

Folkrättsligt ansvar och svenska väpnade styrkors utövande av våld och tvång: vad innebär den svenska Irakinsatsen?*

Av docent OLA ENGDAHL¹

I multinationella militära insatser ledda av en internationell organisation väcks frågor om truppernas handlande ska tillskrivas den truppbidragande staten eller organisationen. Då den operationella ledningen över trupperna ofta överförs till den internationella organisationen föreligger en presumtion för det senare alternativet. Ett eventuellt folkrättsligt ansvar aktualiseras om truppernas handlande, eller underlåtelse att handla, skulle strida mot en folkrättslig regel bindande för den stat eller organisation som handlingen kan hänföras till. Det väcker i sin tur frågor om vilka folkrättsliga normer som är tillämpliga på truppernas uppträdande då internationella organisationer inte är bundna av folkrättens regler i samma utsträckning som stater. I Irakinsatsen står den svenska truppen för första gången under svensk ledning. Vad innebär det i förhållande till frågan om folkrättsligt ansvar samt tillämpligheten av Sveriges folkrättsliga åtaganden i en extraterritoriell kontext?

1 Inledning

Under de senaste tjugo åren har Sverige deltagit med trupp i internationella militära insatser under ledning av FN, Nato och EU. Dessa insatser har, med något enstaka undantag, baserats på ett mandat från FN:s säkerhetsråd men den operationella ledningen av insatsen har skiftat.² Genom en särskild process har den operationella kontrollen över den svenska styrkan överlämnats till den organisation som leder insatsen med de eventuella begränsningar som läggs på styrkan från svensk sida. Sverige har behållit viktiga funktioner som exklusiv straffrättslig jurisdiktion samt disciplinär och administrativ kontroll över styrkan. Den kontroll som organisationen utövat har således inte varit exklusiv utan endast utgjort kontroll av operationell karaktär. Den svenska styrkan har infogats, tillsammans med truppbidrag från övriga stater som deltar i insatsen, i den internationella befälskedjan.³

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

¹ Jag vill tacka de två okända granskarna, mina kollegor på Försvarshögskolans Folkrättscentrum, jur. lic. Magnus Sandbu (Försvarsmakten) och jur. kand. Cecilia Tengroth (Svenska Röda Korset) för värdefulla synpunkter på tidigare versioner av texten. Artikeln har möjliggjorts genom medel från Försvarshögskolan.

² Våld och tvång under internationella militära insatser, SOU 2011:76, kapitel 2.4.

³ A. a.

Sverige deltar nu med en väpnad styrka i den multinationella militära insatsen i Irak med uppgiften att utbilda irakiska förband. Det svenska styrkebidraget ”ska i princip inte ha väpnade uppgifter inom insatsen” men då det trots all föreligger en risk att den svenska personalen, eller annan personal ur koalitionen, utsätts för angrepp ges den svenska personalen rätt, samt utrustas och organiseras för, att kunna använda våld och tvång ”som går utöver självförsvar av den egna personen”.⁴ Insatsen baseras inte på ett mandat från FN:s säkerhetsråd utan endast på ett samtycke från den irakiska staten. En avgörande skillnad mot tidigare insatser är emellertid att den svenska truppen ska stå under svensk ledning och kontroll vilket kan få stor betydelse för bedömningen av Sveriges folkrättsliga ansvar samt tillämplig folkrätt.

Utöver de folkrättsliga regelverken är svensk trupp också skyldig att följa svensk rätt. Svensk rätt saknar dock bestämmelser om rätten att använda våld i internationella militära insatser utöver vad som följer av brottsbalkens regler. Fredsinsatsutredningen föreslog en ny lag i detta avseende men någon förändring av svensk rätt har ännu inte skett.⁵ Det bör dock framhållas att utredningen utgick från en situation där Sverige deltar i en insats baserad på ett mandat från FN samt att styrkorna ställts till en organisations förfogande. Den svenska ledningsstrukturen i Irakinsatsen innebär att frågor om tillämplig folkrätt och folkrättsliga ansvarsfrågor bedöms på ett annorlunda sätt än vad som förutsattes i utredningen. Att det nu är staten Sverige som utövar ledning och kontroll över styrkebidraget, istället för en internationell organisation, innebär med största sannolikhet att exempelvis Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) kommer att bli formellt tillämplig på de svenska styrkornas agerande i Irak om dessa utövar nödvändig kontroll över personer eller territorium.⁶

Denna artikel analyserar Sveriges eventuella folkrättsliga ansvar för våldsanvändning av svensk militär personal som utgör ett brott mot en folkrättslig regel. Det är alltså frågan om ett folkrättsligt ansvar *ex post facto* för en handling som strider mot en folkrättslig regel. Frågan har kommit att bli aktuell efter ett antal uppmärksammade rättsfall från Europadomstolen rörande bl.a. brittiska styrkors agerande i Irak, samt rättsfall från nederländska domstolar rörande Nederländernas ansvar för sina truppers handlande, eller underlåtelse att handla, vid försvaret av Srebrenica 1995.⁷

⁴ Prop. 2014/15:104, s. 9.

⁵ SOU 2011:76.

⁶ Utövande av extraterritoriell jurisdiktion i Europakonventionens mening baseras på faktisk kontroll över individer och eller territorium. Denna fråga behandlas under avsnitt 3.2 nedan.

⁷ Se målet Al-Jedda mot Förenade Kungariket (Application no. 27021/08) dom 7 juli 2011, målet Al-Skeine m.fl. mot Förenade Kungariket (Application no. 55721/07) dom 7 juli 2011, målet Jaloud mot Nederländerna (Application no. 47708/08) dom 20 november 2014, målet Hassan mot Förenade Kungariket (Ap-

2 Internationella militära insatser

När FN:s säkerhetsråd har funnit att en situation utgör ett hot mot internationell fred och säkerhet kan det ta ett beslut om att använda sig av militära medel för att upprätthålla eller återupprätta fred och säkerhet i området.⁸ FN-stadgan anger en process där stater ska ställa styrkor till organisationens förfogande enligt särskilt avtal.⁹ Staterna har dock inte varit beredda att ställa trupp till förfogande utan att i förväg veta var och för vilka syften truppen ska användas och några särskilda avtal har aldrig ingåtts. En militär insats beslutas och genomförs därför på ad hoc-mässiga grunder men det har genom åren utvecklats särskilda rutiner för sådana insatser.¹⁰ I denna artikel används begreppet internationell militär insats för att beteckna insatser baserade på kapitel VII i FN-stadgan, där syftet således är att upprätthålla internationell fred och säkerhet, oavsett hur situationen på marken utvecklas. Därmed inkluderas kraftfulla insatser som de som genomförts i Libyen och Afghanistan samt insatserna i Mali, Libanon, och utanför Somalias kust. Dessutom inkluderas i denna artikel insatser som baseras enbart på samtycke från värdstaten, som den nuvarande Irakinsatsen. Det görs heller ingen skillnad på om det är FN som leder insatsen eller om det är en s.k. auktoriserad operation där en annan organisation utövar den operationella kontrollen baserat på ett mandat från FN. Ur ett ansvarsperspektiv är dock det senare av avgörande betydelse då frågan om ansvar till stor del vilar på ett kriterium av kontroll över styrkornas handlande (eller underlåtelse att handla). Den rådande principen kan sägas vara att den stat eller mellanstatlig organisation som utövar kontroll över en folkrättsstridig handling också ådrar sig ett ansvar under folkrätten. Denna principiella rättslägesbild är dock relativt förenklad och ytterligare precisering behövs.

plication no. 29750) dom 16 september 2014, målet Nuhanovic mot Nederländerna, Supreme Court of the Netherlands, dom 6 september 2013, engelsk översättning tillgänglig på <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/1005> samt målet Stichting Mothers of Srebrenica mot Nederländerna, The Hague District Court, dom 16 juli 2014, engelsk översättning tillgänglig <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:8748>.

⁸ FN-stadgan Artikel 39.

⁹ FN-stadgan Artikel 43.

¹⁰ En traditionell uppdelning mellan olika typer av insatser har varit den mellan fredsbevarande och fredsframtvängande där den tidigare insatsen krävde samtycke från värdstaten, att trupperna var opartiska i konflikten och våld endast fick användas i självförsvar. Idag innehåller mandatet för de flesta insatser vissa delar som beslutas under kapitel VII och truppen har därmed också en möjlighet att försvara sig och andra i högre grad än vid den traditionella fredsbevarande insatsen. Terminologin på området är omfattande men saknar rättsliga definitioner. Exempelvis gör FN skillnad på den fredsbevarande insatser, enligt kriterierna ovan, och robusta fredsbevarande insatser som baseras på FN-stadgans kapitel VII vilka kan inkludera en mycket hög våldsanvändning under förutsättning att det föreligger ett samtycke från värdstaten. Capstone Doctrine: *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines* (UN, 2008, http://pbpu.unlb.org/pbps/Library/Capstone_Doctrine_ENG.pdf)

3 Folkrättsligt ansvar

Den naturliga utgångspunkten för en analys av folkrättsligt ansvar är det arbete som antagits av FN:s Folkrättskommission (International Law Commission/ILC) rörande statsansvar¹¹ samt om ansvar för internationella organisationer.¹² Bestämmelserna har inte formaliserats inom ramen för en traktat. Däremot anses statsansvarsreglerna i stora delar spegla sedvanerätten på området medan reglerna rörande ansvar för internationella organisationer inte anses ha samma rättsliga tyngd.¹³ Reglerna syftar till att reglera folkrättsligt ansvar *ex post facto* och betecknas ofta som sekundära regler. Huruvida en folkrättsstridig handling faktiskt har begåtts avgörs genom en analys av innehållet i den primära rättsregeln, som t.ex. rätten till liv inom ramen för Europakonventionen. Ansvarsreglerna både för stater och för internationella organisationer baseras på en etablerad två-stepsprocess för att avgöra om folkrättsligt ansvar föreligger. Det första steget syftar till att bestämma om ett handlande kan tillskrivas en stat eller en mellanstatlig organisation. Det andra steget avser att avgöra om handlingen dessutom stred mot någon folkrättslig regel som staten eller organisationen var bunden av. Det första ledet rörande hänförlighet (attribution of conduct) är av särskild betydelse i en multinationell militär insats där flera folkrättssubjekt är involverade. Det behandlas i avsnitt 3.1. Det andra ledet om tillämplig folkrätt diskuteras i avsnitt 3.2.

3.1 Hänförlighet

I denna del behandlas frågan om till vilket folkrättssubjekt truppernas handlande ska hänföras eller tillskrivas i en multinationell militär insats. Frågan om *ultra vires*-handlingar analyseras särskilt. Utgångspunkten är den för svensk del vanliga situationen att truppbidraget ställs till en internationell organisations förfogande. Detta jämförs därefter med den beslutade insatsen i Irak där Sverige behållit ledningsfunktionerna.

3.1.1 Folkrättskommissionens arbete

Då stater och internationella organisationer handlar genom personer är frågan om personernas handlande kan hänföras eller tillskrivas den aktuella staten eller organisationen av central betydelse. Härvid används främst två centrala modeller: den institutionella kopplingen el-

¹¹ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC Report, 56th Sess., Supp. No. 10, UN Doc., A/56/10 (2001). Härfter: bestämmelserna om statsansvar.

¹² Articles on the Responsibility of International Organisations, ILC Report, 66th Sess., Supp. No. 10, UN Doc., A/66/10 (2011). Härfter: bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer.

¹³ Folkrättskommissionen anger att "[t]he fact that several of the present draft articles are based on limited practice moves the border between codification and progressive development in the direction of the latter." ILC Report, 66th Sess., Supp. No. 10, UN Doc., A/66/10 (2011), General Commentary para. 5. I de delar ansvarsreglerna inte speglar en sedvanerättslig regel kan innehållet i reglerna betraktas som en subsidiär rättskälla.

ler särskilda faktiska omständigheter.¹⁴ Handlande av tjänstemän eller statsorgan eller internationella organisationers subsidiära organ presumeras vara hänförligt till staten eller organisationen då tjänstemännen och organen genom den institutionella kopplingen får förutsättas agera för huvudmannens räkning. Undantaget är rent privata handlingar. Faktiska omständigheter aktualiseras bl.a. när personer eller grupper av personer som i avsaknad av en institutionell koppling agerar på en stats eller organisations instruktioner eller under dess ledning och kontroll.¹⁵ I praxis har den senare frågan främst handlat om den eventuella kontrollen en stat utövat över en organiserad väpnad grupp och om kontrollen varit av sådan karaktär att gruppens handlingar kan anses vara handlingar utförda av staten.¹⁶ I multinationella militära insatser utövar oftast en internationell organisation ledning och kontroll över ett stort antal statsorgan som ställts till organisationens förfogande. Här blir det inte i första hand en fråga om en handling överhuvudtaget ska anses hänförligt till den internationella styrkan utan om den ska anses hänförligt till en särskild truppbidragande stat eller till organisationen.¹⁷

Frågan om hänförlighet i förhållande till multinationella militära insatser behandlas först och främst i artikel 7 i reglerna om ansvar för internationella organisationer. Artikeln bygger på ett kriterium om faktisk kontroll över den aktuella handlingen men kan också sägas vara influerad av en institutionell koppling:

The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.¹⁸

När en stat ställer ett av sina organ under ledning av en internationell organisation anses en handling utförd av statsorganet (den militära styrkan) som en handling utförd av organisationen om organisationen utövade faktisk kontroll över handlingen. Det krävs alltså enligt bestämmelsen dels att den svenska styrkan ställts under organisationens

¹⁴ Kapitel II i bestämmelserna om statsansvar samt kapitel II i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer. L. Condorelli and C. Kress, *The Rules of Attribution: General Considerations*, i *The Law of International Responsibility* (Eds., J. Crawford, A. Pellet and S. Olleson 2010), s. 229, F. Messineo, *Attribution of Conduct*, in *Principles of Shared Responsibility in International Law: An Appraisal of the State of the Art*, (Eds., A. Nollkamper och I. Plakokefalos, 2014) 60–97.

¹⁵ Artikel 8 i bestämmelserna om statsansvar.

¹⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 14, at p. 142, para. 86, 109, 115.

¹⁷ Kommentarererna till artikel 7 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer, para. 1.

¹⁸ Artikel 7 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer. I kommentarererna till artikel 7 förklaras begreppet såsom "factual control". Begreppet "effective control" översätts här till faktisk kontroll. Se också SOU 2011:76. Det kan emellertid diskuteras om "effective control" också inkluderar ett kvalitativt moment som inte tillräckligt tydligt omfattas av begreppet "faktisk kontroll".

ledning, dels att organisationen utövade faktisk kontroll över den svenska truppens handlingar (eller underlåtelsen att handla) för att dessa ska tillskrivas organisationen.

Det första av dessa kriterier uppfylls genom den process som i Nato-nomenklatur benämns Transfer of Authority (ToA) och innebär att de truppbidragande staternas militära styrkor ställs under organisationens ledning och kontroll.¹⁹ Den kontroll över truppbidraget som överförs till organisationen är kontroll över operationella frågor (operational control). Däremot behåller den truppbidragande staten viktiga funktioner som t.ex. exklusiv straffrättslig jurisdiktion, administrativ kontroll och möjligheten att dra tillbaka styrkebidraget. I operationella hänseenden är det dock organisationen som leder trupperna. De truppbidragande staterna kan ange begränsningar för hur truppbidraget får användas av organisationen. Dessa nationella begränsningar (national caveats) baseras på rättsliga, politiska samt militära överväganden och kan innebära begränsningar av var trupperna får insättas eller hur våld och tvång får utövas. Genom ToA-processen inlemmas de nationella truppbidragen i den internationella befälskedjan och den institutionella kopplingen till den truppbidragande staten kan i operationella hänseenden anses tillfälligt bruten.

Nästa steg är att avgöra om organisationen dessutom utövade faktisk kontroll (effective control) över truppens handlande. Här kan det invändas att det är truppen som själv kontrollerar handlandet och på vilket sätt en uppgift utförs. Det är riktigt att de trupper som ställts till organisationens förfogande förväntas kunna utföra tjänsteuppgifter som framgår direkt ur operationsplanen eller som på annat sätt följer av order från högre chef. Den fråga som ska besvaras är dock till vilket *folkrättssubjekt* truppens handlande ska hänföras. De folkrättssubjekt, alltså subjekt som kan erhålla rättigheter och skyldigheter under folkrätten, som kommer i fråga är organisationen som leder insatsen eller den truppbidragande staten. Truppbidraget kan inte betraktas som ett självständigt folkrättssubjekt utan är antingen ett organ vars handlingar ska tillräknas den truppbidragande staten eller den organisation till vars förfogande den står. Tyvärr ger kommentarerna till artikel 7 ringa ledning om innebörden av "faktisk kontroll". De exempel som anges härrör framförallt från insatsen i Somalia i början av 1990-talet där vissa truppbidragande stater gav trupperna egna order i strid med FN:s order:

The Force Commander of UNOSOM II was not in effective control of several national contingents which, in varying degrees, persisted in seeking orders from their home authorities before executing orders of the Forces

¹⁹ T. D. Gill, Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations, Chapter 2 in *Netherlands Yearbook of International Law* 2011 (Eds., I.F. Dekker and E. Hey 2011), Magnus Sandbu, "Det straffrättsliga ansvaret vid militära fredsframtvängande insatser", *Juridisk orientering* nr 1 2009 (Juridiska enheten, Försvarsmakten), s. 14.

Command. Many major operations undertaken under the United Nations flag and in the context of UNOSOM's mandate were totally outside the command and control of the United Nations, even though the repercussions impacted crucially on the mission of UNOSOM and the safety of its personnel.²⁰

I ytterligare ett exempel framhålls ett domslut från *Court of First Instance of Brussels* där ett beslut att överge ett flyktingläger i Kigali i april 1994 av chefen över den belgiska kontingenten, som ingick i FN-insatsen UNAMIR i Rwanda, var ett beslut taget under ledning av Belgien och inte av UNAMIR.²¹ Beträffande gemensamma operationer hänvisas till ett uttalande från FN:s generalsekreterare att vad som är avgörande i sådana typer av insatser är graden av faktisk kontroll ("degree of effective control"):

... In joint operations, international responsibility for the conduct of the troops lies where operational command and control is vested according to the arrangements establishing the modalities of cooperation between the State or States providing the troops and the United Nations. In the absence of formal arrangements between the United Nations and the State or States providing troops, responsibility would be determined in each and every case according to the degree of effective control exercised by either party in the conduct of the operation.²²

I kommentarerna till artikel 7 hävdas vidare att vad som gäller i gemensamma operationer, såsom förhållandet var mellan den FN-ledda UNOSOM II-insatsen och den USA-ledda Quick Reaction Force i Somalia, också bör gälla i förhållande till fredsinsatser i det fall det är möjligt att göra åtskillnad på områden där den truppbidragande staten och FN var och en för sig utövar faktisk kontroll.²³ Det avgörande för att truppens handlande ska tillräknas organisationen är således dess faktiska kontroll över truppens handlande. Att truppen ställts till organisationens förfogande kan härvid utgöra en presumtion för att organisationen utövar sådan kontroll över truppens handlande. En sådan presumtion kan emellertid brytas om det visar sig att den truppbidragande staten ingripit i den operationella kontrollen över truppen och gett egna, motstående, order till denna.

Det bör understrykas att det inte är fråga om exklusiv kontroll över truppers handlande. Exklusiv kontroll är inte möjlig då truppbidragande stater inte avhänder sig all kontroll över trupperna. Det innebär samtidigt att viss kontroll utövas av den truppbidragande staten och trupperna håller regelmässigt staten uppdaterad om uppdrag och händelser i operationsområdet. Det har hävdats att den operationella kontroll som organisationen ska utöva över trupperna endast är en

²⁰ Kommentarerna till artikel 7 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer para. 8.

²¹ A. a.

²² A. a. para. 9.

²³ A. a.

chimär och det är staten som *de facto* utövar kontroll över trupperna.²⁴ Frågan om statens inverkan på truppens agerande i ett operationellt hänseende har således både ett normativt och ett faktiskt perspektiv där artikel 7 ger endast viss ledning. Det normativa kravet är enkelt att identifiera medan det faktiska kravet är relativt otydligt och kräver en objektiv bedömning av hela situationen.

FN:s sekretariat har i en kommentar till bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer ställt sig bakom skrivningen i artikel 7 men kommer även i framtiden av främst politiska skäl att ta på sig ett ansvar för FN-styrkors handlande gentemot tredje man.²⁵ FN betraktar FN-ledda insatser som subsidiära organ och bedömningen av det folkrättsliga ansvaret skulle därför bedömas utifrån en institutionell koppling utan krav på faktisk kontroll över trupperna med möjlighet att vända sig till truppbidragande stater med ersättningskrav i särskilda situationer.²⁶ Att multinationella militära insatser ändå bedöms utifrån bestämmelsen i artikel 7 motiveras med att staterna behåller ett betydande inflytande över styrkorna och dessa är därmed inte "fully seconded".²⁷ Däremot gör FN en tydlig skillnad mellan insatser som leds av FN och s.k. auktoriserade insatser där en annan aktör leder insatsen baserat på ett mandat från säkerhetsrådet.

Vad gäller då om truppen står till den internationella organisationens förfogande men utan att organisationen vid ett givet tillfälle utövar faktisk kontroll över truppens handlingar? Enligt artikel 7 framstår det endast som ett krav på den internationella organisationen att utöva faktisk kontroll över truppens handlande medan det inte uppställs något motsvarande krav på den stat som ställer organet till den internationella organisationens förfogande. *E contrario* följer att i situationer där organisationer inte utövar faktisk kontroll över truppernas handlande ska dessa tillräknas den stat som ställt trupperna till organisationens förfogande. En sådan tolkning stärks av den institutionella kopplingen mellan staten och dess organ. När organisationen till vilken organet utlånats inte längre utövar den nödvändiga kontrollen över organets handlande tillskrivs handlandet staten som ett slags "default position" som följer av den institutionella kopplingen mellan staten och dess organ. Kommentarererna till artikeln ger dock en något annan bild. Där anges, med referens till doktrinen, att "when an or-

²⁴ Se exempelvis C. Leck, *International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct*, 10 *Melbourne Journal of International Law*, 346 (2009), R. Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo, Operational and Legal Issues in Practice*, (2008) p. 97.

²⁵ Kommentarererna till artikel 7 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer, para. 6.

²⁶ A. a. Artikel 6 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer stadgar att "[t]he conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization".

²⁷ A. a. Kommentarererna till artikel 7, para.1.

gan or agent is placed at the disposal of an international organization, the decisive question in relation to attribution of a given conduct appears to be who has effective control over the conduct in question”.²⁸ Kravet på faktisk kontroll förefaller därmed också vara ett krav som den sändande staten ska uppfylla. Denna syn stärks till viss del av andra partier i kommentarerna till artikeln.²⁹ Det skulle dock kunna leda till den oönskade effekten att varken staten eller organisationen (i ett *ultra vires* scenario) skulle utöva den nödvändiga kontrollen och förefaller inte heller stämma med syftet med den faktiska kontrollen i bestämmelsen. Kriteriet ”faktisk kontroll” i artikel 7 handlar inte om ett handlande överhuvudtaget är hänförbart till en stat eller en internationell organisation utan istället till vilken av dessa entiteter, den truppbidragande staten *eller* den mottagande organisationen, som handlandet ska tillräknas.³⁰ Uttalandet indikerar att det är endast ett av dessa folkrättssubjekt som kan utöva faktisk kontroll och att samtidig faktisk kontroll inte är möjlig. Det skulle i sin tur utesluta att ett handlande skulle kunna vara hänförbart både till den bidragande staten och den mottagande organisationen (s.k. dual attribution).

3.1.2 Europadomstolens praxis

Bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer färdigställdes år 2011 men hade redan under arbetets gång kommit att påverka rättspraxis. När det uppmärksammade fallet *Behrami* och *Saramati* avgjordes av Europadomstolen år 2007 hänvisade domstolen till artikel 7 (dåvarande artikel 6 med samma innehåll) vid upprepade tillfällen.³¹ Rättsfallet har blivit starkt kritiserat i doktrinen för att domstolen trots innebörden av ansvarsreglerna inte använde sig av kriteriet ”effective control” utan istället formulerade det nya kriteriet ”ultimate authority and control” för att avgöra om den Natoleda styrkan KFOR:s handlande i detta fall var hänförbart till den truppbidragande staten Norge.³² Frågan gällde om beslutet att frihetsberöva *Saramati* stred mot Europakonventionens regler. Domstolen ansåg att beslutet var hänförbart till FN då organisationen genom att utfärda mandatet för insatsen, och därmed delegerat nödvändiga maktbefogenheter, samt kravet på att erhålla rapporter om utvecklingen, utö-

²⁸ A. a. para. 7 och 8.

²⁹ Exempelvis anges att: “The criterion for attribution of conduct either to the contributing State or organization or to the receiving organization is based according to article 7 on the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization’s disposal.” A. a. para 4.

³⁰ A. a. para. 5.

³¹ Målet *Behrami* and *Behrami* mot Frankrike (Application no. 71412/01) och *Saramati* mot Frankrike, Tyskland och Norge (Application no.78166/01) beslut den 2 maj 2007.

³² Se exempelvis K. Mujezinovic Larsen, Attribution of Conduct in Peace Operations: The “Ultimate Authority and Control” Test, 19 *EJIL* (2008), och D. van der Toorn, Attribution of Conduct by State Armed Forces participating in UN-authorized Operations: The Impact of *Behrami* and *Al-Jedda*, 15 *Australian International Law Journal*, 9, 27 (2008).

vade "ultimate authority and control" över trupperna, trots att domstolen samtidigt ansåg att Nato utövade den operationella kontrollen över styrkorna.³³

Domstolen har delvis kommit att förändra sin praxis. I *Al-Jedda*-fallet ansåg domstolen, angående brittiska styrkors ansvar under Europakonventionen för handlingar utförda i Irak, att dessa handlingar inte var hänförliga till FN, trots att de brittiska styrkorna vid det aktuella tillfället agerade med stöd av säkerhetsrådsresolution 1511 och att insatsen var organiserad på ett sätt som uppvisade stora likheter med KFOR-insatsen.³⁴ Europadomstolen fann emellertid en avgörande skillnad i förhållande till KFOR-insatsen i Kosovo i det faktum att FN inte etablerat insatsen och att säkerhetsrådets resolutioner, som först senare kom att auktorisera styrkorna, inte i praktiken förändrade den etablerade befälsstruktur som rådde redan från invasionens början.³⁵ Domstolen kan därmed sägas ha identifierat två typer av multinationella insatser baserat på en bedömning av om dessa etablerats med stöd av ett mandat från FN eller inte.

Med anledning av Europadomstolens beslut i *Saramatifallet*, vilket i praktiken innebär att alla insatser som etablerats utifrån ett mandat från FN:s säkerhetsråd kan betraktas såsom FN-insatser oavsett vilken aktör som leder insatsen, uttalade FN:s generalsekreterare att "[i]t is understood that the international responsibility of the United Nations will be limited in the extent of its effective operational control".³⁶

3.1.3 Nationell praxis

Efter folkmordet i Srebrenica 1995, när styrkor ur den Bosnien-serbiska armén övermannade nederländska FN-soldater och bortförde och avrättade över 7 000 pojkar och män, har släktingar till de avlidna försökt att ställa FN och Nederländerna till svars inför nationell domstol. FN har hävdats immunitet och någon rättsprocess mot organisationen har inte varit möjlig att genomföra.³⁷ Däremot har nederländska staten fällts till ansvar för sin roll vid skyddet av befolkningen efter det att försvaret av Srebrenica misslyckats.³⁸ Frågan om den ne-

³³ Behrami and Saramati, para. 134.

³⁴ Al-Jedda, para. 84.

³⁵ Al-Jedda, para. 80. Det är dock till synes oklart på vilket sätt detta förhållande kan innebära sådana skillnader i fråga om kontroll över truppers handlingar när operationerna utöver detta uppvisar närmast identiska likheter.

³⁶ Kommentarer till artikel 7 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer para. 10.

³⁷ Europadomstolen, Stichting Mothers of Srebrenica m.fl. mot Nederländerna (Application no. 65542/12) beslut den 11 juni 2013.

³⁸ Målet Nuhanovic mot Nederländerna, Court of Appeal in The Hague, dom 5 juli 2011, engelsk översättning tillgänglig på <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5388> samt målet Mustafic mot Nederländerna, Court of Appeal in The Hague, dom den 5 juli 2011, engelsk översättning, tillgänglig på <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5386>. Se B. Boutin, Responsibility of the Netherlands for the Acts of Dutchbat in Nuhanovic and Mustafic: The Continuous Quest for a Tangible Meaning for 'Effective Control' in the Context of Peacekeeping, *Leiden Journal of International Law* (2012) 25 s. 521

derländska statens folkrättsliga ansvar i detta avseende är av central betydelse för den rättsfråga som diskuteras här.

I fallet *Nunahovic et al* ansåg *Supreme Court of the Netherlands* att Nederländerna var ansvarigt för att utlämna Nunahovic till de serbiska styrkorna.³⁹ Efter Srebrenicas fall sökte en del av befolkningen skydd bl.a. på den militärbas som tillhörde den nederländska kontingenten Dutchbat medan ett mycket stort antal personer tog sin tillflykt till ett övergivet industriområde i närheten av den nederländska basen.⁴⁰ Efter en tid påbörjade de Bosnien-serbiska styrkorna evakueringen av befolkningen. Inne på basen fanns bl.a. Nunahovic som arbetade som tolk åt Dutchbat samt dennes mor, far, bror och Rustic som arbetat som elektriker på basen. Trots vädjan om att få stanna utlämnades alla utom tolken Nunahovic till de serbiska styrkorna. Rustic och släktingarna till Nunahovic blev sedermera dödade.

Frågan för de nederländska domstolarna var om handlingen att lämna ut dessa personer skulle tillräknas den nederländska staten. FN:s eventuella ansvar var som tidigare nämnts inte möjligt att pröva. Efter det att försvaret av Srebrenica misslyckats beslöt Nederländerna att avsluta sitt deltagande i den FN-ledda styrkan UNPROFOR och ta hem styrkorna. Det var under denna "transition period" som personerna utlämnades. Under denna tid utövade Nederländerna och FN gemensam ledning över Dutchbat och domstolen fann att faktisk kontroll (effective control) inte var begränsat till ordergivning men kunde etableras också på andra sätt och kunde utövas både av, i detta fall, FN och en truppbidragande stat.⁴¹ Utifrån detta fann domstolen att faktisk kontroll kan tolkas som att vara i en position att förhindra ett särskilt handlande. I detta fall menade domstolen att en direkt order från Haag kunnat förhindra utlämnandet av personerna men att en sådan order aldrig lämnades. Även om situationen var speciell då styrkorna under den specifika perioden stod under gemensam ledning uttalade sig ändå domstolen i generella termer och gav uttryck för en mer progressiv syn på faktisk kontroll än den som beskrivs i kommentarerna till artikel 7.

Domen är naturligtvis inte på något sätt bindande för vare sig svenska eller internationella domstolar men kan komma att få ett indirekt inflytande genom sin argumentation som också har stöd i folkrättslig doktrin.⁴² I ett nyligen avgjort fall i den nederländska under-

³⁹ I första instans ansågs inte Nederländerna ansvarigt för Dutchbats handlingar som istället tillskrevs FN som organisation. Domslutet överklagades och i nästa instans (Court of Appeal) fastslog domstolen att vissa av Dutchbats handlingar var hänförliga till staten. Detta fastställdes senare av Högsta domstolen. Se not 7.

⁴⁰ Beskrivningen av händelserna baseras på det underlag som låg till grund för domstolens bedömning.

⁴¹ Målet *Nunahovic mot Nederländerna* *Supreme Court of the Netherlands*, dom para. 3.11.3 samt 3.12.2.

⁴² T. Dannenbaum, "Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troops Contingents as United Nations Peacekeepers", *Harvard International Law Review*, vol. 51 (2010), p. 113.

rätten, där kârânde var de s.k. Stichting Mothers of Srebrenica, har staten återigen fällts till ansvar. Med ett liknande resonemang fann domstolen att utlämnandet av cirka 300 män från den nederländska basen skulle tillräknas staten då den var i en position att förhindra utlämnandet när det måste ha stått klart för alla inblandade att männen som utlämnades inte skulle komma att evakueras utan att mördas eller utsättas för ett stort lidande.⁴³

3.1.4 Ultra vires-handlingar

Enligt bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer hänförs ett *ultra vires* handlande till organisationen under följande förutsättningar:

The conduct of an organ or agent of an international organization shall be considered an act of that organization under international law if the organ or agent acts in an official capacity and within the overall functions of that organization, even if the conduct exceeds the authority of that organ or agent or contravenes instructions.⁴⁴

Referensen till "an organ or agent" förutsätter en institutionell koppling mellan organisationen och de personer som handlar *ultra vires*. Situationen som regleras av artikel 7 baseras på en faktisk koppling (organisationen ska utöva faktisk kontroll över handlandet) och det är mycket tveksamt om ett *ultra vires* handlande av militär personal i en sådan situation ska tillskrivas organisationen. Det kan tvärtom hävdas att ett sådant handlande är bevis på att organisation inte utövade faktisk kontroll och att handlandet istället ska hänföras till den truppbidragande staten som har en institutionell koppling till trupperna (tillfälligt bruten genom organisationens faktiska kontroll). Det är dessutom statens ansvar att utbilda och träna personalen. Det var den senare aspekten som föranledde *Hague District Court* att anse att truppernas *ultra vires* handlande i försvaret av Srebrenica skulle tillskrivas Nederländerna (alldeles oavsett om handlingarna dessutom ansågs folkrättsstridiga). Enligt domstolen var ett sådant handlande

attributable to the State supplying the troops because the State has a say over the mechanisms underlying said *ultra vires* actions, selection, training and the preparations for the mission of the troops placed at the disposal of the UN. Moreover the State supplying the troops has it in its powers to take measures to counter *ultra vires* actions on the part of its troops given the fact that it has a say about personal matters and disciplinary punishments.⁴⁵

Ur ett policyperspektiv framstår det också som rimligt att den aktör som har att träna och utbilda personalen också bär ansvaret för hand-

⁴³ Målet Stichting Mothers mot Nederländerna District Court of the Hague, dom, para. 4.87, 4.161, 4.338.

⁴⁴ Artikel 8 i bestämmelserna om ansvar för internationella organisationer.

⁴⁵ Målet Stichting Mothers mot Nederländerna, *District Court of the Hague*, dom, para. 4.57.

lingar som strider mot truppens instruktioner. Detta stärks av att staten behåller den straffrättsliga jurisdiktionen och det disciplinära ansvaret över truppen.

3.1.5 Sveriges deltagande i Irakinsatsen

I en internationell militär insats där Sverige utövar ledning och kontroll över den svenska styrkan är frågan om styrkans handlingar ska anses hänförliga till Sverige relativt enkel att svara på. Reglerna om statsansvar anger att en handling som utförs av ett statsorgan tillräknas staten:

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.
2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.⁴⁶

Det råder inget tvivel om att den svenska truppen är ett statsorgan och att dess handlingar ska betraktas som utförda av staten. Även *ultra vires*-handlingar som utförs av ett statsorgan tillskrivs staten ur ett statsansvarsperspektiv.⁴⁷

3.2 Tillämplig folkrätt

Internationella organisationer har generellt möjlighet att hävda immunitet i förhållande till medlemsstaters nationella jurisdiktioner. Sådana organisationer är dessutom ännu inte parter till Europakonventionen eller andra internationella instrument på området för de mänskliga rättigheterna eller den internationella humanitära rätten. Sammantaget innebär detta en stor svårighet för möjligheten att pröva sådana organisationers ansvar i en rättsprocess.⁴⁸ Det innebär i gengäld ett växande intresse att utröna möjligheterna att identifiera ansvaret hos truppbidragande stater för handlingar som utförs av den militära personalen i en multinationell insats. För individer som vill få upprättelse är det i första hand nationella domstolar som står till buds och möjligheten att överklaga en nekande dom till Europadomstolen. Denna utveckling måste tas i beaktande av truppbidragande stater. Det betyder dock inte att alla handlingar som tillräknas en stat skulle leda till ansvar. Handlingen måste dessutom strida mot en folkrättslig regel. Det leder till frågan om vad som är tillämplig folkrätt under internationella militära insatser. Vad som är tillämplig folkrätt kan vara olika för olika stater beroende på vilka folkrättsliga traktater staterna anslutit sig till. Dessutom kompliceras frågan av det faktum att trup-

⁴⁶ Artikel 4 i bestämmelserna om statsansvar.

⁴⁷ A. a. Artikel 7.

⁴⁸ Europadomstolen, målet *Stichting Mothers of Srebrenica m.fl. mot Nederländerna*.

perna ställts till internationell organisations förfogande och att truppen därefter i första hand representerar organisationen och inte staten. Det väcker frågor om statens folkrättsliga skyldigheter "följer med" truppbidraget i alla delar. Truppbidragen agerar vidare alltid i en extraterritoriell kontext och det reser särskilda frågeställningar i förhållande till de mänskliga rättigheterna. Frågan om vad som utgör tillämplig folkrätt är därför inte alldeles klar. Visst stöd finns för utgångspunkten att när en truppbidragande stat ställer trupp till en internationell organisations förfogande så får det förutsättas ske med de begränsningar som följer av den truppbidragande statens folkrättsliga förpliktelser.⁴⁹ Dessa frågor är betydligt mindre komplicerade när staten själv utövar ledning över truppen. Att statens folkrättsliga skyldigheter följer med truppen får anses vara självklart i dessa fall men det måste även i dessa situationer avgöras vad som är tillämplig folkrätt. Utövar staten exempelvis "jurisdiktion" i Europakonventionens mening så att det uppstår en skyldighet att säkerställa konventionens bestämmelser i förhållande till berörda individer i den extraterritoriella kontexten? Deltar trupperna i en väpnad konflikt så att krigets lagar blir tillämpliga på de svenska truppers agerande? I denna del behandlas det internationella mandatet för insatsen, samt tillämpligheten av de mänskliga rättigheterna och den internationella humanitära rätten (krigets lagar) i en multinationell insats där Sverige ställt trupp till en organisations förfogande. Avslutningsvis behandlas tillämplig folkrätt ur Irakinsatsens perspektiv.

3.2.1 Mandatet för insatsen

Mandatet från FN:s säkerhetsråd ger de folkrättsliga förutsättningarna för utövande av våld och tvång. I avsaknad av ett sådant mandat, såsom fallet är beträffande den svenska insatsen i Irak, framgår de folkrättsliga förutsättningarna i överenskommelsen med värdstaten.⁵⁰ Mandatet tolkas av den organisation, eller stat, som leder insatsen och ligger till grund för en operationsplan med tillhörande *Rules-of-Engagements* (ROE).⁵¹ De truppbidragande staterna som väljer att delta i insatsen har möjlighet att lägga begränsningar på truppbidraget och det är inte ovanligt att vissa kontingenter endast kan utöva en mer begränsad vålds- och tvångsanvändning än vad som anges i ROE. Däremot får inget truppbidrag använda mer våld än vad som tillåts genom ROE. Ur ett folkrättsligt perspektiv måste ROE anpassas till vad som anges i mandatet för insatsen samt tillämplig folkrätt.⁵²

⁴⁹ Målet *Matthews mot Förenade Kungariket* (Application no. 24833/94) dom 18 februari 1999, para. 32. SOU 2011:76.

⁵⁰ Prop. 2014/15:104, s. 8.

⁵¹ Magnus Sandbu, *Det straffrättsliga ansvaret vid militära fredsframtvängande insatser*, SvJT 2009 s. 760 f.

⁵² C. Guldahl Cooper, *Rules of Engagement Demystified: A Study of the History, Development and Use of ROEs*, *Military Law and Law of War Review*, 53/2 (2014), s. 189.

3.2.2 De mänskliga rättigheterna

I de allra flesta internationella militära insatser där Sverige deltagit med trupp har den internationella humanitära rätten inte varit tillämplig på truppersnas handlande. Det folkrättsliga regelverk som aktualiseras är de mänskliga rättigheterna. För Sveriges del innebär det framför allt Europakonventionen och dess omfattande praxis men även andra regelverk, som den Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och Konventionen mot tortyr. Europadomstolens praxis visar att konventionen under vissa förutsättningar är tillämplig extraterritoriellt. Medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa konventionens rättigheter för alla inom dess jurisdiktion. Europadomstolen har ansett jurisdiktion föreligga när en stat utövar faktisk kontroll (effective control) över territorium och/eller individer. I praxis har det inkluderat situationer när medlemsstater utövat kontroll över territorium eller individer även utanför Europas gränser⁵³ och oavsett om den effektiva kontrollen utövats på lagliga grunder.⁵⁴

För att Europakonventionen ska vara formellt tillämplig i en extraterritoriell kontext krävs således att en medlemsstat till konventionen utövar nödvändig kontroll över territorium och/eller individer utanför sitt eget territorium. Då utövar staten jurisdiktion i Europakonventionens mening och är därför skyldig att säkerställa konventionens fri- och rättigheter till de personer som befinner sig inom statens jurisdiktion. I förhållande till den svenska insatsen i Irak är frågan relativt okomplicerad; om svenska styrkor utövar tillräcklig kontroll för att uppnå jurisdiktion i Europakonventionens mening leder det till att Sverige har en skyldighet att säkerställa konventionens rättigheter i förhållande till berörda personer. Hur förhåller sig då detta till insatser där stater ställt trupp till en organisations förfogande?

Europadomstolen har som tidigare nämnts identifierat två typer av multinationella militära insatser. I insatser som etablerats av ett mandat från FN:s säkerhetsråd har domstolen hittills ansett att truppersnas handlande ska tillräknas FN, inklusive auktoriserade insatser där en annan organisation utövar den operationella kontrollen. Då FN inte är part till Europakonventionen har dessa fall avisats av domstolen.⁵⁵ I den andra typen av insats, där en militär struktur redan funnits på

⁵³ Målet Issa m.fl. mot Turkiet (Application no. 31821/96) dom 16 november 2004 och målet Öcalan mot Turkiet (Application no. 46221/99) dom 12 maj 2005. Jämför målet Bankovic m.fl. mot Belgien et al., (52207/99) beslut 12 december 2001.

⁵⁴ "... the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of military action — whether lawful or unlawful — that State in practice exercises effective control of an area situated outside its national territory. The obligation to secure, in such an area the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration." Målet Loizidou mot Turkiet (Application no. 15318/89) dom 18 december 1996 para. 52

⁵⁵ Behrami och Saramati, målet Kasumaj mot Grekland (Application no. 6974/05) beslut 5 juli 2007, målet Gajic mot Tyskland (Application no. 31446/02) beslut 28 augusti 2007.

plats och där ett senare mandat från säkerhetsrådet inte förändrat den faktiska situationen, som i realiteten hittills rört brittiska och nederländska styrkors handlande i Irak, har domstolen däremot inte ansett att truppernas handlingar kan hänföras till FN utan istället till de truppbidragande staterna.

Det är särskilt intressant att domstolen prövat fall från Irak då den humanitära rätten också varit tillämplig på truppernas handlingar. Det innebär dock inte att de mänskliga rättigheterna spelat ut sin roll. Det är nu allmänt accepterat att de mänskliga rättigheterna är fortsatt tillämpliga under väpnad konflikt.⁵⁶ Europadomstolen har exempelvis fastslagit att kravet på en officiell och verkkningsfull utredning av dödsfall till följd av våld av en medlemsstats tjänstemän (agents) även gäller under ockupation.⁵⁷

Europadomstolen har hävdat att de mänskliga rättigheterna är odelbara och när en stat utövar jurisdiktion i Europakonventionens mening är staten skyldig att säkerställa alla fri- och rättigheter till personer som faller inom dess jurisdiktion. Det har fått truppbidragande stater att överväga fortsatt deltagande i multinationella militära insatser då det i praktiken är omöjligt för en militär styrka att säkerställa alla konventionens fri- och rättigheter.⁵⁸ Med domstolens resonemang riskerar stater att bryta mot konventionens förpliktelser för att de saknar resurser att säkerställa alla dessa rättigheter i en extraterritoriell kontext. Nyligen anförde dock Europadomstolen att när en stat utövar jurisdiktion, i Europakonventionens mening, över en individ, är staten skyldig att säkerställa de rättigheter under konventionen som är *relevanta* för individen. I det avseendet, anförde domstolen, kan konventionens rättigheter bli "divided and tailored".⁵⁹ Härvid kan tilläggas att frågan om avvikelse från konventionens förpliktelser i enlighet med artikel 15 inte varit föremål för domstolens bedömning då ingen stat ännu vidtagit sådana åtgärder i en extraterritoriell kontext inom ramen för en militär insats.⁶⁰

Artikel 103 i FN-stadgan klargör att vid konflikt med andra folkrättsliga bestämmelser ges stadgan företräde. Under 2004 opererade brittiska styrkor i Irak med stöd av resolutionerna 1511 och 1546 och hade omhändertagit en man vid namn *Al-Jedda* på grund av att denne utgjorde en säkerhetsrisk, s.k. "security detention". Enligt resolution 1546 var de multinationella trupperna auktoriserade att använda alla

⁵⁶ Hassan, para. 77. Se angående denna fråga också ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion 9 juli 2004, para. 106.

⁵⁷ Al-Skeini, para. 168 f.

⁵⁸ Se exempelvis Behrami och Saramati, *Submission of respondent states and Submission of third parties* paras. 82–117.

⁵⁹ Al-Skeini, para. 137.

⁶⁰ Relationen mellan Europakonventionens regler och den internationella humanitära rätten i situationer när stater inte meddelat avvikelse från konventionens bestämmelser diskuterades av domstolen i målet Hassan mot Förenade Kungariket, para. 101 f.

nödvändiga medel för att upprätthålla säkerhet och stabilitet i Irak i enlighet med de brev som bifogats resolutionen.⁶¹ I dessa brev angavs bl.a. uppgiften att internera vissa personer när detta ansågs ”necessary for imperative reasons of security”.⁶² Härvid uppstod till synes en konflikt mellan Europakonventionens artikel 5 om individens rätt till frihet och säkerhet (som inte omfattar ”security detentions”) och FN-stadgans regler om internationell fred och säkerhet. Europadomstolen fann emellertid att det inte existerade någon konflikt mellan konventionens artikel 5 och säkerhetsrådets resolution då det måste anses föreligga en presumtion att utföra mandatet i enlighet med staternas skyldigheter som följer av de mänskliga rättigheterna. Domstolen anförde: “In the absence of clear provision to the contrary, the presumption must be that the Security Council intended States within the Multi-National Force to contribute towards the maintenance of security in Iraq while complying with their obligations under international human rights law.”⁶³ Domen ställer alltså höga krav på tydlighet i säkerhetsrådets mandat för att det överhuvudtaget ska uppstå en normkonflikt.⁶⁴ Domstolen uttalade sig dock inte om den principiellt viktiga frågan om förhållandet mellan Europakonventionens regler och FN-stadgans bestämmelser i sådana fall där en säkerhetsrådsresolution innefattar skyldigheter i strid med konventionen.⁶⁵

Tillämpningen av Europakonventionen är i första hand territoriell och det är endast i undantagsfall den kan anses i tillämplig i en extraterritoriell kontext. Enbart på denna grund utmanas tillämpligheten av konventionen inom ramen för en internationell militär insats. Att den operationella kontrollen över medlemsstaternas trupper dessutom överlämnats till en organisation som inte är part till Europakonventionen utgör en ytterligare försvårande omständighet i fråga om tillämpningen av konventionen. Om svenska styrkor kontrollerar ett område eller frihetsberövar en individ är det inte nödvändigtvis staten Sverige som frihetsberövar utan det föreligger snarast en presumtion för att det istället är den organisation som utövar den operationella kontrollen över styrkorna som kan anses vara det folkrättssubjekt som frihetsberövar personerna. Om det visar sig att Sverige intervenerat i befälskedjan eller på annat sätt utövat faktisk kontroll över de svenska styrkorna vid frihetsberövandet kan handlingen istället komma att tillräknas staten Sverige.

Frågan om vem det är som agerar, staten eller organisationen, har främst betydelse för en eventuell rättslig process. Det kan också in-

⁶¹ Säkerhetsrådsresolution 1546 (2004), operativ para. 10.

⁶² Ibid., bifogade brev, s. 11.

⁶³ Al-Jedda, para. 105.

⁶⁴ Ibid. para. 109.

⁶⁵ I ett senare mål anförde domstolen att även i situationer när en resolution från säkerhetsrådet innehåller ett tillräckligt tydligt språk, så att principen från Al-Jedda inte kan tillämpas, har staten ändå ett visst utrymme att bestämma på vilket sätt en bindande resolution från rådet ska implementeras. Nada mot Schweiz (Application no. 10593/08) dom 12 September 2012, paras. 172, 180, 196 och 197.

vändas att då staten Sverige inte utövar den faktiska kontrollen över styrkorna kan Sverige knappast heller erhålla jurisdiktion i området och några folkrättsliga skyldigheter uppstår därmed inte för Sverige. Indirekt kan det däremot göras gällande att Sverige inte kan undgå sina folkrättsliga skyldigheter när trupp ställs till en organisations förfogande med vetskap om vilka uppgifter som i stort kommer att falla på den svenska styrkan. Här kan hävdas att det föreligger en plikt för truppbidragande stater att säkerställa att deras styrkor inte används på ett sätt som strider mot statens folkrättsliga skyldigheter vid tidpunkten för överlämnandet av kontrollen över styrkorna till en organisation som inte är bunden av samma skyldigheter.⁶⁶

I internationella militära insatser utmanas den formella tillämpningen av framförallt Europakonventionen av den extraterritoriella kontexten, överlämnandet av den operationella kontrollen över truppen till en internationell organisation samt den potentiella inverkan av säkerhetsrådets mandat. För den svenska truppens del är dessa överväganden inte avgörande då det nationella mandatet (beslutet från riksdagen och eventuella nationella begränsningar) samt det operativa orderverket med tillämpliga ROE ofta ger tillräcklig ledning för utövande av våld och tvång. För svenska statens del är det däremot av betydande intresse att avgöra om det föreligger en folkrättslig skyldighet att agera på ett visst sätt eller om det endast sker genom policyöverväganden. I insatser där ledningen över den svenska styrkan överförs till en internationell organisation kan ny praxis från Europadomstolen komma att innebära nya skyldigheter för medlemsstaterna.

3.2.3 Den internationella humanitära rätten

Internationell humanitär rätt är tillämplig vid en väpnad konflikt av internationell eller icke-internationell karaktär. Om den internationella styrkan involveras i fientligheter av en sådan art att det är fråga om en väpnad konflikt ska den internationella humanitära rätten tillämpas. När svenska soldater ställs till en internationell organisations förfogande, som därmed utövar den operationella kontrollen över den svenska truppen, kan det, enligt det resonemang som förts i detta kapitel, svårligen hävdas att det är den svenska staten som är part i konflikten. Utifrån denna utgångspunkt rör det sig snarast om att det är den organisation eller stat som utövar ledning och kontroll över styrkorna som kan betraktas som part i konflikten. Det bör dock framhållas att statspraxis inte är entydig i detta avseende.⁶⁷ I propositionen till Sveriges deltagande i Libyeninsatsen anges att: ”Den stat eller den organisation som utövar den faktiska ledningen över insatsen

⁶⁶ Se SOU 2011:76, kapitel 6.6.

⁶⁷ O. Engdahl, *Multinational Peace Operations Forces Involved in Armed Conflict: Who are the Parties?*, i *60 Years of Humanity: The Status of the Principle of Humanity in International Humanitarian Law*, (Eds., G. Nystuen, K. Mujezinovi Larsen & C. Guldahl Cooper 2011), s. 262.

kan komma att bli part i den väpnade konflikten om insatsen blir in-
dragen i regelrätta strider med regeringsstyrkor.”⁶⁸ Alldeles oavsett
detta förhållande kan ett svenskt statsorgan som deltar i en väpnad
konflikt för FN:s räkning knappast undgå att tillämpa Sveriges folk-
rättsliga åtaganden på det humanitärrettsliga området även om det
inte är staten Sverige som är part i konflikten.⁶⁹

Skyldigheten att tillämpa den humanitära rättens regler avgörs av
den faktiska situationen och det kan inte med exakthet avgöras i för-
väg när denna skyldighet inträffar. Detta kan vara särskilt svårt i icke-
internationella väpnade konflikter som karaktäriseras av att det är en
konflikt mellan en väpnad grupp och en stat eller mellan väpnade
grupper. Det är också sådana väpnade konflikter som typiskt sett ris-
kerar att involvera den internationella insatsens styrkor, till skillnad
från internationella väpnade konflikter mellan stater. I rättspraxis har
vissa kriterier utmejslats för att avgöra när en väpnad konflikt förelig-
ger:

... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force be-
tween States or protracted armed violence between governmental authori-
ties and organized armed groups or between such groups within a state.⁷⁰

Beträffande den icke-internationella väpnade konflikten har tribuna-
len för forna Jugoslavien utvecklat tydligare kriterier för att avgöra ni-
vån på våldsanvändningen⁷¹ och kravet på organisation⁷² hos de väp-
nade grupperna för att kunna avgöra om det föreligger en väpnad
konflikt. Möjligheten för säkerhetsrådet att inskränka statens skyldig-
heter inom den humanitära rättens område, på ett sätt motsvarande
de mänskliga rättigheterna, med hänvisning till internationell fred

⁶⁸ Prop. 2010/11:111, s. 8 och 9.

⁶⁹ C. Greenwood, *International Humanitarian Law and United Nations Military Operations*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1 (1998), s. 3, 18. Gemensamma artikel 1 till de fyra Genèvekonventionerna stadgar: ”De höga fördragsslutande parterna förbinda sig att under alla förhållanden iakttaga denna konvention och sörja för att den iakttages.” Se också Folkrättskommittén SOU 2010:72, s. 499.

⁷⁰ Prosecutor v. Tadic, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

⁷¹ ”the number, duration and intensity of individual confrontations; the type of weapons and other military equipment used; the number and calibre of munitions fired; the number of persons and type of forces partaking in the fighting; the number of casualties; the extent of material destruction; and the number of civilians fleeing combat zones. The involvement of the UN Security Council may also be a reflection of the intensity of a conflict”, Prosecutor v. Haradinaj et al., Trial Chamber I, Judgement, 3 April 2008, para. 49. För ytterligare kriterier se Prosecutor v. Ljube Boskoski, Johan Tarculovski, Judgement, 10 July 2008 para. 177.

⁷² ”the existence of a command structure and disciplinary rules and mechanisms within the group; the existence of a headquarters; the fact that the group controls a certain territory; the ability of the group to gain access to weapons, other military equipment, recruits and military training; its ability to plan, coordinate and carry out military operations, including troop movements and logistics; its ability to define a unified military strategy and use military tactics; and its ability to speak with one voice and negotiate and conclude agreements such as ceasefire or peace accords”. Haradinaj case, para. 60. För ytterligare kriterier se Prosecutor v. Ljube Boskoski, Johan Tarculovski, Judgement, 10 July 2008, para. 177.

och säkerhet, torde vara ytterligt begränsat.⁷³ Den avvägning mellan militär nödvändighet och humanitära hänsyn som den humanitära rättens regler vilar på medger inte rum för ytterligare avvägningar eller inskränkningar. Det får tas som utgångspunkt att det gäller också i förhållande till internationell fred och säkerhet.

3.2.4 Sveriges deltagande i Irakinsatsen

Inledningsvis ska framhållas att det svenska bidragets huvuduppgift är utbildning av de irakiska styrkorna och att uppdraget inte har uppgifter som kan förväntas innefatta våld eller tvångsanvändning i området. Däremot organiseras styrkan på ett sätt som möjliggör våld i självförsvar av egen samt andras trupper. Även om våldsanvändning i denna insats inte är trolig kan det mot bakgrund av den rådande säkerhetssituationen heller inte uteslutas. I en sådan situation, där Sverige behåller den operationella kontrollen över den svenska truppen och där inte heller ett mandat från FN:s säkerhetsråd kan komma att inverka på bedömningen, är frågan om tillämplig folkrätt betydligt enklare att avgöra. Om svensk trupp involveras i en väpnad konflikt genom ett direkt utövande av våldshandlingar kommer också Sverige anses vara part till den väpnade konflikten och på ett liknande sätt kommer Sverige anses utöva jurisdiktion i Europakonventionens mening om svensk trupp utövar nödvändig kontroll över individer och eller territorium. Insatsen i Irak är således något nytt för svensk del och kan i högre grad komma att involvera ett svenskt ansvar under folkrätten än i situationer när svensk trupp ställs till en internationell organisations förfogande. Fredsinsatsutredningen tog som utgångspunkt att svensk rätt inte var tillämplig på ett svenskt styrkebidrag som ställts till en internationell organisations förfogande med mindre än att den svenska lagstiftningen uttryckligen gav stöd för detta.⁷⁴ Exempelvis stadgas att svensk straffrätt är tillämplig på den svenska styrkan.⁷⁵ Däremot ansågs inte regeringsformens bestämmelser om fri- och rättigheter vara tillämpliga i förhållandet mellan den svenska styrkan och lokalbefolkningen då det inte rörde sig om svensk myndighetsutövning. De maktbefogenheter som utövades var säkerhetsrådets och den operationella kontrollen över styrkorna låg inte hos Sverige. Dessa frågor behöver dock analyseras på nytt i ljuset av den svenska insatsen i Irak. Det är inte längre lika klart att det inte skulle handla om svensk myndighetsutövning och det är inte omöjligt att en större del av den svenska lagstiftningen kan komma att bli tillämplig i Irakinsatsen jämfört med karaktären på insatser där Sverige traditionellt deltagit i.

⁷³ M. Zwanenburg, Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation, *International Review of the Red Cross* Vol. 86, No. 856 (2004) s. 767.

⁷⁴ SOU 2011:76, s. 138.

⁷⁵ 2 kap. 3 § brottsbalken.

4 Analys och slutsats

Den folkrättsliga ansvarsregleringen vid internationella militära insatser baseras i huvudsak på kontroll över styrkornas handlande. I sådana insatser överlämnar Sverige aldrig "full command" över styrkorna utan endast den operativa kontrollen. Efter det att den operativa kontrollen över styrkorna överlämnats till den internationella organisation som leder den multinationella insatsen råder en presumtion om att den svenska styrkans handlande tillräknas organisationen. De svenska styrkorna företräder organisationen som i sin tur agerar på ett mandat från FN:s säkerhetsråd. Trupperna som ingår i insatsen kan i det större perspektivet anses företräda världssamfundet genom att vara ett verktyg för säkerhetsrådet i dess uppgift att säkerställa internationell fred och säkerhet. De maktbefogenheter som utövas är säkerhetsrådets och tjänsteuppgifterna är formulerade av rådet. Däremot är inte FN ansvarig för truppers handlande i så kallade auktoriserade insatser där en annan organisation (Nato, EU) utövar ledning och kontroll över insatsen. I dessa insatser anses den senare organisationen vara ansvarig för truppers handlande. Härvid har emellertid Europadomstolen en något avvikande praxis.

I fall där den truppbidragande staten på något sätt ingriper i den internationella befälskedjan och ge egna order till styrkan riskerar presumtionen att brytas och styrkans handlingar kan istället komma att hänföras till den truppbidragande staten. Det kan innebära att staten Sverige bär ett folkrättsligt ansvar för styrkornas handlande i vissa delar utan att fullt ut utöva den operationella kontrollen. Principen om "unity of command" är viktig för möjligheten att effektivt leda en multinationell styrka men den speglar också en fundamental folkrättslig regel om ansvar; den som utövar den faktiska kontrollen ska också vara ansvarig för styrkornas handlande. Att stå i tät kontakt med styrkebidraget innebär inte kontroll i ett folkrättsligt ansvarsperspektiv utan det är först när staten kan anses ha en sådan inverkan på truppen att den *de facto* agerar på statens order, och inte organisationens, som handlingarna kan tillskrivas staten. Erfarenheter från Artemisinsatsen, när svensk militär personal endast rapporterade misstänkt folkrättsbrott till närmast högre befäl, visar att den svenska insatsledningen också måste hållas informerad och att rapportering inte utslutande ska ske inom ramen för den internationella befälskedjan.⁷⁶

Det bör här framhållas att vad som utgör faktisk kontroll inte är definierat utan behöver avgöras från fall till fall med hänsyn till alla aktuella omständigheter. Praxis från nederländska domstolar visar på en viss nytolkning av begreppet "faktisk kontroll" vilken kan innebära ansvar för underlåtenhet att handla när staten är i en position att för-

⁷⁶ Artemisinsatsen var en EU-ledd insats, baserad på ett mandat från FN:s säkerhetsråd, S/RES/1296 (2000), som syftade till att stötta den FN-ledda insatsen MONUC, S/RES/1279 (1999). O. Engdahl, Compliance with International Humanitarian Law in Multinational Peace Operations, *Nordic Journal of International Law* 78 (2010), s. 522.

hindra en folkrättsstridig handling. Dessa uttalanden är dock specifikt anpassade till den situation som rådde efter Srebrenicas fall och den gemensamma ledning som då utövades av FN och Nederländerna över trupperna. I detta fall fanns det enligt domstolen en möjlighet för den nederländska staten att utfärda en tydlig order om att inte utlämna personer till de serbiska styrkorna och att en sådan order hade fått till effekt att trupperna inte utlämnat personerna. När gemensam ledning över trupperna utövades ansåg domstolen således att det var en folkrättsstridig handling av Nederländerna att inte förhindra utlämnandet av personerna. Den rättsliga bedömningen var starkt kontextuellt betingad och det är tveksamt om ett sådant ansvar kan göras gällande utifrån en mer abstrakt möjlighet att ingripa.⁷⁷

Från en truppbidragande stats perspektiv kan en del viktiga slutsatser dras. Att hålla sig informerad om de egna styrkornas förehavanden är naturligtvis av stor vikt men att styra styrkan genom egna instruktioner kan leda till att truppens handlingar tillräknas staten utan att denna haft möjlighet att utöva kontroll över styrkorna helt och fullt. Detta kan i sin tur leda till ett folkrättsligt ansvar för staten om truppen genom sitt handlande skulle överträda en folkrättslig regel. Det senare gäller särskilt i förhållande till individer som uppfattar att de fått sina rättigheter kränkta och vill inleda en rättsprocess i Sverige för att erhålla kompensation. För Försvarsmakten innebär det att en tydlig balans måste iakttas mellan att hålla sig informerad om händelserna på marken utan att ingripa i den internationella beslutskedjan med mindre än att regeringen står bakom ett sådant handlande.

Huruvida en handling är folkrättsstridig avgörs av tillämplig folkrätt. Europakonventionens tillämplighet är beroende av utövande av jurisdiktion och är endast i undantagsfall tillämplig extraterritoriellt. Som en utgångspunkt kan Sverige inte anses ha en skyldighet att säkerställa Europakonventionens rättigheter till individer utanför Sveriges territorium utan det är först när svenska styrkor under svensk ledning utövar sådan kontroll över individer och eller territorium att det uppfyller kraven på jurisdiktion i Europakonventionens mening. Det kan dock hävdas, även om det hittills har saknats ett uttryckligt stöd i praxis, att stater som ställer trupp till en organisations förfogande (där organisationen inte är part till Europakonventionens regler) är skyldiga att säkerställa att truppen inte används i strid med den truppbidragande statens folkrättsliga skyldigheter. Europadomstolen har slagit fast att stater inte är förbjudna att överlämna nationella maktbefogenheter till en internationell organisation under förutsättning att staten vidtar nödvändiga åtgärder för att garantera att statens åtaganden under konventionen säkerställs också efter överförandet.⁷⁸

⁷⁷ A. Nollkamper, Dual attribution: liability of the Netherlands for conduct of Dutchbat in Srebrenica; *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), s. 1152.

⁷⁸ "The Convention does not exclude the transfer of competences to international organizations provided that Convention rights continue to be 'secured'. Member

Staten kan alltså inte anses fri från sitt ansvar under konventionen om inte organisationen till vilken befogenheterna överförts kan skydda såväl de substantiella rättigheterna som kontrollmekanismer för deras efterlevnad.⁷⁹ Däremot har domstolen inte ställt detta krav i förhållande till överförda befogenheter beträffande handlingar som sker utanför statens territorium med mindre än att staten utövade jurisdiktion över det aktuella området.⁸⁰

Sverige, liksom övriga truppbidragande stater, har en skyldighet att säkerställa att truppen som ställts till en internationell organisations förfogande har genomgått nödvändig träning och utbildning. Det är också i denna del som truppbidragande stater har en avgörande möjlighet att förhindra att truppen överhuvudtaget skulle hamna i en situation där personalen skulle kunna komma att handla i strid med folkrätten. Det ska betonas att truppbidragande stater utövar exklusiv straffrättslig jurisdiktion över den militära personalen och en eventuell rättsprocess för att pröva ett individuellt straffansvar för svensk personal sker i Sverige i enlighet med svensk rätt. För närvarande pågår ett arbete inom Försvarsmakten med att ta fram en manual tillämplig under väpnad konflikt. Ett särskilt kapitel ägnas åt internationella multinationella insatser inklusive uppgifter som inte är direkt kopplade till den väpnade konflikten. I denna del utvecklas de krav som ställs av de mänskliga rättigheterna och särskilt Europakonventionen. Alldeles oavsett om Europakonventionen kommer att vara formellt tillämplig på framtida internationella insatser kommer personalen ändå att vara bunden av manualens bestämmelser i tillämpliga delar. På ett liknande sätt föreslog Fredsinsatsutredningen att svensk trupp ska kunna utöva våld och tvång i enlighet med mandatet och tillämplig folkrätt men i situationer när Europakonventionen inte är formellt tillämplig ska personalen vara förpliktigad att *de facto* följa konventionens bestämmelser i största möjliga utsträckning samt att under inga omständigheter bryta mot den kärna av regler som det inte är rättsligt möjligt att göra avsteg från.⁸¹

Det finns all anledning att följa den folkrättsliga utvecklingen noggrant och analysera vilka nya eller förtydligade folkrättsliga krav som kan komma att ställas på stater som bidrar med trupp i en internationell militär insats. Härvid kan en trend skönjas i Europadomstolens praxis där staters agerande med militära styrkor i extraterritoriell kontext allt oftare leder till ansvar under Europakonventionens regler. Hittills har domstolen avisat ansökningar som härrör från insatser som etablerats av FN men något fall från Isaf-insatsen i Afghanistan har ännu inte prövats av domstolen och det kan inte uteslutas att

States' responsibility therefore continues even after such a transfer." Matthews, para. 32.

⁷⁹ Målet *Bosphorus hava Yollari Turizm v. Ticaret Anomim Sirketi* mot Irland, (Application no. 45036/98) dom 30 juni 2005, para. 153–155.

⁸⁰ Behrami och Saramati, para 106.

⁸¹ SOU 2011:76, s. 256–260.

domstolen återigen kan komma att kvalificera sin praxis i förhållande till denna insats. I den nya insatsen i Irak där Sverige utövar ledning och kontroll utan ett mandat som härrör från ett beslut från säkerhetsrådet blir Sveriges ansvar för truppens handlingar tydligare och leder potentiellt till att Sverige kan tillskrivas direkta skyldigheter under Europakonventionen i förhållande till individer som faller under styrkans kontroll. Även svensk rätt kan komma att bli direkt tillämplig på ett sätt som går utöver insatser där truppen ställs till en internationell organisations förfogande.

Att Sverige deltar i en multinationell insats med en väpnad styrka som står under svensk ledning och kontroll får till följd att styrkans handlande tillskrivs Sverige. Det innebär ett klarläggande om var det folkrättsliga ansvaret för en eventuell folkrättsstridig handling ligger samt vad som kan anses utgöra tillämplig folkrätt för de väpnade styrkorna. Förhoppningsvis kan det också komma att innebära att lagförslaget om användande av våld och tvång inom ramen för en internationell militär insats får förnyad aktualitet och leder till ett förtydligande av svensk rätt i dessa frågor.