

Fagnotat

Til: UNE
Fra: Øyvind D. Øyen, fagavdelingen
Saksnr.: 22/1066

Dato: 20.01.2021
Korrigert 23.11.2022

Rett til flyktningstatus på grunnlag av militærneking og desertering

1. Innledning

Det å unndra seg militærtjeneste er som regel straffbart i de fleste land. Det gjelder både den som nekter å utføre tjeneste (militærneking) og den som forlater tjenesten (desertering) uten tillatelse, enten det er i krig eller fred.

Spørsmålet i dette notatet er om straff for militærneking eller desertering kan gi rett til flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav (a) og flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2): Vil du bli anerkjent som flyktning fordi du risikerer alvorlige straffereaksjoner i hjemlandet, f.eks. langvarig fengselsstraff, fordi du har nektet å utføre militærtjeneste eller desertert fra tjenesten?

Dette er i liten grad drøftet i norsk rett. Notatet bygger derfor i hovedsak på internasjonale kilder. Formålet med notatet er å gi en oversikt over de rettslige hovedpunktene og de viktigste kildene. Det redegjør ikke for UNEs praksis.¹ Notatet forutsetter at det er en myndig person som pålegges militærtjeneste av en anerkjent stat.

Utgangspunktet er klart: Straff for militærneking og desertering gir ikke rett til flyktningstatus. Dette er alminnelig straffeforfølgelse. Det er to klare unntak fra denne hovedregelen. Du kan bli anerkjent som flyktning hvis:

- (1) du risikerer uforholdsmessig streng straff som følge av en konvensjonsgrunn, eller
- (2) militærtjenesten innebærer at du kan gjøre deg skyldig i en alvorlig forbrytelse.

Et spørsmål er om vi kan oppstille et tredje unntak for militærneking av samvittighetsgrunner: Kan du ha rett til flyktningstatus hvis du risikerer alminnelig fengselsstraff for å nekte militærtjeneste av sterke samvittighetsgrunner? Dette kommer vi tilbake til.

¹ Dette er et internt informasjonsnotat for UNEs ansatte. Tanken er at det skal gi grunnlag for diskusjon og refleksjon i organisasjonen. Det redegjør ikke for UNEs praksis eller forståelse av loven. Innholdet står kun forfatterens regning.

2. Grunnleggende hensyn

2.1. Statenes behov for å pålegge militærtjeneste

Statene har et grunnleggende behov for å beskytte seg selv og sine borgere. De har rett til selvforsvar etter folkeretten, jf. FN-pakten 1945 artikkel 51. Det betyr at de også har rett til å ha et militærvesen.²

For å kunne ha et militærvesen har mange stater innført allmenn verneplikt. UNHCR hevder at statene har rett til å kreve at borgerne utfører militærtjeneste. Det vil ikke i seg selv krenke deres rettigheter:

“States are entitled to require citizens to perform military service for military purposes; and this does not in itself violate an individual’s rights.”³

Australsk høyesterett uttalte i *Applicant S* (2004) avsnitt 47 at formålet med verneplikten var å beskytte nasjonen og at det var et helt legitimt formål.

Alminnelig verneplikt er følgelig ikke regnet som tvangsarbeid i henhold til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) eller Den amerikanske menneskerettskonvensjonen (AMK).⁴

2.2. Individets behov for å nekte militærtjeneste

Individet kan på sin side ha gode grunner for å nekte militærtjeneste. Det gjelder særlig hvis militærtjenesten strider mot individets indre overbevisning eller samvittighet.

De som nekter militærtjeneste av samvittighetsgrunner, kalles «conscientious objectors» på engelsk. Det finnes ingen internasjonalt bindende definisjon av begrepet.⁵ Men det brukes normalt om personer som unndrar seg tjeneste av etiske, moralske, politiske eller religiøse grunner, i krig eller fred. De kan motsette seg all tjeneste eller en del av tjenesten, f.eks. en bestemt militær gren eller en bestemt konflikt. UNHCR hevder at retten til å nekte av samvittighetsgrunner gjelder for “absolute, partial, or selective objectors [...]”; volunteers as well as conscripts before and after joining the armed forces; during peace time and during armed conflict. It includes objection to military service based on moral, ethical, humanitarian or similar motives.”⁶

² Karen Musalo, *Conscientious Objection as a Basis for Refugee Status Protection for the Fundamental Right of Freedom of Thought, Conscience, and Religion*, Refugee Survey Quarterly (2007) side 69 og European Court of Justice, *Andre Lawrence Shepherd v Bundesrepublik Deutschland* (2015) avsnitt 50-56.

³ UNHCR, *Guidelines on International Protection No 10: Claims to Refugee Status related to Military Service* (2014) punkt 5.

⁴ Sml. EMK artikkel 4 nr. 3 bokstav c (ii), SP artikkel 8 nr. 3 bokstav c (ii) og AMK artikkel 6 nr. 3 bokstav b

⁵ UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Conscientious objection to military service* (2012) side 21.

⁶ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 10: Claims to Refugee Status related to Military Service* (2014) punkt 11. Sml. Court of Justice of the European Union, Opinion of Advocate General Sharpston: *Andre Lawrence Shepherd v. Bundesrepublik Deutschland* (2014) avsnitt 53.

3. Hovedregel - Søkeren har ikke rett til flyktningstatus

For å kunne bli anerkjent som «flyktning» etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav (a) og flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2), må man ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning.

Straff for militærnekting og desertering vil normalt ikke gi rett til flyktningstatus av to grunner:

(1) «*Forfølgelse*»: For det første har statene rett til å pålegge militærtjeneste og straffe den som unndrar seg tjeneste. Dette er alminnelig straffeforfølgelse og ikke «forfølgelse» i lovens eller konvensjonens forstand. Forfølgelse dreier seg i hovedsak om alvorlige brudd på grunnleggende menneskerettigheter, jf. § 29 første ledd. Alminnelig straffeforfølgelse er ikke et brudd på menneskerettighetene. Kravet om «forfølgelse» er ikke oppfylt.

(2) «*På grunn av*»: For det annet blir søkeren straffet fordi han unndrar seg militærtjeneste og ikke fordi han har en bestemt religion eller politisk oppfatning. Han straffes for lovbruddet, og ikke sin religiøse eller politiske oppfatning som ligger til grunn for lovbruddet. Kravet om årsakssammenheng («på grunn av») er ikke oppfylt.

Søkeren kan godt ha et politisk eller religiøst motiv for å nekte militærtjeneste. Men han straffes fordi han unndrar seg tjeneste, og ikke fordi han har en bestemt oppfatning. Den samme begrunnelsen brukes for å nekte flyktningstatus til andre personer som begår et alminnelige lovbrudd med et politisk eller religiøst motiv. De straffes for handlingen, ikke motivet.⁷

Departementet understreker i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 84 at straff for å nekte militærtjeneste i «utgangspunktet dreier seg om alminnelig strafforfølgelse. Det er ikke et forhold «som alltid kan gi rett til internasjonal beskyttelse.» Det er bare i «ekstraordinære situasjoner at flyktningkonvensjonens bestemmelser vil komme til anvendelse.»

Det samme utgangspunktet gjelder for andre land. Britiske myndigheter påpeker i sine retningslinjer at statene har en legitim rett til å kreve militærtjeneste. Alminnelig straff er ikke forfølgelse.⁸ I Canada vil ikke generell motstand eller frykt for tjeneste være tilstrekkelig.⁹ I Australia vil ikke alminnelig straff gi rett til flyktningstatus, fordi den mangler et diskriminerende element – «it lacks the necessary selective quality.»¹⁰ Det samme gjelder i USA.¹¹

⁷ Sml. UNHCR Håndboken punkt 56 og James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1991) side 169.

⁸ UK Home Office, *Asylum instructions - Military Service and Conscientious Objection* (2013)

⁹ Immigration and Refugee Board of Canada, *Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case law* (2010), punkt 9.3.6

¹⁰ Australian Appeals Tribunal, Migration and Refugee Division, *Guide to refugee law in Australia - Chapter 11: Application of Refugees Convention in particular situations* (Oktober 2019), side 11

¹¹ Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Yohannes Ghirmay Milat v. Holder, Attorney General*, 13-60362, 19 June 2014, side 11 flg.

UNHCRs håndbok (1979) viser til at straff for militærnekting og desertering normalt ikke anses som forfølgelse. Det gjelder særlig ikke hvis den eneste grunnen for å unndra seg militærtjenesten er misnøye med tjenesten eller frykt for kamp, jf. punkt 167 og 168.

James Hathaway og Michelle Foster påpeker i *The Law of Refugee Status* (2014) side 271 at i et system med allmenn verneplikt vil strafforfølgelse normalt være forenlig med internasjonal rett. Det er derfor ikke forfølgelse i konvensjonens forstand. Det er heller ingen årsakssammenheng mellom straffen og konvensjonsgrunnene.

4. Unntak – Søkeren har rett til flyktningstatus

Straff for militærnekting eller desertering kan gi rett til flyktningstatus i enkelte tilfeller. I norsk og internasjonal rett er det to klare unntak:

- (1) Søkeren risikerer uforholdsmessig streng straff som følge av en konvensjonsgrunn
- (2) Tjenesten innebærer at søkeren kan gjøre seg skyldig i alvorlige forbrytelser.

Disse unntakene har bred internasjonal støtte.¹² De er bl.a. nevnt i EUs statusdirektiv (2011) artikkel 9 nr. 2 og utlendingsloven § 29 annet ledd, som angir ulike former for forfølgelse.

4.1. Søkeren risikerer uforholdsmessig streng straff som følge av en konvensjonsgrunn

Søkeren kan ha rett til flyktningstatus hvis han risikerer uforholdsmessig streng straff som følge av sin etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning.

Utlendingsloven § 29 annet ledd bokstav (c) slår fast at:

«Forfølgelse kan blant annet ta form av [...] c) strafforfølgelse og straffullbyrdelse som er uforholdsmessig eller diskriminerende»

Bestemmelsen bygger på Statusdirektivet artikkel 9 nr. 2 bokstav (c), som sier at:

“Acts of persecution [...] can, inter alia, take the form of: [...] (c) prosecution or punishment which is disproportionate or discriminatory”

Etter ordlyden kan straffen utgjøre forfølgelse hvis den er «uforholdsmessig eller diskriminerende» (understreket her). Det er riktig. Men for å bli anerkjent som flyktning er det ikke nok at straffen er uforholdsmessig eller diskriminerende. Den må være begge deler. En «uforholdsmessig» streng straff gir ikke i seg selv rett til flyktningstatus, med mindre den har sammenheng med en konvensjonsgrunn. Kravet om årsakssammenheng («på grunn av») må

¹² House of Lords, *Sepe* (2003) punkt 8: “There is compelling support for the view that refugee status should be accorded to one who has refused to undertake compulsory military service on the grounds that such service would or might require him to commit atrocities or gross human rights abuses or participate in a conflict condemned by the international community, or where refusal to serve would earn grossly excessive or disproportionate punishment.” Sml. UNHCRs håndbok punkt 171.

være oppfylt.¹³ Videre vil ikke en «diskriminerende» straff alene gi rett til flyktningstatus. Den må være av et visst alvor, jf. § 29 første ledd og artikkel 9 nr. 1.¹⁴ F.eks. vil ikke én dag i fengsel gi rett til flyktningstatus, selv om straffen er diskriminerende. Straffen må både være uforholdsmessig og diskriminerende for å kunne gi rett til flyktningstatus. Spørsmålet i praksis blir derfor om straffen er uforholdsmessig streng som følge av en konvensjonsgrunn.

Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 416 at det sentrale er om straffen:

“fremstår som en klar overreaksjon med det formål å straffe individet spesielt hardt av grunner som angitt i flyktningdefinisjonen. Det kan for eksempel være at opposisjonelle straffes spesielt strengt sammenliknet med ikke-opposisjonelle. Det er «tilleggsstraffen» som eventuelt vil kunne utgjøre forfølgelse. Det avgjørende er altså årsaken til den spesielt strenge straffen, ikke hvorvidt straffenivået generelt er strengere enn i Norge...”

Poenget her er at man straffes hardere fordi man har en bestemt etnisitet, religion, politisk oppfatning eller sosial tilhørighet. Man får en form for «tilleggsstraff». Og det er denne tilleggsstraffen som kan gi grunnlag for flyktningstatus.

Et eksempel: Hvis vanlig straff for militærnekting er 1 års fengsel og du får 6 års fengsel på grunn av din etniske tilhørighet, vil du få en «tilleggsstraff» på 5 år. Dette kan gi rett til flyktningstatus.

Når er straffen uforholdsmessig streng?

Dette beror på en helhetsvurdering. Det er naturlig å se hen til straffens lengde og innhold, f.eks. soningsforhold. Ordlyden viser både til strafforfølgelse og «straffefullbyrdelse». Men det er ikke slik at ethvert avvik fra normalstraffen utgjør forfølgelse. Departementet påpeker i Ot. prp. side 416 at straffen må være ekstraordinær hard og en «klar overreaksjon». Britiske myndigheter krever i sine retningslinjer at straffen er «particularly serious nature».¹⁵

I *Shepherd* (2015)¹⁶ uttalte EU-domstolen at straffen må gå utover det som er nødvendig for at staten skal kunne utøve sin legitime rett til å opprettholde en væpnet styrke, særlig sett hen til de politiske og strategiske hensyn som begrunner tjenesten, jf. avsnitt 50 og 51. Domstolen tok stilling til om følgene av å nekte militærtjeneste, slik som fengselsstraff, dimittering i vanære, sosial utstøtelse og diskriminering, var uforholdsmessige. Søkeren risikerte fengsel fra 100 dager til 15 måneder, og maksimalt 5 år, for desertering. Dette var ikke uforholdsmessig, mente domstolen. Diskriminering og utstøtelse var heller ikke forfølgelse. Avgjørelsen gjaldt tolkningen av EUs statusdirektiv og er ikke bindende for Norge. Den kan likevel ha betydning for norsk praksis.

¹³ I henhold til forarbeidene må det være en ekstraordinær hard straff «som følge av omstendigheter som nevnt i konvensjonen», jf. Ot. prp. nr. 75 side 84 og 416. Håndboken viser også til uforholdsmessig streng straff «på grunn av sin rase, religion» (osv.) i punkt 169.

¹⁴ Court of Justice of the European Union, *Andre Lawrence Shepherd v Bundesrepublik Deutschland* (2015) avsnitt 49.

¹⁵ UK Home, Office Asylum instructions - Military Service and Conscientious Objection (2013).

¹⁶ Court of Justice of the European Union, *Andre Lawrence Shepherd v Bundesrepublik Deutschland* (2015)

4.2. Søkeren kan gjøre seg skyldig i alvorlige forbrytelser

Søkeren kan ha rett til flyktningstatus hvis han risikerer straff for å nekte å delta i en konflikt hvor han kan gjøre seg skyldig i alvorlige forbrytelser. Det må være handlinger som gir grunnlag for eksklusjon fra flyktningstatus, bl.a. krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten eller folkemord, jf. artikkel 1 F og utlendingsloven § 31 første ledd.

Utlendingsloven § 29 annet ledd bokstav (e) lyder:

«Forfølgelse kan blant annet ta form av [...] (e) strafforfølgelse for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser eller handlinger som nevnt i § 31 første ledd ...»

Bestemmelsen er hentet fra EUs statusdirektiv artikkel 9 nr. 2 bokstav (e):

“Acts of persecution [...] can, inter alia, take the form of [...] (e) prosecution or punishment for refusal to perform military service in a conflict, where performing military service would include crimes or acts falling within the scope of the grounds for exclusion as set out in Article 12(2), ...”

I *Shepherd* (2015) mente EU-domstolen at artikkel 9 nr. 2 bokstav (e) måtte tolkes slik at:

- Tjenesten må knytte seg til en konflikt, jf. ordlyden «military service in a conflict».
- Bestemmelsen gjelder alt militært personell; ikke bare soldater og offiserer, men også logistikk- og støttepersonell. Man må ikke ha en bestemt grad eller tilhøre en bestemt militær gren for å kunne påberope seg flyktningstatus. Men man må tilhøre militæret.
- Bestemmelsen omfatter både den som kommer til å utføre og medvirke til forbrytelser. For den som medvirker må det være rimelig sannsynlig at han gir nødvendig støtte («indispensable support») til forberedelsen eller utførelsen av forbrytelsene, jf. avsnitt 38 og avsnitt 46 andre strekpunkt.
- Myndighetene må vurdere om det er sannsynlig at tjenesten kan innebære alvorlige forbrytelser i fremtiden. Dette beror på en helhetsvurdering av generelle og individuelle omstendigheter på vedtakstidspunktet, jf. avsnitt 46 fjerde strekpunkt. Det at søkerens enhet tidligere har begått slike forbrytelser, eller at noen i enheten har blitt dømt for det, skal tillegges vekt. Men det betyr ikke uten videre at han kommer til å utføre slike forbrytelser i fremtiden. Dette må vurderes konkret, jf. avsnitt 40. Det skal tillegges vekt at en militær intervensjon er i samsvar med resolusjoner fra FNs sikkerhetsråd eller konsensus i deler av det internasjonale samfunnet, og at den stat som gjennomfører operasjonen straffer krigsforbrytelser, jf. avsnitt 46 femte strekpunkt.
- Søkeren kan ikke påberope seg unntaket i artikkel 9 nr. 2 bokstav (e) hvis han kunne ha søkt om fritak fra militærtjeneste av samvittighetsgrunner, med mindre han kan bevise at en slik prosedyre ikke var tilgjengelig for ham, jf. avsnitt 46 sjetteste strekpunkt.

En ting er at straffen for å nekte å delta i krigsforbrytelser og folkemord m.m. kan utgjøre «forfølgelse» i henhold til loven og statusdirektivet. Men hvordan gir det rett til flyktningstatus etter § 28 første ledd bokstav a? I norsk rett kan du ha rett til flyktningstatus etter § 28 første ledd bokstav b, fordi både tjenesten og straffen kan bli ansett som umenneskelig. Men for å få flyktningstatus etter § 28 første ledd bokstav a, må du bli straffet «på grunn av» din politiske eller religiøse oppfatning. Det er et krav om årsakssammenheng.

Unntaket i loven og statusdirektivet er ikke så lett å forene med kravet om årsakssammenheng i § 28 første ledd bokstav (a) og artikkel 1 A (2). Blir du egentlig straffet «på grunn av» din religion eller politiske oppfatning fordi du nekter å delta i en slik konflikt? Myndighetene i hjemlandet vil kunne si at de straffer deg på grunn av militærnektingen og ikke din politiske oppfatning. De ønsker bare å presse deg til å delta i krigen. Samtidig er det gode grunner for å gi flyktningstatus i slike tilfeller: Ikke bare blir du pålagt å utføre dypt umoralske handlinger. Du kan også bli straffet for det i ettertid og nektet asyl, jf. § 31 første ledd og artikkel 1 F. Dette tilsier at kravet om årsakssammenheng («på grunn av») bør tolkes utvidende i slike tilfeller. Man kunne kanskje si at tjenesten og straffen var umenneskelig (forfølgelse) og at den var nettopp det «på grunn av» søkerens politiske eller religiøse oppfatning om at det var galt å delta i slike handlinger. For en person som ikke hadde noen skrupler med å delta i slike handlinger, ville ikke tjenesten eller straffen nødvendigvis være umenneskelig.

EU-domstolen valgte en annen tilnærming i *EZ mot Tyskland* (2020).¹⁷ Spørsmålet for domstolen var om statusdirektivet artikkel 9 nr. 2 bokstav (e) og nr. 3 krever at straffeforfølgelsen må skje «på grunn av» søkerens politiske eller religiøse oppfatning når han nekter å delta i en militær konflikt hvor han kan bli tvunget til å utføre eller medvirke til alvorlige forbrytelser. Den konkrete saken gjaldt en syrisk borger som søkte om asyl i Tyskland fordi han risikerte militærtjeneste i den syriske armeen under borgerkrigen. Domstolen mente at når søkeren nekter å utføre militærtjeneste i slike tilfeller er det en sterk presumsjon for at forfølgelsen har sammenheng med hans politiske eller religiøse oppfatning. Domstolen påpekte blant annet at i en væpnet konflikt, særlig en borgerkrig, vil myndighetene lett kunne oppfatte militærnektingen som en politisk erklæring, jf. avsnitt 60.

Domstolen la videre til grunn at myndighetene må avgjøre om det er tilstrekkelig sannsynlig («very probably» avsnitt 34) at søkeren kommer til å begå slike forbrytelser. Når det gjaldt borgerkrigen i Syria, var det høyst sannsynlig på vedtakstidspunktet i april 2017 at en vernepliktig i den syriske armeen ville bli involvert direkte eller indirekte i krigsforbrytelser eller forbrytelser mot menneskeheten. I en full borgerkrig («all-out civil war») med gjentatte og systematiske forbrytelser fra militær styrker som bruker vernepliktige, må man anta at de vernepliktige vil bli involvert i slike forbrytelser, selv om man ikke vet hvor de skal tjenestegjøre, jf. avsnitt 37 og 38. Domstolen påpekte også at søkeren ikke behøver å ha søkt eller uttrykt ønske om fritak i land som ikke har fritak for militærtjeneste i sin lovgivning.

¹⁷ Court of Justice of the European Union, *EZ v Bundesrepublik Deutschland*, Case C-238/19 (2020)

5. Militærnekting av samvittighetsgrunner

Kan straff for militærnekting av samvittighetsgrunner gi rett til flyktningstatus?

For å kunne svare på det, må vi først spørre om det er en menneskerett å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner. Er svaret ja, vil det styrke argumentet om at søkeren foretar en lovlig politisk eller religiøse handling, og at straffen kan utgjøre forfølgelse. Er svaret nei, blir det vanskeligere å hevde at han har rett til flyktningstatus. Da må handlingen i større grad likestilles med andre alminnelige lovbrudd som begås med et politisk eller religiøst motiv.

5.1. Rett til å nekte militærtjeneste

Er det en menneskerett å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner?

En slik rettighet fremgår ikke av ordlyden i EMK, SP eller AMK. Trolig var de heller ikke ment å gi en slik rettighet. Alle konvensjonene tillater militærtjeneste eller alternativ tjeneste «i land hvor militærnekting av samvittighetsgrunner er anerkjent».¹⁸ Hvis konvensjonspartene hadde ment at de skulle gi en slik rettighet, burde de ha sagt det og ikke bare vist til land som har en slik rettighet. Men dette har vært et rettsområde i utvikling.¹⁹

I *Bayatyan* (2011) slo storkammeret i EMD fast at man har rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner. Denne rettigheten er beskyttet av tanke- og religionsfriheten i EMK artikkel 9.²⁰ Dette synet var basert på en dynamisk tolkning av konvensjonen. EMD viste til at de aller fleste europeiske land hadde avskaffet verneplikt eller innført fritak av samvittighetsgrunner.

Rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner er også inntatt i EUs charter om grunnleggende rettigheter (2000) artikkel 10 nr. 2 om tanke- og religionsfrihet. Charteret er bindende for EUs medlemmer. Det er derfor ingen tvil om at retten til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner er beskyttet i Europa gjennom EMK artikkel 9 og EU-charteret artikkel 10. Dette er heller ikke så kontroversielt, ettersom de aller fleste land i Europa har frivillig tjeneste eller fritak av samvittighetsgrunner.²¹

Men er det en universell rettighet? Er det en menneskerett utenfor Europa?

Ja, mener en rekke FN-organ, bl.a. UNHCR²², FNs Høykommissær for menneskerettigheter²³, den tidligere FN-kommisjonen for menneskerettigheter²⁴ og FNs menneskerettskomité. Retten

¹⁸ SP artikkel 8 nr. 3 (c)(ii), tilsvarende EMK artikkel 4 nr. 3 (c)(ii) og AMK artikkel 6 nr. 3 (b)

¹⁹ James Hathaway beskriver dette som "an emerging part of international human rights law.", jf. James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (1991) side 182. Guy Goodwin-Gill og Jane McAdam hevder i *The Refugee in International law* (2007) side 105 at det internasjonale samfunnet "appears to be moving towards acceptance of a right of conscientious objection..."

²⁰ ECHR (Grand Chamber), *Bayatyan v. Armenia* (2011)

²¹ European Bureau for Conscientious Objection, *Annual Report: Conscientious Objection to military service in Europe 2019* (Februar 2020) side 29 viser at alle land i Europarådet, bortsett fra Tyrkia, har anerkjent en slik rett - enten "explicitly [...] or have at least indicated the intention of making alternative service available."

²² UNHCR, *Guidelines on International Protection No 10: Claims to Refugee Status related to Military Service* (2014) avsnitt 8-10

²³ UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Conscientious objection to military service*, January 2012

til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner er beskyttet av SP artikkel 18 om tanke- og religionsfrihet. Dette uttalte FNs menneskerettighetskomité allerede i 1993:

“The Covenant does not explicitly refer to a right of conscientious objection, but the Committee believes that such a right can be derived from article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one’s religion or belief.”²⁵

Dette er også gjentatt i komiteens klagepraksis. Komiteen mener at rettigheten tilhører den indre og ukrenkelige delen av tanke- og religionsfriheten.²⁶ Dette betyr at statene ikke kan tvinge noen til å utføre militærtjeneste i strid med deres samvittighet under noen omstendigheter, heller ikke i krig eller annen offentlig nødtilstand, jf. SP artikkel 4 nr. 3.

Om SP artikkel 18 gir en universell rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner, er likevel usikkert.

I *Sepet* (2003) kom britisk høyesterett til motsatt konklusjon etter en gjennomgang av de folkerettslige kildene.²⁷ En rett til militærnektning av samvittighetsgrunner kunne ikke utledes av statspraksis, til tross for FNs anbefalinger²⁸ og EUs charter om menneskerettigheter.²⁹ I *Hinzman* (2007) kom den føderale domstolen i Canada til samme konklusjon. Det var ingen konsensus om en slik rettighet, mente domstolen.³⁰

Utenfor Europa er det heller ingen sentrale konvensjoner som gir en slik rettighet.³¹ Mange land har ikke fritak. Den mellom-amerikanske menneskerettskommisjonen uttalte i en klagesak fra 2005 at bestemmelsen om religionsfrihet i AMK ikke ga rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner med mindre staten selv hadde anerkjent en slik rettighet.³²

Mange vestlige land har innført frivillig tjeneste eller fritak av samvittighetsgrunner. Men de har ikke nødvendigvis gjort det fordi de mente at de var rettslig forpliktet til det. Det kan også ligge praktiske og politiske hensyn bak. Verneplikten er upopulær i mange land. I tillegg har moderne krigføring redusert behovet for allmenn verneplikt.³³ I stedet for store armeer har man avanserte våpen og profesjonelle soldater. Det er derfor ikke så overraskende at mange

²⁴ UN Commission on Human Rights, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77, punkt 1-4

²⁵ UN Human Rights Committee, *General Comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and religion*, punkt 11

²⁶ UN Human Rights Committee, *Min-Kyu Jeong v. the Republic of Korea* (2011) avsnitt 7.3 og 7.4 og *Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea* (2014) avsnitt 7.3. Sml. UNHCR, *Guidelines on International Protection No 10: Claims to Refugee Status related to Military Service* (2014) avsnitt 8 og New Zealand Immigration and Protection Tribunal, *DS (Iran)* [2016] avsnitt 250-253.

²⁷ House of Lords, *Sepet* (2003)

²⁸ Lord Bingham i avsnitt 13 og Lord Hoffmann i avsnitt 49.

²⁹ Om EU Charteret uttalte Lord Hoffmann i avsnitt 51 ”It is difficult to escape the conclusion that this provision was adopted because all the member states either had no conscription or did not foresee a situation in which it would be necessary to force deeply unwilling recruits into their armed forces.»

³⁰ Federal Court of Canada, *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (F.C.) 2006 FC 420; [2007], punkt 207. Motsatt New Zealand Refugee Status Appeal Authority, *Refugee Appeal No. 75378* (2005) avsnitt 49 flg. og etterfølgeren New Zealand Immigration and Protection Tribunal, *DS (Iran)* [2016] NZIPT 800788 avsnitt 245 flg. (Begge av medlem Bursen).

³¹ Det eneste unntaket er Ibero-American Convention on the Rights of Youth (2005) artikkel 12 nr. 1 som gir en slik rett til alle mellom 15-24 år. Den er ratifisert av Bolivia, Costa Rica, Den dominikanske republikk, Ecuador, Honduras, Spania og Uruguay.

³² Inter-American Commission on Human Rights, *Cristián Daniel Sahli Vera et al. v. Chile* (2005) avsnitt 100.

³³ House of Lords, *Sepet* (2003), Lord Bingham i avsnitt 18.

velstående land har akseptert fritak av samvittighetsgrunner. Men spørsmålet er ikke like enkelt for alle land. Det gjelder særlig fattige land som må kjempe «med ryggen mot veggen» for å beskytte sin eksistens og befolkning uten profesjonelle soldater og sofistikerte våpen. De vil ha behov for å mobilisere bredt uten fritak av samvittighetsgrunner. I en konflikt med høye dødsrater er det lett å tenke seg at mange vernepliktige vil være fristet til å anføre sterke samvittighetsgrunner for å nekte militærtjeneste. En universell rett vil kunne undergrave statens mulighet til selvforsvar og få dramatiske konsekvenser, særlig for fattige land og den mest utsatte delen av befolkningen.

At situasjonen ikke er lik for alle, ble påpekt av britisk høyesterett i *Sepet* (2003). Lord Rodger uttalte i avsnitt 57 at:

“It is not obvious, for example, that the recognition in peacetime of a right to exemption from military service on grounds of conscience raises precisely the same issues as the recognition of such a right by a state which is fighting for its very survival, which, lacking more sophisticated weapons, requires all the manpower it can muster and which may not be in a position to scrutinise applications for exemption. The dilemma of the conscientious objector asserting a right to exemption in an hour of national peril is correspondingly the more exquisite.”

Lord Hoffmann uttalte i avsnitt 47 at:

“The changes in the nature of warfare... do not seem to me a reason for recognising an international human right to conscientious objection. They only strengthen the pragmatic reasons, in countries which have high technology armies but still have conscription, for not punishing conscientious objection. But that is a matter of policy, not principle. It is no reason for saying that a country which needs a citizen army to defend itself is obliged to put the conscience of a conscript before the needs of national defence and, perhaps as important, the principle of equality of sacrifice among citizens.”

I Zimmermanns (red.) *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary* (2011) side 435 legges det til grunn at det ikke er en universell rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner:

“[D]espite a certain shift, the right to conscientious objection to military service is not yet established as a binding rule in international human rights law, at least not under customary international law.”

Konklusjonen må trolig bli at det ikke er en universell rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner.

5.2. Rett til flyktningstatus

Kan straff for å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner gi rett til flyktningstatus?

FNs menneskerettighetskommisjon vedtok i 1998 en resolusjon som oppfordret statene til å vurdere å gi asyl i slike tilfeller.³⁴

UNHCRs håndbok sier ikke uttrykkelig at det skal innvilges flyktningstatus, men går langt i den retningen. Punkt 170 viser til «tilfeller der nødvendigheten av å utføre militærtjeneste i seg selv kan være den eneste grunnen for å påberope seg flyktningstatus, for eksempel når en person kan vise til at det å utføre militærtjenesten ville kreve deltakelse i militæraksjoner som strider mot hans oppriktige politiske, religiøse eller moralske overbevisning eller mot berettigede samvittighetsgrunner.» I punkt 172 heter det videre at «[h]vis en søker er i stand til å vise at hans religiøse overbevisning er oppriktig, og at landets myndigheter ikke tar hensyn til en slik overbevisning og forlanger at han utfører militærtjenesten, vil det kunne underbygge et krav på flyktningstatus. [...]» Men håndboken er ikke helt klar.³⁵ Den sier at man vil «kunne underbygge et krav», ikke at man har et krav. Videre står det i punkt 173 at statene står «fritt til» å innvilge flyktningstatus til personer som nekter å utføre militærtjenesten av genuine samvittighetsgrunner. Håndboken oppstiller derfor ingen plikt til å innvilge flyktningstatus.

Det er likevel klart at UNHCR mener at statene har en slik plikt. Dette fremgår av anbefalingene om rett til flyktningstatus på grunnlag av religion fra 2004. UNHCR påpeker at søkeren kan ha rett til flyktningstatus hvis det ikke er rimelig å forvente at han utfører tjeneste på grunn av sin genuine tro eller overbevisning:

“In conscientious objector cases, a law purporting to be of general application may [...] be persecutory where, for instance, [...] where the military service cannot reasonably be expected to be performed by the individual because of his or her genuine beliefs or religious convictions.”³⁶

I anbefalingene om militærtjeneste fra 2014 hevder UNHCR at den som tvinges til å utføre militærtjeneste mot sin overbevisning, utsettes for forfølgelse. Det samme gjelder den som presses til å endre sin oppfatning i strid med tanke- og religionsfriheten, på grunn av trusler om straff:

«[W]here the individual would be forced to undertake military service or participate in hostilities against their conscience [...] persecution would arise. Moreover, the threat of such prosecution and punishment, which puts pressure on conscientious objectors to change their conviction, in violation of their right to freedom of thought, conscience or belief, would also meet the threshold of persecution.”³⁷

³⁴ UN Commission on Human Rights, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77, punkt 7.

³⁵ Sml. House of Lords, *Sepe* (2003), avsnitt 12.

³⁶ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims* (2004), punkt 26.

³⁷ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 10: Claims to Refugee Status related to Military Service* (2014), punkt 18.

UNHCR mener at de som nekter militærtjeneste av samvittighetsgrunner kan omfattes av konvensjonsgrunnene «religion», «politisk oppfatning» eller en «spesiell sosial gruppe», fordi de deler en grunnleggende oppfatning og kan bli oppfattet som en gruppe av samfunnet.³⁸

James Hathaway og Michelle Foster hevder at hvis denne formen for militærnekting er beskyttet av tanke- og religionsfriheten, vil søkeren kunne risikere en så alvorlig krenkelse av denne friheten at den i seg selv kan utgjøre forfølgelse:

“[I]f resistance to military service is a protected component of the distinct freedom of thought and conscience, then a minority of those subject to conscription – the conscientious objectors – will face a super-added harm (deprivation of freedom of thought and conscience) that may well be “for reasons of” a Convention ground.”³⁹

Det er ikke bare fengselsstraffen, men også krenkelsen av religionsfriheten som kan gi rett til flyktningstatus:

“[B]ecause a conscientious objector faces not just the usual risk of (legally justifiable) loss of liberty but also risk to freedom of thought and conscience, a claim to face the risk of persecutory harm can be established in such cases...”⁴⁰

Dette taler for at man har rett til flyktningstatus. Hva taler imot?

Hvis man først legger til grunn at søkeren ikke har rett til å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner, følger det nokså naturlig at statene har rett til å pålegge militærtjeneste og straffe den som unndrar seg tjeneste. Dette vil i utgangspunktet være alminnelig strafforfølgelse, og ikke forfølgelse i konvensjonens forstand. Uansett vil man kunne hevde at søkeren blir straffet på grunn av unndragelsen fra militærtjenesten og ikke på grunn av sin politiske eller religiøse oppfatning.

Rådet for Den europeiske union vedtok allerede i 1996 en felleserklæring om rett til flyktningstatus i EU. Den var ikke bindende, men hadde et eget punkt om militærnekting og desertering. Der stod det at straff for militærnekting av samvittighetsgrunner ikke i seg selv ga rett til flyktningstatus.⁴¹ Da EU skulle lage statusdirektivet, foreslo kommisjonen at straff for militærnekting av samvittighetsgrunner skulle inkluderes i definisjonen av «forfølgelse». Definisjonen skulle blant annet omfatte straff for å nekte militærtjeneste i krig eller konflikt hvor deltakelse i militære aktiviteter er uforenlig med søkerens «deeply held moral, religious or political convictions, or other valid reasons of conscience.»⁴² Forslaget fikk sterk støtte av UNHCR.⁴³ Men det ble avvist av statene og kom derfor ikke med i direktivet. Dette ble kritisert

³⁸ Ibid. punkt 58.

³⁹ James Hathaway and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (2014) side 271

⁴⁰ Ibid side 274.

⁴¹ European Union, *Joint Position Defined by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union on the Harmonized Application of the Definition of the Term "Refugee" in Article 1 of the Geneva Convention of 28 July 1951 Relating to the Status of Refugees (Annex 1)*, 4 March 1996, 96/196/JHA

⁴² EU Commission, *Proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection*, Brussels, 12.9.2001, COM(2001) artikkel 11 nr. 1 (d)(ii)

⁴³ UNHCR, *Annotations for Articles 1 to 19 of the Draft Council Directive* (2002), side 9

av UNHCR.⁴⁴ Men det ble heller ikke foreslått ved revisjon av direktivet i 2011, verken av EU-kommisjonen eller statene. Definisjonen av «forfølgelse» er ikke uttømmende. Men direktivet er ment å være i samsvar med konvensjonen.⁴⁵ Og dagens direktiv gir felles regler, ikke bare minimumsregler for statene. Det var et bevisst valg å utelate militærnekting av samvittighetsgrunner. Dette taler for at det ikke gir rett til flyktningstatus.

I *Sepet* (2003) tok britisk høyesterett stilling til spørsmålet om militærnekting av samvittighetsgrunner ga rett til flyktningstatus. Saken gjaldt to etniske kurdere fra Tyrkia, som nektet å utføre militærtjeneste på grunn av myndighetenes behandling av det kurdiske folket. Spørsmålet var om de skulle anerkjennes som flyktinger i henhold til flyktningkonvensjonen. Høyesterett kom til at det ikke var en menneskerett å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner. De risikerte derfor alminnelig strafforfølgelse, og ikke forfølgelse. I tillegg mente et flertall av dommerne at kravet om årsakssammenheng ikke var oppfylt. De ble straffet på grunn av militærnektingen og ikke på grunn av sin politiske oppfatning. Lord Bingham uttalte at:

“The decision-maker will begin by considering the reason in the mind of the persecutor for inflicting the persecutory treatment. That reason would, in this case, be the applicants' refusal to serve in the army. But the decision-maker does not stop there. He asks if that is the real reason, or whether there is some other effective reason. The victims' belief that the treatment is inflicted because of their political opinions is beside the point unless the decision-maker concludes that the holding of such opinions was the, or a, real reason for the persecutory treatment. On the facts here, that would not be a tenable view, since it is clear that anyone refusing to serve would be treated in the same way, whatever his personal grounds for refusing.”⁴⁶

Dette er senere lagt til grunn i retningslinjene til britiske myndigheter:

“[W]here it can be established that punishment for refusing to perform military service would be persecutory, in order for that persecution to be "for reasons of" a Convention reason it must be shown that there is discrimination in the application of the punishment and that the discrimination is based, or partly based, on a Convention reason. [...] The result of this is that even where punishment for draft evasion or desertion is persecutory, conscientious objectors will not be able to raise a valid claim to refugee status if that punishment is applied equally to all draft evaders and deserters.”⁴⁷

Praksis i vestlige land utenfor Europa synes å være delt. New Zealand gir flyktningstatus, fordi retten til militærnekting av samvittighetsgrunner anses beskyttet av religionsfriheten og tjenesten kan utgjøre en alvorlig krenkelse av denne friheten.⁴⁸ USA gjør ikke det, fordi formålet er å straffe militærnektingen, og ikke oppfatningen som ligger bak.⁴⁹ I Australia synes

⁴⁴ UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC* (2005), side 21

⁴⁵ Fortalen til statusdirektivet (2004) punkt 2, 3 og 17, og statusdirektivet (2011) punkt 3, 4, 23 og 24.

⁴⁶ Lord Bingham i avsnitt 23 med støtte av Lord Steyn, Lord Hutton og Lord Rodger. Lord Hoffman lot spørsmålet ligge, jf. punkt 54.

⁴⁷ UK Home Office, *Asylum instructions - Military Service and Conscientious Objection* (2013)

⁴⁸ New Zealand Refugee Status Appeal Authority, *Refugee Appeal No. 75378* (2005) og New Zealand Immigration and Protection Tribunal, *DS (Iran)* [2016] NZIPT 800788

⁴⁹ Karen Musalo, *Conscientious Objection as a Basis for Refugee Status Protection for the Fundamental Right of Freedom of Thought, Conscience, and Religion*, *Refugee Survey Quarterly* (2007) side 72 og United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Yohannes Ghirmay Milat v. Holder, Attorney General*, 13-60362, 19 June 2014, side 11 flg, med henvisning til tidligere avgjørelser.

ikke spørsmålet å være helt avklart.⁵⁰ Det samme gjelder i Canada. Den canadiske ankeinstansen påpekte i *Zolfagharkhani* (1993) at myndighetenes motivasjon for å straffeforfølge søkeren var det sentrale, ikke hans egen motivasjon for å utføre handlingen.⁵¹ Domstolen mente at ordlyden i konvensjonen «persecution for» henviste til forfølgerens motivasjon og ikke søkerens motivasjon. Men senere praksis ved domstolen har ikke vært entydig.⁵²

Hva sier utlendingsloven?

Bestemmelsen om militærnekting i § 29 annet ledd bokstav (e) nevner ikke militærnekting av samvittighetsgrunner. Dette taler for at det ikke gir rett til flyktningstatus. Hvis det var ment å gi flyktningstatus, burde man ha nevnt det i ordlyden, siden det er en såpass viktig og kjent kategori. På den annen side er ikke bestemmelsen uttømmende, jf. «blant annet».

Utlendingslovutvalget nevnte ikke militærnekting av samvittighetsgrunner i sin utredning, jf. NOU 2004: 20 side 396. Departementets uttalelser i Ot.prp. nr. 75 side 84 er ikke entydige. På den ene siden viser departementet til UNHCRs høringsuttalelse om at personer som risikerer straff for å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner kan ha rett til beskyttelse og «er enig i dette». Samtidig understreker departementet at straff for militærnekting i utgangspunktet dreier seg om alminnelig strafforfølgelse og at det bare er i ekstraordinære situasjoner at flyktningkonvensjonens bestemmelser vil komme til anvendelse. Militærnekting av samvittighetsgrunner nevnes ikke blant de tilfellene. Departementet viser til at spørsmålene må løses i praksis. Departementet uttaler i spesialmotivene på side 416 at det i «helt spesielle» saker vil kunne gis rett til flyktningstatus utover de tilfeller hvor det gis flyktningstatus på grunn av alvorlige forbrytelser i en krig, «for eksempel hvis strafforfølgelsen eller straffefullbyrdelsen er uforholdsmessig eller diskriminerende.» Dette utelukker ikke andre tilfeller, men det gir ikke særlig rom for unntak og kanskje ikke et så viktig unntak som militærnekting av samvittighetsgrunner. Det burde i så fall ha vært nevnt eksplisitt.

Det er ingen relevante avgjørelser fra Høyesterett. Unntaket er heller ikke drøftet av lagmannsretten i særlig grad. Spørsmålet synes ikke å være endelig avgjort i norsk rett.

⁵⁰ Australian Appeals Tribunal, Migration and Refugee Division, *Guide to refugee law in Australia - Chapter 11: Application of Refugees Convention in particular situations* (October 2019) side 11 "...the law on this issue remains somewhat unsettled..."

⁵¹ Federal Court of Appeal, *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540, 15 June 1993

⁵² Tilsvarende *Federal Court of Canada, Ates v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2004 FC 1316 og *Hinzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (F.C.) 2006 FC 420; [2007] punkt 224. Motsatt: *Federal Court of Canada, Lebedev v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, FC 728, [2008] 2 FTR 585) og *Kirkoyan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, FC 1217, [2011]

5.3. Konklusjon

Gir straff for militærneking av samvittighetsgrunner rett til flyktningstatus?

Det er vanskelig å gi et klart og bastant svar. Her som ellers kan det være ulike oppfatninger.

Rett til militærneking av samvittighetsgrunner er anerkjent i Europa. Men det er neppe grunnlag for å hevde at det er en universell menneskerettighet utenfor Europa. Hvis det ikke er en menneskerett i søkerens hjemland, er det vanskelig å se at alminnelig straff for å nekte militærtjeneste av samvittighetsgrunner skal gi rett til flyktningstatus. Hvis staten har en legitim rett til å pålegge militærtjeneste, kan de også straffe den som ikke følger pålegget. Dette er alminnelig straffeforfølgelse og ikke «forfølgelse» i lovens eller konvensjonens forstand. I tillegg blir søkeren straffet fordi han nekter å utføre en allmenn, lovpålagt plikt og ikke fordi han har en bestemt religion eller politisk oppfatning. Kravet om årsakssammenheng («på grunn av») er ikke oppfylt.

Konklusjonen må trolig bli at alminnelig straff for militærneking av samvittighetsgrunner ikke gir rett til flyktningstatus etter § 28 første ledd bokstav (a) eller flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) i slike tilfeller. Dette er i tråd med synet til britisk høyesterett i *Sepet* (2003) og de forutsetninger som ligger til grunn for EUs statusdirektiv.