



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Sarah Södergren

EKMR:s extraterritoriella tillämplighet

- En studie av svensk jurisdiktion över afghanska militärtolkars rättigheter

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Nilsén

Termin: HT 2014

Innehållsförteckning

Summary	1
Sammanfattning	3
Förkortningar	5
Förord	6
1. Inledning	7
1.1. Bakgrund	7
1.2. Syfte och frågeställningar	8
1.3. Avgränsning	9
1.4. Teori och metod	10
1.5. Material och forskningsläge	11
1.6. Disposition	11
2. Bakgrund	13
2.1. Jurisdiktion	13
2.2. Tolkning av traktat	14
3. Extraterritorialitet	17
3.1. Europadomstolens rättspraxis	17
3.1.1. State agent authority and control	19
3.1.2. Effective control over an area	20
3.2. "Falsk extraterritorialitet"	22
4. De afghanska tolkarna – Migrationsdomstolens bedömning	24
5. Analys och slutsatser	27
5.1. Extraterritoriell jurisdiktion enligt EKMR	27

5.2. Migrationsdomstolens bedömning	30
Käll- och litteraturförteckning	32
Rättsfallsförteckning	35

Summary

According to Article 1 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) the contracting parties must secure the conventional rights within their *jurisdiction*. The obligation is primarily territorial but in *exceptional cases* it can be extended to apply extraterritorially. This paper will investigate the development of the case law of the European Court of Human Rights (the ECtHR) until today, focusing on the extraterritorial application of the Convention rather than State Responsibility that often occurs as a consequence of jurisdiction.

The results of the case law can be divided into two different models. One of them is called "*State agent authority and control*", a model where the state is exercising control over a group or an individual abroad. The other is called "*effective control over an area*", where the object of control is a limited area on foreign territory. The prerequisites of extraterritorial application is that the violation of the conventional rights takes place or has consequences on the territory of another state, as well as a close connection between the state in question and the victim of the violation. The connection can be established by *inter alia* state agents. A certain level of control over the victim is required, and when it comes to the above mentioned models the standards are very high: *total and exclusive control* and *effective control*.

In its case law, the ECtHR have found that there are extraterritorial elements in cases of expulsion or extradition where there is a real risk of conventional breaches. The temporal jurisdiction of the convention – its *ratione temporis* – is hereby extended to violations that hasn't occurred yet, which is an exception as far as the ECHR is concerned.

Currently, there are seven pending cases regarding applications for asylum by Afghan citizens formerly employed as interpreters by the Swedish Armed Forces during their peace-keeping operation in Afghanistan. The Swedish Migration Court has considered

the ECHR extraterritorially applicable and the cases will be tried again by the Swedish Migration board. In this paper, I argue that the Courts application of the ECtHR's case law is inapt since it creates state obligations far too extensive, when it comes to extraterritorial jurisdiction.

Sammanfattning

Enligt artikel 1 i den Europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) måste de fördragsslutande staterna inom ramen för sin *jurisdiktion* garantera konventionens fri- och rättigheter. Denna skyldighet är främst territoriell, men i *exceptionella fall* medges vissa undantag. Uppsatsen behandlar dessa undantag såsom de utvecklats i Europadomstolens praxis fram till idag. Det är endast den extraterritoriella tillämpligheten av konventionen som utreds och inte det statsansvar som kan uppstå som en naturlig konsekvens av jurisdiktion.

Undantagen kan sammanfattas i två övergripande kategorier. Den ena kallas "*State agent authority and control*", där staten utövar kontroll över en eller flera individer utomlands. Den andra kallas "*effective control over an area*", en modell som tar sikte på kontroll över ett avgränsat område utanför statens territorium. Grunden för extraterritoriell jurisdiktion är dels att konventionskränkningen utförs eller får konsekvenser utanför statens territorium och dels att staten har en tydlig koppling till offret för kränkningen genom en eller flera statsrepresentanter. Det är dessutom en nödvändig förutsättning att staten genom dessa har en särskild nivå av kontroll över offret för kränkningen. Rekvisiten för de två modellerna är högt ställda: *total and exclusive control* respektive *effective control*.

Europadomstolen har i praxis även identifierat extraterritoriella inslag i situationer där stater utvisar eller utlämnar utländska medborgare till stater där det föreligger en konkret risk för att deras konventionsrättigheter ska kränkas. De utgör specialfall genom att de utvidgar konventionens tillämplighet i tiden - *ratione temporis* - till att också omfatta kränkningar som ännu inte inträffat.

Just nu pågår sju mål om uppehållstillstånd för afghanska medborgare som varit anställda som tolkar av svenska Försvarsmakten under fredsbevarande insatser i Afghanistan. Migrationsdomstolen har gjort bedömningen att EKMR är extraterritoriellt

tillämplig och fallen ska prövas igen av Migrationsverket. Jag argumenterar i uppsatsen för att de tillämpar ovanstående rättspraxis på ett sätt som inte är helt adekvat, utan riskerar att leda till en alltför omfattande skyldighet att tillämpa EKMR utanför våra gränser.

Förkortningar

ECHR	European Convention on Human rights and Fundamental Freedoms
ECtHR (the)	European court of Human Rights
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
FN	Förenta Nationerna
GC	Grand Chamber
ISAF	International Security Assistance Force
MID	Migrationsdomstolen
MV	Migrationsverket
NATO	North Atlantic Treaty Organization
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties /Wienkonventionen om traktaträtt

Förord

Vid studierna i folkrätt fick jag lära mig att Sverige genom att ratificera EKMR åtagit sig att i vissa fall tillämpa konventionen även utanför vårt territorium, eller med andra ord: *extraterritoriellt*. Det extraterritoriella begreppet var svårt att få grepp om och jag upplevde att gränserna för tillämpningsområdet var väldigt oklara. Den 1 oktober 2014 avkunnade Migrationsdomstolen sitt beslut rörande ansökan om uppehållstillstånd för sju av de afghanska tolkar som arbetat för den svenska fredsbevarande styrkan i Afghanistan. Domstolen ansåg att EKMR var extraterritoriellt tillämplig på deras fall och att Sverige därmed ansvarar för deras fri- och rättighetsskydd i Afghanistan. Nu vaknade mitt såväl juridiska som personliga intresse, då jag under min egen insats i Afghanistan förstått vilken avgörande betydelse tolkarna haft för styrkans lösande av uppgiften. Min personliga övertygelse är att tolkarna utan tvekan ska beviljas uppehållstillstånd på grunden "särskild anknytning" till Sverige. Beslutet lämnar dock ur juridisk synvinkel dessvärre en del övrigt att önska och just därför har jag valt att studera ämnet närmare.

Jag vill även framhålla min tacksamhet för den inspirerande handledning som Docent *Per Nilsén* gett mig vid våra korta men givande samtal.

Lund, januari 2015

Sarah Södergren

1. Inledning

1.1. Bakgrund

I takt med att vår existens blir alltmer internationaliserad och gränslös skapas en mängd nya förutsättningar för ökad livskvalitet, men även för internationella och regionala rättssystem som kan leda till gränsdragningsvårigheter avseende ansvarsfrågor. Många stater är verksamma på platser utanför de egna gränserna där deras handlande inte sällan leder till rättsliga konsekvenser, vilket i stort är vad denna uppsats ska handla om.

Staters absoluta suveränitet är en grundpelare inom folkrätten och medför såväl rättigheter som skyldigheter. Inom folkrätten härrör dessa framförallt från traktater, d.v.s. mellanstatliga överenskommelser underordnade internationell rätt. Inom rättsområdet för mänskliga rättigheter i Europa är den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna¹ (EKMR) en mycket central reglering.²

De stater som är parter till EKMR åtar sig i dess portalparagraf att: "garantera var och en, som befinner sig *under deras jurisdiktion* [min kursivering], de fri- och rättigheter som anges i avdelning I av denna konvention". Att stater är skyldiga att tillgodose mänskliga rättigheter på sitt eget territorium är knappast en nyhet och följer av ovan nämnda suveränitetsprincip. Men vad gäller då de agerar konventionsstridigt utanför sitt territorium? Behovet av att få klarhet i detta ökar alltmer till följd av staters militära interventioner där konventionsbrott olyckligtvis inte är helt ovanliga. Detta framgår tydligt i de rättsfall jag studerat. För att undvika en rättsosäker värld där individer inte vet vad de kan förvänta sig för skydd och där omfattningen av staters ansvar är oförutsägbart behöver detta besvaras.

¹ Rom den 4 november 1950, SÖ 1952:35.

² Linderfalk (red.), 2012, s. 16; Miller, 2009, s. 1239.

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) slog tidigt fast att EKMR som utgångspunkt är territoriellt tillämplig. Domstolen har sedermera utvidgat parternas skyldighet att tillämpa konventionen till att gälla även extraterritoriellt, men det har fortsättningsvis ansetts vara ett undantag från huvudregeln och gäller endast *i exceptionella fall*. Europadomstolen har i sin rättspraxis identifierat åtminstone fyra typfall då extraterritoriell jurisdiktion kan komma att aktualiseras: för det första rör det sig om diplomatiska eller konsulära representanters officiella handlingar i utlandet. För det andra de fall där en stat med den andra statens samtycke övertagit alla eller några av dess regeringsfunktioner. Den tredje kategorin är fall där statstjänstemän utövar fysisk kontroll över individer eller grupper, exempelvis i ett fängelse, och slutligen situationen där stater utövar "effektiv kontroll" över en annan stats territorium till följd av en militär insats. Dessutom finns ytterligare en situation, som dock endast har inslag av extraterritorialitet, nämligen när utvisning eller utlämning riskerar att leda till kränkningar av individen på annan stats territorium.

1.2. Syfte och frågeställningar

Den alltmer extensiva tolkning av begreppet "jurisdiktion" i artikel 1 EKMR som Europadomstolen tycks göra leder till funderingar vad gäller omfattningen av denna jurisdiktion. Domstolens rättspraxis är relativt snårig och i doktrinen tycks ingen med säkerhet veta var gränsen går. Jag inbillar mig inte att jag ska lyckas där rättsvetenskapliga författare stött på problem, men syftet är att denna uppsats ska utgöra en kortfattad och aktuell beskrivning av gällande rätt som läsaren lätt kan ta till sig. Jag har därför valt följande frågeställningar:

- *När är de stater som är parter till EKMR skyldiga att tillämpa konventionen extraterritoriellt?*
- *Var går gränsen för de s.k. "exceptionella fallen"?*
- *Är det en lämplig gränsdragning?*

I skrivande stund pågår flera mål i Migrationsverket angående uppehållstillstånd för afghanska medborgare som tidigare tjänstgjort som tolkar inom ramen för svenska Försvarsmaktens insats i Afghanistan. Migrationsdomstolen har ansett att EKMR är extraterritoriellt tillämplig på målen. Syftet är alltså dessutom att applicera det rättsläge jag kommer fram till på deras situation och svara på följande fråga:

- *Kan och bör EKMR vara tillämpligt i målet rörande de afghanska tolkarna?*

1.3. Avgränsning

Trots att det finns ett nära samband mellan staters jurisdiktion å ena sidan och statsansvar³ å andra sidan, i den bemärkelsen att statsjurisdiktion är en nödvändig förutsättning för att statsansvar ska uppstå, så kommer statsansvar p.g.a. brist på utrymme inte att behandlas i denna uppsats. Till skillnad från statsjurisdiktion uppstår statsansvar på grund av kontroll över gärningsmannen, medan statsjurisdiktion tar sikte på statens kontroll offret för kränkningen.⁴

För att EKMR ska anses tillämplig på ett fall krävs att vissa kriterier är uppfyllda: att kränkningen hänför sig till en rättighet som tillgodoses av konventionen, att klagomålet riktar sig mot en fördragsslutande stat och inte en individ, att konventionsbrottet utförts inom ett territorium som staten ansvarar för samt att kränkningen utförts eller får effekt vid en tidpunkt som täcks av konventionen. Uppsatsens fokus kommer att ligga på de två sistnämnda: konventionens *ratione loci* och *ratione temporis*.⁵

Extraterritoriell tillämplighet av EKMR uppstår även då staten genom ett tillkännagivande utsträcker sitt ansvar till att omfatta även dess utrikestritorier och kolonier. Denna jurisdiktion, som härleds ur artikel 56, är inte föremål för utredning här

³ Jfr *the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*.

⁴ Milanovic, 2011, s. 51; *Al-Skeini and Others*, para. 130.

⁵ Danelius, 2012, s. 31.

då den inte kan anses oklar på samma sätt som omfattningen av jurisdiktionen i artikel 1.⁶

I linje med ovan formulerade syfte begränsar jag mig till att endast behandla EKMR, trots att en komparativ studie av den extraterritoriella tillämpligheten av olika traktater hade varit intressant och belysande.

Vad gäller utredningen av ovan nämnda mål om uppehållstillstånd kommer jag uteslutande att beröra den isolerade frågan om konventionens tillämplighet och inte spekulera i den materiella frågan om huruvida asyl kan och bör ges utifrån EKMR.

1.4. Teori och metod

För att uppnå syftet med uppsatsen och svara på mina frågeställningar bedömer jag att den rättsdogmatiska metoden är lämpligast. Denna metod används för att tolka och systematisera gällande rätt och att i förlängningen tillämpa denna regel på ett rättsligt problem, vilket är just syftet med min uppsats. Metoden syftar till att ifrågasätta och lösa konkreta juridiska problem i praktiken, varför jag först måste fastställa vad i gällande rätt som har relevans för bedömningen av det rättsfall jag valt att analysera. Vid studiet av gällande rätt beaktar jag eventuella normkonflikter utifrån rättskällevärdet. Då valet av material främst utgörs av rättspraxis från Europadomstolen ligger mitt fokus i metoden på att kartlägga rättsläget enligt denna praxis. Jag anlägger ett kritiskt granskande perspektiv vid bedömningen av motiveringen i det aktuella asylmålet och analyserar så objektivt som möjligt Migrationsdomstolens juridiska argumentation, utifrån det fastslagna rättsläget. Även studiet av Europadomstolens praxis görs med kritiska ögon och jag diskuterar även *de lege ferenda* i min analys.⁷

⁶ Cameron, 2014, s.52.

⁷ Peczenik, 1995, s. 33; Korling och Zamboni (red.), 2013, s. 21, 25 och 27.

1.5. Material och forskningsläge

Uppsatsen grundar sig framförallt på Europadomstolens rättspraxis. Såväl aktuella som överspelade rättsfall behandlas för att visa i vilken riktning utvecklingen är på väg. Dessutom kommer jag att studera juridisk doktrin och juridiska artiklar som behandlar denna praxis. För att kunna ge en folkrättslig bakgrund ska jag också sätta mig in i den mer övergripande folkrättsliga doktrinen. Då det inte här är aktuellt med några normkonflikter mellan svensk respektive europeisk rätt kommer fokus att ligga på det europeiska rättsläget. För att besvara frågeställningen om pågående rättsfall ska givetvis fallet i fråga studeras noga. Forskningsläget är relativt omfattande gällande extraterritorialitet i allmänhet, men endast ett fåtal författare behandlar de allra senaste ändringarna i praxis avseende EKMR. I svensk doktrin har rättsområdet behandlats i begränsad omfattning och min uppsats ska därför en aktuell inblick ges i den nationella tillämpningen.

1.6. Disposition

Uppsatsen är indelad i tre delar, utöver inledningen som utgör det första avsnittet.

Avsnitt två lägger en folkrättslig grund för läsaren att stå på för att bättre förstå resterande del av uppsatsen. Först behandlas EKMR:s ställning i svensk rätt. Efter det granskas jurisdiktionsbegreppets olika innebörder inom folkrätten eftersom det i den mening som avses i konventionen kan anses något kontroversiell. Till sist ges läsaren en bild av hur tolkningsförfarandet går till inom traktaträtten då detta blir relevant senare, i analysen.

I avsnitt tre behandlas extraterritorialitet såsom den kommer till uttryck i EKMR och Europadomstolens praxis. Fokus ligger på den praxis som är gällande rätt idag, men för att få en bild av i vilken riktning utvecklingen går så ges även en sammanfattning av de viktigaste rättsfallen ur ett historiskt perspektiv. Här skildras också Migrationsdomstolens

öväväganden kring EKMR:s extraterritoriella tillämplighet i det pågående målet avseende de afghanska tolkarnas ansökan om uppehållstillstånd.

Avslutningsvis kommer jag i avsnitt fyra att resonera kring gränsdragningen avseende gällande rätt och tillämpa mina slutsatser på det ovanstående fallet.

2. Bakgrund

2.1. Jurisdiktion

Inom folkrätten förekommer inte ett utan många jurisdiktionsbegrepp. För att undvika förvirring ska en överblick ges över de mest relevanta jurisdiktionsbegreppen.

I artikel 1 EKMR stadgas som ovan nämnts att rättigheterna garanteras alla som är under de fördragsslutande staternas *jurisdiktion*. Jurisdiktion över kränkningen är alltså ett absolut krav för tillämplighet av konventionen, eller som Europadomstolen kallar det: "a threshold criterion".⁸ Syftet med denna typ av jurisdiktion är att definiera omfattningen av konventionens tillämplighet för den enskilda staten och därmed identifiera vilka individer som har rätt att skyddas av konventionen.⁹ Konventionen garanterar endast ett minimiskydd men ingenting hindrar staterna från att gå utöver sina skyldigheter och erbjuda ett mer långtgående skydd, samt att utsträcka skyddet till att omfatta en större krets individer.¹⁰

Från statens jurisdiktion måste man skilja Europadomstolens jurisdiktion att pröva huruvida staterna levt upp till detta ansvar. Dennas behörighet framgår istället av artikel 32 och omfattar allt som rör tolkningen och tillämpningen av konventionen. Trots att domstolens och statens jurisdiktion ska hållas separerade från varandra så finns det en viktig länk dem emellan. Domstolens behörighet förutsätter att vissa kriterier är uppfyllda kriterier som stadgas i artikel 32 och artikel 35. Ett av dessa är att en ansökan ska falla inom konventionens *ratione loci*, vilket i praktiken innebär att den påstådda kränkningen måste ha begåtts inom den fördragsslutande statens jurisdiktion enligt

⁸ Bl.a. *Al-Skeini and Others*, para. 130.

⁹ Miller, 2009, s.1242.

¹⁰ Danelius, 2012, s.51.

artikel 1 för att kunna falla inom domstolens jurisdiktion. Därför behandlas ofta frågan om Europadomstolens och statens jurisdiktion av praktiska skäl samtidigt.¹¹

En annan innebörd som läggs i begreppet jurisdiktion inom internationell rätt är den jurisdiktion som följer av staters suveränitet och ger dem rätt att utöva *legislativ*, *judikativ* och *exekutiv* jurisdiktion. Denna behörighet gäller primärt inom statens territorium och för att en stat ska kunna utöva sin jurisdiktion extraterritoriellt krävs antingen ett avtal eller samtycke av den andra staten, t.ex. ett utlämningsavtal eller samtycke till att en stat får bedriva spaning på dess territorium. En stat kan också erhålla jurisdiktion genom att det finns en stark anknytning till staten i fråga, t.ex. genom den brottsliga gärningen, brottsoffret eller gärningsmannen. Detta är dock ett komplicerat ämne som kräver sin egen utredning.¹²

För att återgå till tolkningen av det jurisdiktionsbegrepp som är föremål för utredning här så fordras en kort genomgång av tolkningsreglerna inom traktaträtten och därefter ska förarbetena till EKMR undersökas.

2.2. Tolkning av traktat

EKMR inkorporerades formellt i svensk lagstiftning först år 1995, men ända sedan Sveriges ratificering år 1953 har den haft stor genomslagskraft i svensk rättspraxis och dess status har bara ökat med åren.¹³

Innehållet i konventionen är precis som andra avtal tvetydigt och föremål för tolkning. Då syftet med uppsatsen bl.a. är att ta reda på den närmare innebörden av begreppet jurisdiktion är en kort genomgång av tolkningsprocessen nödvändig. Europadomstolen har av de fördragsslutande staterna getts behörighet att tolka konventionen, en behörighet de härleder ur artikel 32. Domstolens domar är bindande för de stater som

¹¹ Practical guide on Admissibility Criteria, 2011, s. 38, para. 173-175; Savert, 2012, s.23.

¹² Linderfalk (red.), 2012, s. 39f; Savert, 2012, s.24ff.

¹³ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna; Danelius, 2012, s.37ff.

är parter i målet, vilket framgår av artikel 46. Själva implementeringen av domen får dock ske på det sätt staterna finner det lämpligt, så länge syftet uppnås. Även de stater som inte är parter måste beakta om och hur domen påverkar deras rättssystem, och anpassa sin nationella reglering efter den.¹⁴

1969 års Wienkonvention om traktaträtt¹⁵ (VCLT) är ett internationellt mellanstatligt avtal som reglerar hur mellanstatliga traktat ska tolkas och tillämpas. Konventionen har av Europadomstolen i hög grad ansetts ge uttryck för internationell sedvanerätt. Av retroaktivitetsförbudet i artikel 4 VCLT följer att de traktater som ingåtts före statens tillträdande till konventionen inte faller inom ramen för VCLT:s tillämpningsområde. Eftersom EKMR trädde i kraft 1953 och VCLT först 1980 är Wienkonventionen om traktaträtt därför inte direkt tillämplig på EKMR. Tolkningsreglerna i artikel 31-33 är dock identiska med internationell sedvanerätt, vilket därmed gör dem tillämpliga på EKMR.¹⁶

Artikel 31 VCLT slår fast att en traktat ska tolkas "[...] i överensstämmelse med den gängse meningen [...] i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte". Av artikeln framgår att även traktatens preambel ingår i detta. I EKMR:s preambel anges att syftet med konventionen är att trygga ett universellt erkännande och iakttagande av de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Först då resultatet av tolkningen utifrån ordalydelsen är tvetydig eller oklar eller om den leder till ett orimligt eller oförnuftigt resultat får supplementära tolkningsmedel tas i beaktande. Detta stadgas i artikel 32 och de består av exempelvis traktatens förarbeten. I praxis har det även poängterats att konventionen måste tolkas på ett sätt som gör att skyddet blir praktiskt och effektivt.¹⁷

¹⁴ Danelius, 2012, s. 49.

¹⁵ Wien den 23 maj 1969, SÖ 1975:1.

¹⁶ Linderfalk (red), 2012, s. 77f och 93. Jfr. även *Golder*, para. 23.

¹⁷ *Soering*, para. 87.

Ordalydelsen i artikel 1 EKMR är enligt min uppfattning inte helt klar. Formuleringen *under deras jurisdiktion* kan vid en första anblick tolkas såväl territoriellt som extraterritoriellt. Om man däremot läser den mot bakgrund av ovan nämnda syfte så lutar i vart fall min slutsats åt en mer extensiv, extraterritoriell, tolkning av rättighetsskyddet. Ser man istället till kontexten antyder den att en mer restriktiv tolkning är på sin plats. De fördragsslutande parterna är ju uteslutande europeiska stater och konventionens namn skulle även det kunna tyda på att man avsett begränsa den till Europa.

Om vi vänder oss till förarbetena ser vi att det ursprungliga förslaget till förarbeten som lades fram av Europarådets parlamentariska församling löd: "garantera var och en som är bosatt inom deras territorier [min översättning och kursivering] [...]". Denna tydligt territoriella begränsning övergavs dock snabbt till förmån för den nuvarande lydelsen då man ansåg att formuleringen var för restriktiv och exkluderade individer utan bosättning. Extraterritoriell tillämplighet diskuterades aldrig.¹⁸ Det är dock troligtvis en alldeles för långtgående slutsats att förutsätta att man genom ändringen helt övergav den territoriella idén. Europadomstolen understryker dessutom i *Bankovic'* att förarbetena i egenskap av supplementära tolkningsmedel inte på något sätt är avgörande för tolkningen av artikel 1.¹⁹ Detta framgår tydligt av artikel 32 VCLT liksom i nedan behandlad praxis där de har fått ett mycket begränsat utrymme. Dessutom framhåller de i det viktiga fallet *Soering v. The United Kingdom* att EKMR är ett "levande instrument som ska tolkas i ljuset av nuvarande förhållanden" (min översättning). Detta innebär i praktiken att det snarare är de fördragsslutande staternas åsikter idag och inte vid konventionens antagande 1950 som ska råda.²⁰

¹⁸ *Council of Europe, 1950*, s. 260.

¹⁹ *Bankovic' and Others*, para. 65.

²⁰ *Soering*, para. 102; Harris m.fl., 2009, s. 7 och 17.

3. Extraterritorialitet

3.1. Europadomstolens rättspraxis

Det råder ingen större tvekan om att en part till EKMR är skyldig att inom sitt eget territorium säkerställa att rättighetskatalogen uppfylls. Detta följer av suveränitetsprincipen, samt av formuleringen "var och en" i artikel 1. Det territoriella skyddet omfattar såväl nationella medborgare som utländska medborgare inom territoriet och ingen diskriminering i detta avseende får förekomma. Staten presumeras vara ansvarig för alla kränkningar på sitt eget territorium och det är endast i sällsynta fall som den inte bär något ansvar där, såsom då en annan stat utövar kontroll över dess territorium.²¹ Det är dock en fråga som inte kommer att behandlas närmare här.

I ett av de första stora fallen på området, *Soering* från 1989, slår Europadomstolen fast huvudregeln: att räckvidden av artikel 1 som utgångspunkt är territoriell. Utan att vidare behandla frågan om extraterritoriell tillämpning öppnar man ändå implicit, enligt min uppfattning, för en viss möjlighet till detta genom att använda uttrycket "*notably territorial*".²²

I det centrala fallet *Bankovic'* från 2001 utvecklar Europadomstolen sin praxis genom att i sin *Grand Chamber* konstatera att trots att territorialitet är huvudregeln, så har de fördragsslutande staterna *i exceptionella fall* ett extraterritoriellt ansvar enligt konventionen. Detta ska bedömas från fall till fall utifrån dess unika omständigheter och omfattar både handlingar som rent faktiskt är *utförda* på en annan stats territorium såväl som de handlingar som enbart *får konsekvenser* på en annan stats territorium.²³ Talan fördes av släktingarna till dödsoffren för en bombning av en radio- och tv-station i Belgrad utförd av NATO-plan och riktades mot 17 stater som utöver att vara NATO-medlemmar också ratificerat EKMR. Då NATO utövade tillräcklig "effektiv kontroll" över

²¹ *Ilascu and Others*, para. 311; Danelius, 2012, s. 41.

²² *Soering*, para. 86.

²³ *Bankovic' and Others*, para. 61 och 67.

området i fråga skulle de också anses ansvariga för kränkningar i detta område. Domstolen skulle bl.a. bedöma om det överhuvudtaget var möjligt att tillämpa konventionen på en kränkning som skett utanför de fördragsslutande staternas territorier, konventionens juridiska område, eller "*espace juridique*". Deras slutsats var att då konventionen inte var ämnad att användas globalt utan i en regional kontext så var det tydligt att före detta Jugoslavien hamnade utanför dess tillämpningsområde. Tio år senare kom domstolen i nästa centrala fall, *Al-Skeini v. The United Kingdom*, till slutsatsen att tillämpningsområdet inte är begränsat till konventionsstaternas "*espace juridique*".²⁴

Såväl *Bankovic* som *Al-Skeini* är auktoritära fall på området och domstolen sammanfattade i båda fallen sin redan fastslagna men röriga rättspraxis. De angav fyra "exceptionella fall" där extraterritoriell jurisdiktion kunde vara för handen. I *Al-Skeini* delades de sedan upp i följande två huvudgrupper:

- 1) State agent authority and control
- 2) Effective control over an area²⁵

I doktrin har Europadomstolens praxis avseende EKMR:s *ratione loci* tolkats på olika sätt, där t.ex. Milanovic använt sig av "the spatial model" respektive "the personal model".²⁶ Senare författare, såsom Grabenwarter²⁷, har dock anammat ovanstående indelning och det är också den som enligt min åsikt stämmer bäst överens med domstolens. I ett nyligen avgjort fall från den 20 november 2014 upprepas denna modell återigen av Europadomstolens *Grand Chamber* varför den får anses utgöra gällande rätt. Nedan ska resultatet av dess rättspraxis behandlas i tur och ordning och till sist kommer de fall som

²⁴ *Al-Skeini and Others*, para. 142.

²⁵ *Al-Skeini and Others*, para. 133-142; *Bankovic*, para. 67-73.

²⁶ Milanovic, 2011, kapitel IV.

²⁷ Grabenwarter, 2014, s. 8f.

av flera rättsvetenskapliga författare på området kallats "falsk extraterritorialitet" att utredas.²⁸

3.1.1. State agent authority and control

Europadomstolens praxis går här att dela in i tre undergrupper:

Det mest okontroversiella exemplet är de fall där en stat genom sina diplomatiska och konsulära representanter utövar kontroll över individer i utlandet, då de utför officiella handlingar i egenskap av statsrepresentanter. Då är de alltså skyldiga att följa konventioner som EKMR, vid risk för att deras "sändarstat" annars står som ansvarig för konventionskränkningar. Tjänstemännens immunitet vid en eventuell kränkning är dock en helt annan fråga.²⁹

Den andra kategorin rör de situationer där en fördragsslutande stat på en annan stats territorium utför den typ av officiella handlingar som normalt sett utförs av statens egen regering. Det kan röra sig om ett fullständigt eller begränsat övertagande av de officiella funktionerna, så länge det sker på statens inbjudan eller i vart fall med dess samtycke. Normalt sett rör det sig om judiciella eller exekutiva uppgifter och den stat som övertar dessa uppgifter får, logiskt nog, extraterritoriell jurisdiktion över de kränkningar av EKMR som uppstår som en direkt följd av sådana officiella handlingar.³⁰

Slutligen har Europadomstolen identifierat fall där enskilda statsrepresentanter genom våld eller andra maktmedel kontrollerar individer eller grupper på en annan stats territorium. Detta är den modell som av exempelvis Milanovic´ hänvisas till som "the personal model". I *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* bedömde domstolen att två irakiska medborgare som frihetsberövats och tagits i förvar i brittiska fängelser på irakisk mark föll inom Förenade Kungarikets jurisdiktion. Förenade Kungariket hade

²⁸ *Jaloud*, para. 139; Miller, 2009, s. 1242.

²⁹ *Bankovic´ and Others*, para. 73; *Al-Skeini*, para. 134; Danelius, 2012, s. 41.

³⁰ *Al-Skeini*, para. 135.

genom sina representanter *total and exclusive control* över fängelset och irakierna, och den fysiska kontrollen ansågs avgörande.³¹ Andra exempel är då en stats representanter på internationellt vatten haft en sådan fullständig kontroll över en annan stats fartyg och inte minst över deras besättning.³²

Omfattningen av det rättighetsskydd staten är skyldig att tillgodose varierar från fall till fall och behandlas nedan. Domstolen har i *Bankovic*´ avfärdat den föreslagna principen att skyddet ska stå i paritet till den kontroll staten utövar eftersom ett sådant orsak - och verkan - resonemang kring ansvar skulle kunna leda till konsekvenser som inte gick att överblicka.³³

3.1.2. *Effective control over an area*

Det kan inte nog poängteras att rekvisitet "effektiv kontroll" här måste skiljas från det som tillämpas i fråga om statsansvar. Det sistnämnda förutsätter som ovan nämnts effektiv kontroll över gärningsmannen och dennes handlande, till skillnad från jurisdiktionsbegreppets krav på effektiv kontroll över offren och det territorium de befinner sig på.³⁴

När en fördragsslutande stat utövar faktisk, "effektiv kontroll" över ett område utanför sitt territorium kan ansvar enligt EKMR aktualiseras. Så är framförallt fallet när en stat genomför en militär insats på en annan stats territorium. *Milanovic*´ refererar till modellen som "the spatial model". Det spelar ingen roll om insatsen är laglig eller olaglig: såväl en fredbevarande insats inom ramen för en resolution av FN:s säkerhetsråd som en regelrätt militär ockupation kan bli föremål för samma bedömning. Kontrollen måste vara en direkt konsekvens av den militära närvaron och kan utövas antingen direkt, t.ex. i egenskap av ockupationsmakt, eller indirekt via en underordnad lokal

³¹ *Al-Saadoon and Mufdhi* (dec.), para. 86-89.

³² *Medvedyev and Others*, para. 67.

³³ *Al-Skeini*, para. 137; *Banković*, para. 40 och 75.

³⁴ *Milanovic*´, 2011, s.51; se t.ex. *Al-Jedda v. The United Kingdom*.

administration.³⁵ Europadomstolen anser att skyldigheten att skydda det andra landets invånare är en logisk följd av denna militära kontroll och att det annars riskerar att uppstå ett rättsligt vakuum där ingen av de två staterna tar ansvar för invånarna.³⁶

I *Issa and Others v. Turkey* framgår att det avgörande inte är storleken på området eller under hur lång tid det fortlöpt utan att kontrollen uppgår till en viss intensitet. Detta kan yttra sig i exempelvis regelbundna militära patruller och vägkontroller.³⁷ En stark militär närvaro är en förutsättning för en tillräcklig nivå av kontroll, och i synnerhet antalet soldater i området utgör en indikation på detta. I fallet *Loizidou* rörde det sig om den turkiska ockupationen av norra Cypern. Där ansågs 30 000 turkiska soldater vara tillräckligt för att uppnå effektiv kontroll över ett så stort område, men man uttalade sig inte om huruvida ett mindre antal hade räckt.³⁸ Även politiskt och ekonomiskt inflytande över regionen har ansetts relevant för bedömningen. Om en direkt effektiv kontroll föreligger, alltså kontroll genom militär närvaro, är det inte nödvändigt att dessutom bedöma om staten även kontrollerar de lokala myndigheterna. Det faktum att det lokala styret överlever som en följd av den andra statens närvaro och stöd medför att den andra staten blir ansvarig även för de lokala myndigheternas handlingar.³⁹

Förutom i *Loizidou* har jurisdiktion t.ex. ansetts föreligga i *Al-Skeini*. Här hade drygt 8000 soldater säkerhetsansvaret för ett 96 000 km² stort område med 4.6 miljoner invånare. Förenade Kungariket utövade även vissa officiella funktioner i Irak då landet under en period saknade en sittande regering. Domstolen uttalade inte sig uttryckligen om effektiv kontroll, utan nöjde sig med att konstatera att de irakiska medborgare som dödats som en följd av säkerhetsoperationerna vid tidpunkten för sin död föll under

³⁵ *Loizidou* (Merits), para. 52; Grabenwarter, 2014, s. 7.

³⁶ *Al-Skeini*, para. 138.

³⁷ *Issa and Others*, para. 73-75.

³⁸ *Loizidou* (Merits), para 16 och 56.

³⁹ *Al-Skeini*, para. 138-139.

statens jurisdiktion. I fallet framgick att de båda jurisdiktionsmodellerna kan kombineras, en pragmatisk om än något förvirrande lösning.⁴⁰

Vad gäller omfattningen av rättighetskyddet har Europadomstolen i just *Al-Skeini* uttalat att till skillnad från ovan nämnda modell så ska samtliga grundläggande rättigheter i EKMR tillgodoses till fullo och varje överträdelse hänförs till staten i fråga.⁴¹

3.2. "Falsk extraterritorialitet"

För att EKMR ska bli extraterritoriellt tillämplig är normalt en av förutsättningarna att en kränkning har skett *utanför statens eget territorium*. Det finns dock en kategori som ofta omtalas som extraterritoriella trots att själva konventionsbrottet begås *på statens eget territorium*.⁴² Kategorin faller inte helt inom ramen för det vedertagna extraterritoriella begreppet men har trots det relevans för uppsatsens syfte då situationerna ibland tycks tangera varandra, vilket framgår nedan under avsnitt 4.

Konventionens rättighetskatalog erbjuder inte någon rätt till asyl utan den bedömningen har ansetts falla inom ramen för statens suveräna kompetens. Den förbjuder inte heller uttryckligen utlämning eller utvisning, i de fall där individen redan är inom statens territorium.⁴³ Däremot har Europadomstolen i *Soering* gjort bedömningen att om utlämning ska ske till en stat där en *konkret risk* föreligger för att individens rättigheter enligt artikel 3 kränks, d.v.s. förbudet mot tortyr och omänsklig behandling, så bryter sändarstaten mot sina skyldigheter enligt EKMR. Utvisning omfattas sedermera också av förbudet. Det är dock viktigt att poängtera att skyldigheten att kontrollera dessa risker inte omfattar alla rättigheter i konventionen, utan bara de mest fundamentala, såsom artikel 2,3,4,6 och 9.⁴⁴

⁴⁰ *Al-Skeini*, para. 20 och 149.

⁴¹ *Al-Skeini*, para. 136-138.

⁴² Miller, 2009, s. 1242.

⁴³ Bl.a. *Hirsi Jamaa and Others*, para. 113-114.

⁴⁴ *Soering*, para. 91; Grabenwarter, 2014, s.10f.

Det unika med denna dom är att konventionen ansetts tillämplig *före* det att en kränkning *de facto* inträffat, en utvidgning av dess *ratione temporis*. Ansvar enligt EKMR uppstår i och med beslutet att lämna ut individen då det möjliggör mottagarstatens kränkningar. Domstolen underströk dock att detta ansvar är begränsat till undantagsfall och förutsätter välgrundad misstanke om allvarliga kränkningar. I fallet riskerade den sökande utlämning till USA p.g.a. mord och skulle där avtjäna livstidsstraff utan någon möjlighet att bli frisläppt i förtid, något som tillsammans dennes låga ålder och psykiska tillstånd gjorde att det ansågs utgöra ett brott mot artikel 3.⁴⁵

⁴⁵ *Soering*, para. 91; *Harris mfl.*, 2009, s. 79ff.

4. De afghanska tolkarna

– Migrationsdomstolens bedömning

Uppsatsens syfte är som ovan nämnts att ta reda på omfattningen av staters jurisdiktion utifrån EKMR, samt att tillämpa detta på ett pågående mål⁴⁶ angående ansökan om uppehållstillstånd. "Målet" i fråga är i själva verket sju olika mål där sökanden utgörs av sju afghanska medborgare som från Afghanistan ansökt om uppehållstillstånd i Sverige, dels på grunden "särskild anknytning" i 5 kap. 3a § 3 st. 3 p. Utlänningslagen och dels till följd av Sveriges förpliktelser enligt EKMR.

Bakgrunden, såsom den anges i Migrationsdomstolens (MID) slutliga beslut, är i korthet att dessa afghanska medborgare tjänstgjort som tolkar för den svenska delen av den fredsfrämjande styrka, ISAF⁴⁷, som verkat i Afghanistan mellan 2002 och 2014.⁴⁸

ISAF har bestått av upp till 50 deltagande länder och dessutom har de haft ett omfattande samarbete med en separat amerikansk militär insats, *Operation Enduring Freedom*. Sverige har alltså varit långt ifrån den enda aktören på plats.⁴⁹ I flertalet propositioner som behandlar det svenska deltagandet framgår det att de hela tiden befunnit sig i landet med den afghanska regeringens samtycke. I förhållande till regeringen och lokala myndigheter har de enbart haft en understödjande funktion. Enhetens fokus har legat på att genom militär närvaro skapa stabilitet och säkerhet i området för att i förlängningen ge förutsättningar för civila hjälporganisationers arbete för uppbyggnaden av ett fungerande rättsväsende, skolsystem, samhällsinstitutioner med mera.⁵⁰ Sverige ansvarade från och med 2006, då säkerhetssituationen försämrades markant, för säkerheten i ett mycket vidsträckt område i de norra delarna av landet,

⁴⁶ Förvaltningsrätten i Malmö, målnr., UM 3466-14, 1 oktober 2014.

⁴⁷ *International Security Assistance Force*, bildad med stöd av FN:s Säkerhetsråds Resolution 1386.

⁴⁸ Målnr., UM 3466-14, s. 6f.

⁴⁹ Prop. 2012/13:41, s. 16ff.

⁵⁰ Prop. 2006/07:83, s. 12.

kring Mazar-e-Sharif. Det svenska truppbidraget bestod efter detta övertagande av i genomsnitt 400-600 soldater och civilanställda.⁵¹ Från 2013 till sommaren 2014 minskade den svenska närvaron i Afghanistan kraftigt i takt med att säkerhetsansvaret lades över på de afghanska myndigheterna och säkerhetsstyrkorna, som i flera avseenden också utbildats av svenska soldater och civila. Antalet idag uppgår endast till ca 50 personer med ett i första hand logistiskt ansvar.⁵² Utöver militära insatser har Sverige bidragit med omfattande ekonomiskt stöd såväl som en civil politisk rådgivare med uppgift att samordna dessa stödinsatser. Till följd av en mycket utbredd korrupktion och ett dåligt fungerande lokalt styre kan det dock ifrågasättas i vilken utsträckning detta stöd gett Sverige något faktiskt inflytande på lokal nivå i de norra provinserna.⁵³

De afghanska tolkarna anför att det efter det att majoriteten av den svenska styrkan lämnat Afghanistan uppstått en hotbild gentemot dem från talibansympatisörer och att det finns ett orsakssamband mellan deras anställning i den svenska enheten och hotet. Migrationsverket (MV) avslog i beslut den 18 juli 2014 ansökan på formella grunder, utan att göra en materiell prövning. Efter överklagan till MID har domstolen dels återförvisat det till MV för prövning i sak, dels ansett att EKMR är tillämplig på fallen då klagandena befunnit sig *inom Sveriges jurisdiktion*, i den mening som avses i artikel 1.⁵⁴

MID går först igenom Europadomstolens praxis avseende "falsk extraterritorialitet", men framhäver i nästa andetag att sökanden befinner sig i sitt hemland och att det alltså inte är fråga om vare sig utlämning eller utvisning.⁵⁵ Sedan beskriver de Europadomstolens syn på rekvisitet "effektiv kontroll" och kommer genom en, enligt min mening, vag och svepande motivering fram till att Sverige har extraterritoriell jurisdiktion i norra Afghanistan, detta trots att de uttryckligen anger att utredning i frågan saknas. De menar

⁵¹ Prop. 2006/07:83, s. 15; prop. 2012/13:41, s. 26.

⁵² Prop. 2012/13:31, s. 30; <http://www.forsvarsmakten.se/sv/var-verksamhet/internationella-insatser/pagaende-internationella-insatser/afghanistan-isaf/>.

⁵³ Prop. 2012/13:31, s. 17 och 23; prop. 2006/07:83, s. 6 och 11.

⁵⁴ Målnr., UM 3466-14, s. 1 och 4-6.

⁵⁵ Målnr., UM 3466-14, s.7 och 9.

att rekvisitet ska begränsas till att omfatta kontrollen över enbart sökandena i fråga och att Sverige genom tolkarnas arbete för den svenska Försvarmakten otvivelaktigt haft en sådan jurisdiktionsgrundande kontroll.⁵⁶ Därefter poängterar domstolen att EKMR:s *ratione temporis* är begränsat till att gälla kränkningar som sker *under tiden* som kontrollen varar, bortsett från tidigare behandlade utvisnings- och utlämningsituationer. Migrationsdomstolen kommer trots detta fram till att Sverige ändå är ansvariga i enlighet med konventionen. Som stöd för detta hänvisar de till fallet *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*. Fallet handlar om flyktingar som på internationellt vatten omhändertagits av den italienska kustbevakningen och på grund av ett utlämningsavtal återlämnats till Libyen där de sedan utsatts för kränkningar av sina konventionsrättigheter. Italien bedömdes ha haft jurisdiktion över flyktingarna dels p.g.a. att handlingarna skedde ombord på ett fartyg med italiensk flagg, dels p.g.a. att den italienska kustbevakningen agerade som representanter för den italienska staten och hade flyktingarna inom sin exklusiva, fysiska kontroll då utlämningen skedde.⁵⁷

⁵⁶ Målnr. UM 3466-14, s. 6-8.

⁵⁷ Målnr.. UM 3466-14, s. 8f.; *Hirsi Jamaa*, para. 76-82.

5. Analys och slutsatser

5.1. Extraterritoriell jurisdiktion enligt EKMR

- *När är de stater som är parter till EKMR skyldiga att tillämpa konventionen extraterritoriellt?*
- *Var går gränsen för de s.k. "exceptionella fallen"?*

En fördragsslutande stats skyldighet att tillämpa konventionen är som framgått ovan territoriellt begränsad, men i exceptionella fall föreligger även en extraterritoriell skyldighet. De situationer som utkristalliserats av Europadomstolen är relativt tydligt avgränsade. Sammantaget kan man säga att det rör sig om situationer då staten eller representanter för staten utanför sitt territorium ägnar sig åt myndighetsutövning, vare sig det är på inbjudan av den "utländska" staten eller genom tvångsmakt. Förutom de fyra ovan behandlade typfallen innebär även de under avsnitt 3.2 behandlade utlämnings- och utvisningsfallen en viss skyldighet för staten att tillämpa EKMR extraterritoriellt.

Gränsen för dessa fall är dock tydlig endast vid första anblick. Om man skrapar lite på ytan är det inte lägre så glasklart som man kan tro, vilket ju i och för sig är karakteristiskt för i stort sett alla juridiska frågor. Vad sker t.ex. om ett privat företag med kopplingar till staten börjar bedriva verksamhet utomlands och i sin verksamhet vidtar handlingar i strid med EKMR? Det är inte sannolikt att ett ansvar enligt konventionen skulle uppkomma. Vidare: har en stat som skjuter ner ett civilt flygplan på en annan stats luftrum sådan effektiv kontroll som krävs för att ansvar enligt EKMR ska aktualiseras? Nej, troligtvis inte. Europadomstolen praxis indikerar att rekvisitet är högt ställt och att en faktisk, ofta fysisk, kontroll krävs. Krävs det då att individen är i statens förvar eller räcker det att en *state agent* är i en fysiskt och/eller psykisk maktposition som kan missbrukas? Inte heller vad gäller *effective control*-rekvisitet går det att dra några

slutsatser kring vad som krävs i form av antal soldater och dylikt. Domstolen aktar sig för att måla in sig i ett hörn genom att stolpa upp alltför tydliga parametrar och värden. Sammanfattningsvis är rättsläget oklart, som så ofta är fallet i juridikens värld.

Kan vi då förvänta oss att se ett mer omfattande extraterritoriellt jurisdiktionsbegrepp i framtiden? Det finns tecken på att utvecklingen går i en alltmer extensiv riktning. Det faktum att Europadomstolen i *Bankovic* gick från att hävda att den endast var regionalt tillämplig till att ge den en universell tillämplighet tyder på en vilja att leva upp till konventionens universella syfte. Jag föreställer mig att domstolen medvetet valt en metod där de sakta men säkert utvidgar de extraterritoriella undantagen, i syfte att steg för steg kunna kontrollera vad respektive utvidgning får för konsekvenser. En alltför okontrollerad och oförutsägbar ökning skulle inte uppskattas på ett politiskt plan av de fördragsslutande staterna.

- *Är det en lämplig gränsdragning?*

Vi utgår här från att gränsdragningen visserligen är oklar men att det i vart fall finns vissa typfall som omfattas av undantagsregeln. Just vad gäller militära insatser borde sannolikheten vara relativt stor för att konventionsbrott inträffar. Även om det naturligtvis är bra att stater har jurisdiktion i dessa fall tillhör de enligt min uppfattning situationer som utan tvekan ska falla inom konventionens skydd. Det domstolen gör är att påpeka det uppenbara, då det snarare hade varit orimligt om staterna inte haft något ansvar här. Jag ställer mig frågan om det egentligen är en självklarhet att territorialitet är huvudregeln och inte tvärtom? Varför ska stater egentligen tillåtas göra något utomlands som inte hade accepterats i deras egen stat? Det är naturligtvis en enkel sak att säga och följderna skulle nog bli mycket omfattande: dels ekonomiskt, med tanke på skadestånd till offren, dels på politisk nivå, t.ex. i fall då en stat vägrar betala skadestånd till en annan stats medborgare. Dessutom skulle konsekvensen kunna bli att stater i mindre utsträckning vågar stötta varandra genom exempelvis civila- och militära hjälpinsatser, och även handeln skulle påverkas om stater inte vågar agera internationellt, såväl på

egen hand som via företag. En replik på det skulle självklart vara att det bara är för staterna att följa reglerna och inte bryta mot konventionen. Å ena sidan håller jag med den ståndpunkten: givetvis måste stater såväl som enskilda individer hålla sig till "lagen". Å andra sidan vill jag argumentera för att staters internationella handlingar ofta är av ett slag som innebär risker, och att det vi vinner på att ha ett internationellt samhälle är större än de skador som uppstår som en följd av det. Jag vågar inte ens tänka på hur man rent praktiskt skulle leva upp till en mer extensiv tolkning av rättighetsskyddet där Europadomstolen skulle översköljas av rättsprocesser i ännu större utsträckning än idag.

Europadomstolen har visserligen getts mandat att tolka konventionen, men det hindrar inte att deras tolkning kan och ibland bör utsättas för kritik. Just här ger oss förarbetena inte särskilt stor hjälp, då de inte uttryckligen behandlar extraterritorialitet, samtidigt som de har en underordnad roll i tolkningsprocessen. Domstolens tolkning av begreppet "jurisdiktion" i artikel 1 måste enligt tolkningsreglerna i VCLT vara i överensstämmelse med det syfte som stadgas i EKMR:s preambel: ett *universellt* erkännande av mänskliga rättigheter. Konventionen *har* rent formellt getts universell tillämplighet genom praxis, men frågan är om skyddet kan anses vara "praktiskt och effektivt", vilket ju är det krav som uppställts. Att erkänna något är inte samma sak som att förverkliga och genomdriva.

Min egen tolkning av syfte, kontext och ordalydelse är att den ursprungliga avsikten med konventionen mycket väl kan ha varit att de europeiska staterna skulle tillämpa den i en regional och något begränsad kontext. Det faktum att Europadomstolen uttalat att det ska vara ett *levande instrument* ger dock att tillämpningsområdet måste anpassas till sättet som vi lever idag: internationellt och gränslöst. Med hänsyn till det vore det lämpligt att fråga sig om inte extraterritoriellt ansvar är huvudregeln och att staterna för att undgå ansvar måste bryta denna presumtion.

5.2. Migrationsdomstolens bedömning

- *Kan och bör EKMR vara tillämpligt i målet rörande de afghanska tolkarna?*

Migrationsdomstolen är i egenskap av svensk domstol bunden av Europadomstolens rättspraxis. Som ovan nämns utgör denna en lägsta nivå och MID får lov att gå utöver det skydd som krävs. Frågan är hur långt de kan sträcka sig utan att resultatet kan ifrågasättas? Jag kan inte nog poängtera att mina egna sympatier ligger hos tolkarna, att de bör välkomnas med öppna armar som tack för den livsfara de utsatt sig för genom att arbeta för svensk militär trupp. Problemet vi står inför är dock att förtroendet för rättsapparaten riskerar att sjunka om dess domar inte underbyggs med korrekta fakta och logiska resonemang. Den argumentation som MID för har enligt min uppfattning brister, och det är på ett något krystat sätt som de kommer till slutsatsen att EKMR ska tillämpas.

Domstolens analys av Europadomstolens rättspraxis är till att börja med identisk med min tolkning av den, som jag redogjort för ovan. De förtydligar att Sverige inte längre har någon effektiv kontroll och att det faktiskt inte begåtts några konventionsbrott under tiden som Sverige haft jurisdiktion, samt att det inte per definition är fråga om någon utlämning. De avslutar dock med det som förvånar mig: att Sverige *trots det* har jurisdiktion.

Jag vill till att börja med att ifrågasätta på vilka grunder man anser att Sverige haft jurisdiktion. MID bedömer aldrig huruvida svenska styrkor haft effektiv kontroll över sitt ansvarsområde utan nöjer sig med att göra gällande att Sverige i vart fall haft sådan kontroll över klaganden. Jag får intrycket av att de blandar ihop de olika modellerna för jurisdiktion. Detta är i och för sig inte något problem och har tillämpats i exempelvis *Al-Skeini*, men förutsättningarna var där annorlunda. För det första krävs för effektiv kontroll över ett så stort område ett långt större antal soldater än det Sverige bidragit med. Dessutom kan det ifrågasättas om inte ett kollektivt ansvar snarare skulle gälla då

ansvaret varit delat, visserligen med Sverige som s.k. *lead nation*. Det begränsade politiska och ekonomiska inflytande vi utövat över den lokala administrationen har medvetet varit av rådgivande art och bör därför inte ha uppgått till den nivå som krävs. För det andra, om en "state agent-modell" tillämpas så krävs förmodligen antingen att vi rent fysiskt internerat personerna i fråga, eller att vi tagit på oss delar av regeringens uppgifter. Då ingetdera är för handen har jag svårt att se hur vi "kontrollerar" de individer som frivilligt tagit anställning i den militära styrkan. Det är en sak att vår insats orsakar en hotbild för tolkarna och att vi har ett stort moraliskt ansvar för deras välbefinnande, men just ett sådant "orsak-verkan-resonemang" har avvisats av Europadomstolen. Och i sista hand, alldeles oavsett om sådan kontroll på något sätt skulle föreligga så har den *de facto* helt upphört. I praxis har konventionens *ratione temporis* inte i tidigare fall utsträckts så långt, och det är enkelt att föreställa sig att om jurisdiktionen låg kvar på obestämd tid efter att de extraterritoriella handlingarna upphört så skulle det kunna få orimliga konsekvenser. En sådan tolkning av ordalydelse, syfte och kontext finns det enligt min mening inte stöd för.

Tidigare har Europadomstolen genom *Soering* utvidgat tillämpningen till att ibland gälla *före* det att kränkningen är ett faktum. De tar här fasta på *riskan* att en allvarlig kränkning inträffar vid beslut om utvisning eller utlämning. I det aktuella målet för MID ett liknande resonemang trots att situationen alltså är den omvända: det rör sig inte om utvisning eller utlämning från Sverige till Afghanistan utan om ansökan om uppehållstillstånd från Afghanistan till Sverige. Trots att någon rätt till asyl inte uttryckligen finns i konventionen kan konsekvensen i praktiken att bli sådan. Om det enda som krävs är att man visar på ett orsaks samband mellan å ena sidan den risk för kränkning som föreligger och å andra sidan att staten har orsakat denna risk riskerar det att skapa orealistiska förväntningar och krav på uppehållstillstånd på fel grunder.

Svaret på frågeställningen är alltså att konventionen enligt min mening, med en stor portion god vilja, kan men inte bör tillämpas på målet med de afghanska tolkarna.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Prop. 2006/07:83 *Fortsatt svenskt deltagande i den internationella säkerhetsstyrkan i Afghanistan.*

Prop. 2012/13:41 *Fortsatt svenskt deltagande i den internationella säkerhetsstyrkan i Afghanistan (ISAF).*

Litteratur

Cameron, Iain: *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 7:e uppl., Iustus, Uppsala 2014.

Council of Europe: *The Collected Editions of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights Volume III*, Martinus Nijhoff, Haag 1950.

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2012.

Folkrätten i ett nötskal (redaktör: Ulf Linderfalk), 2:a uppl., Studentlitteratur, Lund 2012.

Grabewarter, Christoph: *European Convention on Human Rights: commentary*, Nomos, München 2014.

Harris, David J., O'Boyle, Michael, Bates, Ed och Buckley, Carla: *Harris, O'Boyle and Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 2:a uppl., Oxford University Press, Oxford 2009.

Juridisk metodlära (redaktörer: Fredric Korling och Mauro Zamboni), Studentlitteratur, Lund 2013.

Milanovic', Marco: *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*, Oxford University Press, Oxford 2011.

Miller, Sarah: *Revisiting extraterritorial jurisdiction. A territorial justification for extraterritorial jurisdiction under the European Convention*, I: *European Journal of International Law*, vol. 20 no. 4 (nov. 2009), s.1223-1246.

Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Fritze, Stockholm 1995.

Savert, Sara-Emelie: *Human Rights Violations in Iraq – A Study of the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, Examensarbete vid Juridiska Institutionen i Lund 2012.

Elektroniska källor

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the ILC on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR (General Assembly Official Records), 56th Sess, Supp No 10, p 43, UN Doc A/56/10 (2001), hämtad den 13 december 2014 från: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/56/10%28SUPP%29

Internationella insatser: Afghanistan – ISAF, hämtad den 1 december 2014 från:

<http://www.forsvarsmakten.se/sv/var-verksamhet/internationella-insatser/pagaende-internationella-insatser/afghanistan-isaf/>

Council of Europe/European Court of Human Rights: *Practical guide on Admissibility*

Criteria, uppdaterad den 1 januari 2014. Hämtad den 12 december 2014 från:

http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Al-Jedda v. The United Kingdom [GC], no. 27021/08, 7 juli 2011, ECHR 2011.

Al- Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom (dec.) no. 61498/08, 30 juni 2009, ECHR 2010.

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom [GC], no. 55721/07, 7 juli 2011, ECHR 2011.

Bankovic' and Others v. Belgium and 16 other member states [GC], no. 52207/99, 12 dec. 2001, ECHR 2001-XII.

Golder v. The United Kingdom, no. 4451/70, 21 feb. 1975. Series A no. 18.

Hirsi Jamaa and Others v. Italy [GC], no. 27765/09, 23 feb. 2012, ECHR 2012.

Ilascu and Others v. Moldova and Russia [GC], no. 48787/99, 8 juli 2004, ECHR 2004-VII.

Issa and Others v. Turkey, no. 31821/96, 16 nov. 2004, ECHR 2004.

Jaloud v. The Netherlands [GC], no. 47708/08, 20 nov. 2014.

Loizidou v. Turkey (Merits) [GC], no. 15318/89, 18 dec. 1996, ECHR 1996-VI.

Medvedyev and Others v. France [GC], no. 3394/03, 29 mars 2010, ECHR 2010.

Soering v. The United Kingdom, no. 14038/88, 7 juli 1989, 11 EHRR 439.

Förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten i Malmö, målnummer UM 3466/14, 1 oktober 2014.