimi dejanji proti miru, vojne zločine ali zločine proti človeštvu v smislu člena 12(2) navedene direktive. Menim, da se bi moralo Sodišče pri odgovorih predložitvenemu sodišču vzdržati obravnavanja širših vprašanj, ki niso bila ustrezno obravnavana v razpravi pred njim, zato teh širših vprašanj v teh sklepnih predlogih ne bom obravnavala.

27. Ženevska konvencija je živ instrument, ki ga je treba razlagati ob upoštevanju sedanjih razmer in v skladu z razvojem mednarodnega prava.[32] UNHCR ima posebno vlogo po konvenciji, saj daje državam članicam dragocene napotke pri določanju statusa begunca. Ženevska konvencija je temelj mednarodne pravne ureditve za zaščito beguncev,[33] Direktivo o pogojih za priznanje statusa begunca pa je treba razlagati v skladu s sistematiko in namenom navedene konvencije.[34] Poleg tega mora biti – kot jasno določa člen 78(1) PDEU – kakršna koli razlaga Direktive o pogojih za priznanje statusa v skladu z Ženevsko konvencijo in drugimi upoštevnimi mednarodnimi pogodbami ter pravicami, ki jih priznava Listina.[35]

28. Vsakršna razlaga posameznih določb Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca mora poleg tega upoštevati običajen pomen uporabljenih besed, njen namen ter zakonodajno sistematiko in kontekst. V zvezi s slednjim člen 4 (poglavje II Direktive) ureja obravnavanje prošenj za mednarodno zaščito.[36] Pri tej presoji se poskuša najti ravnovesje. Resnični begunci potrebujejo in si zaslužijo

32 — Glej uvodno pojasnilo urada UNHCR k Ženevski konvenciji iz decembra 2010. Glej tudi člen 35 Ženevske konvencije, člena 8(2)(b) in 21 Direktive o postopkih in uvodno izjavo 15 preambule k Direktivi o pogojih za priznanje statusa begunca. UNHCR je pripravil koristne dokumente, vključno s Smernicami o mednarodni zaščiti št. 10 v zvezi s prošnjami za priznanje statusa begunca, ki se nanašajo na opravljanje vojaške službe v okviru člena 1A(2) Ženevske konvencije (v nadaljevanju: Smernice UNHCR št. 10) in Smernice o uporabi izključitvenih klavzul: člen 1(F) Ženevske konvencije (v nadaljevanju: Smernice UNHCR o izključitvenih klavzulah). Noben od navedenih dokumentov ni pravno zavezujoč, kljub temu pa odražata ustaljena načela mednarodnega prava.

33 — Glej uvodno izjavo 15 preambule Direktive o pogojih za priznanje statusa.

34 — Sodba Salahadin Abdulla in drugi (C-175/08, C-176/08, C-178/08 in C-179/08, EU:C:2010:105, točka 52), sodba Y in Z (C-71/11 in C-99/11, EU:C:2012:518, točka 47) in sodba X (od C-199/12 do C-201/12, EU:C:2013:720, točka 39).

35 — Sodba X (EU:C:2013:720, točka 40). Glej tudi člen 10 Listine.

36 — Elementi iz člena 4(1) so podrobno našteti v členu 4(2) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Glej tudi sodbo M.M. (C-277/11, EU:C:2012:744, točka 73).

zaščito, državam članicam pa mora biti omogočeno, da uvedejo postopke za razlikovanje med pravimi in lažnimi prosilci. Nedvomno je treba upoštevati, da so resnični prosilci ljudje, ki so pogosto pretrpeli travmatične izkušnje. Kljub temu pa mora posamezni prosilec jasno in verodostojno utemeljiti svojo prošnjo za mednarodno zaščito.

29. V primeru A. L. Shepherda je predložitveno sodišče postavilo osem medsebojno povezanih, deloma prekrivajočih se vprašanj. Glavno vprašanje je, ali se lahko oseba v položaju, kot je A. L. Shepherdov, sklicuje na dejanje preganjanja v smislu člena 9(2)(e) v podporo svoji prošnji za priznanje statusa begunca po Direktivi o pogojih za priznanje statusa begunca. Zato se bom osredotočila predvsem na področje uporabe te določbe in njene povezanosti z „razlogi za preganjanje“ iz člena 10(1)(d) in (e).

Prvo vprašanje

30. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem v bistvu pojasnilo o področju uporabe člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, zlasti o pomenu besedila „[…] *kjer bi služenje vojaškega roka [opravljanje vojaške službe] vključevalo* kazniva dejanja ali dejanja, ki spadajo med izključitvene klavzule, navedene v členu 12(2).“ [37] Ali ta določba zajema samo tiste, ki so neposredno udeleženi v spopadu, ali zajema vse vojaško osebje, vključno s posamezniki, ki zagotavljajo logistično in tehnično podporo, kot je mehanik za vzdrževanje helikopterjev?

Člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca

31. A. L. Shepherd, Nemčija, Združeno kraljestvo in Komisija menijo, da se člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca uporablja za vse vojaško osebje. Grčija ima drugačen pristop. Meni, da predložitveno sodišče sprašuje po obsegu, v katerem mora biti prosilec za status begunca vpleten v storitev dejanj, kot so vojni zločini, da je mogoče ugotoviti, da je osebno odgovoren za taka dejanja. Nizozemska opozarja na to, da osebje s podporno vlogo načeloma ne sodeluje v vojaških akcijah ali bojih. Ni pa povsem jasno, ali meni, da se člen 9(2)(e) kljub temu lahko uporablja za tako osebje.

32. Menim, da člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca zajema vse vojaško osebje, vključno z logističnim in podpornim osebjem, kot je mehanik za vzdrževanje helikopterjev.

33. Člen 9(2)(e) pri opredelitvi posamezne kategorije „dejanj preganjanja“ izrecno napotuje na člen 12(2) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, ki ga je treba razlagati v povezavi s členom 12(3). [38] Nič v besedilu Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca stavka „kjer bi služenje vojaškega roka [opravljanje vojaške službe] vključevalo“ ne omejuje na osebje, udeleženo v bojih. Samo besedilo člena 12(3) („*ali pri njih kako drugače sodelujejo*“) potrjuje, da so lahko osebe, ki niso neposredno vpletene v storitev samih dejanj, za katere se uporablja člen 12(2), po tej določbi kljub temu izključene iz varstva po Direktivi o pogojih za priznanje statusa begunca. Če naj se člen 9(2)(e) razlaga v skladu s členom 12(2) in (3), potem na podlagi določene funkcije, naziva ali opisa delovnega mesta zadevne osebe ni mogoče določiti, ali se ta boji preganjanja v smislu člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca.

37 — Moj poudarek.

38 — Člen 12(3) določa, da se člen 12(2) uporablja za osebe, ki napeljujejo k izvrševanju kaznivih dejanj ali dejavnosti, navedenih v tem odstavku, ali pri njih kako drugače sodelujejo.

34. Vključitev podpornega osebja v področje uporabe člena 9(2)(e) je poleg tega v skladu s temeljnim ciljem Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, da se identificirajo tiste osebe, ki so jih okoliščine prisilile k vložitvi prošnje za zaščito v Evropski uniji in ki jo resnično potrebujejo.[39] Če lahko oseba dokaže, da bi bila pri opravljanju vojaške službe vpletena v storitev enega od dejanj, opredeljenih kot razlog za izključitev v členu 12(2) navedene direktive, ni nobenega utemeljenega razloga za njeno izključitev iz področja uporabe člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca (dejansko obstajajo utemeljeni razlogi za sklepanje, da resnično potrebuje zaščito).

35. Poleg tega ne vidim nobenega razloga, zakaj bi bilo ali bi moralo biti osebi onemogočeno sklicevanje na člen 9(2)(e), ker je prijavljena kot vojak in ne nabornik. Besedilo „[…] zavrnitve služenja vojaškega roka [opravljanja vojaške službe] […]“ je dovolj široko, da zajema kogar koli, ki služi vojaški rok. Nobenega razlikovanja ni glede na način, na katerega je bila zadevna oseba vpoklicana, to torej ni upoštevno.

36. Naslednja faza analize je občutljivejša. Ali bi se zadevna oseba zapletla v storitev dejanj, kot so vojni zločini, našteti v členu 12(2) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca? Pri tem je treba o zahtevah člena 12(2) presoditi skozi prizmo člena 9(2)(e). Člen 9(2)(e) zahteva *ex ante* presojo položaja prosilca in torej verjetnosti, da se bo dejanje zgodilo. Člen 12(2) zadeva *ex post* presojo dejanj, ki so se že zgodila.

37. Prvič, menim, da je treba člen 9(2)(e) v delu, v katerem določa „[…] vključeva[nje] kazniv[ih] dejanj[…] ali dejanj[…], ki spadajo med izključitvene klavzule, navedene v členu 12(2) […]“, razlagati tako, da bi zadevna oseba pri opravljanju vojaške službe napeljevala k izvršitvi takih dejanj ali pri njih kako drugače sodelovala. Ta razlaga je v skladu s francoskim besedilom člena 9(2)(e) navedene direktive „[…] *en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes* […]“, ki jo podpira.[40] Poudarek je na tem, kaj bi *ali bi lahko* opravljanje vojaške službe vključevalo. Drugič, beseda „bi“ kaže na to, da je storitev dejanj, kot so tista, našteta v členu 12(2), pogojena s tem, da zadevna oseba opravlja vojaško službo.[41] Tretjič, beseda „bi“ kaže tudi na to, da zadevna oseba teh dejanj še ni storila. Nanaša se torej na morebitna prihodnja dejanja in ne na dejanja, ki so se zgodila v preteklosti.

38. Ta presoja je torej bistveno drugačna od *ex post* analize, ki se opravi bodisi kadar se je kazenski postopek že začel bodisi kadar skuša država članica dokazati, da bi bilo treba določeno osebo izključiti iz zaščite po Direktivi o pogojih za priznanje statusa begunca, ker spada v izključeno kategorijo iz člena 12(2). Člena 9(2)(e) ni mogoče razumno razlagati tako, da od prosilca za priznanje statusa begunca zahteva dokaz, da se zanj uporablja člen 12(2). Če bi to lahko dokazal, po definiciji ne bi bil upravičen do zaščite.

39. Člen 12(2) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca izhaja iz člena 1(F) Ženevske konvencije. Za primer A. L. Shepherda je upošteven samo člen 12(2)(a). Naj na kratko obrazložim, zakaj tako mislim.

39 — Glej uvodni izjavi 1 in 6 preambule Direktive o priznanju statusa begunca.

40 — Glej opombo 23 zgoraj.

41 — Direktiva o priznanju statusa begunca je bila sprejeta 29. aprila 2004. Ob sprejetju so bili uradni jeziki Evropske unije danščina, nizozemščina, angleščina, francoščina, finščina, nemščina, grščina, italijanščina, portugalščina, španščina in švedščina. Člen 9(2)(e) je v navedenih jezikih izražen v pogojniku (vendar ne v vseh jezikovnih različicah, saj je v nizozemskem besedilu uporabljen sedanjik).

40. Člen 12(2)(b) Direktive se nanaša na osebe, ki so storile „težje nepolitično kaznivo dejanje.“ Nič v predložitvenem sklepu ne kaže na to, da A. L. Shepherd spada v to kategorijo. Torej ni nobene potrebe, da se člen 12(2)(b) še naprej obravnava. Člen 12(2)(c) zadeva osebe, ki so krive za dejanja, ki nasprotujejo ciljem in načelom Združenih narodov.[42] Taka dejanja lahko po mojem mnenju storijo samo osebe, ki so na položaju moči v državi ali v državi podobnemu subjektu. A. L. Shepherd ni bil v tem položaju.

41. Če se vrnem k členu 12(2)(a): dejanja, navedena v tej določbi in v členu 1(F)(a) Ženevske konvencije, so enaka. Zajemajo kazniva dejanja proti miru, vojne zločine in zločine proti človeštvu, kot so opredeljeni v mednarodnih instrumentih, ki določajo takšna kazniva dejanja (v Direktivi ni nobene ločene opredelitve).

42. Listina Mednarodnega vojaškega sodišča[43] opredeljuje „kaznivo dejanje proti miru“ kot načrtovanje, pripravo, začenjanje ali vodenje napadalne vojne ali vojne v nasprotju z mednarodnimi pogodbami ali drugimi sporazumi. Tako kaznivo dejanje lahko že po njegovi naravi stori samo osebje na visokem položaju oblasti, ki predstavlja državo ali državi podoben subjekt.[44] A. L. Shepherd ni bil nikoli na takem položaju. Zato ni verjetno, da bi lahko storil tako dejanje. „Zločini proti človeštvu“ zajemajo dejanja, kot so genocid, umor, posilstvo in mučenje kot del širšega ali sistematičnega napada, usmerjenega proti civilnemu prebivalstvu.[45] Glede na neobstoj vsakršnih dejanskih ugotovitev v zvezi s tem v predložitvenem sklepu, tega vidika ne bom več obravnavala.[46]

43. „Vojni zločini“ so opredeljeni v številnih mednarodnih instrumentih.[47] Taki zločini zajemajo hude kršitve pravil mednarodnega humanitarnega prava, s katerim se skuša zaščititi osebe, ki niso (več) udeležene v sovražnostih, in omejiti metode in sredstva bojevanja, ki se uporabljajo. Priznano je, da vojni zločini zajemajo dejanja namernega ubijanja in mučenja civilistov.[48] Podatki iz predložitvenega sklepa kažejo na to, da je ta (in samo ta) kategorija domnevnega vojnega zločina upoštevna za primer A. L. Shepherda.

44. Ugotovila sem že, da vojaško osebje, ki ni neposredno udeleženo v spopadih, ni izključeno iz področja uporabe člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Ali bi take osebe storile vojne zločine, če bi opravljale svojo vojaško dolžnost, je dejansko vprašanje, o katerem morajo presoditi nacionalni organi. Ta presoja je zahtevna, ker morajo pri njej navedeni organi presojati dejanja in posledice dejanj, ki se še niso zgodila. Nato se postavlja vprašanje, ali je možno, da *bi* dejanja zadevne osebe omogočila izvajanje vojnih zločinov?[49]

45. Sodišče ne more razumno predlagati izčrpnih meril, ki bi jih uporabili nacionalni organi. Na primer, vojaško osebje, ki dela v brivnici vojaške baze ZDA in zagotavlja enotno pričesko osebja, je daleč od bojnih operacij in torej ni verjetno, da bi lahko dokazalo tako neposredno zvezo. Na drugi strani pa oseba, ki opremlja letala z bombami ali ki vzdržuje bojna letala, bolj verjetno lahko dokaže, da je njena vloga neposredno povezana s takimi operacijami in torej z možnostjo storitve vojnih

42 — Cilji in načela Združenih narodov (v nadaljevanju: ZN) so našteti v poglavju I Ustanovne listine Združenih narodov (Ustanovna listina Združenih narodov in Statut Meddržavnega sodišča, podpisana v San Franciscu 26. junija 1945 (v nadaljevanju: Ustanovna listina ZN)). Ta načela v zvezi s člani zajemajo priznanje suverene enakosti, reševanje mednarodnih sporov z mirnimi sredstvi in vzdržanje grožnje s silo ali uporabe sile v svojih mednarodnih odnosih (člen 2 Ustanovne listine ZN).

43 — Listina mednarodnega vojaškega sodišča, podpisana v Londonu 8. avgusta 1945.

44 — Glej na primer odstavek 11 Smernic UNHCR o izključitvenih klavzulah.

45 — Glej na primer odstavek 13 Smernic UNHCR o izključitvenih klavzulah.

46 — Predložitveno sodišče navaja, da je A. L. Shepherd menil, da je vojna v Iraku v nasprotju z mednarodnim pravom (glej točko 3 zgoraj). Ni naloga tega Sodišča niti nacionalnih organov, da v primeru A. L. Shepherda presodijo o vprašanju zakonitosti te vojne. To vprašanje ostaja stvar razprave med pravnimi strokovnjaki mednarodnega prava in političnimi voditelji. Kofi Annan (tedanji generalni sekretar ZN) je 16. septembra 2004 izjavil, da je bil napad na Irak leta 2003 v nasprotju z Ustanovno listino ZN. Vendar so bile po tej izjavi v zvezi z Irakom sprejete številne resolucije Varnostnega sveta ZN (v nadaljevanju: VSZN).

47 — Glej uvodno izjavo 11 preambule k Direktivi o pogojih za priznanje statusa begunca. Glej tudi člen 8 Rimskega statuta.

48 — Glej na primer odstavek 12 Smernic UNHCR o izključitvenih klavzulah.

49 — Glej točko 37 zgoraj.

zločinov. V zvezi s tem je vzdrževalec, ki poleti z letalom ali je del letalskega ali helikopterskega osebja, ki usmeri raketo ali strelja v kolono civilistov, v verigi dogodkov jasno bliže vojnemu zločinu kot oseba, ki je z orožjem opremila letalo ali helikopter in zagotovila, da je pripravljen na bojevanje. Vendar iz tega ne sledi, da mehanik za vzdrževanje ne more biti „vključen v“ (ali da ni nikakršne verjetnosti, da bi bil vključen v) storitev tega zločina.

46. V bistvu menim, da morajo nacionalni organi presoditi, ali obstaja neposredna zveza med dejanji zadevne osebe in razumno verjetnostjo, da bi bili lahko storjeni vojni zločini, tako da bi zadevna oseba lahko sodelovala pri storitvi vojnih zločinov, ker so njena dejanja nujen element teh zločinov. V bistvu gre za test, ali vojni zločini ali dejanja brez tega prispevka ali vseh prispevkov posameznikov v položaju zadevne osebe ne bi bili mogoči.

Priznanje statusa begunca

47. Osebi, ki ima utemeljen strah pred preganjanjem zaradi pripadnosti določeni družbeni skupini (člen 10(1)(d)) ali svojega političnega prepričanja (člen 10(1)(e)) in ki izpolnjuje pogoje iz člena 2(c) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, je treba priznati status begunca.[50] Obstajati mora zveza med razlogi iz člena 10 in dejanji preganjanja, opredeljenimi v členu 9 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Po navedbah predložitvenega sodišča prošnja A. L. Shepherda temelji na členu 9(2)(e) v povezavi s členoma 10(1)(d) in 10(1)(e). Vendar je na obravnavi pred Sodiščem zastopnik A. L. Shepherda navedel, da njegov primer temelji izključno na členih 9(2)(e) in 10(1)(d) (z drugimi besedami, da se ne opira na člen 10(1)(e)). Predložitveno sodišče ni zaprosilo Sodišča za razlago člena 10(1)(d) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Kljub temu pa menim, da je treba glede na ustne navedbe A. L. Shepherda preizkusiti tudi to določbo.

48. Menim, da se za A. L. Shepherda jasno uporablja člen 10(1)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Politično prepričanje zajema tudi stališče, mnenje ali prepričanje o zadevi v zvezi z državo in njenimi politikami ali metodami. To mora zajemati prepričanje, da nekdo ne more služiti vojaškega roka v spopadu, če bi s tem lahko storil vojne zločine.

49. Položaj pa je manj jasen v zvezi z členom 10(1)(d) (pripadnost določeni družbeni skupini).

50. A. L. Shepherd trdi, da je njegovo prepričanje, da bi udeležba v vojni v Iraku pomenila tveganje storitve dejanj iz člena 12(2), tako temeljno za njegovo vest, da ne bi smel biti prisiljen ravnati v nasprotju z njim (torej se zanj uporablja prva alinea člena 10(1)(d)), in da torej pripada skupini, ki ima v ZDA ločeno identiteto, saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno (v smislu druge alinee člena 10(1)(d)).

51. Ali je res tako, je odvisno od več dejavnikov.

52. Izraza „oseba z ugovorom vesti“ ni v besedilu člena 10(1) Listine, ki tesno odraža člen 9(1) EKČP. Evropsko sodišče za človekove pravice pa je kljub temu razsodilo, da ugovarjanje vojaški dolžnosti – če je razlog za to resen in nepremostljiv konflikt med obveznostjo sodelovanja v kateri koli vojski in vestjo osebe – pomeni dovolj prepričljivo, resno, skladno in pomembno prepričanje, da je varovano s členom 9(1) EKČP.[51] Člen 10(1) Listine bi bilo treba torej razlagati podobno. Člen 10(2) Listine dejansko opredeljuje in priznava pravico do ugovora vesti v skladu z nacionalnimi zakoni, ki urejajo uresničevanje te pravice.[52]

50 — Glej člen 13 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca.

51 — Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 7. julija 2011 v zadevi Bayatyan proti Armeniji (pritožba št. 23459/03, ECHR 2011, točka 110).

52 — Upoštevnost člena 10(2) Listine za primer A. L. Shepherda je torej odvisna od nacionalne zakonodaje države članice, ki ureja ugovor vesti (Nemčije, kjer je zaprosil za mednarodno zaščito). O tem morajo presoditi nacionalni organi ob nadzoru nacionalnih sodišč. Glede položaja A. L. Shepherda kot državljana ZDA in nekdanjega pripadnika oboroženih sil ZDA glej točki 74 in 75 spodaj.

53. Pojem „ugovor vesti“ pa ima več kot samo en pomen. Razume se, da zajema pacifiste (kot so kvekerji), pri katerih je ugovor vojaškemu delovanju absoluten.[53] Nanaša se lahko tudi na osebe, ki določenemu spopadu ugovarjajo iz pravnih, moralnih ali političnih razlogov, ali ki ugovarjajo načinom in metodam, ki se uporabljajo za vodenje tega spopada.

54. Razumem, da se za tiste, ki absolutno ugovarjajo vojaškemu delovanju, sorazmerno lahko domneva, da jim je „skupna značilnost ali prepričanje, ki je tako temeljnega pomena za identiteto ali zavedanje, da se osebe ne sme prisiliti, naj se mu odreče“ v smislu prve alinee člena 10(1)(d). Njihovo stališče je jasno in nedvoumno. V nobenih okoliščinah niso pripravljeni uporabiti sile. Ker je njihovo stališče jasno, mu je zlahka mogoče verjeti.

55. Tisti pa, ki nekoliko manj jasno ugovarjajo uporabi sile, so v kočljivejšem položaju. Tisto, čemur nasprotujejo na podlagi vesti, se razlikuje od ene osebe do druge. Nekdo lahko nasprotuje določeni vojni, drugi sredstvom in metodam, uporabljenim v določenem spopadu, tretji lahko ugovarja iz povsem osebnih razlogov, ker bi se moral boriti proti svoji lastni etnični skupini. Taki posamezniki – ker ne gre za absolutno, ampak samo delno ugovarjanje uporabi sile – temu ustrezno težje dokažejo, da je mogoče njihovemu individualnemu položaju verjeti, da njihov posamični ugovor izhaja iz vesti in načel in ne iz lagodnosti. Težje bi se jim bilo torej umestiti v prvo alineo člena 10(1)(d).

56. Manj težav vidim v zvezi z drugo alineo člena 10(1)(d). Pojmovno je popolnoma možno, da lahko tako tisti, katerih nasprotovanje uporabi sile je absolutno, kot tisti, katerih nasprotovanje je manjše, (ločeno ali skupaj) tvorijo skupino, ki „ima […] v ustrezni državi [v obravnavani zadevi v ZDA] razločno identiteto, saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno.“ Pristojni organi morajo na podlagi predloženih dokazov in ob nadzoru nacionalnih sodišč ugotoviti, ali je to res.

57. Ali se za A. L. Shepherda ob presoji na podlagi navedenih meril (kumulativno) uporabljata obe alinei člena 10(1)(d)?

58. Predložitveno sodišče je pojasnilo, da ugovor A. L. Shepherda vojaškemu delovanju ni absoluten. Prijavil se je v vojsko ZDA. Ne zavrača v celoti uporabe oborožene sile. Njegova utemeljitev je bolj to, da ugovarja vodenju določene vojne na določen način (ki po njegovem mnenju zajema in/ali bi lahko v prihodnje zajemal storitev vojnih zločinov) in se boji, da bi se lahko zapletel v tako dejavnost, če bi nadaljeval z opravljanjem vojaške službe in sledil ukazom o ponovni namestitvi v Irak.

59. Prvič, nacionalni organi morajo ugotoviti, ali je A. L. Shepherd oseba z ugovorom vesti ali dezerter. Pri ugotavljanju tega bi morali upoštevati, ali ima A. L. Shepherd dovolj prepričljivo, resno, skladno in pomembno prepričanje v zvezi z zadevnim spopadom, da se zanj uporablja prva alinea člena 10(1)(d). Z drugimi besedami, ali je A. L. Shepherd zgolj dezerter ali pa ima – kot odločno zatrjuje – ugovor vesti v zvezi z nadaljnjim opravljanjem vojaške službe v Iraku? Če bi nacionalni organi odločili, da je preprosto dezerter, je zelo malo verjetno, da bi se zanj uporabljala prva alinea člena 10(1)(d). Ker je treba zadostiti obema alineama člena 10(1)(d), bi bilo torej brezpredmetno ugotavljati, ali družba tiste, ki dezertirajo iz vojske, dojema kot eno enotno skupino.

60. Če pa bi nacionalni organi odločili, da A. L. Shepherd zavrača nadaljnje opravljanje vojaške službe v Iraku, ker obstaja resno in nepremostljivo navzkrižje med tem, kar sam razumno pričakuje, da bi ta obveznost opravljanja te službe pomenila, in njegovo vestjo, bi se zanj uporabljala prva alinea člena 10(1)(d). Nacionalni organi bi nato morali presoditi, ali je mogoče na podlagi njim dostopnih podatkov razumno domnevati, da se v ZDA osebe v položaju, kakršen je A. L. Shepherdov, obravnavajo drugače in jih družba nasploh posebej obravnava. Če je tako, bi bilo zadoščeno tudi drugi alinei člena 10(1)(d). Menim, da Sodišče nima dovolj podatkov, da bi dalo več smernic v zvezi s tem.

53 — Glej na primer odstavek 3 Smernic UNHCR št. 10.

Drugo vprašanje

61. Predložitveno sodišče je svoje vprašanje omejilo na dve možnosti. Ali mora za to, da se uporablja člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, v zadevnem spopadu pretežno ali sistematično priti do storitve kaznivih dejanj ali dejanj iz člena 12(2) te Direktive, ali zadostuje, da prosilec dokaže, da so bile s strani vojaških sil, katerim pripada, v posameznih primerih storjena taka dejanja?

62. Menim, da nobena od navedenih možnosti ni odločilna za to, ali se člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca uporablja. Pomembna je verjetnost, da bi *prosilec* tvegal storitev vojnih zločinov. Zadevna oseba mora dokazati, zakaj meni, da bi tvegal storitev teh kaznivih dejanj, če bi opravljal svoje vojaške dolžnosti.

63. V spopadu, v katerem naj bi se taka dejanja že sistematično dogajala in v katerem je dokazni material javen, lahko prosilec (sorazmerno) lažje zadosti zahtevam tega testa. Ob nespremenjeni politiki pred namestitvijo na vojno območje bi imel razumne razloge za trditev, da bi se taka dejanja verjetno lahko zgodila v prihodnje, in da bi bil lahko vanje vpleten. Tam, kjer so se taka dejanja v spopadu domnevno dogajala posamično in ločeno, ima prosilec težjo nalogo. Dokazati mora, zakaj meni, da bi s *svojimi* dejanji, če bi služil vojaški rok, *sam* tvegal udeležbo pri storitvi vojnih zločinov (subjektivni element). Moral bi (na primer) pojasniti, zakaj bi bilo glede na lokacijo, kamor naj bi bil nameščen, in dejanja, ki bi jih moral izvesti, možno, da bi verjel, da bi se lahko znašel med udeleženci pri takih zločinih. Obstaja pa tudi objektivni element, in sicer, ali je mogoče na podlagi razpoložljivih informacij razumno sklepati, da bi se prosilec lahko znašel v takem položaju? Presoditi je torej treba, ali obstajajo objektivni razlogi za domnevo, da bi bila lahko zadevna oseba vpletena v storitev vojnih zločinov.

Tretje vprašanje

64. Menim, da je na tretje vprašanje nujno odgovorjeno že v okviru odgovora na drugo vprašanje. Ni treba onkraj razumnega dvoma dokazati, da bi bilo mogoče pričakovati kršitve mednarodnega humanitarnega prava.

Šesto vprašanje

65. Kot naslednje bi bilo primerno obravnavati šesto vprašanje, s katerim predložitveno sodišče sprašuje, ali bi bilo treba pri presoji člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca upoštevati določbe Rimskega statuta Mednarodnega kazenskega sodišča (v nadaljevanju: MKS).

66. Menim, da določbe Statuta MKS niso upoštevne. Člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca ni namenjen tistim, ki bi jih bilo mogoče preganjati zaradi storitve mednarodnih kaznivih dejanj. Nasprotno, namenjen je zaščiti oseb, ki se želijo *izogniti* storitvi teh dejanj pri opravljanju vojaške službe. Uporaba verjetnosti, da bi bil vojak X uspešno preganjan zaradi storitve vojnega zločina, kot merila za odločitev, ali bi bilo treba vojaka X zaščititi kot begunca, ker se želi izogniti položaju, v katerem *bi bil lahko* uspešno preganjan, je neposredno v nasprotju s tem ciljem. V členu 4 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca je opisano zahtevano obravnavanje dejstev in okoliščin za presojo prošnje za priznanje statusa begunca. V bistvu gre za preizkus, ali je prosilčev zahtevek v kakršnem koli primeru verodostojen. Standardi mednarodnega kazenskega prava za uspešen pregon vojnih zločinov so popolnoma drugačni (veliko višji) in ne igrajo nobene vloge pri tej presoji. [54]

54 — Ugotavljam, da se določbe Statuta navedenega sodišča, ker ZDA niso pogodbenica MKS, v nobenem primeru ne morejo uporabljati za primer A. L. Shepherda.

Četrto vprašanje

67. Predložitveno sodišče z njim sprašuje, ali je priznanje statusa begunca v določenih okoliščinah izključeno. Natančneje, (a) ali dejstvo, da organi v državi državljanstva prosilca preganjajo vojne zločine, izključuje njegovo možnost sklicevanja na člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca, in (b) ali je pregon pred MKS upošteven? Predložitveno sodišče v komentarju navaja, da če obstajajo mehanizmi za pregon in kaznovanje tistih, ki storijo vojne zločine, bi bilo mogoče meniti, da ni verjetno, da bi bili vojni zločini storjeni, ker jih zadevna država ne dopušča. Že dejstvo, da se vojni zločini preganjajo – taka je utemeljitev – pomeni, da država ščiti pred preganjanjem v smislu člena 7 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca.

68. Menim, da je kratek odgovor na obe navedeni vprašanji „ne“. Obstoj nacionalnih ali mednarodnih mehanizmov za pregon vojnih zločinov lahko načeloma odvrača od njihove storitve. Vendar je žalostno, a neizogibno dejstvo, da vojni zločini v spopadu včasih *so* storjeni kljub obstoju teh mehanizmov[55] (tako kot obstoj zakonodaje o kriminalizaciji in kaznovanju posilstva in umora žal ne zagotavlja, da ljudje ne bi bili nikoli posiljeni ali umorjeni). Če naj ima člen 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca kakršno koli vrednost kot sredstvo za to, da tisti, ki tvegajo, da bodo prisiljeni sodelovati pri storitvi vojnih zločinov, najdejo zatočišče, mora biti neodvisen od tega, ali obstajajo in se uporabljajo nacionalni ali mednarodni mehanizmi za pregon in kaznovanje vojnih zločinov.

Peto vprašanje

69. Predložitveno sodišče s tem vprašanjem sprašuje, ali se je na člen 9(2)(e) mogoče sklicevati ne glede na to, da je vojaško akcijo odobrila mednarodna skupnost ali da je bila uvedena na podlagi pooblastila VSZN.

70. Nisem prepričana, da razumem, kaj natančno je pravno mišljeno z besedilom „odobrila mednarodna skupnost“. Ustanovna listina ZN ne opredeljuje, kaj je upravičena vojna, ne poznam pa niti drugih mednarodnih instrumentov, ki bi zapolnili to praznino (če to je praznina).[56] Ne vem, kako bi poskus opredelitve področja uporabe člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca z opiranjem na neopredeljen izraz pomagalo pri reševanju zadeve. Ker obstoj pooblastila VSZN ni predpogoj za začetek vojne ali obrambo pred nasiljem, njegov obstoj ali neobstoj ne more biti odločilen za to, ali so se zgodila dejanja iz člena 12(2) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca. Tudi če se torej pred spopadom sprejme resolucija VSZN, s katero se odobri uporaba sile v določenih okoliščinah, to ne more pomeniti, da vojni zločini „po definiciji“ ne morejo biti in ne bodo storjeni.

71. Naj torej v odgovor na to vprašanje končam, da obstoj pooblastila VSZN v zvezi z zadevnim spopadom ne odpravlja potrebe po presoji v skladu s členom 4 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca niti ne vpliva na izid te presoje. Prav tako ne izključuje možnosti, da so dejanja iz člena 12 Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca bila ali bodo storjena.

55 — Zloglasni primer je masaker M Lai, zagrešen v vietnamski vojni. Od 26 vojakov ZDA, ki so bili preganjani zaradi storitve kaznivih dejanj v M Lai, je bil obsojen samo poročnik William Calley ml. V novejšem času je tožilec MKS odprl zadeve v zvezi s situacijami v Ugandi in Demokratični republiki Kongo. V zvezi s slednjim je bila dosežena obsodba v zadevi Prosecutor proti Thomasu Lubangi Dyilu.

56 — Res se je že veliko razglabljalo in pisalo o tem, ali in v kakšnih okoliščinah bi bilo vojno mogoče opredeliti za „upravičeno“ in/ali „pravično“. Teorijo o pravični vojni (*jus bellum iustum*), ki jo je sprva raziskoval sv. Avguštin iz Hipona (živel od leta 354 do leta 430), je podrobneje pojasnil sv. Tomaž Akvinski (živel od leta 1225 do leta 1274) v delu *Summa Theologica*. Poznejša doktrina je postopoma razlikovala med pravili, ki urejajo pravičnost vojne (*jus ad bellum*), pravili, ki urejajo pravično ravnanje v vojni (*jus in bello*), ter odgovornostjo vojnih udeležencev po vojni (*jus post bellum*). Načela pravične vojne v splošnem zahtevajo: obstoj pravičnega vzroka, uporabo vojne kot zadnje možnosti, ki jo razglasi ustrezen organ, obstoj pravega namena, obstoj razumnega upanja na uspeh in proporcionalnost cilja in uporabljenih ukrepov. Vsakega od elementov je mogoče grajati.

Sedmo vprašanje

72. Z zadnjim od vprašanj v zvezi z razlago člena 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca predložitveno sodišče sprašuje, ali mora prosilec, preden se lahko opre na navedeno določbo, izrabiti redni postopek za ugovor vesti vojaški dolžnosti pri njegovih nacionalnih organih.

73. Naj najprej spomnim, da bi A. L. Shepherd, če bi se vrnil v ZDA, lahko bil preganjan ali kaznovan zaradi dezerterstva in ne ugovora vesti vojaški dolžnosti.

74. Ni jasno, kaj predložitveno sodišče misli z besedilom „redni postopek za ugovor vesti vojaški dolžnosti“. Če se to besedilo morda nanaša na postopke, po katerih je v skladu z zakonodajo ZDA mogoče podati tak ugovor, to Sodišče nima nobenih informacij o tem, ali bi bil A. L. Shepherd upravičen do takega postopka po pravu ZDA, ali pa ga ne bi mogel uporabiti, ker (kot navaja predložitveno sodišče) uporabi oborožene sile ne ugovarja absolutno. V zvezi s tem opozarjam na točko 1-5(a)(4) Army Regulation 600-43 (vojaška uredba), ki določa, da „prošnje osebja za priznanje statusa osebe z ugovorom vesti po začetku služenja vojaškega roka [opravljanja vojaške službe] ne bodo obravnavane z naklonjenostjo, če te prošnje […] temeljijo na ugovoru določeni vojni“. Seveda ne vem, kako se ta določba razlaga v praksi vojaških sodišč ZDA.

75. Nacionalni organi morajo preveriti (po potrebi s pridobitvijo izvedenskega mnenja), ali je prepričanje A. L. Shepherda, da po pravu ZDA ne bi mogel pridobiti statusa osebe z ugovorom vesti, pravilno. Če bi se na ta postopek lahko skliceval z razumno verjetnostjo uspeha, a se ni, ne vidim nobenega utemeljenega razloga, na podlagi katerega bi izpolnjeval pogoje za priznanje statusa begunca zaradi preganjanja, ki bi se mu (ob tej domnevi) lahko izognil brez ogrožanja svojih prepričanj. Če pa bi mu bilo kot servisnemu osebju onemogočeno uveljavljanje statusa osebe z ugovorom vesti zaradi njegovega nasprotovanja ponovni namestitvi v Iraku, dejstvo, da ni vložil prošnje za tak status, ne more kakor koli vplivati na njegovo prošnjo za priznanje statusa begunca v skladu s členom 9(2)(e) Direktive o pogojih za priznanje statusa begunca.

Osmo vprašanje

76. Predložitveno sodišče z osmim vprašanjem sprašuje o dveh različnih „dejanjih preganjanja,“, opredeljenih v Direktivi o pogojih za priznanje statusa begunca, in sicer o „pravnih, upravnih, policijskih in/ali sodnih ukrepih, ki so sami po sebi diskriminatorni ali izvedeni na diskriminatoren način“ (člen 9(2)(b)), in „pregonu ali kazni, ki je nesorazmerna ali diskriminatorna“ (člen 9(2)(c)). Predložitveno sodišče sprašuje, ali nečastna odpustitev iz vojske zaradi naložitve zaporne kazni in s tem povezano socialno izobčenje ter neugodnosti pomenijo dejanje preganjanja v skladu z navedenimi določbami.

77. Osmo vprašanje je samostojno. Pri obravnavanju tega vprašanja naj spomnim, da upravičenost do statusa begunca nastane, samo če je dejanje preganjanja po členu 9 povezano z razlogi za preganjanje po členu 10.[57] Vse stranke, ki so Sodišču predložile stališča, tudi A. L. Shepherd, priznavajo, da lahko države naložijo kazni vojaškemu osebju, ki zavrne nadaljnje opravljanje vojaške službe, če njegovo dezerterstvo *ne* temelji na veljavnih razlogih prepričanja in če so kakršne koli kazni in z njimi povezani postopki v skladu z mednarodnimi standardi. Kot sama razumem, je torej osmo vprašanje upoštevno, samo če nacionalni organi sklenejo, da A. L. Shepherd *ni* upravičeno verjel, da tvega storitev vojnih zločinov, če bi bil nameščen v Irak (tako da posledično ni zajet s členom 9(2)(e)), ugotavljajo pa, da kljub temu bodisi izpolnjuje obe alinei člena 10(1)(d) (pripadnost določeni družbeni skupini) bodisi se zanj uporablja člen 10(1)(e) zaradi političnih prepričanj o vodenju vojne v Iraku. To stališče A. L. Shepherda bi bilo mogoče opisati tako, da je „dezerter z vestjo“.

57 — Člen 9(3).

78. Ali je pregon pred vojaškim sodiščem in kaznovanje take osebe diskriminatorno in nesorazmerno, tako da je zajeto v členu 9(2)(b) ali členu 9(2)(c)?

79. Postopki pred vojaškimi sodišči in/ali nečastna odpustitev so jasno zajeti v stavku „pravni, upravni, policijski in/ali sodni ukrepi“ iz člena 9(2)(b). Vendar mora prosilec izkazati, da so taki ukrepi diskriminatorni ali izvedeni na diskriminatoren način. Ker se A. L. Shepherd opira na člen 10(1)(d) Direktive (pripadnost določeni družbeni skupini), je treba pri tej presoji proučiti, ali v ZDA obstajajo družbene skupine, ki so primerljive s tisto, za katero A. L. Shepherd trdi, da ji pripada, kolikor so te skupine v podobnem položaju, in ali je za njegovo skupino bolj kot za primerljivo skupino verjetno, da bo diskriminirana, in ali je mogoče kakršno koli izkazano razliko v obravnavanju upravičiti. V odsotnosti kakršnih koli dokazov v spisu, da je taka diskriminacija upoštevna v tem primeru, morajo nacionalni organi opraviti temeljito presojo dejanskega stanja in okoliščin, da lahko ugotovijo resnični položaj.

80. Verjetno je nemogoče abstraktno reči, ali je morebitni pregon nesorazmeren ali diskriminatoren in ali bi bila verjetna kazen za A. L. Shepherda, če bi bil obsojen dezerterstva,[58] nesorazmerna, in ali bi se torej uporabljal člen 9(2)(c). Nasploh je treba pri presoji, ali je pregon ali kaznovanje zaradi dezerterstva nesorazmerno, preizkusiti, ali taka dejanja presegajo tisto, kar je potrebno za to, da zadevna država izvršuje svojo legitimno pravico do ohranjanja oboroženih sil. Kazni, ki jih opisuje predložitveno sodišče, se ne zdijo očitno nesorazmerne. Nazadnje, znova gre za zadeve, o katerih morajo nacionalni organi presojati glede na okoliščine primera.

81. Naj zaradi popolnosti dodam, da bi bila merila enaka, če bi se kot razlog za preganjanje navajal člen 10(1)(e) (politično prepričanje). Ker pa koncept družbene skupine ni upošteven za navedeni razlog, bi oseba v položaju, kot je A. L. Shepherdov, zelo težko dokazala diskriminacijo samo na podlagi njenega posamičnega prepričanja. Lahko bi imela težave tudi pri identifikaciji ustrezne skupine kot podlage za potrebno primerjavo.

82. Socialno izobčenje kot tako v členu 9(2) ni opredeljeno kot „dejanje preganjanja“ in po mojem mnenju po naravi niti ne spada v člen 9(2)(b) niti (c). Ob tem pa je seveda res, da seznam iz člena 9(2) ni izčrpen. Zgolj to, da je socialno izobčenje posledica dejanj „nedržavnih subjektov“ (kot so opredeljeni v členu 6(c) Direktive), ne preprečuje, da se ga upošteva kot (dodatno) dejanje preganjanja po členu 9(2).

83. Da pa so lahko podlaga za uspešno prošnjo za priznanje statusa begunca, morajo dejanja preganjanja v smislu člena 9(2) biti bodisi „dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic“ (člen 9(1)(a))[59] bodisi „predstavljati akumulacijo različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic, ki je dovolj huda, da vpliva na posameznika na podoben način“ (člen 9(1)(b)). Sodišče nima nobene informacije o tem, ali bi bili kakršen koli pregon, kaznovanje ali socialno izobčenje, ki bi jim bil A. L. Shepherd izpostavljen, če bi se vrnil v ZDA, dovolj resni, da bi presegli ta prag. To so (ponovno) zadeve, ki jih bodo morali ugotoviti pristojni nacionalni organi ob nadzoru nacionalnega sodišča.

58 — V predložitvenem sklepu je navedeno, da „[prosilcu] na podlagi ugotovitve Bundesamt zaradi dezertacije grozi zaporna kazen med 100 dnevi in 15 meseci, najvišja možna kazen pa je pet let“.

59 — Zlasti pravic, od katerih odstopanja niso možna, opredeljenih v členu 15(2) EKČP, glej opombo 19 zgoraj.

Predlog

84. Glede na zgornje ugotovitve menim, da bi moralo Sodišče na vprašanja, ki jih je predložilo Bayerisches Verwaltungsgericht München (Nemčija), odgovoriti:

— Področje uporabe člena 9(2)(e) Direktive Sveta 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite zajema vojaško osebje, ki neposredno ni udeleženo v spopadih, če bi se lahko tako osebje pri opravljanju vojaške službe zapletlo v napeljevanje ali kakšno drugačno sodelovanje pri storitvi kaznivih dejanj ali dejanj, ki so navedena v tej določbi.

— Nacionalni organi morajo pri presoji, ali gre za takšne okoliščine, preizkusiti, (i) ali obstaja neposredna zveza med dejanji zadevne osebe in razumno verjetnostjo, da bi bili lahko storjeni vojni zločini, ker so njena dejanja nujen element teh zločinov in brez njenega prispevka ali prispevkov vseh posameznikov v njenem položaju vojni zločini ali dejanja ne bi bili mogoči, in (ii) ali obstajajo objektivni razlogi za domnevo, da bi bila lahko zadevna oseba vpletena v storitev vojnih zločinov. V zvezi s tem je s členom 9(2)(e) Direktive 2004/83 nezdružljiva uporaba (a) kazenskopravnega dokaznega standarda (kot je „onkraj razumnega dvoma“) in (b) načel, ki izhajajo iz mednarodnega kazenskega prava.

— To, da organi v državi državljanstva prosilca preganjajo vojne zločine, ne izključuje njegove možnosti sklicevanja na člen 9(2)(e) Direktive 2004/83, niti v zvezi s tem ni upoštevan obstoj pregona pred Mednarodnim kazenskim sodiščem.

— Obstoj pooblastila Varnostnega sveta Združenih narodov v zvezi z zadevnim spopadom ne onemogoča vložitve prošenj za priznanje statusa begunca na podlagi člena 9(2)(e) Direktive 2004/83.

— Oseba, ki zavrne opravljanje vojaške službe, ne izpolnjuje pogojev za priznanje statusa begunca po členu 9(2)(e) Direktive 2004/83, razen če je sprva neuspešno izrabila vse razpoložljive postopke za uveljavljanje statusa osebe z ugovorom vesti ali pa nobenih takih postopkov ni imela na voljo.

— Pri presoji, ali se lahko za osebo, ki zavrača opravljanje vojaške službe, domneva, da je pripadnik določene družbene skupine v smislu člena 10(1)(d) Direktive 2004/83, je treba upoštevati, (i) ali ima dovolj prepričljivo, resno, skladno in pomembno prepričanje in (ii) ali zaradi tega prepričanja izpolnjuje pogoje iz prve alinee člena 10(1)(d), in sicer, da njen ugovor izvira iz prepričanja, ki je temeljno za njeno vest, in (iii) ali se posamezniki s takim prepričanjem v njihovi državi obravnavajo kot različni v smislu druge alinee člena 10(1)(d).

— Če se prosilec sklicuje na člen 9(2)(b) in člen 10(1)(d) Direktive 2004/83, morajo pristojni nacionalni organi presoditi, ali sta nečastni odpust iz vojske in zaporna kazen diskriminatorna, ker je prosilec pripadnik določene družbene skupine. Pri tej presoji je treba preučiti, ali v zadevni državi obstajajo družbene skupine, ki so primerljive s tisto, za katero prosilec trdi, da ji pripada, tako da so te skupine v podobnem položaju, in ali je za prosilčevo skupino verjetno, da bo drugače obravnavana, ker je lahko podvržena pregonu pred vojaškim sodiščem in/ali nečastnemu odpustu, in ali je mogoče kakršno koli izkazano razliko v obravnavanju upravičiti.

— Če se prosilec sklicuje na člen 9(2)(c) Direktive 2004/83, morajo pristojni nacionalni organi presoditi, ali je pregon ali kaznovanje za dezerterstvo nesorazmerno. V zvezi s tem je treba preizkusiti, ali taka dejanja presegajo tisto, kar je potrebno za to, da zadevna država izvršuje svojo legitimno pravico do ohranjanja oboroženih sil.