



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
11 päivänä marraskuuta 2014¹

Asia C-472/13

**Andre Lawrence Shepherd
vastaan
Saksan valtio**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Bayerisches Verwaltungsgericht München (Saksa))

Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alue — Turvapaikka — Kolmansien maiden kansalaisten määrittelyä pakolaisiksi koskevat vähimmäisvaatimukset sekä myönnetyn suojelun sisältö — Pakolaisaseman myöntämisen edellytykset — Direktiivin 2004/83/EY 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa tarkoitetut vainoksi katsottavat teot — Amerikan yhdysvaltojen asevoimien jäsenen syytteeneseenpano ja rankaiseminen siitä, että hän kieltäytyy palvelemasta Irakin sodassa

1. Bayerisches Verwaltungsgericht Münchenin (Baijerin hallintotuomioistuim, München (Saksa)) esittämässä ennakkoratkaisupyyntöä unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi on saatettu harvinaislaatuinen ja epätavallinen asia.

2. Amerikan yhdysvaltojen kansalainen Shepherd liittyi Yhdysvaltojen asevoimien palvelukseen joulukuussa 2003. Hänet koulutettiin Apache-helikopterien huoltomekaanikoksi. Syyskuussa 2004 hän sai komennuksen Saksaan. Hänen yksikkönsä oli tuolloin ollut helmikuusta 2004 saakka mukana Irakissa toteutettavassa operaatiossa, ja siten hänetkin siirrettiin Irakiin. Irakissa hän huolsi lähinnä helikoptereita syyskuusta 2004 helmikuuhun 2005. Hän ei osallistunut suoriin sotatoimiin tai taisteluihin. Helmikuussa 2005 hän palasi yksikkönsä mukana sen asemapaikkaan Saksaan. Tuolloin hän alkoi epäillä Irakissa käytävän sodan oikeudenmukaisuutta ja tehdä sitä koskevia tutkimuksia.

3. Vuoden 2007 alussa ilmoitettiin, että Shepherdin yksikkö lähetettäisiin pian takaisin Irakiin. Hän sai komennuksen Irakiin 1.4.2007. Tuolloin hän oli jo tullut siihen tulokseen, että Irakin sota oli vastoin kansainvälistä oikeutta ja rikkoi Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjan 2 artiklan 4 kohtaa. Hänen mielestään Irakin sotilasoperaatioissa tehdyissä iskuissa oli kyse järjestelmällisestä, mielivaltaisesta ja suhteettomasta aseiden käytöstä, eikä niissä otettu huomioon siviiliväestöä. Erityisesti Apache-taisteluhelikoptereilla toteutettavien operaatioiden yleistymisen lisäsi siviilivahinkoja ja kansainvälisen humanitäärisen oikeuden vastaisia tekoja. Hänen mielestään helikoptereita ei olisi voitu käyttää operaatioissa, jos hän ja muut huoltomekaanikot eivät olisi varmistaneet niiden taisteluvalmiutta. (Pommituksia jatkettiin vuosina 2007 ja 2008, jolloin Shepherdin yksikkö oli uudelleen komennettuna Irakissa toteutettavaan operaatioon. Lukuisissa raporteissa väitetään Yhdysvaltojen syyllistyneen sotarikoksiin Irakissa, mutta Shepherd ei tiedä, käytettiinkö näissä operaatioissa juuri niitä helikoptereita, joita hän oli huoltanut.)

¹ — Alkuperäinen kieli: englanti.

4. Shepherd ei halunnut ottaa riskiä siitä, että hän joutuisi osallistumaan sotarikoksiin yksikkönsä Irakin operaation aikana. Hän ei ollut pyytänyt Yhdysvaltojen viranomaisilta mahdollisuutta kieltäytyä Irakin operaatiosta omantunnon syistä,² koska hän ei vastusta kaikkea sodankäyntiä ja voimankäyttöä. Hän oli nimittäin jatkanut asepalvelustaan ensimmäisen palvelusjaksonsa päätyttyä. Hän uskoi, ettei pyyntö saada kieltäytyä asepalveluksen suorittamisesta olisi suojannut häntä uudelta komennukselta Irakiin. Näin ollen hän päätti lähteä Yhdysvaltojen armeijasta ennen toisen komennuksen alkua siellä, ja hänestä tuli sotilaskarkuri 11.4.2007. Hän on vaarassa tulla syytetyksi sotilaskarkuruudesta, koska hän kieltäytyi suorittamasta asepalvelustaan Irakissa. Yhdysvalloissa sotilaskarkuruudesta tuomituksi tuleminen rajoittaa henkilön elämää pitkään. Tästä syystä Shepherd anoi Saksasta turvapaikkaa elokuussa 2008.³

Kansainvälinen oikeus

Pakolaisten oikeusasemaa koskeva Geneven yleissopimus

5. Määrittelydirektiivin⁴ perustana olevan Geneven yleissopimuksen⁵ mukaan käsitteellä pakolainen tarkoitetaan jokaista henkilöä, jolla ”on perusteltua aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi rodun, uskonnon, kansallisuuden, tiettyyn yhteiskuntaluokkaan kuulumisen tai poliittisen mielipiteen johdosta [ja joka] oleskelee kotimaansa ulkopuolella ja on kykenemätön tai sellaisen pelon johdosta haluton turvautumaan sanotun maan suojaan”.⁶

6. Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan a alakohdan mukaan yleissopimusta ei sovelleta henkilöön, josta on perusteltua aihetta epäillä, että hän on tehnyt ”rikoksen rauhaa vastaan, sotarikoksen, tai rikoksen ihmiskuntaa vastaan, sellaisia rikoksia koskevien kansainvälisten sopimusten määritelmien mukaisesti”.⁷

Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehty yleissopimus

7. Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen⁸ 9 artiklan 1 kappaleessa taataan ajatuksen-, omantunnon- ja uskonnonvapaus sekä vapaus vaihtaa uskontoa tai uskoa.

2 — Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 48–59 kohta.

3 — Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 20–23 kohta, joissa esitän yhteenvedon käsiteltävästä riita-asiasta.

4 — EUVL 2010 C 83, s. 389. Kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelyä pakolaisiksi tai muuta kansainvälistä suojelua tarvitseviksi henkilöiksi koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä myönnetyn suojelun sisällöstä 29.4.2004 annettu neuvoston direktiivi 2004/83/EY (EUVL L 304, s. 12; jäljempänä määrittelydirektiivi tai direktiivi). Direktiivi kumottiin ja korvattiin uudelleenlaaditulla direktiivillä 2011/95/EU (EUVL L 337, s. 9). Merkityksellisten säännösten sanamuoto ei ole oleellisesti muuttunut.

5 — Pakolaisten oikeusasemaa koskeva yleissopimus, joka allekirjoitettiin Genevessä 28.7.1951 ja tuli voimaan 22.4.1954 (jäljempänä Geneven yleissopimus). Sitä on täydennetty pakolaisten oikeusasemaa koskevalla pöytäkirjalla, joka tehtiin New Yorkissa 31.1.1967 ja tuli voimaan 4.10.1967. Pöytäkirja ei ole merkityksellinen käsiteltävän ennakkoratkaisupyyntöä ratkaisun kannalta.

6 — Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdan 2 alakohdan ensimmäinen alakohta.

7 — Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan b ja c alakohdassa määrätään, että yleissopimusta ei sovelleta henkilöön, joka on tehnyt törkeän ei-poliittisen rikoksen pakomaansa ulkopuolella tai on syylistynyt Yhdistyneiden kansakuntien tarkoituksien ja periaatteiden vastaisiin tekoihin.

8 — Allekirjoitettu Roomassa 4.11.1950 (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus).

Euroopan unionin oikeus

Euroopan unionin perusoikeuskirja

8. Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja)⁹ 10 artiklan 1 kohta vastaa sisällöltään Euroopan ihmisoikeussopimuksen 9 artiklan 1 kappaletta. Perusoikeuskirjan 10 artiklan 2 kohdassa tunnustetaan oikeus kieltäytyä asepalveluksesta omantunnon syistä tämän oikeuden käyttöä sääntelevien kansallisten lainsäädäntöjen mukaisesti. Sen 52 artiklan 3 kohdassa todetaan, että perusoikeuskirjassa tunnustettuja oikeuksia on tulkittava yhdenmukaisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tunnustettujen vastaavien oikeuksien kanssa.

Määrittelydirektiivi

9. Määrittelydirektiivi on yksi yhteisen eurooppalaisen turvapaikkajärjestelmän toimenpide. Se perustuu Geneven yleissopimuksen, joka on pakolaisten suojelua koskevan kansainvälisen oikeudellisen järjestelmän kulmakivi, täysimääräiseen ja kokonaisvaltaiseen soveltamiseen.¹⁰ Määrittelydirektiivin tarkoituksena on säätää kaikkien jäsenvaltioiden noudatettaviksi vähimmäisvaatimuksista ja yhteisistä perusteista pakolaisaseman tunnustamista ja sisältöä, kansainvälistä suojelua todella tarvitsevien henkilöiden yksilöimistä sekä oikeudenmukaista ja tehokasta turvapaikkamenettelyä varten.¹¹ Siinä kunnioitetaan perusoikeuksia ja noudatetaan perusoikeuskirjan periaatteita.¹² Määrittelydirektiivin soveltamisalaan kuuluvien henkilöiden osalta jäsenvaltioita sitovat kansainvälisen oikeuden välineistä johtuvat sitoumukset.¹³

10. Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdan 2 alakohtaa mukaillen määrittelydirektiivissä pakolaisella tarkoitetaan ”kolmannen maan kansalaista, jolla on perusteltua aiheutta pelätä joutuvansa vainotuksi rodun, uskonnon, kansallisuuden, poliittisten mielipiteiden tai tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuulumisen vuoksi ja joka oleskelee kansalaisuusmaansa ulkopuolella ja on kykenemätön tai sellaisen pelon johdosta haluton turvautumaan sanotun maan suojaan, ja kansalaisuudetonta henkilöä, joka oleskelee entisen pysyvän asuinmaansa ulkopuolella edellä mainittujen seikkojen tähden ja on kykenemätön tai sanotun pelon vuoksi haluton palaamaan sinne ja jota 12 artikla ei koske”.¹⁴

11. Pakolaisaseman myöntämistä koskeviin hakemuksiin liittyvästä tosiseikkojen ja olosuhteiden arvioinnista säädetään 4 artiklassa. Jäsenvaltiot voivat katsoa, että hakija on velvollinen esittämään mahdollisimman pian kaikki hakemuksen perusteiksi tarvittavat seikat. Jäsenvaltio on velvollinen yhteistyössä hakijan kanssa arvioimaan kaikki hakemukseen liittyvät olennaiset seikat.¹⁵

12. Määrittelydirektiivin nojalla vainoa harjoittavia tai vakavaa haittaa aiheuttavia toimijoita voivat olla valtio, valtiota valvonnassaan pitävät puolueet tai järjestöt tai muut kuin valtiolliset toimijat.¹⁶

9 — EUVL 2010 C 83, s. 389.

10 — Johdanto-osan ensimmäisestä neljänteen perustelukappale. Ks. myös pakolaisaseman myöntämistä tai poistamista koskevissa menettelyissä jäsenvaltioissa sovellettavista vähimmäisvaatimuksista 1.12.2005 annettu neuvoston direktiivi 2005/85/EY (EUVL L 326, s. 13; jäljempänä menettelydirektiivi), jota sovelletaan kaikkiin unionin alueella tehtyihin turvapaikkahakemuksiin.

11 — Johdanto-osan 1–4, 6, 7, 8, 10, 11 ja 17 perustelukappale.

12 — Johdanto-osan kymmenes perustelukappale.

13 — Johdanto-osan 11 perustelukappale.

14 — 2 artiklan c alakohta.

15 — 4 artiklan 1 kohta.

16 — 6 artikla.

13. Suojelua vainolta voi tarjota muun muassa valtio.¹⁷ Suojelua tarjotaan yleensä silloin, kun valtio esimerkiksi toteuttaa kohtuullisia toimenpiteitä estääkseen vainon tai vakavan haitan muun muassa siten, että sillä on tehokas oikeusjärjestelmä vainoksi tai vakavaksi haitaksi katsottavien toimien toteamiseksi, niistä syytteeseen asettamiseksi ja niistä rankaisemiseksi, ja kun hakijalla on mahdollisuus saada tällaista suojelua.¹⁸

14. Henkilölle, joka täyttää määrittelydirektiivin II luvussa vahvistetut kansainvälistä suojelua koskevien hakemusten arviointia koskevat edellytykset, voidaan myöntää pakolaisasema, jos hän pystyy osoittamaan, että hän on joutunut 9 artiklassa tarkoitetun vainon kohteeksi tai että hänellä on aihetta pelätä sellaisen vainon kohteeksi joutumista. Vainoksi katsottavien tekojen on oltava laatunsa vuoksi niin vakavia, että ne muodostavat vakavan loukkauksen ihmisten perusoikeuksia ja erityisesti niitä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artiklan 2 kappaleessa vahvistettuja oikeuksia vastaan, joista ei voida poiketa,¹⁹ tai niiden on oltava sellainen kertymä erilaisia toimenpiteitä, joka on riittävän vakava loukatakseen ihmisten perusoikeuksia.²⁰ Vainoksi katsottavia tekoja voivat olla muun muassa seuraavat: ”oikeudelliset, hallinnolliset ja poliisin toimintaan ja/tai lainkäyttöön liittyvät toimenpiteet, jotka ovat itsessään syrjiviä tai jotka toteutetaan syrjivällä tavalla”;²¹ ”kohtuuton tai syrjivä syytteeseen paneminen tai rankaiseminen”;²² ja ”syytteeseen paneminen tai rankaiseminen sen johdosta, että henkilö kieltäytyy asepalveluksesta selkkauksessa, jossa asepalveluksen suorittaminen sisältäisi 12 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuihin poissulkemislausekkeisiin kuuluvia rikoksia tai tekoja”.²³ Määrittelydirektiivin 10 artiklassa mainittujen vainon syiden ja 9 artiklassa kuvattujen vainoksi katsottavien tekojen välillä on oltava yhteys.²⁴

15. Määrittelydirektiivin 10 artiklan 1 kohdassa lueteltuihin vainon syihin kuuluvat seuraavat:

”d) [jäsenyys] erityise[ssä] yhteiskunnallise[ssä] ryhmä[ssä], jos erityisesti:

- ryhmän jäsenet jakavat jonkin luontaisen ominaisuuden tai heillä on yhteinen tausta, jota ei voida muuttaa, tai heille on yhteistä sellainen ominaisuus tai usko, joka on niin keskeinen osa identiteettiä tai omaatuntoa, ettei heitä pitäisi vaatia luopumaan siitä, ja
- ryhmällä on selvästi erottuva identiteetti asianomaisessa maassa,

– –

e) poliittisen mielipiteen käsitteeseen kuuluu erityisesti se, että hakijalla on mielipiteitä, ajatuksia tai uskomuksia 6 artiklassa mainituista mahdollisista vainoa harjoittavista toimijoista ja niiden politiikoista tai menetelmistä, riippumatta siitä, onko hakija toiminut näiden mielipiteiden, ajatusten tai uskomusten mukaisesti.”

17 — 7 artiklan 1 kohta.

18 — 7 artiklan 2 kohta.

19 — Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artiklan 2 kappaleessa tarkoitetut oikeudet, joista ei voida poiketa, ovat oikeus elämään (2 artikla), kidutuksen, orjuuden ja pakotyön kielto (3 ja 4 artikla) ja oikeus siihen, ettei henkilölle määrätä rangaistusta ilman sitä edeltävää asianmukaista oikeusprosessia (7 artikla).

20 — 9 artiklan 1 kohta.

21 — 9 artiklan 2 kohdan b alakohta.

22 — 9 artiklan 2 kohdan c alakohta.

23 — 9 artiklan 2 kohdan e alakohta. Kyseisen säännöksen englanninkielisessä toisinnossa ei mainita rikosten tai tekojen tekemistä (commission), ja mielestäni siinä käytetty ilmaisu ”include” (sisältäisi) on outo. Ranskankielisessä toisinnossa todetaan seuraavaa: ”– – en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d’accomplir des actes – –”. Mielestäni tämä sanamuoto kuvaa paremmin säännöksen merkitystä. Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 35 ja 37 kohta.

24 — 9 artiklan 3 kohta.

16. Määrittelydirektiivi ei kata kolmannen maan kansalaisia, jotka kuuluvat sen 12 artiklan soveltamisalaan. Käsiteltävässä asiassa merkityksellinen poissulkemisperuste sisältyy 12 artiklan 2 kohtaan, joka noudattaa Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan sanamuotoa. Direktiivin tarjoama suoja ei siten kata henkilöä, josta on vakavaa aiheutta epäillä, että hän on tehnyt ”rikoksen rauhaa vastaan, sotarikoksen tai rikoksen ihmisyyttä vastaan siten kuin nämä rikokset on määritelty asiaankuuluvissa kansainvälisissä sopimuksissa”.²⁵ Direktiivin 12 artiklan 2 kohtaa ”sovelletaan henkilöihin, jotka yllyttävät siinä mainittuihin rikoksiin tai tekoihin tai muulla tavoin osallistuvat niiden suorittamiseen”.²⁶

17. Jäsenvaltioiden on myönnettävä pakolaisasema sellaiselle kolmannen maan kansalaiselle, joka määrittelydirektiivin II ja III luvun mukaisesti täyttää pakolaisaseman myöntämisen edellytykset.²⁷

Kansallinen oikeus

18. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen selvennyksen mukaan pakolaisen käsitettä koskevat kansalliset säännökset on johdettu Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdan 2 alakohdasta. Käsite ei kata niitä henkilöitä, joista on perusteltua aiheutta epäillä, että heihin sovelletaan jotakin Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan perustetta.²⁸

19. Kansallisessa lainsäädännössä kielletään henkilön poistaminen Saksasta sellaiseen maahan, jossa hänen henkensä tai vapautensa on uhattuna hänen rotunsa, uskontonsa, kansallisuutensa, tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuulumisensa tai poliittisten mielipiteidensä johdosta. Kun uhan aiheuttajana on valtio, kyseessä on asiaankuuluvissa kansallisissa säännöksissä tarkoitettu vaino.²⁹

Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

20. Esitin tämän ratkaisuehdotuksen johdannossa ennakkoratkaisupyyntöä ilmi käyneet Shepherdia koskevat tosiseikat.

21. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (liittovaltion maahanmuutto- ja pakolaisvirasto, jäljempänä Bundesamt) hylkäsi Shepherdin turvapaikkahakemuksen 31.3.2011 tekemällään päätöksellä. Se esitti seuraavat perustelut: i) ei ole olemassa perusoikeutta kieltäytyä asepalveluksesta omantunnon syistä, ii) Shepherd olisi voinut erota palveluksesta laillisesti ja iii) häneen ei sovelleta määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdtaa luettuna yhdessä sen 12 artiklan kanssa. Mainitussa direktiivissä edellytetään, että kyseisessä selkkauksessa on tehty kansainvälisen oikeuden vastaisia tekoja. Yhdysvaltojen asevoimat eivät hyväksy tällaista kansainvälisen oikeuden rikkomista eivätkä varsinkaan kannusta siihen. Shepherd oli pelkkä helikopterimekaanikko eikä osallistunut henkilökohtaisesti taisteluihin. Mikään ei viittaa siihen, että hän olisi ollut suoraan mukana sotarikoksissa ja/tai että ”hänen” helikopterinsa olisivat olleet mukana niissä. Vaikka hän olisi osallistunut näihin rikoksiin välillisesti, pelkästään sen perusteella ei voitaisi todeta hänen rikosoikeudellista vastuutaan niistä Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussäännön

25 — 12 artiklan 2 kohdan a alakohdta. Direktiivin 12 artiklan 2 kohdan b ja c alakohdan sanamuoto noudattaa Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan b ja c alakohdan sanamuotoa, ks. edellä alaviite 5.

26 — 12 artiklan 3 kohta.

27 — 13 artikla.

28 — Ks. turvapaikkamenettelystä annetun lain (Asylverfahrensgesetz) 3 §:n 1 ja 2 momentti.

29 — Oleskelusta annetun lain (Aufenthaltsgesetz) 60 §:n 1 momentti.

25 artiklassa tarkoitetulla tavalla.³⁰ Olipa hyökkäys Irakiin kansainvälisen oikeuden vastainen tai ei, Shepherdiä ei voida pitää syyllisenä mahdolliseen rauhaa vastaan tehtyyn rikokseen, koska hän ei ole korkeassa sotilasasemassa. Liittouman joukkojen läsnäolo Irakissa oli sitä paitsi todettu legitiimiksi kansainvälisen oikeuden nojalla jo silloin, kun kantaja oli ensimmäisellä komennuksellaan Irakissa.

22. Bundesamt katsoi lopuksi, että jos Yhdysvaltojen viranomaiset haastavat Shepherdin oikeuteen siksi, että hän ei ole suorittanut asevelvollisuuttaan juuri sotilaskarkuruuden vuoksi, hänen kotimaallaan on olemassa oikeutettu intressi tällaiseen syytteenpanoon.

23. Shepherd nosti Bundesamtin päätöksestä kanteen ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa 7.4.2011. Hänen mielestään Bundesamt keskittyi liiaksi vainoksi katsottavan *teon* käsitteeseen ja jätti ottamatta huomioon vainon *syitä* koskevan käsitteen. Bundesamt sovelsi virheellisesti kansainvälisen rikosoikeuden periaatteita turvapaikan hakemiseen. Tämän vuoksi se päätteli kantajan mukaan virheellisesti, että pakolaisasema voidaan myöntää henkilölle, joka kieltäytyy asepalveluksesta, ainoastaan, jos hän pystyy osoittamaan ”tavalla, joka ei jätä järkevää epäilyä”, että jos hän olisi jäänyt asevoimien palvelukseen, hän olisi syyllistynyt rikokseen kansainvälisen rikosoikeuden nojalla. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selventää, että Shepherdin vaatimus perustuu määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa tarkoitettuun pelkoon joutua vainon kohteeksi ja että hänen mukaansa vainon syitä on kaksi: i) hänen kuulumisensa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitetulla tavalla erityiseen yhteiskunnalliseen ryhmään ja/tai ii) hänen 10 artiklan 1 kohdan e alakohdassa tarkoitettu poliittinen mielipiteensä. Unionin tuomioistuimen suullisen käsittelyn aikana sille ilmoitettiin, että Shepherd vetoaa ainoastaan 10 artiklan 1 kohdan d alakohtaan.³¹

24. Tätä taustaa vasten Verwaltungsgericht pyytää ennakkoratkaisua seuraaviin kysymyksiin:

- 1) Onko [määrittelydirektiivin] 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaa tulkittava siten, että siinä myönnettävän suojan piiriin kuuluvat ainoastaan henkilöt, joiden asepalveluksen tehtäväkuva käsittää välittömän osallistumisen taisteluihin eli aseellisiin operaatioihin tai joilla on käskyvalta tällaisten operaatioiden toteuttamisessa (vaihtoehto 1), vai kuuluvatko mainitun suojan piiriin myös muut asevoimien jäsenet, joiden tehtäväkuva koostuu ainoastaan logistisen ja teknisen tuen antamisesta yksikölle, ei sisällä varsinaista osallistumista taisteluihin ja vaikuttaa varsinaisiin taisteluihin ainoastaan välillisesti (vaihtoehto 2)?
- 2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan vaihtoehdon 2 mukaisesti:

Onko [määrittelydirektiivin] 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan tulkittava edellyttävän, että asepalveluksen suorittaminen (kansainvälisessä tai maan sisäisessä) selkkauksessa tuo mukanaan tai edellyttää ensisijaisesti tai järjestelmällisesti [määrittelydirektiivin] 12 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen rikosten tai tekojen tekemistä (vaihtoehto 1), vai riittääkö, että turvapaikanhakija osoittaa, että asevoimat, joihin hän kuuluu, ovat tehneet toimialueella, jonne ne on komennettu, yksittäisiä [määrittelydirektiivin] 12 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettuja rikoksia joko siksi, että yksittäiset toimintakäskyt ovat osoittautuneet mainitulla tavalla rikollisiksi, tai siksi, että yksittäiset henkilöt ovat tehneet ylilyöntejä (vaihtoehto 2)?

30 — Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussääntö, joka allekirjoitettiin Roomassa 17.7.1998 ja joka tuli voimaan 1.7.2002 (jäljempänä Rooman perussääntö). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin selventää, että Bundesamtin mukaan rikoksen tekemiseen osallistuminen edellyttää säännönmukaisesti, että rikoksen tunnusmerkistö on toteutettu tahallaan ja tietoisesti (Rooman perussäännön 30 artikla).

31 — Ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 47–60 kohta.

- 3) Jos toiseen kysymykseen vastataan vaihtoehdon 2 mukaisesti:

Myönnetäänkö pakolaissuoja ainoastaan siinä tapauksessa, että voidaan pitää huomattavan todennäköisenä – eikä siitä ole järkevää epäilyä – että kansainvälistä humanitääristä oikeutta rikotaan myös tulevaisuudessa, vai riittääkö suojan myöntämiseksi se, että turvapaikanhakijan esittämän tosiseikkojen kuvauksen mukaan kyseisessä selkkauksessa tehdään (väistämättä tai todennäköisesti) tällaisia rikoksia, minkä vuoksi hän saattaa joutua mukaan tällaiseen toimintaan?

- 4) Sulkeeko [määrittelydirektiivin] 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaan perustuvan pakolaissuojan pois se, etteivät sota-oikeudet hyväksy humanitäärisen kansainvälisen oikeuden rikkomista tai pitävät sitä rangaistavana, vai onko tällä seikalla lainkaan merkitystä?

Edellytetäänkö jopa, että Kansainvälisessä rikostuomioistuimessa on aloitettu rikosoikeudellinen menettely?

- 5) Sulkeeko pakolaissuojan pois se, että kansainvälinen yhteisö hyväksyy asevoimien lähettämisen tietyille alueille tai alueen miehittämisen tai että tämä perustuu YK:n turvallisuusneuvoston valtuutukseen?

- 6) Edellyttääkö pakolaissuojan myöntäminen [määrittelydirektiivin] 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan nojalla, että turvapaikanhakija voidaan asepalveluksen suorittamisen vuoksi tuomita Kansainvälisen rikostuomioistuimen peruskirjan perusteella (vaihtoehto 1), vai myönnetäänkö pakolaissuoja jo ennen kuin tämä raja ylitetään eli tilanteessa, jossa turvapaikanhakijan ei tarvitse pelätä rikosoikeudellista syytteenpanoa mutta jossa hän ei kuitenkaan voi suorittaa asepalvelustaan omantunnonsyiden perusteella (vaihtoehto 2)?

- 7) Jos kuudenteen kysymykseen vastataan vaihtoehdon 2 mukaisesti:

Sulkeeko edellä mainituissa säännöksissä tarkoitetun pakolaissuojan pois se, ettei turvapaikanhakija ole hyödyntänyt tavanomaista menettelyä asepalveluksesta kieltäytymiseksi, vaikka hän olisi voinut niin tehdä, vai voidaanko pakolaissuoja myöntää myös silloin, kun hän on tehnyt päätöksen omantunnonsyiden perusteella?

- 8) Merkitseekö asevoimista erottaminen kunniattoman menettelyn vuoksi (dishonourable discharge), vankeusrangaistuksen määrääminen ja siihen liittyvä yhteiskunnallinen hyljeksintä ja epäsuotuisaan asemaan joutuminen [määrittelydirektiivin] 9 artiklan 2 kohdan b tai c alakohdassa tarkoitettua vainoksi katsottavaa tekoa?”

25. Kirjallisia huomautuksiaan ovat esittäneet Shepherd, Alankomaat, Kreikka, Saksa ja Yhdistynyt kuningaskunta sekä Euroopan komissio. Alankomaita lukuun ottamatta kaikki muut osapuolet esittivät suullisia huomautuksia 25.6.2014 pidetyssä istunnossa.

Alustavat toteamukset

26. Shepherdin turvapaikkahakemuksen taustalla olevien olosuhteiden voidaan katsoa liittyvän laajempaan asiayhteyteen, kuten unionin oikeuden ja kansainvälisen oikeuden yhtymäkohtiin. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on kuitenkin rajannut esittämänsä kysymykset tarkemmin. Se tiedustelee lähinnä, sovelletaanko käsiteltävässä asiassa määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaa, ja jos sovelletaan, millä perusteella turvapaikkahakemusta olisi arvioitava. Kyseisessä säännöksessä säädetään, että vainoksi voidaan katsoa muun muassa se, että henkilö on vaarassa tulla syytteenpannuksi tai rangaistuksi sen johdosta, että hän kieltäytyy asepalveluksesta selkkauksessa, jossa asepalveluksen suorittaminen sisältäisi tiettyjen tekojen, kuten direktiivin 12 artiklan 2 kohdassa

tarkoitettujen rikoksen rauhaa vastaan, sotarikoksen tai rikoksen ihmisyyttä vastaan, tekemisen. Mielestäni unionin tuomioistuimen ei pidä ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle vastatessaan tarkastella taustalla olevaa laajempaa asiayhteyttä, jota ei ole riittävästi käsitelty sille esitetyissä perusteluissa, enkä minäkään puutu siihen tässä ratkaisuehdotuksessani.

27. Geneven yleissopimus on dynaaminen asiakirja, jota olisi tulkittava nykyolosuhteiden valossa ja kansainvälisen oikeuden kehityksen mukaisesti.³² Yleissopimuksen mukaan Yhdistyneiden kansakuntien pakolaisasiain päävaltuutetulla (jäljempänä UNHCR) on erityinen tehtävä antaa jäsenvaltioille arvokkaita suuntaviivoja niiden määrittellessä pakolaisasemaa.³³ Geneven yleissopimus on pakolaisten suojelua koskevan kansainvälisen oikeudellisen järjestelmän kulmakivi, ja määrittelydirektiivin säännöksiä on tulkittava sen systematiikan ja tarkoituksen valossa.³⁴ Kuten SEUT 78 artiklan 1 kohdassa tehdään selväksi, määrittelydirektiiviä on tulkittava Geneven yleissopimusta ja muita asiaa koskevia sopimuksia noudattaen ja perusoikeuskirjassa tunnustettuja oikeuksia kunnioittaen.³⁵

28. Määrittelydirektiivin yksittäisten säännösten tulkinnassa on lisäksi otettava huomioon käytetyn kielen tavanomainen merkitys, direktiivin tarkoitus sekä sen yleinen rakenne ja asiayhteys. Asiayhteyden osalta 4 artiklassa (direktiivin II luvussa) säännellään kansainvälistä suojelua koskevien hakemusten arviointia.³⁶ Tämän arviointiprosessin tavoitteena on löytää oikea tasapaino. Todelliset pakolaiset tarvitsevat suojelua ja ansaitsevat sen; jäsenvaltioilla täytyy kuitenkin olla mahdollisuus toteuttaa menettelyjä, joissa todelliset turvapaikan hakijat erotellaan väärin perustein pakolaisasemaa hakevista hakijoista. On luonnollisesti otettava huomioon, että todelliset pakolaiset ovat usein joutuneet kokemaan traumaattisia asioita. Yksittäisen pakolaisen on kuitenkin tuettava turvapaikkahakemustaan selkeällä ja uskottavalla selvityksellä tapahtumista.

29. Shepherdin tapauksessa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on esittänyt kahdeksan toisiinsa liittyvää ja osittain päällekkäistä kysymystä. Tärkein niistä on se, voiko Shepherdin asemassa oleva henkilö vedota 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa kuvattuun vainoon tukeakseen määrittelydirektiivin mukaista pakolaisasemaa koskevaa hakemustaan. Keskityn siis tarkastelussani mainitun säännöksen soveltamisalaan ja sen yhteyteen 10 artiklan 1 kohdan d ja e alakohdassa mainittuihin vainon syihin.

Ensimmäinen kysymys

30. Ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää selventämään määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaa ja erityisesti ilmaisun ”jossa asepalveluksen suorittaminen sisältäisi 12 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuihin poissulkemislausekkeisiin kuuluvia rikoksia tai tekoja” merkitystä.³⁷ Kattaako säännös ainoastaan taisteluihin välittömästi osallistuvat henkilöt vai koko palveluksessa olevan sotilashenkilöstön, johon kuuluvat myös logistisesta ja teknisestä tuesta vastaavat henkilöt, kuten helikopterimekaanikot?

32 — Ks. UNHCR:n joulukuussa 2010 laatima Geneven yleissopimusta koskeva johdanto; ks. myös Geneven yleissopimuksen 35 artikla, menettelydirektiivin 8 artiklan 2 kohdan b alakohta ja 21 artikla sekä määrittelydirektiivin johdanto-osan 15 perustelukappale. UNHCR on laatinut hyödyllisiä asiakirjoja, kuten kansainvälistä suojelua koskevat suuntaviivat nro 10, joissa käsitellään pakolaisasemaa asepalvelukseen liittyvässä asiayhteydessä Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdan 2 alakohdan näkökulmasta (jäljempänä UNHCR:n suuntaviivat nro 10) ja Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan epäamislausekkeiden soveltamista koskevat suuntaviivat (jäljempänä epäamislausekkeitä koskevat UNHCR:n suuntaviivat). Nämä asiakirjat eivät ole oikeudellisesti sitovia, mutta ne heijastavat kuitenkin kansainvälisen oikeuden vakiintuneita periaatteita.

33 — Ks. määrittelydirektiivin johdanto-osan 15 perustelukappale.

34 — Tuomio Salahadin Abdulla ym. (C-175/08, C-176/08, C-178/08 ja C-179/08, EU:C:2010:105, 52 kohta); tuomio Y ja Z (C-71/11 ja C-99/11, EU:C:2012:518, 47 kohta) ja tuomio X (C-199/12–C-201/12, EU:C:2013:720, 39 kohta).

35 — Tuomio X (EU:C:2013:720, 40 kohta). Ks. myös perusoikeuskirjan 10 artikla.

36 — Määrittelydirektiivin 4 artiklan 1 kohdassa mainitut seikat luetellaan yksityiskohtaisesti 4 artiklan 2 kohdassa. Ks. myös tuomio M.M. (C-277/11, EU:C:2012:744, 73 kohta).

37 — Kursivointi tässä.

Määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohda

31. Shepherd, Saksa, Yhdistynyt kuningaskunta ja komissio katsovat, että koko sotilashenkilöstö kuuluu määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaan. Kreikka ei jaa tätä näkemystä. Sen mielestä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele, kuinka läheisesti pakolaisasemaa hakevan henkilön on osallistuttava tekojen, kuten sotarikosten, tekemiseen, jotta hänen voidaan katsoa olevan henkilökohtaisesti vastuussa niistä. Alankomaat huomauttaa, ettei tukihenkilöstö yleensä osallistu sotatoimiin ja taisteluihin. Ei ole täysin selvää, katsooko se tästä huolimatta, että kyseinen henkilöstö voi kuulua 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaan.

32. Määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohda kattaa nähdäkseni koko sotilashenkilöstön, johon kuuluvat myös logistiikka- ja tukihenkilöstö, kuten helikopterimekaanikot.

33. Kun määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa määritellään tietty vainon luokka, siinä viitataan nimenomaisesti direktiivin 12 artiklan 2 kohtaan, jota on luettava yhdessä 12 artiklan 3 kohdan kanssa.³⁸ Määrittelydirektiivin tekstissä ilmaisua ”jossa asepalveluksen suorittaminen sisältäisi” ei rajata koskemaan ainoastaan taisteluhenkilöstöä. Määrittelydirektiivin 12 artiklan 3 kohdan sanamuoto (*”muulla tavoin osallistuvat – suorittamiseen”*) vahvistaa, että henkilöt, jotka eivät suoraan osallistu 12 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen tekojen suorittamiseen, voidaan kuitenkin sen nojalla jättää direktiivin tarjoaman suojan ulkopuolelle. Jos 9 artiklan 2 kohdan e alakohdalla on tarkoitus lukea yhdenmukaisesti 12 artiklan 2 ja 3 kohdan kanssa, tästä seuraa, että kyseisen henkilön tehtävä, ammattinimike tai työnkuva ei voi määrittää sitä, pelkääkö hän joutuvansa määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa tarkoitettun vainon kohteeksi.

34. Tukihenkilöstön sisällyttäminen 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaan noudattaa myös määrittelydirektiivin yleistä tavoitetta, joka on yksilöidä ne henkilöt, jotka joutuvat olosuhteiden pakosta hakemaan suojelua Euroopan unionista ja todella tarvitsevat sitä.³⁹ Kun henkilö pystyy osoittamaan, että asepalvelustaan suorittaessaan hän osallistuisi jonkin sellaisen teon tekemiseen, joka on 12 artiklan 2 kohdassa määritelty poissulkemisperusteeksi, ei ole perusteltua syytä jättää häntä määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalan ulkopuolelle (tällöin on nimittäin hyvä syy katsoa, että hän todella tarvitsee suojelua).

35. Mielestäni ei myöskään ole syytä, jonka vuoksi henkilö ei voisi tai hänen ei pitäisi voida vedota direktiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdasta siksi, että hän on hakeutunut asepalvelukseen vapaaehtoisesti eikä kutsuttuna. Sanamuoto ”kieltäytyy asepalveluksesta” on riittävän laaja kattaakseen kenet tahansa asepalvelusta suorittavan. Siinä ei viitata kyseisen henkilön palvelukseenottotapaan, joten sillä ei ole merkitystä.

36. Tarkastelun seuraava vaihe on monimutkaisempi. Joutuisiko kyseinen henkilö osallistumaan määrittelydirektiivin 12 artiklan 2 kohdassa lueteltujen tekojen, kuten sotarikosten, suorittamiseen? Tämä edellyttää 12 artiklan 2 kohdan vaatimusten arviointia 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan valossa. Direktiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohda edellyttää, että hakijan tuleva tilanne ja siten teon suorittamisen todennäköisyys arvioidaan etukäteen. Direktiivin 12 artiklan 2 kohta koskee jo tehtyjen tekojen jälkikäteen tapahtuvaa arviointia.

37. Kun ensinnäkin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa todetaan ”sisältäisi 12 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuihin poissulkemislausekkeisiin kuuluvia rikoksia tai tekoja”, sen on tulkittava tarkoittavan, että kyseinen henkilö yllyttäisi tällaisiin tekoihin tai muulla tavoin osallistuisi niiden suorittamiseen asepalvelusta suorittaessaan. Tämä tulkinta on yhdenmukainen direktiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan ranskankielisen tekstin *”en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de*

38 — Direktiivin 12 artiklan 3 kohdassa todetaan, että 12 artiklan 2 kohtaa sovelletaan henkilöihin, jotka yllyttävät siinä mainittuihin rikoksiin tai tekoihin tai muulla tavoin osallistuvat niiden suorittamiseen.

39 — Ks. määrittelydirektiivin johdanto-osan ensimmäinen ja kuudes perustelukappale.

commettre des crimes ou d'accomplir des actes” kanssa, joka myös tukee tätä tulkintaa.⁴⁰ Keskeistä on, mihin asepalveluksen suorittaminen johtaisi *tai voisi* johtaa. Toiseksi konditionaalimuoto tarkoittaa sitä, että 12 artiklan 2 kohdassa luetellun kaltaisten tekojen tekemisen edellytyksenä on, että kyseinen henkilö suorittaa asepalvelustaan.⁴¹ Kolmanneksi konditionaalimuoto tarkoittaa myös sitä, ettei kyseinen henkilö ole vielä suorittanut näitä tekoja. Se viittaa siten mahdollisiin tuleviin tekoihin eikä jo tehtyihin tekoihin.

38. Kyseinen arviointi eroaa siis olennaisesti jälkikäteisarviointista, joka suoritetaan joko silloin, kun rikosoikeudellinen menettely pannaan vireille, tai silloin, kun jäsenvaltio pyrkii osoittamaan, että tietty henkilö olisi jätettävä määrittelydirektiivin antaman suojan ulkopuolelle, koska hän kuuluu 12 artiklan 2 kohdassa määriteltyn poissuljettavien joukkoon. Direktiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaa ei voida järkevästi tulkita siten, että pakolaisasemaa hakevan edellytettäisiin siinä osoittavan, että hän kuuluu 12 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan. Jos hän tämän osoittaisi, hänelle ei lähtökohtaisesti voitaisi myöntää suojelua.

39. Määrittelydirektiivin 12 artiklan 2 kohta on johdettu Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdasta. Shepherdin tapauksessa merkitystä on ainoastaan 12 artiklan 2 kohdan a alakohdalla. Selitän lyhyesti, miksi näin on.

40. Direktiivin 12 artiklan 2 kohdan b alakohdassa viitataan henkilöihin, jotka ovat tehneet ”törkeän muun kuin poliittisen rikoksen”. Mikään ennakkoratkaisupyyntö ei viittaa siihen, että Shepherd olisi tällainen henkilö. Direktiivin 12 artiklan 2 kohdan b alakohtaa ei siten ole tarpeen tarkastella pidemmälle. Direktiivin 12 artiklan 2 kohdan c alakohta koskee henkilöitä, jotka ovat syyllistyneet Yhdistyneiden kansakuntien tarkoituksien ja periaatteiden vastaisiin tekoihin.⁴² Nähdäkseni tällaisia tekoja voivat suorittaa ainoastaan henkilöt, jotka ovat olleet valta-asemassa tietyssä valtiossa tai valtiota muistuttavassa yhteisössä. Shepherd ei ollut tällaisessa asemassa.

41. Palaan näin ollen tarkastelemaan 12 artiklan 2 kohdan a alakohdan säännöstä: siinä luetellut teot ovat samat kuin Geneven yleissopimuksen 1 artiklan F kohdan a alakohdassa luetellut teot. Niihin kuuluvat rikokset rauhaa vastaan, sotarikokset tai rikokset ihmisyyttä vastaan siten kuin nämä rikokset on määriteltä asiaankuuluvissa kansainvälisissä sopimuksissa (direktiivissä ei ole erillistä määritelmää).

42. Kansainvälisen sotarikostuomioistuimen peruskirjassa⁴³ rikoksella rauhaa vastaan tarkoitetaan hyökkäyssodan tai kansainvälisiä yleissopimuksia tai muita sopimuksia rikkovan sodan suunnittelua, valmistelua, käynnistämistä ja käymistä. Tällaisen teon luonteen vuoksi sen voivat tehdä ainoastaan valtion tai valtiota muistuttavan yhteisön korkeassa päättävässä asemassa olevat henkilöt.⁴⁴ Shepherd ei koskaan ollut tällaisessa asemassa. Siten on epätodennäköistä, että hän olisi ollut vaarassa suorittaa

40 — Ks. edellä alaviite 23.

41 — Määrittelydirektiivi annettiin 29.4.2004. Sen antamisen hetkellä Euroopan unionin virallisia kieliä olivat englanti, espanja, hollanti, italia, kreikka, portugali, ranska, ruotsi, saksa, suomi ja tanska. Direktiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohta on laadittu konditionaalissa kielitoisinnoissa, (mutta ei kaikissa, sillä hollanninkielisessä käytetään indikatiivia).

42 — Yhdistyneiden kansakuntien (YK) tarkoituksiperäiset ja periaatteet on vahvistettu sen peruskirjan (San Franciscossa 26.6.1945 allekirjoitettu Yhdistyneiden kansakuntien peruskirja ja kansainvälisen tuomioistuimen peruskirja, jäljempänä YK:n peruskirja) I luvussa. Suhteessa järjestön jäseniin näihin periaatteisiin kuuluvat täysivaltaisen tasa-arvoisuuden tunnustaminen, kansainvälisten riitojen selvittäminen rauhanomaisin keinoin ja pidättäminen väkivallalla uhkaamisesta tai sen käyttämisestä kansainvälisissä suhteissa (YK:n peruskirjan 2 artikla).

43 — Kansainvälisen sotarikostuomioistuimen peruskirja, allekirjoitettu Lontoossa 8.8.1945.

44 — Ks. esim. epäämislausekkeita koskevat UNHCR:n suuntaviivat, 11 kohta.

tällaisen teon. Rikoksiin ihmisyyttä vastaan luetaan muun muassa kansanmurha, murha, raiskaus ja kidutus, jotka ovat osa laajaa tai järjestelmällistä hyökkäystä siviiliväestöä kohtaan.⁴⁵ Koska ennakkoratkaisupyyntöä ei ole esitetty tähän liittyviä tosiseikkoja koskevia toteamuksia, en tarkastele tätä vaihtoehtoa pidemmälle.⁴⁶

43. Sotarikokset on määritelty useissa kansainvälisissä sopimuksissa.⁴⁷ Niihin kuuluvat sellaisten kansainvälisen humanitaarisen oikeuden sääntöjen vakavat rikkomiset, joilla pyritään suojelemaan henkilöitä, jotka eivät osallistu tai jotka eivät enää osallistu vihamielisyyksiin, ja rajaamaan sodankäynnissä käytettäviä menetelmiä ja keinoja. Sotarikoksiin luetaan siviilien tahallinen tappaminen ja kiduttaminen.⁴⁸ Ennakkoratkaisupyyntöön sisältö viittaa siihen, että Shepherdin tapauksen kannalta merkityksellinen on (ainoastaan) tämä väitettyjen sotarikosten luokka.

44. Olen jo todennut, että sotilashenkilöstö, joka ei suoraan osallistu taisteluihin, kuuluu määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaan. Toimivaltaisten kansallisten viranomaisten on arvioitava se tosiseikka, osallistuisivatko nämä henkilöt sotarikosten tekemiseen, jos he suorittaisivat asepalveluksensa. Arviointi on vaikeaa, sillä viranomaisten on otettava huomioon sellaiset teot ja tekojen seuraukset, joita ei ole vielä tapahtunut. Onko siistodennäköistä, että kyseisen henkilön teot *johtaisivat* sotarikosten tekemiseen?⁴⁹

45. Unionin tuomioistuimen ei ole järkevää vahvistaa tyhjentyviä perusteita, joita kansallisten viranomaisten olisi sovellettava. Esimerkiksi sotilashenkilöstö, joka työskentelee Yhdysvaltojen armeijan tukikohdan parturissa ja varmistaa koko henkilöstön asianmukaisen hiustyylin, ei missään tapauksessa osallistu taisteluihin eikä todennäköisesti pysty osoittamaan tällaista välitöntä yhteyttä. Sen sijaan henkilö, joka lastaa ilma-aluksiin pommeja tai joka huoltaa taisteluhävittäjiä, voisi todennäköisemmin osoittaa, että hänen tehtävänsä on välittömässä yhteydessä taistelutoimiin ja sitä kautta mahdolliseen sotarikosten suorittamiseen. Tässä mielessä asepalvelustaan suorittava henkilö, joka lentää sellaista ilma-alusta tai helikopteria tai kuuluu sen miehistöön, josta käsin ammutaan ohjus tai konekivääriltä kohti siviilipakolaisia, on selvästi tiiviimmin osallisena sotarikoksen tekemiseen johtavassa tapahtumaketjussa kuin se henkilö, joka lastasi aseet ilma-alukseen tai helikopteriin ja varmisti sen taisteluvalmiuden. Tästä ei kuitenkaan seuraa, ettei huoltomekaanikko voisi osallistua kyseisen rikoksen tekemiseen (tai että se olisi täysin epätodennäköistä).

46. Mielestäni kansallisten viranomaisten on pohdittava, onko kyseisen henkilön tekojen ja sotarikosten kohtuullisen todennäköisyyden välillä sellainen suora yhteys, jonka vuoksi tämä henkilö voi joutua osallistumaan sotarikosten suorittamiseen, koska hänen toimintansa on tarpeellinen osatekijä näiden rikosten suorittamisessa. Lähinnä on selvitetävä, estyisikö sotarikosten tai tekojen suorittaminen, jos kyseisen henkilön tilanteessa oleva henkilö ei antaisi tai siinä olevat henkilöt eivät antaisi omaa panostaan.

45 — Ks. esim. epäämislausekkeita koskevat UNHCR:n suuntaviivat, 13 kohta.

46 — Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa, että Shepherd piti Irakin sotaa kansainvälisen oikeuden vastaisena (ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 3 kohta). Unionin tuomioistuimen tai kansallisten viranomaisten tehtävänä ei ole Shepherdia koskevassa asiassa pohtia Irakin sodan oikeutusta. Kyseistä aihetta pohtivat kansainvälisen oikeuden asiantuntijat ja poliittiset päättäjät. Kofi Annan totesi 16.9.2004 (jolloin hän vielä oli YK:n pääsihteeri), että Irakin miehitys vuonna 2003 oli vastoin YK:n peruskirjaa. Tämän lausunnon jälkeen annettiin kuitenkin useita Irakia koskevia YK:n turvallisuusneuvoston päätöslausemia.

47 — Ks. määrittelydirektiivin johdanto-osan 11 perustelukappale; ks. myös Rooman perussäännön 8 artikla.

48 — Ks. esim. epäämislausekkeita koskevat UNHCR:n suuntaviivat, 12 kohta.

49 — Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 37 kohta.

Pakolaiseksi määrittely

47. Pakolaisasema on myönnettävä henkilölle, jolla on perusteltua aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi esimerkiksi tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuulumisen vuoksi (10 artiklan 1 kohdan d alakohta) tai poliittisten mielipiteidensä vuoksi (10 artiklan 1 kohdan e alakohta) ja joka täyttää määrittelydirektiivin 2 artiklan c alakohdan edellytykset.⁵⁰ Määrittelydirektiivin 10 artiklassa lueteltujen syiden on oltava yhteydessä 9 artiklassa kuvattuihin vainoksi katsottaviin tekoihin. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan Shepherdin pakolaisaseman saamista koskeva hakemus perustuu 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaan luettuna yhdessä 10 artiklan 1 kohdan d ja e alakohdan kanssa. Unionin tuomioistuimessa pidetyssä istunnossa Shepherdin asianajaja totesi kuitenkin, että asia oli pantu vireille ainoastaan 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan ja 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan perusteella (toisin sanoen 10 artiklan 1 kohdan e alakohtaan ei ollut vedottu). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ole pyytänyt unionin tuomioistuinta tulkitsemaan määrittelydirektiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohtaa. Mielestäni Shepherdin suullisten huomautusten perusteella on kuitenkin välttämätöntä tutkia myös tuota säännöstä.

48. Mielestäni Shepherd kuuluu selvästi määrittelydirektiivin 10 artiklan 1 kohdan e alakohdan soveltamisalaan. Poliittisen mielipiteen omaaminen käsittää sen, että henkilöllä on mielipiteitä, ajatuksia tai uskomuksia valtiosta ja sen politiikoista tai menetelmistä. Tähän täytyy kuulua myös käsitys siitä, ettei henkilö voi suorittaa asepalvelustaan selkkauksessa, jossa asepalveluksen suorittaminen voisi johtaa sotarikosten tekemiseen.

49. Tilanne ei kuitenkaan ole yhtä selvä 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan (tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuuluminen) näkökulmasta.

50. Shepherd väittää, että hänen uskomuksensa, jonka mukaan Irakin sotaan osallistuminen asettaisi hänet vaaraan joutua tekemään 12 artiklan 2 kohdassa lueteltuja tekoja, on niin keskeinen osa hänen omaatuntoaan, ettei häntä pitäisi pakottaa toimimaan sen vastaisesti (näin ollen hän kuuluu 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan ensimmäisen luetelmakohdan soveltamisalaan) ja että hän kuuluu näin ollen ryhmään, jolla on selvästi erottuva identiteetti Yhdysvalloissa, koska ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi (10 artiklan 1 kohdan d alakohdan toinen luetelmakohta).

51. Se, onko asian laita näin, riippuu useista seikoista.

52. Ilmaisu ”asepalveluksesta kieltäytyminen omantunnon syistä” ei sisälly perusoikeuskirjan 10 artiklan 1 kohdan sanamuotoon, joka noudattaa läheisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 9 artiklan 1 kappaletta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin todennut, että asepalveluksesta kieltäytyminen, riippumatta siitä, perustuuko se asevelvollisuuden ja henkilön omantunnon väliseen vakavaan ja ylitsepääsemättömään ristiriitaan, on riittävän vakuuttava, vakava, johdonmukainen ja tärkeä vakaumus, jotta siihen voidaan soveltaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 9 artiklan 1 kappaletta tarjoamaa suojaa.⁵¹ Perusoikeuskirjan 10 artiklan 1 kohtaa olisi näin ollen tulkittava samalla tavalla. Perusoikeuskirjan 10 artiklan 2 kohdassa määritellään ja tunnustetaan oikeus kieltäytyä asepalveluksesta omantunnon syistä tämän oikeuden käyttämistä sääntelevien kansallisten lakien mukaisesti.⁵²

50 — Ks. määrittelydirektiivin 13 artikla.

51 — Asia Bayatyan v. Armenia, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio nro 23459/03, 2011, 110 kohta.

52 — Se, sovelletaanko Shepherdin tapauksessa perusoikeuskirjan 10 artiklan 2 kohtaa, riippuu siis kyseisen jäsenvaltion, josta hän on hakenut turvapaikkaa (Saksa), kansallisista laeista, joissa säännellään asepalveluksesta kieltäytymistä omantunnon syistä. Asianomaisten kansallisten viranomaisten tehtävänä on arvioida tämä seikka, ja kansalliset tuomioistuimet voivat valvoa viranomaisten päätöksen laillisuutta. Shepherdin asemasta Yhdysvaltojen kansalaisena ja entisenä Yhdysvaltojen armeijan sotilaana ks. jäljempänä tämän ratkaisuehdotuksen 74 ja 75 kohta.

53. Ilmaisulla ”asepalveluksesta kieltäytyminen omantunnon syistä” on kuitenkin monta merkitystä. Sen katsotaan kattavan rauhanaatteen kannattajat (kuten kveekarit), jotka vastustavat absoluuttisesti kaikkea sotilaallista toimintaa.⁵³ Se voi myös viitata henkilöihin, jotka vastustavat tiettyä selkkausta laillisin, moraalisin tai poliittisin perustein tai jotka vastustavat konfliktin ratkaisemiseen tähtääviä keinoja ja menetelmiä.

54. Ymmärrän, että henkilöille, jotka vastustavat absoluuttisesti kaikkea sotilaallista toimintaa, voidaan hyvin katsoa olevan ”yhteistä sellainen ominaisuus tai usko, joka on niin keskeinen osa identiteettiä tai omaatuntoa, ettei heitä pitäisi vaatia luopumaan siitä”, kuten 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa säädetään. Heidän kantansa on selvä ja yksiselitteinen. He eivät hyväksy voimankäyttöä missään tilanteessa. Heidän kantansa on täysin yksiselitteinen, joten se on myös uskottava.

55. Henkilöt, joiden suhtautuminen voimankäyttöön ei ole yhtä jyrkkä, ovat vaikeammassa asemassa. He vastustavat omantunnon syistä eri asioita. Joku voi vastustaa tiettyä sotaa, toinen tietystä selkkauksessa käytettyjä keinoja ja menetelmiä, kun taas kolmas saattaa kieltäytyä hyvin henkilökohtaisista syistä siksi, että hän joutuisi taistelemaan omaa etnistä ryhmäänsä vastaan. Koska henkilö ei kieltäydy absoluuttisesti kaikesta voimankäytöstä vaan ainoastaan osasta sitä, hänen voi vastaavasti olla vaikeampi osoittaa henkilökohtaisen kantansa uskottavuus eli se, että hän kieltäytyy omantunnon syistä ja periaatteesta eikä mukavuussyistä. Hänen voi siis olla hankalampi osoittaa kuuluvansa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan ensimmäisen luetelmakohdan soveltamisalaan.

56. Mielestäni vastaavaa hankaluutta ei ole 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan toisen luetelmakohdan tapauksessa. Käsitteellisesti on täysin hyväksyttävää, että ne, jotka kieltäytyvät absoluuttisesti kaikesta voimankäytöstä, ja ne, joiden kieltäytyminen ei ole yhtä absoluuttista, voivat (yhdessä tai erikseen) muodostaa ryhmän, jolla ”on selvästi erottuva identiteetti asianomaisessa maassa” (tässä Yhdysvalloissa), ”koska ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi”. Toimivaltaisten viranomaisten on niille esitetyn näytön perusteella todennettava, onko tilanne tosiasiaa tämä, ja kansalliset tuomioistuimet voivat valvoa viranomaisten päätöksen laillisuutta.

57. Kun Shepherdiä arvioidaan näiden perusteiden näkökulmasta, sovelletaanko häneen näitä 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan kahta (kumulatiivista) luetelma-kohtaa?

58. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on selittänyt, ettei Shepherd ole kieltäytynyt absoluuttisesti kaikesta sotilaallisesta toiminnasta. Hän hakeutui Yhdysvaltojen armeijan palvelukseen vapaaehtoisesti. Hän ei kieltäydy kaikesta aseellisesta voimankäytöstä. Hän on pikemminkin ilmoittanut vastustavansa tietyn sodan käymistä tietyllä tavalla (johon hänen mielestään on sisältynyt ja/tai voi tulevaisuudessa sisältyä sotarikosten suorittaminen) ja pelänneensä, että hän voisi joutua osallistumaan tällaiseen toimintaan, jos hän jatkaisi asepalveluksensa suorittamista ja tottelisi käskyä palata Irakiin.

59. Kansallisten viranomaisten on ensiksi selvitettävä, luokitellaanko Shepherd omantunnon syistä asepalveluksesta kieltäytyjäksi vai sotilaskuriksi. Tätä seikkaa selvittäessään niiden olisi pohdittava, onko Shepherdillä kyseistä selkkausta koskeva riittävän vakuuttava, vakava, johdonmukainen ja merkittävä vakaumus, jotta häneen voidaan soveltaa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan ensimmäistä luetelma-kohtaa. Onko Shepherd toisin sanoen pelkkä sotilaskurikuri vai kieltäytykö hän jatkamasta asepalvelusta Irakissa omantunnon syistä, kuten hän vakaasti väittää? Jos kansalliset viranomaiset päättävät, että hän on pelkkä sotilaskurikuri, on erittäin epätodennäköistä, että häneen voitaisiin soveltaa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan ensimmäistä luetelma-kohtaa. Koska 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan molemmissa luetelmakohtissa asetettujen edellytysten on täyttyttävä, tällöin ei enää olisi merkitystä sillä, mieltääkö yhteiskunta sotilaskurikurit yhdeksi yhtenäiseksi ryhmäksi.

53 — Ks. esim. UNHCR:n suuntaviivat nro 10, 3 kohta.

60. Jos kansalliset viranomaiset sen sijaan päättävät, että Shepherd kieltäytyi asepalveluksen jatkamisesta Irakissa siksi, että olemassa oli vakava ja ylitsepääsemätön ristiriita sen välillä, mitä hän kohtuudella oletti kyseisen asevelvollisuuden käsittävän, ja hänen omantuntonsa välillä, häneen voidaan soveltaa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan ensimmäistä luettelukohtaa. Kansallisten viranomaisten olisi tämän jälkeen pohdittava, voidaanko niiden käytettävissä olevan aineiston perusteella kohtuudella olettaa, että Yhdysvalloissa yhteiskunta mieltää Shepherdin tilanteessa olevat henkilöt erilaisiksi ja kohtelee heitä erityisellä tavalla. Jos näin on, myös 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan toisessa luettelukohdassa asetetut edellytykset täyttyvät. Mielestäni unionin tuomioistuimella ei ole riittävästi tietoa asiasta, jotta se voisi antaa tämän enempää opastusta.

Toinen ennakkoratkaisukysymys

61. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on muotoillut toisen kysymyksensä esittämällä kaksi vaihtoehtoa. Jotta määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaa sovellettaisiin, onko kyseiseen selkkaukseen ensisijaisesti ja järjestelmällisesti sisällyttävä 12 artiklan 2 kohdassa lueteltujen rikosten tai tekojen suorittaminen vai riittääkö, että hakija osoittaa, että asevoimat, joihin hän kuuluu, ovat yksittäisissä tapauksissa suorittaneet tällaisia tekoja?

62. Mielestäni kumpikaan vaihtoehto ei ratkaise sitä, sovelletaanko määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaa. Ratkaisevaa on sen sijaan todennäköisyys, jolla *hakija* on vaarassa syyllistyä sotarikosten suorittamiseen. Kyseisen henkilön on osoitettava, miksi hän uskoo olevansa vaarassa joutua tekemään tällaisia rikoksia asepalvelusta suorittaessaan.

63. Selkkauksessa, jossa tällaisia tekoja väitetään jo tapahtuneen järjestelmällisesti ja jossa näyttöä tästä on saatavilla julkisesti, hakijan voi olla (suhteellisesti) helpompi täyttää tämä edellytys. Jos toimintamallia ei ole muutettu ennen henkilön komennusta taistelualueelle, hänellä olisi pätevät perusteet väittää, että tällaisia tekoja todennäköisesti tapahtuu jatkossakin ja että hän voi joutua osalliseksi niihin. Jos näitä tekoja on väitetyksi jo tapahtunut selkkauksessa yksittäistapauksissa tai satunnaisesti, hakijan tehtävä vaikeutuu. Hänen on tällöin osoitettava, miksi hän pitää todennäköisenä, että juuri *hänen* toimintansa asepalvelusta suorittaessaan altistaisivat *hänet* vaaralle joutua osalliseksi sotarikosten tekemiseen (subjektiivinen tekijä). Hänen olisi siis (esimerkiksi) selitettävä, miksi hän voisi kohtuudella uskoa joutuvansa osalliseksi sotarikoksiin, kun otetaan huomioon hänen asemapaikkansa sijainti ja hänen toimenkuvaansa liittyvät tehtävät. Olemassa on myös objektiivinen tekijä: voidaanko saatavilla olevien tietojen perusteella kohtuudella päätellä, että hakija voisi joutua kyseiseen tilanteeseen? On siis välttämätöntä arvioida, onko objektiivisia perusteita katsoa, että kyseinen henkilö voi joutua osallistumaan sotarikosten suorittamiseen.

Kolmas ennakkoratkaisukysymys

64. Toiseen kysymykseen antamani vastaus kattaa nähdäkseni väistämättä myös kolmannen kysymyksen. Ei ole tarpeen osoittaa tavalla, joka ei jätä järkevää epäilystä, että kansainvälistä humanitaarista oikeutta todennäköisesti rikotaan tulevaisuudessa.

Kuudes ennakkoratkaisukysymys

65. Seuraavaksi on aiheellista tarkastella kuudetta kysymystä, jolla ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan tarkastelun yhteydessä oleellista ottaa huomioon Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussäännön määräykset.

66. Mielestäni Rooman perussäännön määräykset eivät ole tässä yhteydessä merkityksellisiä. Määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaa ei ole kohdennettu henkilöihin, jotka saatettaisiin panna syytteeseen kansainvälisten rikosten suorittamisesta. Sen tarkoituksena on päinvastoin tarjota suojaa henkiöille, jotka haluavat *välttää* tällaisiin rikoksiin syyllistymisen asepalvelusta suorittaessaan. Kyseisen tavoitteen kanssa olisi täysin ristiriidassa, jos todennäköisyyttä, jolla sotilas X voitaisiin panna syytteeseen sotarikoksesta, käytettäisiin arviointiperusteena päätettäessä siitä, pitäisikö häntä suojella pakolaisena, koska hän haluaa välttää joutuvansa tilanteeseen, jossa hänet *voitaisiin* panna syytteeseen kyseisestä rikoksesta. Määrittelydirektiivin 4 artiklassa kuvataan, kuinka tosiseikkoja ja olosuhteita on arvioitava tarkasteltaessa pakolaisaseman saamiseksi tehtyä hakemusta. Jokaisessa tapauksessa ratkaisevaa on loppujen lopuksi se, ovatko hakijan väitteet uskottavia. Kansainvälisessä rikosoikeudessa vahvistettu sotarikoksiin syyllistyneiden syytteeseenpanoa koskeva vaatimustaso on täysin toinen (huomattavasti korkeampi), eikä sillä ole merkitystä tässä arvioinnissa.⁵⁴

Neljäs ennakkoratkaisukysymys

67. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko pakolaisaseman myöntäminen mahdotonta tietyissä olosuhteissa. Tarkemmin sanottuna a) estääkö se, että hakijan kotimaan viranomaiset pitävät sotarikoksia rangaistavina, hakijaa vetoamasta määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaan ja b) onko syytteeseenpanolla Kansainvälisessä rikostuomioistuimessa merkitystä? Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ehdottaa huomautuksissaan, että kun tällainen koneisto sotarikoksiin syyllistyneiden syytteeseen panemiseksi ja rankaisemiseksi on olemassa, voitaisiin ajatella, ettei sotarikoksia todennäköisesti tehdä, koska kyseinen valtio ei salli niitä. Tämän logiikan mukaisesti siis se seikka, että sotarikoksista rangaistaan, tarkoittaa, että valtio tarjoaa suojan vainolta määrittelydirektiivin 7 artiklassa tarkoitetulla tavalla.

68. Mielestäni kumpaankin kysymykseen on vastattava kieltävästi. Sotarikoksista syytteeseen panevan kansallisen tai kansainvälisen koneiston olemassaolo voi lähtökohtaisesti ehkäistä niiden tekemistä. Valitettava tosiasia kuitenkin on, että vaikka tällainen koneisto olisi olemassa, sotarikoksia *tehdään* joskus konfliktin keskellä⁵⁵ (aivan samalla tavoin kuin se, että nykyaikaisissa oikeusjärjestelmissä säädetään raiskausten ja murhien kriminalisoinnista ja niiden rangaistavuudesta, ei valitettavasti estä raiskauksia ja murhia). Jos määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan halutaan vaikuttavan siten, että sen ansiosta henkilöt, jotka ovat vaarassa joutua osallistumaan sotarikoksiin, pääsevät turvaan, sen on toimittava itsenäisesti riippumatta siitä, onko olemassa kansallinen tai kansainvälinen koneisto, jossa sotarikoksiin syyllistyneet pannaan syytteeseen ja heitä rangaistaan, ja käytetäänkö sitä.

Viides ennakkoratkaisukysymys

69. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, voidaanko 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaan vedota riippumatta siitä, että kansainvälinen yhteisö hyväksyy sotatoimet tai ne perustuvat YK:n turvallisuusneuvoston mandaattiin.

54 — Huomautan, ettei Yhdysvallat ole Kansainvälisen rikostuomioistuimen sopimusvaltio, joten Rooman perussääntöä ei missään tapauksessa olisi voitu soveltaa Shepherdin tapaukseen.

55 — Surullisen kuuluisa esimerkki tästä on Vietnamin sodan aikana tapahtunut My Lai verilöyly. My Lai rikoksista syytteeseen pannuista 26:sta Yhdysvaltain sotilaasta tuomittiin ainoastaan luutnantti William Calley Jr. Tuoreempia tapauksia ovat Kansainvälisen rikostuomioistuimen syyttäjän vireille panemat oikeudenkäynnit, jotka koskevat Ugandan ja Kongon demokraattisen tasavallan tapahtumia. Tässä yhteydessä on annettu langettava tuomio asiassa syyttäjä vastaan Thomas Lubanga Dyilo.

70. En ole varma, ymmärränkö, mitä ilmaisulla ”kansainvälinen yhteisö hyväksyy” oikeudellisesti tarkkaan ottaen tarkoitetaan. YK:n peruskirjassa ei määritellä legitiimiä sotaa, eikä tätä lainaukkoa (jos se ylipäänsä on lainaus) ole nähdäkseni korjattu missään muussakaan kansainvälisessä sopimuksessa.⁵⁶ Mielestäni esillä olevan asian käsittelyä ei edistä se, että määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaa hahmoteltaisiin suhteessa ilmaisuun, jota ei ole määritelty. Koska YK:n turvallisuusneuvoston mandaatti ei ole edellytyksenä tietyn sodan käymiselle tai puolustamiselle, sen olemassaolo ei voi ratkaisevasti vaikuttaa siihen, tapahtuuko määrittelydirektiivin 12 artiklan 2 kohdassa lueteltuja tekoja. Silloinkin kun selkkausta ennen annetaan YK:n turvallisuusneuvoston päätöslauselma voimankäytön sallimisesta tietyissä tilanteissa tietyin edellytyksin, se ei voi tarkoittaa, että sotarikoksia ei voitaisi lähtökohtaisesti tehdä eikä tehtäisi.

71. Vastaan siis tähän kysymykseen, että kyseistä selkkausta koskevan YK:n turvallisuusneuvoston mandaatin olemassaolo ei poista tarvetta suorittaa määrittelydirektiivin 4 artiklassa tarkoitettu arviointi, eikä se vaikuta arvioinnin tulokseen. Se ei sinänsä myöskään poista sitä mahdollisuutta, että määrittelydirektiivin 12 artiklassa lueteltuja tekoja on voitu tai voidaan jatkossa tehdä.

Seitsemäs ennakkoratkaisukysymys

72. Määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan tulkintaa koskevassa viimeisessä kysymyksessään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, onko hakijan turvauduttava kansallisten viranomaisten tarjoamaan tavanomaiseen menettelyyn asepalveluksesta kieltäytymiseksi ennen kuin hän voi vedota tähän säännökseen.

73. Muistutan ensiksi, että jos Shepherd pantaisiin syytteeseen tai jos häntä rangaistaisiin Yhdysvaltoihin palaamisensa jälkeen, syynä olisi sotilaskarkuruus eikä niinkään asepalveluksesta kieltäytyminen omantunnon syistä.

74. Ei ole selvää, mitä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tarkoittaa ”tavanomaisella menettelyllä asepalveluksesta kieltäytymiseksi”. Mikäli sillä viitataan Yhdysvaltojen oikeuden mukaisiin menettelyihin, joissa näin voidaan tehdä, unionin tuomioistuimella ei ole tietoa siitä, voisiko Shepherd turvautua tällaiseen menettelyyn Yhdysvaltojen oikeuden nojalla vai onko se mahdotonta siksi (kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin huomauttaa), ettei hän kieltäydy absoluuttisesti kaikesta aseellisesta voimankäytöstä. Kiinnitän tässä yhteydessä huomiota Yhdysvaltojen asevoimia koskevan lain (Army Regulation) nro 600-43 1–5 §:n a kohdan 4 alakohtaan, jossa todetaan, että ”asepalvelustaan suorittavan henkilön pyyntöä kieltäytyä asepalveluksesta omantunnon syistä ei hyväksytä, jos pyyntö perustuu tietyn sodan vastustamiseen”. En luonnollisesti tiedä, kuinka tätä säännöstä on tulkittu käytännössä Yhdysvaltojen sotatuomioistuimissa.

75. Kansallisten viranomaisten tehtävänä on selvittää (tarvittaessa asiantuntijoita kuulemalla), katsooko Shepherd perustellusti, ettei hän olisi voinut Yhdysvaltojen oikeuden nojalla kieltäytyä asepalveluksesta omantunnon syistä. Jos hän olisi voinut vedota menettelyyn ja kohtuullisella todennäköisyydellä myös saada myönteisen päätöksen muttei tehnyt näin, mielestäni ei ole perusteltua syytä myöntää hänelle pakolaisasemaa sellaisen vainon perusteella, jonka hän olisi (oletettavasti) voinut välttää vakaumuksestaan tinkimättä. Jos hän asepalvelustaan suorittavana henkilöstön jäsenenä ei olisi voinut

⁵⁶ — On todellakin ajateltu paljon – mustetta säästämättä – sitä, voidaanko sotaa pitää legitiiminä taikka oikeutettuna, ja jos voidaan, missä olosuhteissa. Teoriaa oikeutetusta sodasta (jus bellum iustum) käsitteli alun perin Augustinus Hipposta (354-430), ja sitä selvitti tunnetusti Tuomas Akvinolainen (1225-1274) Summa Theologica –teoksessa. Myöhemmässä analyysissä on vähitellen erotettu toisistaan säännöt, jotka koskevat oikeutettua sotaa (jus ad bellum), säännöt, jotka koskevat oikeutettua ja reilua toimintaa (jus in bello), ja säännöt, jotka koskevat sotaa käyvien osapuolten vastuuta ja vastuuseen saattamista sodan jälkeen (jus post bellum). Oikeutettua sotaa koskeviin periaatteisiin katsotaan yleisesti kuuluvan seuraavien: sodalla pitää olla oikeutettu peruste, sen pitää olla viimesijainen keino, asianmukaisen auktoriteetin on pitänyt julistaa sota, sodalla pitää olla oikea tarkoitus, sillä pitää olla kohtuullinen onnistumisen mahdollisuus ja sen tarkoituksen ja käytettyjen keinojen pitää olla oikeassa suhteessa keskenään. Jokaisista osatekijää voidaan arvostella.

kieltäytyä asepalveluksen suorittamisesta omantunnon syistä sillä perusteella, että hän vastusti komennustaan Irakiin, vastaavasti se, ettei hän esittänyt pyyntöä, ei voi vaikuttaa hänen määrittelydirektiivin 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan nojalla tekemäänsä pakolaisasemaa koskevaan hakemukseen.

Kahdeksas ennakkoratkaisukysymys

76. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii tässä kysymyksessään määrittelydirektiivissä tarkoitettuja kahta ”vainoksi katsottavaa tekoa”, joita ovat ”oikeudelliset, hallinnolliset ja poliisin toimintaan ja/tai lainkäyttöön liittyvät toimenpiteet, jotka ovat itsessään syrjiviä tai jotka toteutetaan syrjivällä tavalla” (9 artiklan 2 kohdan b alakohta) ja ”kohtuuton tai syrjivä syytteesen paneminen tai rankaiseminen” (9 artiklan 2 kohdan c alakohta). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, ovatko näissä säännöksissä tarkoitettuja vainoksi katsottavia tekoja vankeusrangaistusta seuraava asevoimista erottaminen kunniattoman menettelyn vuoksi ja siihen liittyvä yhteiskunnallinen hyljeksintä ja epäsuotuisaan asemaan joutuminen.

77. Kahdeksas kysymys on itsenäinen. Muistutan aluksi, että oikeus pakolaisasemaan syntyy ainoastaan, kun 9 artiklassa tarkoitettu vainoksi katsottava teko on yhteydessä 10 artiklassa tarkoitettuun vainon syyhyn.⁵⁷ Kaikki unionin tuomioistuimelle huomautuksia esittäneet osapuolet, myös Shepherd, ovat yksimielisiä siitä, että valtiot voivat määrätä rangaistuksia sotilashenkilöstölle, joka kieltäytyy jatkamasta asepalvelustaan, kun sotilaskarkuruus *ei* perustu päteviin omantunnon syihin ja kun mahdolliset rangaistukset ja niihin liittyvät menettelyt ovat kansainvälisten normien mukaisia. Kahdeksas kysymys on nähdäkseni merkityksellinen ainoastaan, jos kansalliset viranomaiset toteavat, että Shepherd *ei* voinut kohtuudella uskoa joutuvansa vaaraan osallistua sotarikosten tekemiseen, jos hän palaisi komennukselle Irakiin (jolloin hän ei kuulu 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisalaan), mutta että hän kuitenkin täyttää 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan molempien luettelakohtien edellytykset (kuuluminen tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään) tai kuuluu 10 artiklan 1 kohdan e alakohdan soveltamisalaan Irakin sodan käymistä koskevien poliittisten mielipiteidensä vuoksi. Tätä Shepherdin mielipidettä voitaisiin ehkä kuvailla siten, että hän on sotilaskarkuri omantunnon syistä.

78. Onko tällaisen henkilön syytteesenpano ja rankaiseminen sotatuomioistuimessa syrjivää tai kohtuutonta siten, että se on kielletty 9 artiklan 2 kohdan b tai c alakohdan nojalla?

79. Sotaoikeudenkäynti ja/tai asevoimista erottaminen kunniattoman menettelyn vuoksi kuuluvat selvästi 9 artiklan 2 kohdan b alakohdassa tarkoitettuihin ”oikeudellisiin, hallinnollisiin ja poliisin toimintaan ja/tai lainkäyttöön liittyviin toimenpiteisiin”. Hakijan on kuitenkin osoitettava, että kyseiset toimenpiteet ovat sinänsä syrjiviä tai ne on toteutettu syrjivästi. Koska Shepherd vetoaa väitteessään direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohtaan (tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuuluminen), arvioinnin yhteydessä on pohdittava, onko Yhdysvalloissa olemassa yhteiskunnallisia ryhmiä, jotka ovat rinnastettavissa ryhmään, johon Shepherd väittää kuuluvansa, siten että ne ovat samanlaisessa tilanteessa, voiko hänen ryhmänsä vertailuryhmää todennäköisemmin joutua syrjinnän kohteeksi ja voiko ilmeinen erilainen kohtelu olla perusteltua. Asiakirja-aineisto ei sisällä näyttöä siitä, että käsiteltävässä asiassa olisi kyse vastaavasta syrjinnästä, joten kansallisten viranomaisten on suoritettava yksityiskohtainen arviointi tosiseikoista ja olosuhteista tosiasiallisen tilanteen määrittämiseksi.

80. Samalla tavoin on mahdotonta todeta abstraktisti, onko mahdollinen syytteesenpano kohtuuton tai syrjivä tai onko Shepherdin todennäköinen rangaistus kohtuuton, jos hänet tuomitaan sotilaskarkuruudesta,⁵⁸ ja näin ollen, sovellettaisiinko asiassa 9 artiklan 2 kohdan c alakohtaa. Kun arvioidaan sotilaskarkuruudesta syyttämisen ja rankaisemisen mahdollista kohtuuttomuutta, on

⁵⁷ — 9 artiklan 3 kohta.

⁵⁸ — Ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, että ”Bundesamtin mukaan kantajaa uhkaa sotilaskarkuruuden vuoksi vankeusrangaistus, jonka kesto on 100 päivästä 15 kuukauteen, ja rangaistuksen yhteydessä sovellettava asteikko ulottuu viiteen vuoteen saakka”.

pohdittava, menevätkö nämä toimet pidemmälle kuin on tarpeen, jotta kyseinen valtio voi käyttää legitiimiä oikeuttaan ylläpitää asevoimia. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kuvaamat tuomiot eivät vaikuta ilmeisen kohtuuttomilta. Loppujen lopuksi on kuitenkin jälleen kansallisten viranomaisten tehtävänä arvioida nämä seikat käsiteltävän asian olosuhteiden perusteella.

81. Täydellisyyden vuoksi lisään, että arviointiperusteet olisivat samat, jos vainon syyksi ilmoitettaisiin 10 artiklan 1 kohdan e alakohdassa tarkoitettu poliittinen mielipide. Koska yhteiskunnallisen ryhmän käsite ei kuitenkaan ole merkityksellinen tämän säännöksen yhteydessä, Shepherdin asemassa olevan henkilön olisi hyvin vaikea osoittaa yksinomaan hänen omaan asemaansa perustuva syrjintä. Hänen voisi olla vaikea myös määrittää tarvittava vertailuryhmä.

82. Yhteiskunnallista hyljeksintää ei määritellä sellaisenaan 9 artiklan 2 kohdassa vainoksi katsottavaksi teoksi, eikä siihen mielestäni helposti voida soveltaa myöskään 9 artiklan 2 kohdan b tai c alakohtaa. Tästä huolimatta 9 artiklan 2 kohdan luettelo ei luonnollisesti ole tyhjentävä. Se, että yhteiskunnallinen hyljeksintä on seurausta (direktiivin 6 artiklan c alakohdassa tarkoitettujen) muiden kuin valtiollisten toimijoiden toimista, ei sinänsä estä pitämästä hyljeksintää 9 artiklan 2 kohdan mukaisena vainoksi katsottavana (lisä)tekona.

83. Hyväksyttävän pakolaisasemaa koskevan hakemuksen perusteen muodostaakseen 9 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen vainoksi katsottavien tekojen on joko ”oltava laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne muodostavat vakavan loukkauksen ihmisten perusoikeuksia vastaan” (9 artiklan 1 kohdan a alakohta)⁵⁹ tai ”oltava kertymä erilaisia toimenpiteitä, joihin kuuluu ihmisoikeusloukkauksia, ja – – riittävän vakava vaikuttaakseen yksilöön – – vastaavalla tavalla” (9 artiklan 1 kohdan b alakohta). Unionin tuomioistuimella ei ole tietoja siitä, olisiko mahdollinen syytteenpano, rangaistus tai yhteiskunnallinen hyljeksintä, joka Shepherdiin voisi kohdistua, jos hänet palautettaisiin Yhdysvaltioihin, riittävän vakava tämän kynnyksen ylittääkseen. Toimivaltaisten kansallisten viranomaisten tehtävänä on selvittää myös tämä seikka, ja kansalliset tuomioistuimet voivat valvoa viranomaisten päätöksen laillisuutta.

Ratkaisuehdotus

84. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Bayerisches Verwaltungsgericht Münchenin (Saksa) esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

- Kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelyä pakolaisiksi tai muuta kansainvälistä suojelua tarvitseviksi henkilöiksi koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä myönnetyn suojelun sisällöstä 29.4.2004 annetun neuvoston direktiivin 2004/83/EY 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan soveltamisala kattaa sotilashenkilöstön, joka ei suoraan osallistu taisteluihin, kun tällainen henkilöstö voisi asepalvelustaan suorittaessaan joutua yllyttämään kyseisessä säännöksessä mainittuihin rikoksiin tai tekoihin tai muulla tavoin osallistumaan niiden suorittamiseen.
- Kun kansalliset viranomaiset arvioivat, onko tilanne tämä, niiden on pohdittava, i) onko kyseisen henkilön tekojen ja sotarikosten kohtuullisen todennäköisyyden välillä suora yhteys, koska hänen toimintansa kuuluu tarpeellisenä osatekijänä näihin rikoksiin ja sotarikosten tai tekojen suorittaminen estyisi, jos kyseinen henkilö ei antaisi tai hänen tilanteessaan olevat henkilöt eivät antaisi omaa panostaan, ja ii) onko olemassa objektiivisia perusteita katsoa, että kyseinen henkilö voi joutua osallistumaan sotarikosten suorittamiseen. Tässä tapauksessa on direktiivin

⁵⁹ — Etenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artiklan 2 kappaleessa vahvistettujen oikeuksien loukkauksen, joista ei voida poiketa: ks. edellä alaviite 19.

2004/83 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan vastaista soveltaa a) rikosoikeudellista todistuskynnystä (kuten ”ilman mitään järkevää epäilystä”) tai b) kansainvälisestä rikosoikeudesta johdettuja periaatteita.

- Se, että hakijan kotimaan viranomaiset pitävät sotarikoksia rangaistavina, ei estä hakijaa vetoamasta direktiivin 2004/83 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaan, eikä merkitystä ole myöskään sillä, onko Kansainvälisessä rikostuomioistuimessa pantu vireille sotarikosta koskeva asia.
- Se, että kyseisestä selkkauksesta on annettu YK:n turvallisuusneuvoston mandaatti, ei estä pakolaisaseman hakemista direktiivin 2004/83 9 artiklan 2 kohdan e alakohtaan perusteella.
- Henkilölle, joka kieltäytyy suorittamasta asepalvelustaan, voidaan myöntää direktiivin 2004/83 9 artiklan 2 kohdan e alakohdan nojalla pakolaisasema ainoastaan, jos hän on ensiksi käyttänyt kaikki menettelyt kieltäytyäkseen asepalveluksesta omantunnon syistä, mutta hänen pyyntönsä on hylätty, tai jos hänen käytettävissään ei ole tällaisia menettelyjä.
- Arvioitaessa, voidaanko asepalveluksen suorittamisesta kieltäytyvän henkilön katsoa kuuluvan erityiseen yhteiskunnalliseen ryhmään direktiivin 2004/83 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitetulla tavalla, on otettava huomioon, i) onko hänellä riittävän vakuuttava, vakava, johdonmukainen ja merkittävä vakaumus ja ii) täyttääkö hän tämän vakaumuksensa ansiosta 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan ensimmäisen luetelmakohdan edellytykset siten, että hänen kieltäytymisensä pohjautuu uskomukseen, joka on keskeinen osa hänen omaatuntoaan, ja iii) mielletäänkö tällaisen vakaumuksen omaavat henkilöt erilaisiksi kotimaassaan 10 artikla 1 kohdan d alakohdassa tarkoitetulla tavalla.
- Siltä osin kuin hakija vetoaa direktiivin 2004/83 9 artiklan 2 kohdan b alakohtaan ja 10 artiklan 1 kohdan d alakohtaan, toimivaltaisten kansallisten viranomaisten on arvioitava, ovatko asevoimista erottaminen kunniattoman menettelyn vuoksi ja vankeusrangaistus syrjiviä, koska hakija kuuluu tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään. Tämän arvioinnin yhteydessä on pohdittava, onko kyseisessä maassa olemassa yhteiskunnallisia ryhmiä, jotka ovat rinnastettavassa ryhmään, johon hakija väittää kuuluvansa, siten että ne ovat samanlaisessa tilanteessa, voiko hakijan ryhmä todennäköisesti joutua erilaisen kohtelun kohteeksi siksi, että se saattaa joutua sota-oikeuteen ja/tai erotetuksi asevoimista kunniattoman menettelyn vuoksi, ja voiko ilmeinen erilainen kohtelu olla perusteltua.
- Siltä osin kuin hakija vetoaa direktiivin 2004/83 9 artiklan 2 kohdan c alakohtaan, toimivaltaisten kansallisten viranomaisten on arvioitava, onko sotilaskarkuruudesta syyttäminen ja rankaiseminen kohtuutonta. Tässä yhteydessä on pohdittava, menevätkö nämä toimet pidemmälle kuin on tarpeen, jotta kyseinen valtio voi käyttää perusteltua oikeuttaan ylläpitää asevoimia.