Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 11 november 2014[1]

Mål C-472/13

Andre Lawrence Shepherd
mot
Bundesrepublik Deutschland

(begäran om förhandsavgörande från Bayerisches Verwaltungsgericht München (Tyskland))

”Område för frihet, säkerhet och rättvisa — Asyl — Miniminormer för när tredjelandsmedborgare ska betraktas som flyktingar samt för dessa personers rättsliga ställning och innehållet i det beviljade skyddet — Villkor för att erhålla flyktingstatus — Förföljelse enligt artikel 9.2 e i direktiv 2004/83/EG — Förföljelse och bestraffning av en medlem av Förenta staternas väpnade styrkor på grund av vägran att tjänstgöra i kriget i Irak”

1. Den aktuella begäran om förhandsavgörande från Bayerisches Verwaltungsgericht München (bayerska förvaltningsdomstolen i München (Tyskland)) innebär att domstolen ska pröva ett egenartat och ovanligt mål.

2. Andre Lawrence Shepherd, medborgare i Förenta staterna, tog i december 2003 värvning i detta lands väpnade styrkor. Han utbildades till underhållstekniker för Apache-helikoptrar. I september 2004 förflyttades han till Tyskland. Vid den tidpunkten hade hans förband varit stationerat i Irak sedan februari 2004 och han skickades därför vidare för att ansluta sig till detta. I Irak utförde han underhåll, särskilt på helikoptrar, mellan september 2004 och februari 2005. Han deltog inte i några direkta militära operationer eller stridshandlingar. I februari 2005 återvände han med sitt förband till dess stationeringsort i Tyskland. Därefter började han tvivla på att kriget var berättigat och gjorde efterforskningar i detta sammanhang.

3. I början av 2007 blev det känt att Andre Lawrence Shepherds förband inom kort skulle sändas tillbaka till Irak. Den 1 april 2007 erhöll han avreseorder. Då hade han kommit fram till att han ansåg att kriget i Irak stred mot folkrätten och innebar en överträdelse av artikel 2.4 i Förenta nationernas stadga. Den militära insatsen i Irak innefattade enligt hans uppfattning en systematisk, urskillningslös och oproportionerlig användning av vapen utan hänsyn till civilbefolkningen. I synnerhet till följd av att Apache-helikoptrar sattes in i allt större utsträckning skadades fler och fler civila och internationell humanitär rätt åsidosattes. Andre Lawrence Shepherd ansåg att helikoptrarna inte hade kunnat sättas in i kriget om inte han och andra underhållstekniker hade gjort dem stridsklara. (Mellan 2007 och 2008, när Andre Lawrence Shepherds förband på nytt var verksamt i Irak, skedde det ytterligare bombningar. Det finns ett stort antal rapporter där det påstås att den amerikanska armén begick krigsförbrytelser i Irak, även om Andre Lawrence Shepherd inte vet huruvida de ifrågasatta operationerna involverade just de helikoptrar som han hade utfört underhåll på.)

1 — Originalspråk: engelska.

4. Andre Lawrence Shepherd ville inte riskera att delta i krigsförbrytelser i samband med att hans förband stationerades i Irak. Han övervägde inte möjligheten att ansöka hos de amerikanska myndigheterna om att av samvetsskäl få slippa att bli stationerad i Irak,[2] eftersom han inte helt och hållet motsätter sig krig och våldsanvändning utan faktiskt hade tagit värvning på nytt efter sin första anställningsperiod. Han trodde inte att en ansökan avseende vägran att utföra militärtjänst skulle ha skyddat honom från att på nytt bli stationerad i Irak. Därför bestämde han sig för att lämna den amerikanska armén innan han påbörjade sin andra tjänstgöringsperiod i Irak, och han deserterade den 11 april 2007. På grund av sin vägran att utföra militärtjänst i Irak riskerar han att åtalas för desertering. Att dömas för desertering innebär med hänsyn till situationen i Förenta staterna att ens liv begränsas. I augusti 2008 ansökte Andre Lawrence Shepherd därför om asyl i Tyskland.[3]

Folkrätt

Genèvekonventionen angående flyktingars rättsliga ställning

5. Enligt Genèvekonventionen,[4] som skyddsdirektivet[5] bygger på, avses med ”flykting” den som ”i anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning befinner sig utanför det land, vari han är medborgare, samt är ur stånd att eller på grund av sådan fruktan, som nyss sagts, icke önskar att begagna sig av sagda lands skydd”.[6]

6. Enligt artikel 1 F a i Genèvekonventionen är denna konvention inte tillämplig på personer beträffande vilka det föreligger allvarliga skäl att anta att de har begått ”brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, sådana dessa brott blivit definierade i de internationella överenskommelser, som tillkommit för att meddela bestämmelser angående sådana brott”.[7]

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

7. Genom artikel 9.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna[8] garanteras rätten till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, inbegripet friheten att byta religion eller tro.

2 — Se nedan punkterna 48–59.

3 — Se nedan punkterna 20–23, där jag sammanfattar föremålet för det nationella målet.

4 — Konvention angående flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951, som trädde i kraft den 22 april 1954 (nedan kallad Genèvekonventionen). Den har sedermera kompletterats med protokollet angående flyktingars rättsliga ställning, som ingicks i New York den 31 januari 1967 och trädde i kraft den 4 oktober 1967. Det protokollet är emellertid inte relevant för prövningen av den aktuella begäran om förhandsavgörande.

5 — Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 304, 2004, s. 12) (nedan kallat skyddsdirektivet eller direktivet). Skyddsdirektivet upphävdes och ersattes i omarbetad version av direktiv 2011/95/EU (EUT L 337, 2011, s. 9). Innebörden av de relevanta bestämmelserna har inte ändrats.

6 — Artikel 1 A.2 första stycket i Genèvekonventionen.

7 — I artikel 1 F b och 1 F c i Genèvekonventionen stadgas att konventionen inte heller är tillämplig på personer som har begått ett grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet respektive har gjort sig skyldiga till handlingar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser.

8 — Undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen).

Unionsrätt

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

8. Artikel 10.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan)[9] motsvarar artikel 9.1 i Europakonventionen. Enligt artikel 10.2 i stadgan ska rätten till vapenvägran erkännas enligt de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet. I artikel 52.3 i stadgan anges att de rättigheter som garanteras i stadgan ska tolkas i linje med motsvarande rättigheter enligt Europakonventionen.

Skyddsdirektivet

9. Skyddsdirektivet är en av beståndsdelarna i det gemensamma europeiska asylsystemet. Det bygger på fullständig och absolut tillämpning av Genèvekonventionen, som utgör grundstenen i det folkrättsliga systemet för skydd av flyktingar.[10] Syftet med skyddsdirektivet är att fastställa miniminormer och gemensamma kriterier i samtliga medlemsstater för erkännande av flyktingar och för innebörden av flyktingstatus, för fastställande av vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd och för ett rimligt och effektivt asylförfarande.[11] Genom direktivet erkänns och iakttas de grundläggande rättigheterna och de principer som erkänns i stadgan.[12] I sin behandling av personer som omfattas av direktivet är medlemsstaterna bundna av sina skyldigheter enligt folkrättens instrument.[13]

10. I linje med artikel 1 A.2 i Genèvekonventionen definieras ”flykting” i skyddsdirektivet som ”en tredjelandsmedborgare som med anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till viss samhällsgrupp befinner sig utanför det land där han eller hon är medborgare och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av det landets skydd, eller en statslös person som av samma skäl som nämnts ovan befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill återvända dit och som inte omfattas av artikel 12”.[14]

11. Bedömningen av fakta och omständigheter i samband med ansökningar om flyktingstatus regleras i artikel 4. Medlemsstaterna får betrakta det som den sökandes skyldighet att så snart som möjligt lägga fram alla faktorer som behövs för att styrka ansökan. Det är medlemsstaternas skyldighet att i samarbete med den sökande bedöma de relevanta faktorerna i ansökan.[15]

12. Möjliga ”aktörer som utövar förföljelse eller tillfogar allvarlig skada” är enligt skyddsdirektivet staten, parter eller organisationer som kontrollerar staten och grupper som inte företräder staten.[16]

9 — EUT C 83, 2010, s. 389.

10 — Skälen 1–4. Se även rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus (EUT L 326, 2005, s. 13) (nedan kallat asylprövningsdirektivet), som är tillämpligt på alla asylansökningar som görs på unionens territorium.

11 — Skälen 1–4, 6, 7, 8, 10, 11 och 17.

12 — Skäl 10.

13 — Skäl 11.

14 — Artikel 2 c.

15 — Artikel 4.1.

16 — Artikel 6.

13. Skydd mot förföljelse kan ges bland annat av staten.[17] Sådant skydd ges normalt när staten exempelvis vidtar rimliga åtgärder för att förhindra att en person förföljs eller lider allvarlig skada genom att ombesörja att det finns ett effektivt rättssystem för avslöjande, åtal och bestraffning av sådana handlingar och att sökanden har tillgång till detta skydd.[18]

14. Personer som uppfyller villkoren i kapitel II i skyddsdirektivet, vilket rör bedömning av ansökningar om internationellt skydd, ska betraktas som flyktingar om de kan visa att de har utsatts för, eller har anledning att frukta, handlingar som utgör förföljelse i den mening som avses i artikel 9. Dessa handlingar måste vara tillräckligt allvarliga till sin natur för att innebära en allvarlig överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna, särskilt de rättigheter från vilka det enligt artikel 15.2 i Europakonventionen inte går att göra undantag,[19] eller också bestå av en ackumulation av olika åtgärder som är tillräckligt allvarliga för att utgöra en sådan överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna.[20] De handlingar som kan omfattas av definitionen av förföljelse är bland annat ”rättsliga, administrativa, polisiära och/eller judiciella åtgärder som i sig är diskriminerande eller som genomförs på ett diskriminerande sätt”,[21] ”åtal eller straff som är oproportionerliga eller diskriminerande”[22] och ”åtal eller straff för vägran att utföra militärtjänst i en konflikt om fullgörandet av militärtjänst skulle innefatta brott eller handlingar som omfattas av undantagsklausulerna i artikel 12.2”.[23] Det måste finnas ett samband mellan skälen till förföljelse enligt artikel 10 och de handlingar innebärande förföljelse som beskrivs i artikel 9 i skyddsdirektivet.[24]

15. Bland de skäl som förtecknas i artikel 10.1 märks följande:

”d) … [tillhörighet till] en särskild samhällsgrupp, särskilt när

— gruppens medlemmar har en gemensam väsentlig egenskap eller en gemensam bakgrund som inte kan ändras, eller består av personer som har en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas avsvära sig den,

— gruppen har en särskild identitet i det berörda landet eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen.

…

e) Begreppet politisk åskådning skall särskilt inbegripa när någon omfattar en åsikt, tanke eller tro i en fråga som rör de potentiella aktörer som utövar förföljelse enligt artikel 6 och deras politik eller metoder, oavsett om sökanden har handlat i linje med denna åsikt, tanke eller tro.”

17 — Artikel 7.1.

18 — Artikel 7.2.

19 — De rättigheter som det enligt artikel 15.2 i Europakonventionen inte går att göra undantag från är rätten till liv (artikel 2), förbuden mot tortyr och mot slaveri och tvångsarbete (artikel 3 respektive 4) och rätten att inte bli straffad utan en föregående vederbörlig rättslig process (artikel 7).

20 — Artikel 9.1.

21 — Artikel 9.2 b.

22 — Artikel 9.2 c.

23 — Artikel 9.2 e. I den engelska versionen av den bestämmelsen nämns inte *begående*t av brott eller handlingar. Jag anser att den engelska textens användning av ordet ”include” är underlig. Den franska texten lyder ”… en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d’accomplir des actes …”. Detta torde komma närmare bestämmelsens innebörd. Se vidare nedan punkterna 35 och 37.

24 — Artikel 9.3.

16. Tredjelandsmedborgare är undantagna från skyddsdirektivets tillämpningsområde om de omfattas av artikel 12 i detta. Den undantagsgrund som är relevant här är artikel 12.2, som återspeglar lydelsen av artikel 1 F i Genèvekonventionen. En person kan således inte få skydd genom direktivet om det finns synnerliga skäl att anta att han eller hon har begått ”brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott”. [25] Artikel 12.2 ”gäller personer som anstiftar eller på annat sätt deltar i förövandet av de brott eller gärningar” som nämns där. [26]

17. Medlemsstaterna ska bevilja en tredjelandsmedborgare flyktingstatus om han eller hon kan betraktas som flykting enligt kapitlen II och III i skyddsdirektivet. [27]

Nationell rätt

18. De nationella bestämmelserna om definitionen av ”flykting” härrör enligt Bayerisches Verwaltungsgericht München från artikel 1 A.2 i Genèvekonventionen. En person omfattas inte av definitionen om det finns synnerliga skäl att anta att någon av grunderna i artikel 1 F i den konventionen är tillämplig. [28]

19. Enligt nationell rätt är det förbjudet att utvisa människor till stater där deras liv eller frihet hotas på grund av deras ras, religion eller nationalitet, deras tillhörighet till en viss samhällsgrupp eller deras politiska åskådning. Om sådana hot kommer från staten ska de, enligt de aktuella nationella bestämmelserna, anses utgöra förföljelse. [29]

Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågor

20. I inledningen till detta förslag har jag redogjort för de uppgifter om Andre Lawrence Shepherd som framgår av begäran om förhandsavgörande.

21. Genom beslut av den 31 mars 2011 avslog Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (den federala myndigheten för migration och flyktingar) (nedan kallad Bundesamt) Andre Lawrence Shepherds asylansökan. Bundesamt angav som skäl för sitt beslut för det första att det inte finns någon grundläggande rätt till vapenvägran på grund av samvetsskäl, för det andra att Andre Lawrence Shepherd kunde ha lämnat sin tjänst i militären på ett lagenligt sätt och för det tredje att han inte omfattas av artikel 9.2 e jämförd med artikel 12 i skyddsdirektivet. Härvid framhöll Bundesamt att det enligt direktivet förutsätts att folkrättsstridiga handlingar har begåtts i den aktuella konflikten. Förenta staternas väpnade styrkor tolererar inte, och uppmuntrar än mindre till, sådana överträdelser. Andre Lawrence Shepherd var endast helikopterunderhållstekniker och deltog inte personligen i väpnad strid. Det finns inget som tyder på att han medverkade indirekt till krigsförbrytelser och/eller att ”hans” helikoptrar var inblandade i krigsförbrytelser. Även om Andre Lawrence Shepherd hade medverkat indirekt till krigsförbrytelser, skulle detta inte ha varit tillräckligt för att göra honom straffrättsligt ansvarig för dem i den mening som avses i artikel 25 i Romstadgan för Internationella

25 — Artikel 12.2 a. Artikel 12.2 b och 12.2 c påminner till sin lydelse om artikel 1 F b respektive 1 F c i Genèvekonventionen; se ovan fotnot 7.

26 — Artikel 12.3.

27 — Artikel 13.

28 — Se 3 § första och andra punkterna Asylverfahrensgesetz (lagen om asylförfarande).

29 — 60 § första punkten Aufenthaltsgesetz (lagen om uppehållsrätt).

brottmålsdomstolen. [30] När det gäller ett eventuellt brott mot freden kan Andre Lawrence Shepherd vidare inte anses som ”förövare” – oavsett om invasionen av Irak stred mot folkrätten eller ej – eftersom han inte tillhör de högre officerarnas krets. Dessutom hade koalitionsstyrkornas insats i Irak blivit folkrättsligt legitimerad redan under Andre Lawrence Shepherds första tjänstgöringstid i landet.

22. Slutligen fann Bundesamt att den omständigheten att Andre Lawrence Shepherd skulle kunna komma att åtalas av de amerikanska myndigheterna för underlåtenhet att fullgöra sina militära skyldigheter, i synnerhet för desertering, endast återspeglade hans hemlands legitima intresse av att vidta sådana åtgärder.

23. Den 7 april 2011 väckte Andre Lawrence Shepherd talan mot Bundesamts beslut vid Bayerisches Verwaltungsgericht München. Han gjorde gällande att Bundesamt i begreppsmässigt hänseende felaktigt hade fokuserat på de *handlingar* som utgör förföljelse och bortsett från skälen till förföljelsen. Bundesamt hade enligt Andre Lawrence Shepherd felaktigt tillämpat principer i den internationella straffrätten på en asylansökan och därför kommit till den felaktiga slutsatsen att en person som vägrar att utföra militärtjänst kan beviljas flyktingstatus endast om han eller hon kan visa ”bortom rimligt tvivel” att han eller hon genom att stanna kvar i de väpnade styrkorna skulle ha gjort sig skyldig till internationella brott. Bayerisches Verwaltungsgericht München har förklarat att Andre Lawrence Shepherds ansökan bygger på fruktan för förföljelse i den mening som avses i artikel 9.2 e i skyddsdirektivet, varvid han har åberopat två skäl till förföljelse: hans tillhörighet till en samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d och/eller hans politiska åskådning i den mening som avses i artikel 10.1 e. Vid den muntliga förhandlingen underrättades domstolen om att Andre Lawrence Shepherd stödjer sig uteslutande på artikel 10.1 d. [31]

24. Mot denna bakgrund önskar Bayerisches Verwaltungsgericht München erhålla ett förhandsavgörande avseende följande frågor:

”1. Ska artikel 9.2 e i [skyddsdirektivet] tolkas så, att skyddet enligt den artikeln endast omfattar personer vilkas konkreta militära uppgifter inbegriper direkt deltagande i stridshandlingar, det vill säga väpnade insatser, och/eller personer med befogenhet att beordra sådana insatser (alternativ 1), eller kan även andra medlemmar i väpnade styrkor omfattas av skyddet enligt den artikeln när deras uppgifter endast utgörs av logistiskt och tekniskt förbandsstöd utan egentliga stridshandlingar och endast har indirekt inverkan på de egentliga stridshandlingarna (alternativ 2)?

2. Om fråga 1 ska besvaras med att alternativ 2 gäller:

Ska artikel 9.2 e i [skyddsdirektivet] tolkas så, att militärtjänstgöring i en (internationell eller inhemsk) konflikt i övervägande eller systematisk utsträckning måste göra det nödvändigt att, eller medföra en skyldighet att, begå sådana brott eller handlingar som definieras i artikel 12.2 i [skyddsdirektivet] (alternativ 1), eller är det tillräckligt att den asylsökande visar att de väpnade styrkor som han eller hon tillhör i enstaka fall har begått brott enligt definitionen i artikel 12.2 a i [skyddsdirektivet] i det område där insatsen äger rum, antingen därför att de order som har getts i enskilda fall har visat sig vara olagliga i detta hänseende eller därför att enskilda personer har gått för långt (alternativ 2)?

30 — Stadgan för Internationella brottmålsdomstolen, undertecknad i Rom den 17 juli 1998, som trädde i kraft den 1 juli 2002 (nedan kallad Romstadgan). Bayerisches Verwaltungsgericht München har förklarat att Bundesamt anser att det för medverkan till begåendet av ett brott i allmänhet krävs att handlingen i fråga begås med uppsåt (avsikt och insikt) (se artikel 30 i Romstadgan).

31 — Se vidare nedan punkterna 47–60.

3. Om fråga 2 ska besvaras med att alternativ 2 gäller:

   Kan flyktingstatus beviljas endast om det med betydande sannolikhet – bortom rimligt tvivel – kan antas att internationell humanitär rätt kommer att åsidosättas även i framtiden, eller är det tillräckligt att den asylsökande hänvisar till faktiska omständigheter som visar att sådana brott (med säkerhet eller sannolikt) begås i den aktuella konflikten och det sålunda inte kan uteslutas att han eller hon kan komma att bli indragen i dessa?

4. Innebär den omständigheten att militärdomstolar beivrar åsidosättanden av internationell humanitär rätt eller inte tolererar sådana åsidosättanden att flyktingstatus med stöd av artikel 9.2 e i [skyddsdirektivet] inte kan beviljas, eller saknar denna omständighet betydelse?

   Krävs det till och med att åtal har väckts vid Internationella brottmålsdomstolen?

5. Medför den omständigheten att den militära insatsen och/eller ockupationsordningen är godkänd av det internationella samfundet eller grundar sig på ett mandat från [Förenta nationernas säkerhetsråd] att en person inte kan ges skydd i egenskap av flykting?

6. Krävs det för beviljande av flyktingstatus enligt artikel 9.2 e i [skyddsdirektivet] att den asylsökande, om han eller hon fullgör sina åligganden i tjänsten, kan dömas enligt stadgan för Internationella brottmålsdomstolen (alternativ 1), eller ska flyktingstatus beviljas även om denna tröskel inte är uppnådd, det vill säga om asylsökanden inte behöver frukta något straffrättsligt åtal men trots detta, med hänvisning till sitt samvete, inte kan förmå sig att utföra militärtjänsten (alternativ 2)?

7. Om fråga 6 ska besvaras med att alternativ 2 gäller:

   Medför den omständigheten att asylsökanden inte, trots möjlighet att göra detta, har utnyttjat det ordinarie förfarandet avseende vapenvägran att han eller hon inte kan ges skydd i egenskap av flykting med stöd av de ovannämnda bestämmelserna, eller kan sådant skydd komma i fråga även med avseende på ett specifikt samvetsbeslut?

8. Är avsked med dåliga vitsord från armén, ådömande av fängelsestraff och därmed sammanhängande utstötthet och missgynnande i socialt hänseende att betrakta som förföljelse i den mening som avses i artikel 9.2 b eller 9.2 c i [skyddsdirektivet]?”

25. Skriftliga yttranden har inkommit från Andre Lawrence Shepherd, Tyskland, Grekland, Nederländerna, Förenade kungariket och Europeiska kommissionen. Alla dessa parter utom Nederländerna yttrade sig också vid den muntliga förhandlingen den 25 juni 2014.

Inledande synpunkter

26. Omständigheterna kring Andre Lawrence Shepherds asylansökan kan anses aktualisera bredare frågor, såsom samspelet mellan unionsrätten och folkrätten. Bayerisches Verwaltungsgericht München har emellertid fokuserat på smalare frågor i sin begäran om förhandsavgörande och önskar väsentligen vinna klarhet i huruvida artikel 9.2 e i skyddsdirektivet är tillämplig på det aktuella målet och, i så fall, hur asylansökan ska bedömas. Enligt artikel 9.2 e föreligger det en handling som kan utgöra ”förföljelse” när en person riskerar åtal eller straff för vägran att utföra militärtjänst i en konflikt om fullgörandet av militärtjänst skulle innefatta utförandet av vissa handlingar, bland annat brott mot freden, krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten i den mening som avses i artikel 12.2 i

direktivet. Enligt min uppfattning bör domstolen, när den besvarar frågorna från Bayerisches Verwaltungsgericht München, avstå från att gå närmare in på de bredare frågorna, som inte har behandlats i tillräcklig utsträckning i de argument som har lagts fram för domstolen. Jag kommer därför inte heller att diskutera dessa bredare frågor i detta förslag till avgörande.

27. Genèvekonventionen är ett levande instrument som ska tolkas mot bakgrund av aktuella förutsättningar och i enlighet med utvecklingen inom folkrätten. [32] UNHCR har en särskild roll att spela inom ramen för konventionen och ger medlemsstaterna värdefull vägledning om hur man fastställer flyktingstatus. [33] Genèvekonventionen utgör grundstenen i det folkrättsliga systemet för skydd av flyktingar, och skyddsdirektivet ska tolkas mot bakgrund av den konventionens allmänna systematik och syfte. [34] Som tydligt framgår av artikel 78.1 FEUF, ska skyddsdirektivet dessutom alltid tolkas på ett sätt som är förenligt med Genèvekonventionen, med övriga tillämpliga fördrag och med de rättigheter som erkänns i stadgan. [35]

28. Vidare ska varje tolkning av enskilda bestämmelser i skyddsdirektivet göras med beaktande av den sedvanliga betydelsen av de språkliga uttryck som används, direktivets syfte och dess systematik och sammanhang. Såvitt avser det sistnämnda reglerar artikel 4 (i kapitel II i direktivet) bedömningen av ansökningar om internationellt skydd. [36] Den aktuella bedömningsprocessen utgör ett försök att hitta rätt balans: de som verkligen är flyktingar behöver och förtjänar skydd, men medlemsstaterna måste få tillämpa förfaranden som gör det möjligt att skilja de sökande som har verkliga asylskäl från dem som inte har det. Härvid måste det tvivelsutan beaktas att sökande med verkliga asylskäl är människor som ofta har varit med om traumatiska upplevelser. Trots detta ska varje enskild sökande lämna en tydlig och trovärdig redogörelse till stöd för sin asylansökan.

29. I Andre Lawrence Shepherds fall har Bayerisches Verwaltungsgericht München ställt åtta frågor som har inbördes samband och delvis överlappar varandra. Den huvudsakliga frågan rör huruvida en person i Andre Lawrence Shepherds situation kan hänvisa till förföljelse i den mening som avses i artikel 9.2 e till stöd för sin ansökan om flyktingstatus enligt skyddsdirektivet. Jag kommer därför primärt att inrikta mig på frågan om den bestämmelsens tillämpningsområde och dess samband med de ”skäl till förföljelse” som anges i artikel 10.1 d och 10.1 e.

Fråga 1

30. Bayerisches Verwaltungsgericht München har ställt fråga 1 för att vinna klarhet avseende räckvidden av tillämpningsområdet för artikel 9.2 e i skyddsdirektivet, särskilt om innebörden av orden ”… om *fullgörandet av militärtjänst skulle innefatta* brott eller handlingar som omfattas av undantagsklausulerna i artikel 12.2”. [37] Är det endast personer som direkt deltar i väpnad strid som omfattas av bestämmelsen, eller är den även tillämplig på all tjänstgörande militär personal, inbegripet personer som tillhandahåller logistiskt och tekniskt stöd, såsom en helikopterunderhållstekniker?

32 — Se UNHCR:s inledande not (*Introductory Note*) till Genèvekonventionen från december 2010, och se vidare artikel 35 i Genèvekonventionen, artiklarna 8.2 b och 21 i asylprövningsdirektivet och skäl 15 i skyddsdirektivet. UNHCR har tagit fram dokument som kan vara till hjälp, bland annat riktlinjer för internationellt skydd nr 10 (*Guidelines on International Protection No. 10*) som rör anspråk på flyktingstatus i samband med militärtjänstgöring inom ramen för artikel 1 A.2 i Genèvekonventionen (nedan kallade UNHCR:s riktlinjer nr 10) och riktlinjer för tillämpning av undantagsklausulerna: artikel 1 F i Genèvekonventionen (*Guidelines on the application of the exclusion clauses: Article 1(F) of the Geneva Convention*) (nedan kallade UNHCR:s riktlinjer om undantagsklausulerna). Inget av dessa dokument är rättsligt bindande, men de återspeglar trots detta etablerade folkrättsliga principer.

33 — Se skäl 15 i skyddsdirektivet.

34 — Domstolens dom i de förenade målen C-175/08, C-176/08, C-178/08 och C-179/08, Salahadin Abdulla m.fl. (EU:C:2010:105), punkt 52, i de förenade målen C-71/11 och C-99/11, Y och Z (EU:C:2012:518), punkt 47, och i de förenade målen C-199/12–C-201/12, X (EU:C:2013:720), punkt 39.

35 — Domen i de ovannämnda förenade målen X (EU:C:2013:720), punkt 40. Se även artikel 10 i stadgan.

36 — De faktorer som nämns i artikel 4.1 förtecknas utförligt i artikel 4.2 i skyddsdirektivet. Se även domstolens dom i mål C-277/11, M.M. (EU:C:2012:744), punkt 73.

37 — Min kursivering.

Artikel 9.2 e i skyddsdirektivet

31. Andre Lawrence Shepherd, Tyskland, Förenade kungariket och kommissionen anser att all militär personal omfattas av artikel 9.2 e i skyddsdirektivet. Grekland har en annan utgångspunkt och anser att frågan från Bayerisches Verwaltungsgericht München rör i vilken utsträckning den som ansöker om flyktingstatus måste ha varit inblandad i förövandet av gärningar såsom krigsförbrytelser för att han eller hon ska anses vara personligen ansvarig för dessa gärningar. Nederländerna har påpekat att personal i stödfunktioner normalt inte deltar i militära operationer eller stridshandlingar; huruvida Nederländerna anser att sådan personal ändå kan omfattas av artikel 9.2 e är något oklart.

32. Enligt min uppfattning omfattar artikel 9.2 e i skyddsdirektivet all militär personal, inbegripet logistik- och stödpersonal såsom en helikopterunderhållstekniker.

33. Definitionen av en viss kategori av ”förföljelse” i artikel 9.2 e i skyddsdirektivet innehåller en uttrycklig hänvisning till artikel 12.2 i nämnda direktiv, som ska läsas tillsammans med artikel 12.3.[38] Det finns inget i skyddsdirektivets text som inskränker uttrycket ”om fullgörandet av militärtjänst skulle innefatta” till att avse enbart stridande personal. Den tydliga formuleringen i artikel 12.3 (”på annat sätt deltar i förövandet av”) bekräftar att personer som inte är direkt inblandade i förövandet av sådana gärningar som avses i artikel 12.2 ändå kan undantas från skydd enligt skyddsdirektivet med stöd av den bestämmelsen. Om artikel 9.2 e ska tolkas på ett sätt som står i överensstämmelse med artikel 12.2 och 12.3, kan den berörda personens avsedda funktion, titel eller arbetsbeskrivning inte gärna avgöra huruvida han eller hon fruktar förföljelse i den mening som avses i artikel 9.2 e i skyddsdirektivet.

34. Att låta stödpersonal omfattas av artikel 9.2 e ligger dessutom väl i linje med skyddsdirektivets övergripande syfte att identifiera personer som tvingade av omständigheterna söker skydd inom Europeiska unionen och har ett verkligt behov av sådant skydd.[39] Om en person kan visa att han eller hon genom att utföra militärtjänst skulle bli inblandad i förövandet av någon av de gärningar som i artikel 12.2 i direktivet anges som undantagsgrunder, saknas rimliga skäl att undanta den personen från tillämpningsområdet för artikel 9.2 e (i själva verket finns det goda skäl att anta att en sådan person skulle ha ett verkligt skyddsbehov).

35. Vidare kan jag inte heller se något skäl till att en person inte kan, eller inte borde kunna, hänvisa till artikel 9.2 e i direktivet på grund av att han eller hon är yrkessoldat snarare än värnpliktig. Formuleringen ”… vägran att utföra militärtjänst …” är tillräckligt bred för att innefatta var och en som tjänstgör i det militära. Det görs inte någon åtskillnad beroende på hur den berörda personen rekryterades, vilket således saknar relevans.

36. Nästa steg i prövningen är besvärligare. Skulle den berörda personen komma att förmås att delta i förövandet av gärningar såsom krigsförbrytelser vilka förtecknas i artikel 12.2 i skyddsdirektivet? För att kunna avgöra detta måste kraven enligt artikel 12.2 bedömas mot bakgrund av artikel 9.2 e. Enligt artikel 9.2 e krävs en förhandsbedömning av sökandens situation och således av sannolikheten för att en handling ska inträffa. Artikel 12.2 gäller efterhandsbedömning av handlingar som redan har inträffat.

37. För det första förefaller det mig som om artikel 9.2 e, med tanke på formuleringen ”… skulle innefatta brott eller handlingar som omfattas av undantagsklausulerna i artikel 12.2 …”, måste tolkas så, att den innebär att den berörda personen genom att utföra militärtjänst skulle anstifta eller på annat sätt delta i förövandet av sådana gärningar. Den tolkningen ligger i linje med, och får stöd av, den franska versionen av artikel 9.2 e i direktivet: ”… en cas de conflit lorsque le service militaire

38 — I artikel 12.3 stadgas att artikel 12.2 gäller personer som anstiftar eller på annat sätt deltar i förövandet av de brott eller gärningar som nämns däri.

39 — Se skälen 1 och 6 i skyddsdirektivet.

supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes …". [40] Fokus ligger på vad utförandet av den aktuella militärtjänsten skulle *eller skulle kunna* medföra. För det andra innebär ordet "skulle" att ett villkor för förövandet av sådana gärningar som de som förtecknas i artikel 12.2 är att personen i fråga utför sin militärtjänst. [41] För det tredje innebär "skulle" även att den berörda personen ännu inte har förövat några sådana gärningar. Vad det hänvisas till är således möjliga framtida gärningar snarare än gärningar som har ägt rum i det förflutna.

38. Denna bedömning skiljer sig således i grunden från den utredning som görs i efterhand antingen i samband med straffrättsliga förfaranden eller när en medlemsstat försöker visa att en viss person ska undantas från skydd enligt skyddsdirektivet därför att han eller hon ingår i den kategori som är undantagen enligt artikel 12.2. Det är inte rimligt att tolka artikel 9.2 e som innebärande ett krav på att den som ansöker om flyktingstatus ska visa att han eller hon omfattas av artikel 12.2. Den som kan visa det är definitionsmässigt undantagen från möjligheten att få skydd.

39. Artikel 12.2 i skyddsdirektivet härrör från artikel 1 F i Genèvekonventionen. Det är endast artikel 12.2 a som är relevant i Andre Lawrence Shepherds fall. Skälen till detta redovisar jag kortfattat nedan.

40. I artikel 12.2 b i direktivet hänvisas till personer som har förövat ett "grovt icke-politiskt brott". Det finns inget i begäran om förhandsavgörande som tyder på att Andre Lawrence Shepherd ingår i den kategorin. Därför finns det inget behov av att ytterligare diskutera artikel 12.2 b. Artikel 12.2 c avser personer som har gjort sig skyldiga till gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser. [42] Som jag ser det är det endast personer som har befunnit sig i en maktposition i en stat eller statsliknande enhet som kan begå sådana gärningar. Andre Lawrence Shepherd befann sig inte i någon sådan position.

41. Artikel 12.2 a är således den relevanta bestämmelsen. De gärningar som förtecknas där är identiska med dem som anges i artikel 1 F a i Genèvekonventionen. Det rör sig om brott mot freden, krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott (direktivet innehåller ingen separat definition).

42. I stadgan för den internationella militärdomstolen [43] definieras "brott mot freden" som planering, förberedelse, inledande eller förande av anfallskrig eller krig i strid med internationella fördrag eller andra överenskommelser. Ett sådant brott kan på grund av sin art endast begås av personal i högt uppsatta maktpositioner som företräder en stat eller en statsliknande enhet. [44] Andre Lawrence Shepherd befann sig aldrig i en sådan position. Därför är det osannolikt att han skulle ha riskerat att begå en sådan gärning. "Brott mot mänskligheten" innefattar handlingar som folkmord, mord, våldtäkt och tortyr utförda som del i ett omfattande eller systematiskt angrepp på en civilbefolkning. [45] Eftersom det inte anges några faktiska omständigheter av detta slag i begäran om förhandsavgörande, kommer jag inte att ägna mer tid åt denna typ av brott här. [46]

40 — Se ovan fotnot 23.

41 — Skyddsdirektivet antogs den 29 april 2004. Vid tiden för dess antagande var Europeiska unionens officiella språk danska, engelska, finska, franska, grekiska, italienska, nederländska, portugisiska, spanska, svenska och tyska. Artikel 9.2 e har konditionalis på dessa språk (men inte i samtliga språkversioner eftersom presens används i den nederländska versionen).

42 — Förenta nationernas (nedan kallade FN) syften och grundsatser anges i kapitel I i dess stadga (Förenta nationernas stadga och stadga för den internationella domstolen, undertecknad i San Francisco den 26 juni 1945) (nedan kallad FN-stadgan). Såvitt avser FN:s medlemmar inbegriper dessa grundsatser att medlemmarna ska erkänna varandras suveräna likställighet, lösa sina internationella tvister med fredliga medel och avhålla sig från hot om eller bruk av våld i sina internationella förbindelser (artikel 2 i FN-stadgan).

43 — Stadgan för den internationella militärdomstolen, undertecknad i London den 8 augusti 1945.

44 — Se, till exempel, punkt 11 i UNHCR:s riktlinjer om undantagsklausulerna.

45 — Se, till exempel, punkt 13 i UNHCR:s riktlinjer om undantagsklausulerna.

46 — Bayerisches Verwaltungsgericht München har påpekat att Andre Shepherd ansåg att kriget i Irak stred mot folkrätten (se punkt 3 ovan). Huruvida det kriget var lagenligt är inte något som det ankommer på EU-domstolen eller de nationella myndigheterna att bedöma i Andre Shepherds fall, utan det är en fråga som fortfarande är föremål för diskussion bland folkrättsexperter och även bland politiska ledare. Den 16 september 2004 sade Kofi Annan (FN:s dåvarande generalsekreterare) att 2003 års invasion av Irak stred mot FN-stadgan. Efter det uttalandet antog emellertid FN:s säkerhetsråd ett antal resolutioner rörande Irak.

43. ”Krigsförbrytelser” definieras i ett antal internationella rättsliga instrument. [47] Som krigsförbrytelser räknas bland annat allvarliga överträdelser av den internationella humanitära rätten, vilken syftar dels till att skydda personer som inte (längre) deltar i stridigheter, dels till att slå fast begränsningar i fråga om vilka medel och metoder som får användas i krigföring. Det är vedertaget att uppsåtligt dödande och tortyr av civila utgör krigsförbrytelser. [48] Uppgifterna i begäran om förhandsavgörande tyder på att den kategorin (och endast den kategorin) av påstådda krigsförbrytelser är relevant i Andre Lawrence Shepherds fall.

44. Jag har redan kommit fram till att även militär personal som inte deltar direkt i väpnad strid omfattas av artikel 9.2 e i skyddsdirektivet. Huruvida sådana personer skulle begå krigsförbrytelser genom att utföra sina militära arbetsuppgifter är en sakfråga som det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att bedöma. Det är en svår bedömning att göra, eftersom myndigheterna därvid måste beakta händelser och konsekvenser av händelser som ännu inte har inträffat. Frågan blir därefter huruvida det är rimligt att anta att den berörda personens handlingar *skulle* möjliggöra förövandet av krigsförbrytelser. [49]

45. Domstolen kan inte gärna föreslå en uttömmande uppsättning kriterier som de nationella myndigheterna ska tillämpa. Militär personal som arbetar i en frisersalong på en amerikansk armébas och ser till att all tjänstgörande personal har reglementsenlig frisyr befinner sig långt från stridshandlingarna, varför sådana personer torde ha svårt att påvisa ett sådant direkt samband. En person som beväpnar flygplan med bomber eller underhåller jaktplan skulle däremot med större sannolikhet kunna visa att hans eller hennes roll har ett direkt samband med stridshandlingarna och således med möjligheten att begå krigsförbrytelser. I det hänseendet befinner sig den som är pilot eller besättningsman på ett flygplan eller en helikopter som riktar en robot mot civila flyktingar eller beskjuter en kolonn civila flyktingar med kulspruta helt klart närmare i den kedja av händelser som leder fram till begåendet av en krigsförbrytelse än den som beväpnade flygplanet eller helikoptern och såg till att den blev stridsklar. Av detta följer däremot inte att en underhållstekniker inte kan vara ”inblandad i” (eller att det helt saknas sannolikhet för att han eller hon skulle kunna vara inblandad i) begåendet av den krigsförbrytelsen.

46. I grund och botten förefaller det mig som om de nationella myndigheterna ska bedöma huruvida det föreligger ett direkt samband mellan den berörda personens handlingar och en rimlig sannolikhet för att krigsförbrytelser kan komma att begås, så att den berörda personen skulle kunna förmås att delta i begåendet av krigsförbrytelser av det skälet att hans eller hennes åtgärder utgör en nödvändig insats i dessa krigsförbrytelser. Det väsentliga härvidlag är huruvida krigsförbrytelserna eller gärningarna skulle vara omöjliga utan den insatsen eller utan samtliga insatser från personer i samma situation som den berörde.

Flyktingstatus

47. Den som har en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av exempelvis sin tillhörighet till en viss samhällsgrupp (artikel 10.1 d) eller sin politiska åskådning (artikel 10.1 e) och som uppfyller villkoren i artikel 2 c i skyddsdirektivet ska beviljas flyktingstatus. [50] Det måste emellertid finnas ett samband mellan skälen enligt artikel 10 och förföljelsen enligt artikel 9 i skyddsdirektivet. Bayerisches Verwaltungsgericht München har uppgett att Andre Lawrence Shepherds ansökan om flyktingstatus bygger på artikel 9.2 e jämförd med både artikel 10.1 d och artikel 10.1 e. Under den muntliga förhandlingen inför domstolen meddelade emellertid Andre Lawrence Shepherds rättsliga ombud att

47 — Se skäl 11 i skyddsdirektivet; se, vidare, artikel 8 i Romstadgan.

48 — Se, till exempel, punkt 12 i UNHCR:s riktlinjer om undantagsklausulerna.

49 — Se ovan punkt 37.

50 — Se artikel 13 i skyddsdirektivet.

hans talan baserades enbart på artiklarna 9.2 e och 10.1 d (med andra ord hänvisade han inte till artikel 10.1 e). Domstolen har av Bayerisches Verwaltungsgericht München inte ombetts att tolka artikel 10.1 d i skyddsdirektivet, men jag anser det ändå nödvändigt att se närmare även på den bestämmelsen mot bakgrund av Andre Lawrence Shepherds muntliga yttrande.

48. Det förefaller mig som om Andre Lawrence Shepherd helt klart faller under artikel 10.1 e i skyddsdirektivet. Att ha en politisk åskådning ska omfatta att hysa en åsikt, tanke eller tro i en fråga som rör en stat och dess politik eller metoder. Detta måste inbegripa tron att man inte kan utföra militärtjänst i en konflikt där detta möjligen skulle kunna leda till begåendet av krigsförbrytelser.

49. Däremot är läget inte lika klart när det gäller artikel 10.1 d (tillhörighet till viss samhällsgrupp).

50. Andre Lawrence Shepherd har gjort gällande att hans övertygelse att han genom att delta i kriget i Irak skulle riskera att begå gärningar som förtecknas i artikel 12.2 är så grundläggande för hans samvete att han inte får tvingas att handla i strid med denna övertygelse (det vill säga att han omfattas av artikel 10.1 d första strecksatsen) och att han därför tillhör en grupp som har en särskild identitet i Förenta staterna eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen (i den mening som avses i artikel 10.1 d andra strecksatsen).

51. Huruvida så är fallet beror på ett antal faktorer.

52. Uttrycket ”vapenvägrare” nämns inte i artikel 10.1 i stadgan, som nära återspeglar artikel 9.1 i Europakonventionen. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) har trots detta funnit att vägran att utföra militärtjänst – under förutsättning att den motiveras av en allvarlig och oöverstiglig konflikt mellan skyldigheten att tjänstgöra i en armé och en persons samvete – utgör en övertygelse som är tillräckligt stark, allvarlig, sammanhängande och betydelsefull för att åtnjuta skydd enligt artikel 9.1 i Europakonventionen.[51] Artikel 10.1 i stadgan ska därför tolkas på ett liknande sätt. Rätten till vapenvägran nämns däremot i artikel 10.2 i stadgan, där det föreskrivs att denna rätt ska erkännas enligt de nationella lagar som reglerar dess utövande.[52]

53. Termen ”vapenvägran” har emellertid mer än en betydelse. Den anses allmänt omfatta pacifister (till exempel kväkare) som absolut vägrar att befatta sig med militär verksamhet.[53] Dessutom kan termen avse personer som motsätter sig en viss konflikt av rättsliga, moraliska eller politiska skäl, eller som motsätter sig de medel och metoder som används i den konflikten.

54. Enligt min uppfattning kan de som absolut motsätter sig militär verksamhet utan större problem anses ha ”en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas avsvära sig den” i den mening som avses i artikel 10.1 d första strecksatsen. Deras ståndpunkt är tydlig och otvetydig: de är inte under några omständigheter beredda att överväga våldsanvändning. Eftersom deras inställning är så entydig, är den trovärdig.

55. De som på ett mer nyanserat sätt motsätter sig våldsanvändning befinner sig däremot i en besvärligare position därvidlag. Exakt vad det är de motsätter sig av samvetsskäl torde variera från person till person. Någon kanske motsätter sig ett visst krig och en annan de medel och metoder som används i en viss konflikt, medan en tredje vapenvägrar av ytterst personliga skäl därför att han eller hon tvingas strida mot sin egen etniska grupp. Eftersom det inte föreligger någon absolut vägran att

51 — Europadomstolens dom i målet Bayatyan mot Armenien (stora kammaren), nr 23459/03, § 110, Europadomstolen 2011.

52 — Huruvida artikel 10.2 i stadgan är relevant i Andre Shepherds fall beror således på de nationella lagar som reglerar vapenvägran i den medlemsstat (Tyskland) där han har sökt asyl. Att bedöma detta ankommer på de relevanta nationella myndigheterna, vilkas beslut kan komma att prövas av nationell domstol. När det gäller Andre Shepherds ställning som amerikansk medborgare och före detta medlem i Förenta staternas väpnade styrkor, se nedan punkterna 74 och 75.

53 — Se, till exempel, punkt 3 i UNHCR:s riktlinjer nr 10.

använda våld, utan endast en partiell sådan, kan det tänkas vara svårare för sådana personer att visa att deras individuella ståndpunkt är trovärdig – att just deras vägran bygger på samvete och principer snarare än bekvämlighet. Därför kan det också vara svårare för dem att omfattas av artikel 10.1 d första strecksatsen.

56. När det gäller artikel 10.1 d andra strecksatsen ser jag inte lika stora problem. Begreppsmässigt är det fullt möjligt att både de som absolut motsätter sig våldsanvändning och de som gör detta på ett mer nyanserat sätt kan utgöra (var för sig eller tillsammans) en grupp som har ”en särskild identitet i det berörda landet” (i det aktuella fallet Förenta staterna) ”eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen”. Att avgöra huruvida så faktiskt är fallet skulle bli en uppgift för de behöriga myndigheterna, varvid dessa skulle få utgå från det bevismaterial som läggs fram för dem och talan mot deras beslut skulle kunna väckas i nationell domstol.

57. Omfattas då Andre Lawrence Shepherd, mot bakgrund av en bedömning enligt dessa kriterier, av de båda strecksatserna i artikel 10.1 d (vilka anger kumulativa rekvisit)?

58. Bayerisches Verwaltungsgericht München har förklarat att Andre Lawrence Shepherds vägran att utföra militärtjänst inte är absolut. Han hade tagit värvning i Förenta staternas armé och han motsätter sig inte helt användning av väpnat våld. Hans argument går snarare ut på att han motsätter sig förandet av ett visst krig på ett visst sätt (ett sätt som enligt hans mening har innefattat och/eller i framtiden kan komma att innefatta förövandet av krigsförbrytelser) och att han fruktade att han själv skulle ha kommit att bli inblandad i sådan verksamhet om han hade fortsatt sin militärtjänstgöring och åtlytt ordern om förflyttning till Irak.

59. Till att börja med ska de nationella myndigheterna avgöra huruvida Andre Lawrence Shepherd ska klassificeras som vapenvägrare eller som desertör. Därvid ska de bedöma huruvida Andre Lawrence Shepherd har en övertygelse rörande den aktuella konflikten som är tillräckligt stark, allvarlig, sammanhängande och betydelsefull för att han ska omfattas av artikel 10.1 d första strecksatsen. Med andra ord: är Andre Lawrence Shepherd en simpel desertör, eller motsatte han sig verkligen – som han så kraftfullt har hävdat – fortsatt militärtjänstgöring i Irak av samvetsskäl? Om de nationella myndigheterna kommer fram till att han helt enkelt är desertör, är det ytterst osannolikt att han skulle kunna visa att han omfattas av artikel 10.1 d första strecksatsen. Eftersom rekvisiten i båda strecksatserna i artikel 10.1 d måste vara uppfyllda, skulle det då sakna betydelse huruvida personer som deserterar från militärtjänst betraktas som en enda, enhetlig grupp av omgivningen.

60. Om de nationella myndigheterna i stället finner att Andre Lawrence Shepherd vägrade att utföra fortsatt militärtjänst i Irak av det skälet att det förelåg en allvarlig och oöverstiglig konflikt mellan vad han på rimliga grunder förväntade sig att den aktuella tjänstgöringsskyldigheten skulle innebära och hans samvete, omfattas han däremot av artikel 10.1 d första strecksatsen. Då ska de nationella myndigheterna göra en bedömning, utifrån det material som står till deras förfogande, av huruvida det är rimligt att anta att personer i Andre Lawrence Shepherds specifika situation ses som annorlunda och behandlas på ett särskilt sätt av det amerikanska samhället i allmänhet. Om så är fallet, är även rekvisitet i artikel 10.1 d andra strecksatsen uppfyllt. Jag anser inte att den information som domstolen har tillgång till är tillräcklig för att den ska kunna ge ytterligare vägledning på denna punkt.

Fråga 2

61. Bayerisches Verwaltungsgericht München har i sin andra fråga angett två alternativ. Frågan rör vad som krävs för att artikel 9.2 e i skyddsdirektivet ska vara tillämplig: måste den aktuella konflikten i övervägande eller systematisk utsträckning innefatta förövandet av brott eller handlingar som anges i artikel 12.2 i det direktivet, eller är det tillräckligt att sökanden visar att sådana gärningar i enskilda fall har begåtts av de väpnade styrkor som han eller hon tillhör?

62. Enligt min uppfattning är inget av dessa alternativ avgörande för huruvida artikel 9.2 e i skyddsdirektivet är tillämplig. Det väsentliga är hur sannolikt det är att *sökanden* riskerar att begå krigsförbrytelser. Den berörda personen ska visa varför han eller hon tror att han eller hon skulle riskera att begå krigsförbrytelser om han eller hon utförde sina militära arbetsuppgifter.

63. När det rör sig om en konflikt där sådana gärningar redan påstås ha förekommit i systematisk utsträckning och bevismaterial är allmänt tillgängligt, kan det (relativt sett) vara lättare för en sökande att uppfylla det kravet. Förutsatt att det inte skedde en ändring i policyn innan sökanden sändes till krigsskådeplatsen, skulle han eller hon ha rimliga skäl för att hävda att sådana gärningar sannolikt kunde komma att inträffa i framtiden och att han eller hon då skulle kunna bli inblandad i dem. När det rör sig om en konflikt där sådana gärningar påstås ha inträffat som enskilda eller isolerade fall, är sökandens uppgift däremot svårare. Sökanden ska då visa varför denne anser det sannolikt att han eller hon *själv* genom att utföra sin militärtjänst skulle komma att begå handlingar som skulle utsätta honom eller henne *själv* för risken att inblandas i begåendet av krigsförbrytelser (det subjektiva rekvisitet). Till exempel skulle sökanden behöva förklara varför han eller hon – mot bakgrund av den avsedda stationeringsorten och den avsedda typen av arbetsuppgifter – på rimliga grunder kunde tro att han eller hon skulle kunna komma att medverka till krigsförbrytelser. Det finns också ett objektivt rekvisit som avser huruvida det på grundval av de tillgängliga upplysningarna är rimligt att dra slutsatsen att sökanden skulle kunna komma att hamna i en sådan situation. Det är således nödvändigt att bedöma huruvida det finns sakliga skäl att anse att den berörda personen skulle kunna bli inblandad i förövandet av krigsförbrytelser.

Fråga 3

64. Det förefaller mig som om fråga 3 nödvändigtvis omfattas av mitt föreslagna svar på fråga 2. Det är inte nödvändigt att visa bortom allt rimligt tvivel att det kan antas att internationell humanitär rätt kommer att åsidosättas.

Fråga 6

65. Härnäst är det lämpligt att diskutera fråga 6, genom vilken Bayerisches Verwaltungsgericht München önskar vinna klarhet i huruvida det vid bedömning av artikel 9.2 e i skyddsdirektivet är relevant att beakta bestämmelserna i Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen.

66. Jag anser inte att bestämmelserna i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen är relevanta. Artikel 9.2 e i skyddsdirektivet är inte avsedd att omfatta personer som skulle kunna åtalas för internationella brott. Tvärtom: Dess syfte är att ge skydd åt personer som vill *undvika* att begå sådana brott i samband med militärtjänstgöring. Det syftet skulle direkt motverkas om man använde sannolikheten för att ett åtal mot soldaten X för en krigsförbrytelse skulle leda till en fällande dom som kriterium för att avgöra huruvida soldaten X ska beviljas skydd som flykting av det skälet att han eller hon önskar undvika att hamna i en situation där ett åtal för en krigsförbrytelse mot honom eller henne *skulle kunna* leda till en fällande dom. I artikel 4 i skyddsdirektivet beskrivs den bedömning av fakta och omständigheter som krävs för att pröva en ansökan om flyktingstatus. I slutändan är det väsentliga huruvida den enskilde sökandens påståenden är trovärdiga. De krav som gäller inom internationell straffrätt för att ett åtal för krigsförbrytelser ska kunna leda till en fällande dom är fullständigt annorlunda (de är mycket högre ställda) och saknar betydelse för den här aktuella bedömningen. [54]

54 — Här noterar jag att eftersom Förenta staterna inte är part i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen, skulle bestämmelserna i denna under alla omständigheter ändå inte kunna tillämpas på Andre Shepherds fall.

Fråga 4

67. Genom denna fråga önskar Bayerisches Verwaltungsgericht München vinna klarhet i huruvida beviljande av flyktingstatus är uteslutet under vissa omständigheter. Den hänskjutande domstolen undrar dels huruvida den omständigheten att myndigheterna i en sökandes hemland beivrar krigsförbrytelser medför att sökanden inte kan åberopa artikel 9.2 e i skyddsdirektivet, dels huruvida ett åtal vid Internationella brottmålsdomstolen är relevant. I sina kommentarer har Bayerisches Verwaltungsgericht München anfört att i fall där det finns en apparat för att lagföra och straffa dem som begår krigsförbrytelser, skulle man kunna anse att det är osannolikt att krigsförbrytelser kommer att begås, eftersom dylika inte tolereras av den berörda staten. Argumentet går ut på att själva omständigheten att krigsförbrytelser beivras skulle innebära att staten ombesörjer skydd mot förföljelse i den mening som avses i artikel 7 i skyddsdirektivet.

68. Enligt min uppfattning ska båda dessa frågor besvaras nekande. Att det finns en nationell eller internationell apparat för att beivra krigsförbrytelser kan förvisso i princip avskräcka från förövandet av dylika brott. Det är emellertid ett tragiskt men ofrånkomligt faktum att existensen av en sådan apparat inte hindrar att krigsförbrytelser ibland begås i stridens hetta[55] (på samma sätt som existensen i civiliserade rättssystem av lagar enligt vilka det är brottsligt och straffbart att våldta och mörda tyvärr inte garanterar att människor aldrig kommer att utsättas för våldtäkt eller mord). Om artikel 9.2 e i skyddsdirektivet överhuvudtaget ska kunna fungera som ett sätt att erbjuda en fristad för personer som riskerar att tvingas medverka till förövandet av krigsförbrytelser, måste denna artikel tillämpas oberoende av huruvida det finns en nationell eller internationell apparat för att åtala och bestraffa personer som begår krigsförbrytelser och huruvida denna apparat i så fall används.

Fråga 5

69. Genom denna fråga önskar Bayerisches Verwaltungsgericht München vinna klarhet i huruvida artikel 9.2 e kan åberopas trots att den aktuella militära insatsen är godkänd av det internationella samfundet eller grundar sig på ett mandat från FN:s säkerhetsråd.

70. Jag är inte säker på att jag förstår den exakta innebörden – i rättsligt hänseende – av uttrycket ”godkänd av det internationella samfundet”. Det definieras inte i FN-stadgan vad som utgör ett legitimt krig, och jag känner heller inte till något annat internationellt rättsinstrument som fyller den luckan (om det nu är en lucka).[56] Jag förstår inte vad som skulle kunna åstadkommas i konstruktiv riktning med ett försök att avgränsa tillämpningsområdet för artikel 9.2 e i skyddsdirektivet genom en hänvisning till ett uttryck som saknar definition. Eftersom det inte krävs något mandat från FN:s säkerhetsråd för att föra krig eller försvara sig mot ett angrepp, kan förekomsten eller avsaknaden av ett sådant mandat inte vara avgörande för huruvida gärningar enligt artikel 12.2 i skyddsdirektivet ska anses ha inträffat. Att en konflikt föregås av en resolution från FN:s säkerhetsråd enligt vilken våldsanvändning är tillåten under vissa omständigheter och på vissa villkor kan således inte ”definitionsmässigt” anses medföra att krigsförbrytelser inte kan begås och inte kommer att begås.

55 — Ett ökänt exempel är Son My-massakern under Vietnamkriget. Av de 26 amerikanska soldater som åtalades för brott i Son My var det endast löjtnant William Calley Jr. som dömdes. På senare tid har chefsåklagaren vid Internationella brottmålsdomstolen inlett mål rörande omständigheter i Uganda och i Demokratiska republiken Kongo. Såvitt avser det sistnämnda landet har en fällande dom meddelats i målet chefsåklagaren mot Thomas Lubanga Dyilo.

56 — Mycket tankekraft har ödslats och mycket bläck förspillts på att analysera huruvida och under vilka omständigheter ett krig kan anses vara ”berättigat” och/eller ”rättvist”. Teorin om rättvist krig (jus bellum iustum) som inledningsvis undersöktes av Augustinus av Hippo (år 354–430), utvecklades som bekant av Thomas av Aquino (år 1225–1274) i ”Summa Theologica”. Efterkommande analyser har gradvist skilt på regler avseende krigets berättigande (jus ad bellum), regler avseende rättvist handlande i krig (jus in bello) och regler avseende ansvar och tillsvarsställande av de krigsförande parterna efter kriget (jus post bellum). Krigsrättsprinciperna anses vanligtvis vara att kriget ska ha ett berättigat syfte, vara en sista utväg, att krigsförklaringen ska utfärdas av en behörig myndighet, att kriget ska ske med riktiga avsikter, ha en rimlig möjlighet att lyckas och vara proportionerligt i förhållande till de metoder som används. Varje beståndsdel kan bli föremål för kritik.

71. Därför drar jag slutsatsen att denna fråga ska besvaras med att existensen av ett mandat från FN:s säkerhetsråd avseende den aktuella konflikten inte undanröjer behovet av – eller påverkar resultatet av – den bedömning som görs i enlighet med artikel 4 i skyddsdirektivet. Förekomsten av ett sådant mandat innebär inte heller i sig att det kan uteslutas att gärningar enligt artikel 12 i skyddsdirektivet har begåtts eller skulle kunna komma att begås.

Fråga 7

72. Genom den sista av sina frågor rörande tolkningen av artikel 9.2 e i skyddsdirektivet önskar Bayerisches Verwaltungsgericht München vinna klarhet i huruvida en sökande, för att kunna åberopa den bestämmelsen, först måste ha använt sig av det ordinarie förfarandet avseende vapenvägran som hans eller hennes nationella myndigheter erbjuder.

73. Låt mig först erinra om att det åtal eller straff som Andre Lawrence Shepherd skulle kunna tänkas bli föremål för om han sändes tillbaka till Förenta staterna skulle avse desertering snarare än vapenvägran.

74. Det är oklart vad Bayerisches Verwaltungsgericht München menar med ”det ordinarie förfarandet avseende vapenvägran”. Detta uttryck skulle kunna tänkas syfta på de förfaranden som enligt amerikansk rätt står till buds för att framställa en ansökan med den aktuella innebörden. I så fall kan det konstateras att domstolen saknar uppgifter om huruvida Andre Lawrence Shepherd enligt amerikansk rätt skulle få utnyttja ett sådant förfarande eller huruvida han är förhindrad att göra detta därför att han (som Bayerisches Verwaltungsgericht München har påpekat) inte absolut motsätter sig våldsanvändning. I detta sammanhang vill jag framhålla punkt 1–5 a.4 i Army Regulation 600–43, där det stadgas att ansökningar ingivna efter påbörjad militärtjänstgöring avseende klassificering som vapenvägrare inte kommer att beviljas om de bygger på invändningar mot ett visst krig. Jag vet naturligtvis inte hur denna bestämmelse i praktiken har tolkats av amerikanska militärdomstolar.

75. Det ankommer på de nationella myndigheterna att kontrollera (vid behov med hjälp av sakkunnigutlåtanden) huruvida Andre Lawrence Shepherd har rätt i sin uppfattning att han inte skulle uppfylla villkoren för att klassificeras som vapenvägrare enligt amerikansk rätt. Om han faktiskt hade kunnat utnyttja det aktuella förfarandet med rimliga förhoppningar om framgång men inte gjorde detta, kan jag inte se något skäl till att han skulle tillerkännas flyktingstatus med hänvisning till en förföljelse som han (enligt detta antagande) skulle ha kunnat undvika utan att kompromissa med sina övertygelser. Om han däremot i egenskap av tjänstgörande soldat inte hade kunnat ansöka om status som vapenvägrare med hänvisning till att han motsatte sig att på nytt stationeras i Irak, kan hans underlåtenhet att ansöka om sådan status inte ha någon betydelse för hans ansökan om flyktingstatus enligt artikel 9.2 e i skyddsdirektivet.

Fråga 8

76. Genom fråga 8 önskar Bayerisches Verwaltungsgericht München vinna klarhet kring två olika handlingar innebärande ”förföljelse” som nämns i skyddsdirektivet, nämligen ”rättsliga, administrativa, polisiära och/eller judiciella åtgärder som i sig är diskriminerande eller som genomförs på ett diskriminerande sätt” (artikel 9.2 b) och ”åtal eller straff som är oproportionerliga eller diskriminerande” (artikel 9.2 c). Närmare bestämt vill Bayerisches Verwaltungsgericht München veta huruvida avsked med dåliga vitsord efter fängelsedom och den utstötthet och det missgynnande i socialt hänseende som sammanhänger med ett sådant straff är att betrakta som förföljelse i den mening som avses i de bestämmelserna.

77. Fråga 8 är fristående. Innan jag går närmare in på den vill jag erinra om att rätt till flyktingstatus föreligger endast om en handling som innebär förföljelse enligt artikel 9 har samband med ett skäl till förföljelse enligt artikel 10.[57] Alla parter som har inkommit med yttranden till domstolen – inbegripet Andre Lawrence Shepherd – godtar att stater får bestraffa militär personal som vägrar att fortsätta att utföra militärtjänst i fall där de berörda personerna har deserterat av orsaker som *inte* utgör giltiga samvetsskäl, förutsatt att straffen och de därmed sammanhängande förfarandena uppfyller internationella normer. Som jag förstår saken, är fråga 8 således relevant endast om de nationella myndigheterna finner att Andre Lawrence Shepherd *inte* på rimliga grunder kunde tro att han riskerade att begå krigsförbrytelser om han skickades tillbaka till Irak (vilket alltså skulle innebära att han inte omfattas av artikel 9.2 e) men däremot är övertygade om att han trots detta antingen uppfyller rekvisiten enligt båda strecksatserna i artikel 10.1 d (tillhörighet till viss samhällsgrupp) eller omfattas av artikel 10.1 e på grund av sina politiska åsikter om Irakkrigets genomförande. Detta specialfall skulle kanske kunna sägas innebära att Andre Lawrence Shepherd betraktas som ”samvetsdesertör”.

78. Är det diskriminerande eller oproportionerligt att ställa en sådan person inför krigsrätt och straffa honom eller henne, så att detta omfattas av artikel 9.2 b eller 9.2 c?

79. Krigsrättsförfaranden och/eller avsked med dåliga vitsord omfattas uppenbart av uttrycket ”rättsliga, administrativa, polisiära och/eller judiciella åtgärder” i artikel 9.2 b. En sökande måste emellertid visa att sådana åtgärder i sig är diskriminerande eller att de genomförs på ett diskriminerande sätt. Eftersom Andre Lawrence Shepherd har hänvisat till artikel 10.1 d i direktivet (tillhörighet till viss samhällsgrupp), är det vid bedömningen av huruvida så är fallet nödvändigt att undersöka huruvida det finns samhällsgrupper i Förenta staterna som är jämförbara med den som Andre Lawrence Shepherd har påstått sig tillhöra i så måtto att dessa grupper befinner sig i en liknande situation, och därefter att bedöma huruvida sannolikheten att drabbas av diskriminering är högre för hans grupp än för den jämförbara gruppen samt huruvida en eventuell synbar skillnad i behandling skulle kunna vara motiverad. Eftersom akten inte innehåller någon bevisning som tyder på att diskriminering av den typen är relevant här, ankommer det på de nationella myndigheterna att göra den nödvändiga detaljerade bedömningen av fakta och omständigheter i syfte att slå fast hur saken ligger till.

80. Det är likaså omöjligt att på principiell nivå slå fast huruvida ett eventuellt åtal är oproportionerligt eller diskriminerande, eller huruvida det straff som Andre Lawrence Shepherd sannolikt skulle få om han dömdes för desertering[58] skulle vara oproportionerligt, på så sätt att artikel 9.2 c blir tillämplig. Vid bedömningen av huruvida ett åtal eller straff för desertering är oproportionerligt ska det generellt sett undersökas huruvida sådana åtgärder går utöver vad som är nödvändigt för att den berörda staten ska kunna utöva sin legitima rätt att hålla väpnade styrkor. De påföljder som Bayerisches Verwaltungsgericht München har beskrivit förefaller inte vara uppenbart oproportionerliga. I slutändan ankommer det även här på de nationella myndigheterna att göra en bedömning mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.

81. För fullständighetens skull vill jag tillägga att kriterierna skulle vara desamma om artikel 10.1 e (politisk åskådning) anfördes som skäl till förföljelse. Eftersom begreppet samhällsgrupp saknar relevans för den grunden, vore det emellertid mycket svårt för en person i Andre Lawrence Shepherds situation att visa att han eller hon hade diskriminerats uteslutande på grund av sin individuella situation. En sådan person skulle också kunna tänkas ha svårt att hitta en lämplig grupp för den nödvändiga jämförelsen.

57 — Artikel 9.3.

58 — Av begäran om förhandsavgörande framgår att Bundesamt har funnit att Andre Shepherd riskerar en påföljd för desertering på mellan 100 dagars och 15 månaders fängelse, trots att straffskalan uppgår till maximalt fem års fängelse.

82. Social utstötthet nämns inte uttryckligen i artikel 9.2 som en handling innebärande ”förföljelse”, och enligt min uppfattning passar detta inte särskilt väl in i vare sig artikel 9.2 b eller artikel 9.2 c. Förteckningen i artikel 9.2 är emellertid inte uttömmande. Att social utstötthet är följden av handlingar utförda av ”grupper som inte företräder staten” (i den mening som avses i artikel 6 c i direktivet) utesluter vidare inte i sig att detta skulle kunna anses utgöra (ytterligare) en handling som innebär förföljelse enligt artikel 9.2.

83. För att handlingar som innebär förföljelse i den mening som avses i artikel 9.2 ska kunna ligga till grund för en framgångsrik ansökan om flyktingstatus, måste de emellertid antingen vara ”tillräckligt allvarliga till sin natur eller på grund av sin upprepning för att innebära en allvarlig överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna” (artikel 9.1 a)[59] eller vara ”en ackumulation av olika åtgärder, däribland sådana överträdelser av de mänskliga rättigheterna som är tillräckligt allvarliga för att påverka en individ på ett liknande sätt” (artikel 9.1 b). Domstolen förfogar inte över några upplysningar som visar huruvida det åtal, det straff eller den sociala utstötthet som Andre Lawrence Shepherd eventuellt skulle komma att utsättas för om han sändes tillbaka till Förenta staterna skulle vara av tillräckligt allvarlig natur för att uppfylla det kravet. Återigen rör det sig således om frågor som det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att avgöra, varvid talan mot deras beslut kan väckas i nationell domstol.

Förslag till avgörande

84. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara frågorna från Bayerisches Verwaltungsgericht München (Tyskland) på följande sätt:

— Tillämpningsområdet för artikel 9.2 e i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet omfattar militär personal som inte deltar direkt i väpnad strid, om sådan personal genom att utföra militärtjänst skulle kunna komma att förmås att anstifta eller på annat sätt delta i förövandet av brott eller handlingar av de slag som det hänvisas till i den bestämmelsen.

— Vid bedömningen av huruvida så är fallet, ska de nationella myndigheterna undersöka dels huruvida det föreligger ett direkt samband mellan den berörda personens handlingar och en rimlig sannolikhet för att krigsförbrytelser skulle kunna komma att begås i så måtto att hans eller hennes åtgärder utgör en nödvändig beståndsdel i dessa krigsförbrytelser och krigsförbrytelserna eller handlingarna skulle vara omöjliga utan hans eller hennes bidrag eller utan samtliga bidrag från personer i samma situation som han eller hon, dels huruvida det finns sakliga skäl att anta att den berörda personen skulle kunna bli inblandad i förövandet av krigsförbrytelser. Härvid är det oförenligt med artikel 9.2 e i direktiv 2004/83 att tillämpa straffrättsliga krav på bevisstyrka (till exempel ”bortom allt rimligt tvivel”) eller att tillämpa principer hämtade från internationell straffrätt.

— Den omständigheten att myndigheterna i en sökandes hemland beivrar krigsförbrytelser innebär inte att sökanden inte kan åberopa artikel 9.2 e i direktiv 2004/83. Huruvida åtal har väckts vid Internationella brottmålsdomstolen saknar också betydelse i detta avseende.

— Den omständigheten att det föreligger ett mandat från Förenta nationernas säkerhetsråd avseende den aktuella konflikten utgör inte hinder för en ansökan om flyktingstatus med stöd av artikel 9.2 e i direktiv 2004/83.

59 — Särskilt de rättigheter från vilka det enligt artikel 15.2 i Europakonventionen inte går att göra undantag. Se ovan fotnot 19.

— Den som vägrar att utföra militärtjänst kan uppfylla kraven för flyktingstatus enligt artikel 9.2 e i direktiv 2004/83 endast om han eller hon först utan framgång har utnyttjat samtliga tillgängliga förfaranden för ansökan om vapenvägrarstatus, eller om inga sådana förfaranden rimligen finns att tillgå för honom eller henne.

— Vid bedömningen av huruvida en person som vägrar att utföra militärtjänst kan anses tillhöra en viss samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d i direktiv 2004/83, ska det undersökas dels huruvida han eller hon hyser en övertygelse som är tillräckligt stark, allvarlig, sammanhängande och betydelsefull, dels huruvida han eller hon genom den övertygelsen uppfyller rekvisitet enligt artikel 10.1 d första strecksatsen i så måtto att hans eller hennes vapenvägran härrör från en övertygelse som är grundläggande för hans eller hennes samvete och att personer som hyser sådana övertygelser uppfattas som annorlunda i sitt ursprungsland i den mening som avses i artikel 10.1 d andra strecksatsen.

— Om en sökande har åberopat artiklarna 9.2 b och 10.1 d i direktiv 2004/83, ska de behöriga nationella myndigheterna bedöma huruvida avsked med dåliga vitsord från armén och fängelsestraff utgör diskriminering på grund av att sökanden tillhör en viss samhällsgrupp. Vid bedömningen ska det undersökas dels huruvida det finns samhällsgrupper i det berörda landet som är jämförbara med den som sökanden påstår sig tillhöra i så måtto att dessa grupper befinner sig i en liknande situation, dels huruvida det är sannolikt att sökandens grupp kommer att behandlas annorlunda på grund av att dess medlemmar kan bli föremål för krigsrättsförfarande och/eller avsked med dåliga vitsord samt huruvida eventuella synbara skillnader i behandling skulle kunna vara motiverade.

— Om en sökande har åberopat artikel 9.2 c i direktiv 2004/83, ska de behöriga nationella myndigheterna bedöma huruvida ett åtal eller straff för desertering är oproportionerligt. Därvid ska det undersökas huruvida sådana åtgärder går utöver vad som är nödvändigt för att den berörda staten ska kunna utöva sin legitima rätt att hålla väpnade styrkor.