



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Fatima Selander

Krigsförbrytare, terrorister eller bägge?

*Om förhållandet mellan krigsförbrytelse och
terroristbrottslighet*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: HT20

Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsning	8
1.4 Metod och material	10
1.4.1 Metod	10
1.4.2 Material	12
1.5 Disposition	13
2 FOLKRÄTTEN	15
2.1 Folkrätten och dess grunder	15
2.2 Folkrätten i Sverige: Dualism eller monism?	17
2.3 Den internationella humanitära rätten	19
2.3.1 Den humanitära rätten och dess skyddsintresse	19
2.3.2 Haag- och Genève-reglerna	21
2.3.3 Romstadgan och Internationella brottmålsdomstolen	22
2.3.4 Internationella brott	24
2.4 Väpnad konflikt	25
2.4.1 Internationell väpnad konflikt	26
2.4.2 Icke-internationell väpnad konflikt	27
3 KRIGSFÖRBRYTELSE	29
3.1 Bakgrund till den svenska lagen	29
3.2 LSIB	31
3.2.1 Nexuskravet	33
3.2.2 Det individuella straffansvaret	35
3.3 Det tidigare folkrättsbrottet	36

4	TERRORISM	39
4.1	Definitionsproblematik	39
4.2	Terrorism under väpnad konflikt	41
4.3	Den europeiska definitionen	44
4.4	EU-rätten i Sverige	46
4.5	Terrorism i svensk lag	48
4.6	Terroristbrottslagen – en framåtblick	52
5	ÖVERLAPPNING MELLAN STRAFFBUDEN	54
5.1	De gemensamma motiven och tillvägagångssätten	54
5.2	Al-Mandalawi och Sultan	54
5.2.1	Terroristbrott	55
5.2.2	Krigsförbrytelse	56
5.2.3	Slutsats om målet	58
5.3	Undantag för väpnade grupperns verksamhet	59
6	BROTTSKONKURRENS	67
6.1	Den svenska brottskonkurrensläran	67
6.2	Subsidiaritetsklausuler och förarbetsuttalanden	70
6.3	Generella principer och tolkningsoperationer	71
6.4	Brottskonkurrensen mellan krigsförbrytelse och terroristbrott	72
6.4.1	Reglering i lag och förarbeten	72
6.4.2	De allmänna principerna och tolkningsoperationerna	74
6.4.3	Att döma i kumulation	75
7	SAMMANFATTNING OCH SLUTSATS	76
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	81

Summary

Even though Sweden has not been at war for more than 200 years, Swedish courts have since the turn of the century had to deal with cases involving war crimes. Swedish courts are faced with difficult questions in connection with the prosecution of, among others, Swedish citizens who has travelled to conflict areas, such as Syria and Iraq, and participated in the warfare.

The use of force in an armed conflict and terrorist crimes can coincide in methods and motives. This is illustrated by the fact that terrorist organizations can be involved in armed conflicts. A special concern has been raised regarding the so-called foreign terrorist fighters, who take part in armed conflicts in support of a terrorist organization.

This essay aims to examine the overlap between war crimes and terrorist crimes. For such an overlap to exist at all, one first needs to conclude that both criminal provisions can be applicable in an armed conflict. Therefore, this essay describes the exception in consideration point 11 of the European Council's framework decision, which forms the basis of our Swedish criminal law regulating terrorist crime. On the basis of the statement made in the consideration point, as well as with regard to its context, this essay suggests that terrorist organizations are not excluded from the scope of the framework decision, and acts by members of such groups can therefore be tried under the national provision. Even if a different conclusion were to be drawn regarding the scope of the framework decision, the European framework sets a minimum requirement and does not constitute an obstacle for having further criminalization in the national regulations.

Finally, the essay discusses the Swedish theory on cumulative sentencing and how this can be applied in the case between war crime and terrorist crime.

Sammanfattning

Sverige har inte befunnit sig i krig på mer än 200 år. Detta till trots, har svensk domstol sedan sekelskiftet handlagt mål som rör krigsförbrytelse. Målen härrör från våldsamma konflikter, såsom i Syrien och Irak, och svensk domstol ställs inför svåra frågor i samband med lagföringen av bland annat svenska medborgare som färdats till konfliktområdet och där deltagit i stridigheterna.

Våldsanvändningen i en väpnad konflikt och terroristbrottslighet kan sammanfalla i såväl tillvägagångssätt som motiv, och detta illustreras exempelvis genom att terroristorganisationer kan vara delaktiga i en väpnad konflikt. En särskild oro har väckts vad avser s.k. utländska terroriststridande, personer som deltar i väpnade konflikter till stöd för en terroristorganisation.

Den här uppsatsen syftar till att undersöka överlappningen mellan straffbuden för krigsförbrytelse och terroristbrott. För att en sådan överlappning överhuvudtaget ska existera behöver man först komma till slutsatsen att båda straffbud kan vara tillämpliga i en väpnad konflikt. Därför redogörs i denna uppsats för undantaget i beaktandesats 11 i Rådets rambeslut, som ligger till grund för vår svenska terroristbrottslag. Utifrån denna redogörelse kan man komma fram till slutsatsen att terroristorganisationer inte undantas rambeslutets tillämpningsområde, och därför inte heller den nationella bestämmelsen. Även om en annan slutsats av rambeslutets tillämpningsområde skulle dras, ställer denna ett minikrav och utgör inget hinder att för svensk del ha en vidare kriminalisering.

Slutligen diskuterar uppsatsen den svenska brottskonkurrensläran och hur denna kan tillämpas i fallet mellan krigsförbrytelse och terroristbrott.

Förord

Denna uppsats markerar slutet av min tid på juristprogrammet, som nu tycks ha rusat förbi. Det har varit en väldigt lärorik tid, såväl när studierna ägde rum vid det lilla skrivbordet i Lund, som när det ägde rum under palmträd i varmare delar av världen.

Jag vill framförallt rikta ett stort tack till min far, Claes Selander, som varit min största förebild under studierna. Tack för att du trott på mig och gett mig mod och styrka att ta mig ut i världen!

Jag vill också tacka er, familj och vänner, som under skrivandets gång varit ett stort stöd för mig och gjort tiden i Lund till den bästa. Framförallt vill jag tacka Ulrik som, sitt nästan obefintliga intresse för juridik till trots, har varit ett bottenlöst stöd för mig i studierna.

Avslutningsvis vill jag rikta ett tack till min handledare, Christoffer Wong, för dina goda råd och synpunkter under uppsatsens gång.

Stockholm, januari 2021

Fatima Selander

Förkortningar

art.	artikel
BrB	brottsbalken
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstol
ICC	Internationella brottmålsdomstolen (<i>eng</i> International Criminal Court)
ICTY	Jugoslavientribunalen (<i>eng</i> International Criminal Tribunal for former Yugoslavia)
IS	Islamiska staten
JT	Juridisk Tidskrift
kap.	kapitel
LSIB	lagen (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
prop.	proposition
RB	rättegångsbalken
SL	strafflagen (1864:11)
SOU	Statens offentliga utredning

SvJT

Svensk Juristtidning

TP I

Tilläggsprotokoll I till 1949 års
Genèvekonventioner

TP II

Tilläggsprotokoll II till 1949 års
Genèvekonventioner

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Svensk domstol har sedan sekelskiftet behövt handlägga mål som rör internationella brott.¹ Det är mål för vilka det innan sekelskiftet inte funnits någon svensk rättspraxis.² Målen härrör från de våldsamma konflikterna i forna Jugoslavien och Rwanda, men även från de mer samtida konflikterna i Irak och Syrien. Många intressanta frågor väcks i samband med dessa mål, såsom frågan om svensk domsrätt och frågor om traktatsuccession. Även materiella straffrättsliga frågor aktualiseras. Dels rör det den internationella humanitära rätten, dels den svenska materiella straffrätten. I dessa mål samverkar dessa två regelverk med varandra, även om svensk domstol givetvis alltid tillämpar svensk lag. Detta beror på att den internationella humanitära rätten ligger till grund för de svenska straffbestämmelserna i lagen (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser (LSIB)³, samt föregångarna till denna lag, folkrättsbrott enligt 22 kap. 6§ brottsbalken (BrB) och lagen (1964:169) om straff för folkmord. Det åligger Sverige en folkrättslig skyldighet att möjliggöra lagföring av svåra överträdelser av Genèvekonventionerna i de nationella domstolarna.⁴

Samtidigt har Sverige lagen (2003:148) om straff för terroristbrott (terroristbrottslagen), som istället bygger på EU-rätten, men som likväl verkar kunna aktualiseras i samma typer av mål. Straffbuden för terroristbrott och krigsförbrytelse synes kunna överlappa då samma gärningar är kriminaliserade under såväl LSIB, som terroristbrottslagen.

¹ Med internationella brott avses i denna uppsats folkmord, krigsförbrytelser, brott mot mänskligheten och aggressionsbrott.

² I. Österdahl (2020) vid s. 170.

³ Det saknas en vedertagen förkortning för lagen, men i den här uppsatsen används förkortningen LSIB (lagen om straff för internationella brott).

⁴ Skyldigheten följer av Genèvekonvention I art. 49, Genèvekonvention II art. 50, Genèvekonvention III art. 129 och Genèvekonvention IV art. 146.

I målet *Al-Mandlawi och Sultan*⁵ medverkade gärningsmännen i dödandet av två civila i Syrien. De tilltalade dömdes för terroristbrott. Det är emellertid intressant att undersöka huruvida deras gärningar samtidigt skulle kunna betraktas som folkrättsbrott, som var den alternativa åtalspunkten i målet. Därefter skulle man om svaret är jakande, kunna analysera konkurrenssituationen som uppstår, inklusive vilka fördelar och nackdelar det kan finnas med att döma gärningsmännen för båda brotten i konkurrens.

Förhållandet mellan terroristbrott och de internationella brotten, särskilt krigsförbrytelse, är inte okomplicerat. Det visar sig inte minst när terroristorganisationer deltar i väpnade konflikter eller när olika terrordåd utförs i krig. Hittills har terroristbrottslagen inte tillämpats i konkurrens med folkrättsbrottet, eller krigsförbrytelse. I förarbeten till LSIB uttalas att ”frågor om konkurrens mellan olika brott bör inte regleras särskilt utan bedömas enligt de allmänna principer som gäller enligt svensk rätt”.⁶ Vägledning ges emellertid särskilt i frågan om konkurrens mellan terroristbrott och krigsförbrytelse, då det uttalas att brotten som utgångspunkt ska kunna tillämpas i konkurrens.⁷

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är, mot det ovan anförda, att utreda förhållandet mellan straffbuden för terroristbrott och krigsförbrytelse. För detta krävs först en utredning av respektive brotts konstruktion och tillämpningsområde. I det fall en överlappning sker mellan straffbuden syftar uppsatsen till att utreda denna genom att tillämpa de allmänna principerna i svensk brottskonkurrenslära.

⁵ Göteborgs tingsrätt, mål B 9086–15, dom den 14 december 2015; Hovrätten för Västra Sverige, mål B 5306–15, dom den 30 mars 2016.

⁶ Prop. 2013/14:146 s. 223–226

⁷ Ibid., s. 224.

För att uppnå uppsatsens syfte ska följande frågeställningar besvaras:

1. Hur är brotten krigsförbrytelse respektive terroristbrott konstruerade och vilka är deras tillämpningsområden?
2. Riskeras överlappning mellan straffbuden, och i sådana fall;
3. Hur löses konkurrenssituationen mellan de två straffbuden?

1.3 Avgränsning

Många intressanta frågor väcks när man studerar domar i vilka svensk domstol tar ställning till internationella brott. I den här uppsatsen har syftet varit att undersöka krigsförbrytelse, samt i vissa delar dåvarande folkrättsbrott, i relation till terroristbrottet.

Merparten av de moderna konflikterna präglas av en icke-internationell karaktär.⁸ I uppsatsen kommer krigsförbrytelse att undersökas, eftersom det mest troligen är detta brott som aktualiseras i icke-internationella väpnade konflikter. Rekvisiten för folkmord och brott mot mänskligheten är svårare att uppfylla, eller bevisa. För folkmord krävs ett uppsåt att helt eller delvis förinta en viss folkgrupp.⁹ För brott mot mänskligheten krävs att gärningen utgör eller ingår som ett led i ett omfattande eller systematiskt angrepp riktat mot en grupp civila.¹⁰ I jämförelse med dessa brott kan man se att krigsförbrytelse ställer lägre tröskel för tillämplighet, på så sätt att dess rekvisit är enklare att uppfylla. Det är dock intressant att påpeka att folkmord,

⁸ O. Bring, A. Körlof-Askholt (2010) s. 69.

⁹ 1 § LSIB.

¹⁰ 2 § LSIB.

trots detta, har aktualiserats i svensk domstol.¹¹ Däremot har mål rörande brott mot mänskligheten inte avgjorts vid svensk domstol.¹²

Denna ovannämnda faktor har bidragit till valet av krigsförbrytelse som internationellt brott att undersöka. Den huvudsakliga anledningen bakom valet har emellertid varit att det är det brott som ligger närmast terroristbrottet. Det torde vara svårare att uppfylla rekvisiten för terroristbrott, som kräver överskjutande uppsåt (exempelvis att allvarligt destabilisera politiska strukturer i en stat) och samtidigt uppfylla rekvisiten för brott mot mänskligheten eller folkmord, även om detta kan vara möjligt.

Mot bakgrund av detta presenterar denna uppsats endast straffbudet för krigsförbrytelse, även om övriga internationella brott nämns. Av samma anledning diskuteras inte eventuella konkurrenssituationer internt i LSIB. Frågan hade varit intressant att undersöka, då avgöranden från svensk domstol visar att t.ex. folkmord och folkrättsbrott har tillämpats i konkurrens.¹³ Frågan faller emellertid utanför uppsatsens ramar. Av samma anledning faller även frågan om brottskonkurrensens reglering i den internationella straffrätten utanför uppsatsens ramar. En redogörelse för denna hade varit av intresse om man studerar den interna brottskonkurrensen i LSIB. Istället redogörs i denna uppsats enbart för den svenska brottskonkurrensläran, eftersom det endast är denna som blir relevant för frågan. Även i fråga om den svenska brottskonkurrensläran ger inte uppsatsen en heltäckande redogörelse av denna, utan endast relevanta delar har valts ut. Exempelvis redogörs inte för likartad konkurrens, även om frågan berörs kort.

¹¹ Se t.ex. det första målet avseende folkmord som avgörs vid svensk domstol, det s.k. *Mbanenande*-målet, Stockholms tingsrätt, mål B 18271–11, dom den 20 juni 2013; Svea hovrätt, mål B 6659–13, dom den 19 juni 2014. Se även *Tabaro*-målet: Stockholms tingsrätt, mål B 13688–16, dom den 27 juni 2018; Svea hovrätt, mål B 6814–18, dom den 29 april 2019, och *Berkindi*-målet: Stockholms tingsrätt, mål B 12882–14, dom den 16 maj 2016; Svea hovrätt, mål B 4951–16, dom den 15 februari 2017.

¹² I. Österdahl (2020) vid s. 191.

¹³ Innebörden av att straffbud tillämpas i konkurrens kommer att diskuteras i avsnitt 6.1 nedan. I *Mbanenande*-målet, *Tabaro*-målet och *Berkindi*-målet tillämpas brotten folkmord och folkrättsbrott i konkurrens.

Vidare avgränsas frågan om internationell våldsanvändning, eller rätten till krig, från uppsatsen. Rätten till krig har varit en väldigt omdiskuterad fråga, inte minst i samband med att USA förklarat ”krig mot terrorism”. Denna uppsats fokuserar emellertid på den humanitära rätten, som är tillämplig i väpnad konflikt oberoende av huruvida kriget i sig inletts på ett rättsvidrigt sätt, varför rätten till krig faller utanför uppsatsen ramar.

Vid redogörelsen av folkrätten och dess grunder har en del avgränsningar gjorts. Exempelvis har traktaträtten, det vill säga hur traktat ingås, samt tolkning av traktat avgränsats på så sätt att metoden för ingående och metoden för tolkning av dessa inte presenteras. Ytterligare avgränsningar som gjorts i uppsatsen är att osjälvständiga brottsformer inte redogörs för. Inte heller diskuteras frågor om uppsåt, ansvarsfrihetsgrunder eller straffrättslig immunitet. Samtliga frågor hade kunnat vara av intresse för uppsatsen, men uppsatsens syfte och frågeställningar besvaras på ett fullgott sätt utan en diskussion om dessa.

1.4 Metod och material

1.4.1 Metod

För att uppnå uppsatsens syfte har, vid uppsatsens rättsutredande moment, en rättsdogmatisk metod använts. De rättskällor som granskas är bland annat de som ingår i rättskälleläran för svensk rätt, det vill säga författning, förarbeten, rättspraxis och rättsvetenskaplig doktrin. Det är de allmänt accepterade och traditionella rättskällorna.¹⁴

Den rättsdogmatiska metoden beskrivs ofta som deskriptiv, men innehåller även normativ argumentation.¹⁵ Lambertz, som ger en praktikers syn på

¹⁴ N. Jareborg (2004) vid s. 8; J. Kleineman (2018) vid s. 21.

¹⁵ A. Peczenik (2005) vid s. 249f.

rättsvetenskapens nytta, har i en artikel presenterat hur en uppdelning av rättsvetenskapen kan göras.¹⁶ Han delar in rättsvetenskapen i tre delar:

1. Den allmänna rättsläran, i vid mening
2. Deskriptiv rättsdogmatik
3. Konstruktiv rättsdogmatik
 - 3a. *de lege lata*
 - 3b. *de lege ferenda*

Således delas rättsdogmatiken in i tre olika kategorier, varav den första är en deskriptiv rättsdogmatik som innebär forskning som är inriktad på att allmänt beskriva ett specifikt regelsystem. Häri ingår bland annat regelsystemets struktur och samspel mellan reglerna, de nationella reglerna vid en internationell jämförelse och regleringens ändamål.¹⁷

Konstruktiv rättsdogmatik *de lege lata* syftar till att fastställa regelsystemets innebörd genom analyserande och konstruktivt orienterad forskning. En sådan rättsdogmatik ger insikt och kunskap om de tolkningsproblem som regleringen ger upphov till och rättsläget för situationer som ännu inte lagreglerats.¹⁸

Slutligen avser konstruktiv rättsdogmatik *de lege ferenda* resonemang och rekommendationer för hur regelsystemet borde ändras. *De lege ferenda* resonemang ger kunskap och förståelse för de relevanta intressen som lagen ska tillgodose, regelsystemets effekter och hur effektivt regelsystemet uppnår sitt syfte. Det ger därutöver även insikt i gällande reglers rättssäkerhet och de krav som ställs på nationell rätt av ett lands internationella åtaganden.¹⁹

I denna uppsats har samtliga metoder, i varierad utsträckning, använts. En deskriptiv rättsdogmatik har använts vid bland annat fastställandet av

¹⁶ G. Lambertz (2002) vid s. 261–278.

¹⁷ G. Lambertz (2002) vid s. 265f.

¹⁸ *Ibid.*, s. 265f.

¹⁹ *Ibid.*, s. 265f.

rättsreglerna och vid presentationen av brottens konstruktion. Därefter har en konstruktiv rättsdogmatik använts vid analys av rättsreglerna. Då uppsatsens huvudsakliga fokus inte utvärderar hur rätten borde se ut används emellertid inte konstruktiv rättsdogmatik de lege ferenda i samma utsträckning, även om enstaka resonemang förekommer i uppsatsen.

Den rättsdogmatiska metoden har valts för att fastställa den gällande rätten, genom att sätta lagreglerna som studeras i ett folkrättsligt, respektive ett EU-rättsligt sammanhang. Följaktligen har såväl en EU-rättslig metod, det vill säga metoden för hanteringen av källor inom EU-rätten,²⁰ som en folkrättslig metod, använts i uppsatsen. I uppsatsen tolkas såväl EU-rätten som folkrätten i ljuset av dess ändamål.

1.4.2 Material

Vid tolkning av reglerna som presenteras i uppsatsen har hänsyn tagits till kontexten i vilken de uppstod och uttalande som skett i samband med deras antagande. Även andra källor som förvisso inte är bindande, men som kan vara av betydelse vid tolkning, har inkluderats i materialet.

Rättspraxis på området är, för svensk del, relativt liten och ny. Det var först år 2006 som svensk domstol dömde för folkrättsbrott.²¹ Det bör också påpekas att rättspraxis på området huvudsakligen utgörs av underrättspraxis, vars prejudikatvärde bör tas med försiktighet. Dessa avgöranden har i uppsatsen därför studerats i förhållande till exempelvis förarbetsuttalanden.

Vad avser internationell rättspraxis har denna använts dels där denna numera anses spegla internationell sedvanerätt, dels för att undersöka huruvida den tolkning av den humanitära rätten som råder i Sverige är förenlig med

²⁰ J. Reichel (2018) vid s. 109

²¹ Den första domen för folkrättsbrott vid svensk domstol är den s.k. *Arklöv*-domen: Stockholms tingsrätt, mål B 4084–04, dom den 18 december 2006.

tolkningar som gjorts i krigsförbrytartribunaler och i Internationella brottmålsdomstolen.

För det sjätte kapitlet, som presenterar den svenska brottskonkurrensläran, har huvudsakligen rättsvetenskaplig doktrin, som bedöms som tillförlitlig och relevant, använts som källa. Att kapitlet i stora delar bygger på doktrin har sin bakgrund i att området inte är lagreglerat. I övriga kapitel har rättsvetenskaplig doktrin använts dels som komplement till författningar, förarbeten och praxis, dels för att belysa rådande uppfattning avseende de olika reglerna som råder i den juridiska doktrinen.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort presentation av folkrätten och dess olika källor. Detta för att läsaren ska förstå hur olika folkrättsliga regler, som påverkar vår interna lagstiftning och som har stor betydelse för uppsatsen, tillkommer. Därefter presenteras även den svenska rättens synsätt på folkrätten. Dessa två inledande avsnitt i kapitlet ska förstås som en överblick över folkrätten i svensk rätt. Därefter presenteras den internationella humanitära rätten och dess underliggande syfte. Den internationella humanitära rätten är central för uppsatsen och redogörelsen av den ska bidra till läsarens förståelse för den svenska straffbestämmelsen som reglerar krigsförbrytelse och dess konstruktion. Avsnittet utgör också grund för diskussion som förs längre fram i uppsatsen. Slutligen avslutas det andra kapitlet i en presentation av vad som avses med väpnad konflikt i folkrättslig bemärkelse.

I det tredje och fjärde kapitlet redogörs för de brott som kommer att jämföras i uppsatsen. I tredje kapitlet presenteras krigsförbrytelse, jämte dåvarande folkrättsbrott, samt bestämmelsens bakgrund och syfte. I fjärde kapitlet presenteras terroristbrott. Då terroristbrott regleras av såväl den nationella rätten som den internationella humanitära rätten, redogör kapitlet för båda

regelverken, bestämmelsernas bakgrund och syfte. En framåtblick i hur utvecklingen kan gå vad avser terroristbrottet presenteras också i kapitlet.

I uppsatsens femte kapitel redogörs för hur en överlappning mellan straffbuden för terroristbrott och krigsförbrytelse riskerar att överlappa. För att exemplifiera detta redogörs här för ett rättsfall där man kan argumentera för att samma gärning skulle kunna utgöra såväl krigsförbrytelse som terroristbrott. I kapitlet diskuteras även hur terroristorganisationer som part i väpnade konflikter regleras. En diskussion förs i huruvida väpnade grupper verksamhet under väpnad konflikt kan undantas tillämpningsområdet för Rådets rambeslut.

I sjätte kapitlet av uppsatsen redogörs för den svenska brottskonkurrensläran och dess generella principer och tolkningsoperationer. Därefter redogörs för hur brottskonkurrensen mellan krigsförbrytelse och terroristbrott, mot bakgrund av det presenterade, kan lösas. Kapitlet avslutas med en diskussion kring att döma i kumulation där bland annat orättvis dubbelbestraffning diskuteras.

Uppsatsen behandlar olika lagar, som också har olika bakgrund – folkrätten och EU-rätten – och olika skyddsintressen. För att läsaren på ett enkelt sätt ska kunna följa med i såväl texten som i olika argument och diskussioner som förs, sker analysen löpande genom uppsatsen. Detta har ansetts vara det smidigaste sättet att presentera diskussionen för denna uppsats. Därför innehåller inte uppsatsen någon omfattande analys i slutet. Istället avslutas uppsatsen med en sammanfattning, där olika slutsatser från de tidigare delarna och diskussionerna presenteras, samt några avslutande kommentarer.

2 Folkrätten

Följande kapitel av uppsatsen är nästan uteslutande deskriptivt och är avsett att ge grundläggande kunskaper om de relevanta delarna av folkrätten. Kapitlet är avsett att beskriva sådan kunskap om folkrätten som utgör grund för senare diskussion i arbetet, då arbetet har varit riktad mot läsare med en bakgrund i straffrätt. Det är därför möjligt, för den som har en bakgrund i folkrätt, att börja läsningen vid nästa kapitel.

2.1 Folkrätten och dess grunder

Folkrätten är i första hand det regelverk som reglerar mellanstatliga relationer, det vill säga staters rättigheter och skyldigheter gentemot varandra.²² Folkrätten reglerar frågor om havsrätt och internationella miljö rätt, men reglerar även mänskliga rättigheter och den internationella humanitära rätten. På grund av att de två senare kategorierna även berör enskilda individer uppstår frågan huruvida individer är att betrakta som folkrättssubjekt. Man bör emellertid erinra att individer inte kan bidra till folkrättens utformning och utveckling. De är på så vis inte aktörer, varför de inte kan betraktas som fullödiga rättssubjekt även om de adresseras av folkrättsliga regler.²³

De viktigaste rättssubjekten i folkrätten är staterna, men även internationella, eller mellanstatliga, organisationer kan utgöra folkrättssubjekt. Utöver detta kan även befrielse- och upprorsrörelser erkännas som folkrättssubjekt.²⁴ Det är dessa aktörer som genomdriver att reglerna följs, men det är också de själva som bestämmer innehållet i folkrätten.²⁵ Detta innehåll kan skapas genom s.k. allmän folkrätt, eller sedvanerätt. Sedvanerätten är den gemensamma

²² O. Bring m.fl. (2014) s. 15f.

²³ Ibid., s. 55.

²⁴ Ibid., s. 72f.

²⁵ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 31.

statspraxis som visar att en internationell sedvänja föreligger, som av staterna själva betraktas som juridiskt bindande.²⁶ Statspraxis är en handling om den tillämpas allmänt, det vill säga av flera stater, konsekvent, det vill säga relativt utbredd i tid och på ett, i huvudsak, sammanhängande sätt.²⁷

En internationell sedvänja eller statspraxis som av staterna själva inte betraktas som bindande utgör inte sedvanerätt. För att en regel ska anses utgöra sedvanerätt ska den, utöver att uppfylla kraven för att betraktas som statspraxis, även uppfylla det subjektiva elementet, det vill säga att staterna betraktar sedvänjan som juridiskt bindande. Detta subjektiva element kallas för *opinio juris*.²⁸

Sedvanerätten binder som huvudregel automatiskt samtliga stater, oavsett huruvida en stat tillträtt en viss konvention eller annars ingått avtal om saken.²⁹ Det finns emellertid undantag till denna dispositivitet, s.k. *jus cogens* normer. Regler av detta slag anses vara så fundamentala att de inte kan avtalas bort.³⁰ Som exempel på sådan regel är våldsförbudet i internationella relationer, och förbudet mot folkmord.³¹

Utöver detta kan staterna också bestämma innehållet i folkrätten genom att ingå mellanstatliga avtal. Detta kan göras genom s.k. traktater. Till skillnad från sedvanerätten är traktater endast bindande för de avtalsslutande parterna. Genom traktater kan man antingen komplettera sedvanerätten, eller också avtala bort delar av den.³² Inte alla internationella överenskommelser är traktat, tvärtom kan internationella överenskommelser ingås i andra former även om de vanligtvis, av beviskäl, ingås i denna form.³³

²⁶ O. Bring m.fl. (2014) s. 16.

²⁷ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 35.

²⁸ Ibid., s. 36.

²⁹ Ibid., s. 29.

³⁰ Ibid., s. 30.

³¹ Ibid., s. 30.

³² Ibid., s. 16.

³³ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 34.

I många fall kan folkrättsliga regler vara tillämpliga både på traktatsmässig grund och som sedvanerätt. En internationell överenskommelse kan vinna universell tillämplighet, varigenom den även bildar sedvanerätt. Sedvanerätten kodifieras också ofta genom internationella överenskommelser.³⁴

Den internationella sedvanerätten och de internationella överenskommelserna utgör således folkrättens källor. Utöver dessa finns ytterligare en källa och det är allmänna rättsgrundsatser. En allmän rättsgrundsats är t.ex. *pacta sunt servanda*, avtal ska hållas.³⁵ Att dessa tre utgör folkrättens källor kan man utläsa ur Stadgan för den Internationella domstolen.³⁶ Enligt domstolsstadgans art. 38, paragraf 1, är det dessa rättskällor som den Internationella domstolen³⁷ får tillämpa, men den allmänna uppfattning är att det också är dessa rättskällor som ska tillämpas i internationella förhållanden i allmänhet.³⁸ Praxis och doktrin är, enligt artikeln, inte bindande rättskällor, men kan användas som hjälpmedel för att fastställa gällande rätt.³⁹ De utgör således subsidiära rättskällor.⁴⁰

2.2 Folkrätten i Sverige: Dualism eller monism?

I Sverige tillämpas ett närmast dualistiskt synsätt på folkrätten.⁴¹ Man betraktar således folkrätt och inomstatlig rätt som två separata rättssystem som existerar parallellt med varandra. Folkrättens primära rättssubjekt är då staterna och fokus ligger på de internationella relationerna, medan den

³⁴ O. Bring m.fl. (2014) s. 16.

³⁵ Ibid., s. 31.

³⁶ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 32f.

³⁷ Den Internationella domstolen är ett av FN:s huvudorgan, vars mandat följer direkt av art. 92 i FN-stadgan. Den är inte att förväxla med Internationella brottmålsdomstolen, som kommer redogöras för närmre i denna uppsats.

³⁸ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 32f.

³⁹ Ibid., s. 33.

⁴⁰ SOU 2010:72, s. 82.

⁴¹ P. Asp (2011) s. 111.

inomstatliga rättens primära rättssubjekt är fysiska och juridiska personer och fokus är nationellt. Folkrättsliga regler måste därför, för att kunna tillämpas internt och gentemot statens egna medborgare, införlivas i den nationella rätten.⁴²

Det finns emellertid vissa monistiska inslag i svensk rätt, där ”allmänt erkända folkrättsliga grundsatser” tillämpats trots avsaknad av lagstöd. I sådana fall tillämpas sedvanerätten mer eller mindre direkt av de svenska rättstillämparna.⁴³ Huvudregeln är emellertid ändå att folkrätten inte vinner någon omedelbar eller automatisk tillämpning i den interna rätten. Skulle en stat stifta en nationell lag som strider mot folkrätten, och som också tillämpas folkrättsstridigt, utgör detta dock en överträdelse av folkrätten. En stat kan inte heller åberopa sin inomstatliga rätt som skäl till att inte fullfölja sina folkrättsliga förpliktelser.⁴⁴

För att införliva folkrätten i den inomstatliga rätten kan man gå till väga på olika sätt, beroende på om man ska införliva internationell sedvanerätt eller traktat. För sedvanerättens del kan införlivning ske antingen genom hänvisning i nationell lagstiftning eller genom presumtion och tolkning i domstolarna, det vill säga att domstolarna tolkar och tillämpar den inomstatliga rätten i ljuset av folkrätten.⁴⁵

Vad gäller traktater så kan dessa införlivas i den nationella rättsordningen på tre olika vis. Införlivningen kan ske genom transformation. Detta innebär att traktaten ges en internrättslig motsvarighet. Införlivning kan också ske genom fördragskonform tolkning av lagen i de nationella domstolarna och förvaltningsmyndigheterna. Slutligen kan en införlivning ske genom inkorporering av traktaten i den nationella rättsordningen. Detta innebär att

⁴² O. Bring m.fl. (2014) 46ff.

⁴³ Ibid., s. 52.

⁴⁴ Ibid., s. 47.

⁴⁵ Ibid., s. 48.

den oförändrade utformningen av traktaten införs i den nationella rättsordningen.⁴⁶

2.3 Den internationella humanitära rätten

2.3.1 Den humanitära rätten och dess skyddsintresse

Den internationella humanitära rätten utgör en del av folkrätten. Begreppet ”krigets lagar” omfattar utöver den internationella humanitära rätten även neutralitetsrätten och ockupationsrätten.⁴⁷

Den internationella humanitära rätten kan, i sin tur, indelas i Genève-regler och Haag-regler.⁴⁸ Man kan säga att Genève-reglerna ger ett humanitärt skydd till personer som inte deltar, eller inte längre deltar, i stridigheterna. Haag-reglerna reglerar och begränsar användandet av vissa stridsmetoder och stridsmedel.⁴⁹ Syftet bakom den internationella humanitära rätten är på så vis att begränsa det onödiga lidandet och skadorna som förorsakas av väpnade konflikter. Den ger ett visst skydd för människor som befinner sig i den väpnade konflikten samtidigt som den möjliggör genomförandet av militära operationer.⁵⁰

Den internationella humanitära rätten är således inte avsedd för att helt och hållet uppnå fred eller kriminalisera krig. Den innehåller inget förbud mot väpnade konflikter och förbjuder inte heller att stridshandlingar företas.⁵¹ Den internationella humanitära rätten anger, utifrån de grundläggande principerna

⁴⁶ O. Bring m.fl. (2014) s. 48.

⁴⁷ O. Bring m.fl. (2014) s. 241.

⁴⁸ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 203

⁴⁹ Ibid., s. 203.

⁵⁰ Ibid., s. 201.

⁵¹ SOU 2016:40, s. 81.

om *distinktion*⁵², *proportionalitet*⁵³, *försiktighet*⁵⁴, och *förbudet mot onödigt lidande och överflödigt skada*⁵⁵, hur, mot vem och på vilket sätt stridshandlingar får företas.⁵⁶ En annan grundläggande princip i den internationella humanitära rätten är *Martensklausulen*⁵⁷, som innebär att alla stater, även i situationer som inte är reglerade av folkrätten, ska agera humanit i krigföring.⁵⁸ Dessa fem grundläggande principer anses utgöra internationell sedvanerätt och är tillämpliga i såväl internationella som icke-internationella väpnade konflikter.⁵⁹ Den internationella humanitära rätten syftar således till att reglera intressekonflikten mellan å ena sidan effektiv krigföring och å andra sidan skyddet av människors liv och hälsa vid en väpnad konflikt.⁶⁰

En distinktion bör göras mellan rätten att gå till krig, s.k. *jus ad bellum*, och den internationella humanitära rätten, de rättsregler som tillämpas i krig, s.k. *jus in bello*.⁶¹ De senare bör alltid tillämpas, även i det fall krig har startats på ett rättsvidrigt sätt. Den ska vidare tillämpas av samtliga parter i konflikten.⁶² Detta hör samman med att rättsreglerna som tillämpas i kriget är menade att ge ett humanitärt skydd till individer, oavsett huruvida statens agerande har varit rättsvidrigt till att börja med.⁶³

⁵² Distinktionsprincipen innebär i korthet att en åtskillnad ska göras mellan civila objekt och militära mål. Se U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 208.

⁵³ Proportionalitetsprincipen förbjuder angrepp som skulle innebära att civila objekt eller civilpersoner förväntas ta skada i en utsträckning som inte står i rimlig proportion till angreppet förväntade omedelbara och konkreta militära nytta, se U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 208.

⁵⁴ Försiktighetsprincipen innebär i korthet att de stridande parterna måste agera för att minimera skador på civilpersoner och civil egendom, se U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 209.

⁵⁵ Förbudet innebär att de stridsmetoder och stridsmedel som kan åstadkomma samma militära nytta med orsakar mindre skada eller lidande ska väljas, Se U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 209.

⁵⁶ SOU 2016:40 s. 81.

⁵⁷ Martensklausulen innebär att i de fall uttryckliga folkrättsliga regler saknas ska de stridande parterna fortfarande agera humanit. Se U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 209. Martensklausulen hittas fogad till den IV Haagkonventionen och är avsedd att hindra att en krigförande överskrider humanitetens krav med hänvisning till brist på folkrättslig reglering, O. Bring, A. Körlof-Askholt (2010) s. 61.

⁵⁸ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 209.

⁵⁹ Ibid., s. 208.

⁶⁰ Prop. 2013/14:146, s. 224.

⁶¹ O. Bring m.fl. (2014) s. 242.

⁶² A. Henriksen (2019) s. 280.

⁶³ O. Bring m.fl. (2014) s. 242.

2.3.2 Haag- och Genève-reglerna

De mest centrala delarna av den internationella humanitära rätten återfinns i Haagkonventionen IV från år 1907⁶⁴ och Genèvekonventionerna I – IV⁶⁵ från 1949 och dess två tilläggsprotokoll som antogs 1977.⁶⁶ Det bör påpekas att Genèvekonventionerna har ytterligare ett, tredje, tilläggsprotokoll. Det tredje tilläggsprotokollet är emellertid inte av betydelse för denna uppsats, då det reglerar skyddande kännetecken i den internationella humanitära rätten.⁶⁷

Genèvekonventionerna reglerar följande. Den första reglerar behandlingen av sårade och sjuka soldater i fält, den andra reglerar behandlingen av sårade, sjuka och skeppsbrutna soldater till sjöss, den tredje reglerar behandlingar av krigsfångar och den fjärde och sista reglerar behandlingen av civila.⁶⁸

De tre första Genèvekonventionerna ersatte motsvarande konventioner som fanns på området sedan tidigare och en revidering var redan påbörjad innan andra världskriget. Den fjärde Genèvekonventionen, som reglerar behandlingen av civila, var emellertid helt ny och tillkom år 1949. Efter andra världskriget var behovet av ökat skydd för krigets offer uppenbart, och det är mot bakgrund av detta som konventionerna tillkom.⁶⁹

⁶⁴ Konvention i Haag den 18 oktober 1907 angående lagar och bruk i lantkrig (Haagkonvention IV). Konventionen anses återspegla internationell sedvanerätt och förbjuder bland annat plundring, gift och förgiftade vapen.

⁶⁵ Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 ang. förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält (Genèvekonvention I); Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 ang. förbättrande av behandlingen av sårade, sjuka och skeppsbrutna tillhörande stridskrafterna till sjöss (Genèvekonvention II); Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 ang. krigsfångars behandling (Genèvekonvention III); Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 ang. skydd för civilpersoner under krigstid (Genèvekonvention IV).

⁶⁶ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 203f.

⁶⁷ Tilläggsprotokoll III till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande ett ytterligare emblem, Genève den 8 december 2005 (Tilläggsprotokoll III).

⁶⁸ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 203.

⁶⁹ SOU 2010:22, s. 150.

Genèvekonventionernas två tilläggsprotokoll har skilda tillämpningsområden, där det första tilläggsprotokollet (TP I)⁷⁰ innehåller regler för internationella väpnade konflikter, och det andra tilläggsprotokollet (TP II)⁷¹ innehåller regler för icke-internationella väpnade konflikter.⁷² Genèvekonventionerna, och i vissa delar även tilläggsprotokollen, anses spegla den internationella sedvanerätten.⁷³

Stater är enligt Genèvekonventionerna skyldiga att ha någon form av lagstiftning mot svåra överträdelser av konventionerna. Detta följer direkt av konventionerna.⁷⁴ Det individuella straffansvaret härstammar således inte explicit ur Genèvekonventionerna. Skyldigheten är istället riktad mot staterna. När det är fråga om svår överträdelse är det en plikt för varje stat att lagföra eller utlämna den misstänkte till en annan stat.⁷⁵ Denna förpliktelse gäller gentemot alla parter till Genèvekonventionerna och TP I.⁷⁶

2.3.3 Romstadgan och Internationella brottmålsdomstolen

Av central betydelse för den internationella humanitära rätten är även Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen som antogs år 1998 och trädde i kraft den 1 juli 2002.⁷⁷ Romstadgan utgör till stor del en kodifiering

⁷⁰ Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter, Genève den 8 juni 1977 (Tilläggsprotokoll I). Här TP I.

⁷¹ Tilläggsprotokoll II till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i icke-internationella väpnade konflikter, Genève den 8 juni 1977 (Tilläggsprotokoll II). Här TP II.

⁷² U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 204.

⁷³ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 203 och s. 207.

⁷⁴ Förpliktelsen för staterna att möjliggöra lagföring för svåra överträdelser mot konventionerna följer av följande artiklar: Genèvekonvention I artikel 49, Genèvekonvention II artikel 50, Genèvekonvention III artikel 129 och Genèvekonvention IV artikel 146.

⁷⁵ O. Bring m.fl. (2011) s. 258.

⁷⁶ Ibid., s. 265.

⁷⁷ Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen, hädanefter enbart Romstadgan. En svensk översättning av de artiklarna i Romstadgan som presenteras här finns att hitta i SOU 2010:22, Krigets lagar, vari Folkkrättskommittén kartlagt de folkrättsliga regler som gäller för väpnade konflikter, ockupation och neutralitet, och som Sverige är bundet av. Utdrag ur Romstadgan hittas i SOU 2010:22, s. 679ff.

av sedvanerätten på området. Den baseras på Genèvekonventionerna och deras tilläggsprotokoll samt andra konventioner på området, t.ex. folkmordskonventionen⁷⁸. Vidare grundar den sig även på den praxis som utvecklats på området, framförallt i Jugoslavien- och Rwandatribunalerna.⁷⁹ Den Internationella brottmålsdomstolen utgör emellertid, till skillnad från Jugoslavien- och Rwandatribunalerna, en permanent brottmålsdomstol.

Romstadgans tillämpningsområde, och därmed även Internationella brottmålsdomstolens jurisdiktion, är begränsad på så vis att den inte får tillämpas retroaktivt på brott som begåtts innan stadgans ikraftträdande.⁸⁰ Detta följer av art. 11 i stadgan.⁸¹ Domstolen kan döma för brott begångna av en fysisk person som vid brottstillfället varit minst 18 år.⁸² Vidare måste ett antal förutsättningar föreligga för att domstolen ska kunna utöva sin jurisdiktion.⁸³ Det krävs att den tilltalade är medborgare i en stat som tillträtt stadgan, eller som genom särskild förklaring accepterat domstolens jurisdiktion samt att brottet förövats på en stadgeparts territorium, eller på territorium som tillhör en stat som genom en särskild förklaring accepterat domstolens jurisdiktion.⁸⁴ Undantag gäller emellertid om FN:s säkerhetsråd till domstolens åklagare hänskjutit en situation där brott enligt stadgan förefallit ha begåtts.⁸⁵ Detta följer av art. 12. i Romstadgan.⁸⁶ Domstolens jurisdiktion är även materiellt begränsad till att endast avse de internationella brotten, enligt art. 5.⁸⁷

⁷⁸ Konventionen om förebyggande och bestraffning av brottet folkmord (genocide), New York, den 9 december 1948. Ratificerad av Sverige den 9 maj 1952.

⁷⁹ Se SOU 2019:49 s. 353.

⁸⁰ För aggressionsbrott krävs utöver detta att Romstadgans parter fattar särskilt beslut om jurisdiktionen. Ett sådant beslut fattades 2017, varför domstolen har jurisdiktion över aggressionsbrott som förövats från och med den 17 juli 2018. Se U. Linderfalk m.fl. (2020), s. 222.

⁸¹ Se SOU 2010:22, s. 691.

⁸² Romstadgan art. 26. Se U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 222.

⁸³ P. Asp (2011) s. 165.

⁸⁴ Ibid., s. 165.

⁸⁵ Ibid., s. 165.

⁸⁶ Se SOU 2010:22, s. 691f.

⁸⁷ Se SOU 2010:22, s. 692f.

Ytterligare en begränsning för stadgan är den s.k. komplementaritetsprincipen. Principen innebär att Internationella brottmålsdomstolens jurisdiktion är sekundär på så sätt att lagföring enligt de nationella straffrättsliga systemen äger företräde, så länge både vilja och förmåga finns att lagföra gärningarna på nationell nivå.⁸⁸ Grundförutsättningen är således att Internationella brottmålsdomstol är ett slags sista instans, och den presumeras sakna jurisdiktion så länge nationella myndigheter utreder och lagför för de internationella brotten som faller under domstolens jurisdiktion.⁸⁹

2.3.4 Internationella brott

Tidigare kunde enbart stater hållas ansvariga för att ha handlat i strid mot folkrätten.⁹⁰ Det har emellertid funnits ett behov av att kunna lagföra även enskilda som agerat i strid mot folkrätten, särskilt när det gäller allvarliga brott mot grundläggande folkrättsliga regler.⁹¹ Mot bakgrund av detta har ett individuellt straffansvar utvecklats med tiden, särskilt efter andra världskriget då krigstribunalerna i Nürnberg och Tokyo inrättades.⁹² Till en början utgjordes de internationella brotten av folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelse. Senare tillkom även aggressionsbrottet.⁹³

Gemensamt för de internationella brotten är att det föreligger universell jurisdiktion.⁹⁴ Den universella jurisdiktionen möjliggör lagföring i Sverige av dessa brott oavsett var brottet har begåtts och av vem.⁹⁵ Därmed uppställs inget krav på dubbel straffbarhet.⁹⁶

⁸⁸ P. Asp (2011) s. 165.

⁸⁹ SOU 2010:22, s. 679.

⁹⁰ Prop. 2013/14:146, s. 67.

⁹¹ Ibid., s. 67.

⁹² Prop. 2013/14:146, s. 67; O. Bring m.fl. (2014) s. 258.

⁹³ O. Bring m.fl. (2014) s. 262.

⁹⁴ Ibid., s. 265.

⁹⁵ Prop. 2013/14:146, s. 49.

⁹⁶ SOU 2016:40 s. 62.

2.4 Väpnad konflikt

Till skillnad från de mänskliga rättigheterna, som enligt huvudregel även tillämpas i fredstid,⁹⁷ är den internationella humanitära rätten enbart tillämplig i väpnad konflikt.⁹⁸ Det är därför av betydelse att redogöra för när en väpnad konflikt föreligger.

Någon närmre definition på en väpnad konflikt återfinns inte i de humanitärrettsliga instrumenten, däremot har en mer precis definition utvecklats i praxis.⁹⁹ Den definition som numera är allmänt accepterad är den som uttalades i Jugoslavientribunalens dom i *Tadic*-målet¹⁰⁰, nämligen att en väpnad konflikt förutsätter utdraget våld. För detta krävs att stridigheterna har uppnått viss intensitet samt att parterna till konflikten har en viss grad av organisation.¹⁰¹

Det förekommer, folkrättsligt, två typer av väpnade konflikter – internationella och icke-internationella väpnade konflikter.¹⁰² Sedvanerättens utveckling har på senare tid kommit att minska betydelsen av åtskillnaden mellan de två typerna, men det finns fortfarande ett intresse av att behandla dem separat. Detta på grund av att regleringen av icke-internationella väpnade konflikter inte är lika omfattande som den av internationella väpnade konflikter och att vissa regler fortfarande enbart är tillämpliga traktatsmässigt i internationella väpnade konflikter.

⁹⁷ O. Bring, A. Körlof-Askholt, (2010) s. 31.

⁹⁸ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 205.

⁹⁹ Ibid., s. 206.

¹⁰⁰ Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Dusko Tadic, 1997, IT-94-1-T, [cit. Tadic]

¹⁰¹ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 206.

¹⁰² U. Linderfalk m.fl. (2020), s. 206.

2.4.1 Internationell väpnad konflikt

I en internationell väpnad konflikt pågår konflikten mellan två eller flera suveräna staters trupper.¹⁰³ Det framgår av gemensamma art. 2 i Genèvekonventioner.¹⁰⁴ För att en internationell väpnad konflikt ska föreligga i folkrättslig bemärkelse krävs inte någon formell krigsförklaring, något erkännande eller tillkännagivande av parterna. Det är istället de faktiska omständigheterna som konstruerar en internationell väpnad konflikt som beaktas.¹⁰⁵ Enligt praxis från Jugoslavientribunalen kan det även anses föreligga en internationell väpnad konflikt om en stat utövar viss övergripande kontroll över en irreguljär grupp som deltar i en konflikt mot en stat, det vill säga att den icke-statliga väpnade gruppen agerar på en stats uppdrag.¹⁰⁶

TP I, art. 1, paragraf 4, utvidgar definitionen på en internationell väpnad konflikt genom att även omfatta befrielsekrig i definitionen, det vill säga väpnade konflikter mellan en eller flera väpnade grupper mot ett kolonialt förtryck, främmande ockupation eller rasistiska regimer under utövande av sin rätt till självbestämmande såsom denna är innefattad i FN:s stadga.¹⁰⁷ I denna del reflekterar emellertid TP I inte internationell sedvanerätt och den utvidgade definitionen av internationell väpnad konflikt har ännu inte tillämpats.¹⁰⁸

I internationella väpnade konflikter finns en uttrycklig rätt för medlemmar i framförallt statliga väpnade styrkorna att företa stridshandlingar. De har s.k. kombattantstatus.¹⁰⁹ Även andra stridande kan, under vissa förutsättningar, ha kombattantstatus.¹¹⁰ Det krävs då att de stridande står under ansvarigt befäl, att de särskiljer sig från civila, att de bär sina vapen öppet och att de

¹⁰³ Ibid., s. 206.

¹⁰⁴ Se t.ex. den svenska översättningen av art. 2 i fjärde Genèvekonventionen som kan hittas i SOU 2010:22, s. 291f.

¹⁰⁵ SOU 2016:40 s. 71.

¹⁰⁶ Tadic, para 122, 131 och 137.

¹⁰⁷ O. Bring, A. Körlof-Askholt (2010) s. 62; U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 206.

¹⁰⁸ A. Henriksen (2019) s. 283.

¹⁰⁹ Genèvekonvention III art. 4 och TP I art. 43.

¹¹⁰ Genèvekonvention III art. 4.a2.

respekterar den humanitära rätten.¹¹¹ Någon motsvarande rättighet finns inte för stridande i icke-statliga väpnade grupper i icke-internationella väpnade konflikter.¹¹²

2.4.2 Icke-internationell väpnad konflikt

Vad avser en icke-internationell väpnad konflikt, så föreligger den mellan en stats armé och en väpnad grupp (eller mellan sådana väpnade grupper), inom en stats territorium. En närmre definition kommer till uttryck i Tadic-målet, som anses reflektera sedvanerätten.¹¹³ För att betraktas som en väpnad konflikt måste konflikten uppfylla kravet på utdraget våld¹¹⁴, varför uppror och spänningar inom en stats territorium som inte uppfyller dessa krav inte kan betraktas som en väpnad konflikt.¹¹⁵

Den internationella humanitära rätten är, enligt uttalande i Tadic-målet, tillämplig i en icke-internationell väpnad konflikt fram tills en fredlig överenskommelse uppnåtts. I praktiken kan emellertid en konflikt sluta anses vara en icke-internationell väpnad konflikt i folkrättslig bemärkelse antingen på grund av att den inte längre uppnår kravet på utdraget våld eller därför att den har fått en internationell karaktär.¹¹⁶

Regleringen av icke-internationella väpnade konflikter är betydligt mer begränsad än den av internationella väpnade konflikter.¹¹⁷ Huvudsakligen regleras den humanitära rätten i icke-internationella väpnade konflikter av gemensamma artikel 3 i Genèvekonventioner, som föreskriver ett slags minimiskydd. Även TP II kan vara tillämplig.¹¹⁸ Andra regler, som tillämpas

¹¹¹ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 210.

¹¹² Ibid., s. 210.

¹¹³ Ibid., s. 206.

¹¹⁴ Se avsnitt 2.4 i uppsatsen för definition på utdraget våld.

¹¹⁵ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 207.

¹¹⁶ A. Henriksen (2019) s. 286.

¹¹⁷ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 207.

¹¹⁸ Enligt sin ordalydelse är gemensamma art. 3 i Genèvekonventionerna tillämplig i icke-internationella väpnade konflikter. Den tillkom för att personer inte ska vara skyddslösa i sådana konflikter. I målet *Makitan*, Stockholms tingsrätt, mål B 382–10, dom den 8 april 2011, fastställde tingsrätten att det rörde sig om en internationell väpnad konflikt, men

traktatsmässigt i internationella väpnade konflikter, kan vara tillämpliga på sedvanerättslig grund i icke-internationella väpnade konflikter.¹¹⁹ Även internationell rättspraxis har stor betydelse på området.¹²⁰

För att TP II ska vara tillämplig krävs det att en statlig trupp är involverad i den väpnade konflikten. Den är således inte tillämplig om en konflikt föreligger mellan två irreguljära grupper.¹²¹ Den icke-statliga väpnade gruppen måste vidare ha en befälsstruktur, den måste ha förmåga att kunna utföra uthålliga och samordnade militära aktioner och implementera protokollets bestämmelser. Den väpnade gruppen måste vidare kontrollera ett visst territorium inom staten vars regering den befinner sig i konflikt med. Den stat vars armé är delaktig i konflikten måste vidare ha ratificerat protokollet.¹²² Det är således inte nödvändigt att medlemmarna i gruppen faktiskt respekterar den internationella humanitära rätten, det är endast nödvändigt att de har möjlighet att göra det.¹²³ Med andra ord, krävs att gruppen har en så tydlig befälsstruktur att den har möjlighet att implementera protokollets regler och se till att dessa upprätthålls av medlemmarna.¹²⁴

Detta visar att TP II, trots att den är avsedd att komplettera konventionerna och utvidga skyddet i icke-internationella väpnade konflikter, uppställer högre trösklar för att bli tillämplig och således är konventionernas gemensamma artikel 3 tillämplig i fler situationer, traktatsmässigt, än tilläggsprotokollet.¹²⁵ Den högre tröskeln är emellertid av mindre betydelse numera, då stora delar av TP II anses utgöra sedvanerätt och är tillämpliga på denna grund.¹²⁶

använde sig ändå av gemensamma art. 3 i Genèvekonventionerna, något som kritiserades av bland annat docent Ola Engdahl i artikeln ”Dom för folkrättsbrott visar på kunskapsbrister hos rättens aktörer”, i *Advokaten: Tidskrift för Sveriges advokatsamfund*, nr 6, 2011, årgång 77.

¹¹⁹ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 207.

¹²⁰ Prop. 2013/14:146 s. 32.

¹²¹ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 207.

¹²² *Ibid.*, s. 207.

¹²³ Jugoslaviens tribunalen, ICTY, Trial Judgement, The Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski, IT-04-82-T, 10 juli 2008, para. 194 ff.

¹²⁴ SOU 2016:40, s. 75.

¹²⁵ Prop. 2013/14:146 s. 37f.

¹²⁶ SOU 2016:40 s. 73.

3 Krigsförbrytelse

3.1 Bakgrund till den svenska lagen

När man har fastställt att en väpnad konflikt pågår i ett område och att den internationella humanitära rätten således är tillämplig, kan man pröva om vissa handlingar kan betraktas som krigsförbrytelse. Tidigare fanns uppfattningen att en handling endast kan betraktas som krigsförbrytelse om övergreppet skett under en internationell väpnad konflikt. Sedvanerätten har emellertid utkristalliserats, särskilt genom praxis, och numera kan ett övergrepp utgöra krigsförbrytelse oberoende av huruvida den väpnade konflikten har varit av internationell eller icke-internationell karaktär.¹²⁷

Romstadgan utgör till stor del, som tidigare nämnts, en kodifiering av sedvanerätten och det är genom denna man inrättade Internationella brottmålsdomstolen för lagföring av vissa allvarliga internationella brott. Den stadgar att en del handlingar som begås i interna väpnade konflikter kan betraktas som krigsförbrytelser och medföra individuellt straffansvar.¹²⁸ Syftet bakom att enskilda individer kan ådra sig straffrättsligt ansvar har varit att förhindra allvarliga överträdelser av den humanitära rätten. Internationella brottmålsdomstolen har jurisdiktion över krigsförbrytelser enligt artikel 5 c) i Romstadgan och i artikel 8 stadgas ett stort antal handlingar som kan utgöra krigsförbrytelser.¹²⁹ De flesta krigsförbrytelser är konventionsreglerade som svåra överträdelser av Genèvekonventionerna, men en del brott är fortfarande bara sedvanerättsligt grundade.¹³⁰ Det folkrättsliga straffansvaret för individen, den internationella straffrätten, avser emellertid enbart svåra överträdelser av det humanitärrättsliga regelverket. Vissa gärningar är endast kriminaliserade av TP I, som inte har ratificerats av ett antal viktiga stater,

¹²⁷ O. Bring m.fl. (2014) s. 261f.

¹²⁸ Ibid, s. 261.

¹²⁹ Se SOU 2010:22, s. 683 och 686ff.

¹³⁰ O. Bring m.fl. (2014) s. 261.

bl.a. USA och Israel.¹³¹ Ett sådant brott är t.ex. uppsåtligt riktande av angrepp mot civilbefolkning.¹³² Ett sådant angrepp utgör emellertid fortfarande en svår överträdelse av den humanitära rätten, då brottet är sedvanerättsligt grundat.¹³³

Det är inte alla överträdelser av den humanitära rätten som kan utgöra krigsförbrytelser enligt den internationella straffrätten, då endast allvarliga brott regleras av Romstadgan. Det föreligger ingen explicit skyldighet för konventionsstaterna att införa nationella brott som skulle motsvara Romstadgans.¹³⁴ Någon sådan förpliktelse, med vissa undantag som t.ex. frågan om förmans ansvar, finns inte heller sedvanerättsligt grundad.¹³⁵ Romstadgan är emellertid ett komplement till de nationella straffsystemen.¹³⁶ Det är därför, med hänsyn till Internationella brottmålsdomstolens sekundära jurisdiktion samt det faktum att det rör sig om synnerligen allvarlig brottslighet, förutsatt att konventionsstaterna tillser att de har möjlighet att lagföra för brotten i åtminstone samma utsträckning som Internationella brottmålsdomstolen kan.¹³⁷ Man kan i dessa avseenden betrakta Romstadgan som ett slags minimigaranti som ser till att de mest allvarliga brotten lagförs.¹³⁸

Det åligger emellertid staterna en skyldighet att lagföra personer som har begått svåra överträdelser mot Genèvekonventionerna.¹³⁹ Denna skyldighet följer av konventionerna, men skyldigheten är även sedvanerättsligt grundad. Vad som utgör svåra överträdelser definieras i de fyra konventionerna och innefattar bland annat uppsåtligt dödande, tortyr eller omänsklig behandling

¹³¹ O. Bring m.fl. (2014) s. 261.

¹³² Ibid., s. 261.

¹³³ Ibid., s. 261.

¹³⁴ P. Asp (2011) s. 169

¹³⁵ Prop. 2013/14:146 s. 56.

¹³⁶ Se avsnitt 2.3.3 för presentation av Romstadgan och Internationella brottmålsdomstolen.

¹³⁷ Ibid., s. 169.

¹³⁸ M. Klamberg (2020) s. 93.

¹³⁹ Se O. Bring m.fl. (2014) s. 249. Förpliktelsen för staterna att möjliggöra lagföring för svåra överträdelser mot konventionerna följer av följande artiklar: Genèvekonvention I artikel 49, Genèvekonvention II artikel 50, Genèvekonvention III artikel 129 och Genèvekonvention IV artikel 146.

och tagande av gisslan.¹⁴⁰ I rättspraxis har även andra överträdelser av konventionerna, samt överträdelser av tilläggsprotokollen betraktats utgöra krigsförbrytelse.¹⁴¹ Vad avser övriga överträdelser åligger en skyldighet för staterna, enligt konventionerna och tilläggsprotokollen, att vidta åtgärder för att dessa ska upphöra och upprepning förhindras.¹⁴² Den nationella rätten kan emellertid gå längre än så och föreskriva individuellt straffansvar även för övriga typer av överträdelser.¹⁴³

3.2 LSIB

I detta avsnitt kommer den svenska regleringen av krigsförbrytelse att presenteras. För att belysa lagen kommer praxis på området att presenteras.

Då vi i Sverige har ett närmast dualistiskt synsätt på folkrätten och den inomstatliga rätten krävs, som det redogjorts för ovan, ett införlivande av de folkrättsliga reglerna i den interna rätten.¹⁴⁴ Man har för svensk del reglerat krigsförbrytelse i lag (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser, LSIB. Lagen möjliggör lagföring i åtminstone samma utsträckning som vid Internationella brottmålsdomstolen, men går delvis längre än Romstadgan vad avser övergrepp som begås i icke-internationella väpnade konflikter.¹⁴⁵ Det är emellertid inte alla överträdelser av det humanitära regelverket som utgör en krigsförbrytelse enligt svensk lag. Som utgångspunkt träffas endast de mest allvarliga överträdelserna av lagen, medan övriga överträdelser kan aktualisera andra straffbestämmelser i t.ex. brottsbalken.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Genèvekonvention I art. 50, Genèvekonvention II art. 51, Genèvekonvention III art. 130 och Genèvekonvention IV art. 147.

¹⁴¹ U. Linderfalk m.fl. (2020) s. 219.

¹⁴² O. Bring m.fl. (2014) s. 262.

¹⁴³ Ibid., s. 262.

¹⁴⁴ För en redogörelse av hur folkrätten kan införlivas i svensk rätt hänvisas till avsnitt 2.2 i uppsatsen.

¹⁴⁵ Prop. 2013/14:146, s. 75 f.

¹⁴⁶ SOU 2016:40 s. 51.

Lagens fjärde paragraf stadgar att för krigsförbrytelse döms, om gärningen ingår som ett led i eller på annat sätt står i samband med en väpnad konflikt eller ockupation, bland annat den som dödar en skyddad person, tillfogar en sådan person allvarlig smärta eller skada eller utsätter personen för svårt lidande genom tortyr eller annan omänsklig behandling.¹⁴⁷ Straffet för krigsförbrytelse är enligt paragrafen fängelse i högst sex år för. Även lagens femte paragraf reglerar krigsförbrytelse mot person, men är tillämplig, enligt ordalydelsen, endast i internationell väpnad konflikt eller ockupation. Brott enligt femte paragrafen kan bland annat vara att tvinga en medborgare i en stat som är motpart i konflikten att delta i militära operationer mot den egna staten eller att tvinga en skyddad person att tjänstgöra i en fientlig makts väpnade styrkor.¹⁴⁸ Straff för brott mot lagens femte paragraf är fängelse i högst sex år.

Med skyddad person avses de persongrupper som åtnjuter särskilt humanitärrettsligt skydd enligt Genèvekonventionerna och TP I eller som åtnjuter sådant skydd enligt den internationella sedvanerätten. Skyddade persongrupper är till exempel civila, sårade, sjuka, skeppsbrutna eller krigsfångar.¹⁴⁹ I målet *Abdulkareem*¹⁵⁰ bedömer både tingsrätten och

¹⁴⁷ Gärningar som kan utgöra krigsförbrytelse enligt lagens fjärde paragraf är, utöver de två som tagits som exempel, att man utsätter en skyddad person för medicinskt eller vetenskapligt experiment som inte sker i personens intresse och som innebär allvarlig fara för hans eller hennes liv eller hälsa, skadar en person som är försatt ur stridbart skick, utsätter en skyddad person för allvarligt sexuellt övergrepp genom våldtäkt, påtvingad prostitution, sexuellt slaveri eller annan till sitt allvar jämförbar gärning, i syfte att påverka den etniska sammansättningen av en befolkning eller att föröva andra svåra överträdelser av allmän folkrätt, frihetsberövar en skyddad person av kvinnligt kön som med tvång gjorts havande, utsätter en skyddad person för förödmjukande eller nedsättande behandling som är ägnad att allvarligt kränka den personliga värdigheten, i strid med allmän folkrätt deporterar eller tvångsflyttar en skyddad person, verkställer eller dömer ut ett straff mot en skyddad person utan att han eller hon först fått en rättvis rättegång, i syfte att förmå en stat, person eller organisation att utföra eller avstå från en handling, tar en skyddad person som gisslan, eller till nationella väpnade styrkor eller väpnade grupper rekryterar eller för direkt deltagande i fientligheter använder barn som inte fyllt femton år.

¹⁴⁸ Övriga gärningar som utgör brott mot lagens femte paragraf är, utöver exemplet, att man för en ockupationsmakts räkning låter förflytta en del av dess civilbefolkning till ett ockuperat område eller att man i strid med allmän folkrätt frihetsberövar en skyddad person eller på ett oförsvarligt sätt dröjer med att sända hem en krigsfånge eller en civil person som berövats friheten.

¹⁴⁹ Se 3 § i LSIB.

¹⁵⁰ Blekinge tingsrätt, mål B 569–16, dom den 6 december 2016; Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål B 3187–16, dom den 11 april 2017.

Hovrätten över Skåne och Blekinge att den tilltalade gjort sig skyldig till krigsförbrytelse enligt LSIB genom att ha utsatt fyra avlidna personer, tillhörande IS, för förödmjukande eller nedsättande behandling. Detta genom att fotografera och publicera bilder där gärningsmannen poserar vid liken. Gärningarna ansågs utgöra krigsförbrytelse, då avlidna personer utgör en skyddad persongrupp. I målet *Saeed*¹⁵¹, som rör liknande omständigheter, finner såväl tingsrätten som Göta Hovrätt att döda personer utgör en skyddad persongrupp, varför det även i detta mål var fråga om krigsförbrytelse enligt LSIB.

Utöver dessa två former av krigsförbrytelse kan även förbjudna åtgärder avseende egendom, särskilt skyddade insatser eller kännetecken, användande av förbjudna stridsmetoder och stridsmedel, samt upphävande av rätten till domstolsprövning utgöra krigsförbrytelse.¹⁵²

Grov krigsförbrytelse regleras i lagens elfte paragraf. Vid bedömningen av huruvida brottet är att betrakta som grovt ska särskilt beaktas om gärningen ingått som ett led i en plan eller politik eller som en del av en omfattande brottslighet eller om gärningen förorsakat död, allvarlig smärta eller skada eller svårt lidande, omfattande skada på egendom eller synnerligen allvarliga skador på den naturliga miljön. Enligt förarbetsuttalanden kan krigsförbrytelse som förorsakar en civil persons död bedömas som grov.¹⁵³

3.2.1 Nexuskravet

Vad som tydligt stadgas i både fjärde och femte paragrafen är att det är en förutsättning att handlingen har en koppling till den väpnade konflikten för

¹⁵¹ Örebro tingsrätt, mål B 6072–18, dom den 19 februari 2019; Göta Hovrätt, mål B 939–19, dom den 24 september 2019.

¹⁵² Se 6 § för krigsförbrytelse som avser egendom, 7 § för krigsförbrytelse genom upphävande av rätten till domstolsprövning, 8 § för krigsförbrytelse som avser särskilt skyddade insatser eller kännetecken samt 9 och 10 §§ för krigsförbrytelse genom användande av förbjudna stridsmetoder och förbjudna stridsmedel.

¹⁵³ Prop. 2013/14:146 s. 198.

att kunna utgöra krigsförbrytelse. Detta är det så kallade *nexus*-kravet.¹⁵⁴ Privat motiverade brott kan således inte utgöra krigsförbrytelser. Exempelvis kan ett mord som begås av svartsjuka eller spelskuld, även om den begås under den tid och den plats där det pågår en väpnad konflikt, inte betraktas som krigsförbrytelse då det saknar detta samband till konflikten.¹⁵⁵

Det är tydligt att samband föreligger mellan en gärning och den väpnade konflikten, när gärningen ingår som ett led i stridigheterna eller har ett direkt samband med dessa. Det räcker emellertid att gärningsmannen, utan eget intresse i konflikten eller egen vinning, utnyttjar det faktum att en väpnad konflikt pågår för att begå en gärning som är straffbar som krigsförbrytelse, för att denna ska betraktas som sådan.¹⁵⁶ Det krävs således inte att gärningen främjar konflikten på något sätt, eller att gärningsmannen haft militära skäl eller syften.¹⁵⁷ Man kan med andra ord förklara det som att samband finns mellan gärningen och konflikten om konflikten haft en betydelsefull roll för gärningsmannens möjligheter eller beslut att utföra gärningen, även om konflikten inte varit själva orsaken till gärningen.¹⁵⁸ Utgångspunkten är således att gärningen inte skulle ha ägt rum om det inte vore för att den väpnade konflikten förelåg.¹⁵⁹

Slutligen krävs det inte heller att gärningsmannen har insikt i att det i folkrättslig bemärkelse föreligger en väpnad konflikt, det är tillräckligt att gärningsmannen har insikt om de faktiska omständigheterna som konstituerar en väpnad konflikt.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Kravet på *nexus* kan utläsas ur praxis från såväl Jugoslavientribunalen som Internationella brottmålsdomstolen. Se Tadic, para 572; Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others, 1998, IT-96-21-T, paras 199f.; Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, 1999, IT95-14/1-T, para 45.; Prosecutor v. Ntaganda (Case ICC-01/04-02/06), ICC, T.Ch, Judgement, 12 juni 2002, para. 55.

¹⁵⁵ Prop. 2013/14:146 s. 122f.

¹⁵⁶ Prop. 2013/14:146 s. 261.

¹⁵⁷ Prop. 2013/14:146 s. 124; SOU 2016:40 s. 51f.

¹⁵⁸ SOU 2016:40 s. 51f.

¹⁵⁹ SOU 2016:40 s. 52.

¹⁶⁰ Prop. 2013/14:146 s. 124.

3.2.2 Det individuella straffansvaret

Den internationella humanitära rätten ska respekteras av alla i den väpnade konflikten, oavsett deras status.¹⁶¹ Krigsförbrytelse utgör inte något militärt brott, det vill säga att det är möjligt även för enskilda civila som direkt deltar i fientligheterna att ådra sig straffansvar.¹⁶² Det som är av avgörande betydelse här är offrets status som skyddad person och inte gärningsmannens status i stridigheterna.¹⁶³ Man behöver således vid tillämpning av lagen inte beakta förbrytarens status i stridigheterna, utan istället undersöka huruvida offret tillhörde en skyddad persongrupp, till exempel att offret var en civil, en krigsfånge eller en död person. Det är med andra ord utan betydelse huruvida gärningsmannen är kombattant eller inte.

Att det rör sig om individuellt straffansvar kan man även utläsa ur EU:s riktlinjer för efterlevnaden av humanitär rätt.¹⁶⁴ I den fjortonde punkten framgår följande.

”Enskilda personer har ett personligt ansvar för krigsförbrytelser. Stater måste i enlighet med sin nationella lagstiftning se till att de påstådda förövarna dras inför rätta i hemlandet eller överlämnas för rättegång vid ett annat lands domstol eller en internationell tribunal, t.ex. Internationella brottmålsdomstolen.”¹⁶⁵

Det bör även påpekas att det individuella ansvaret inte fritar en eventuellt ansvarig stat, det vill säga att både en stat och en individ kan utkrävas på ansvar för samma handling.¹⁶⁶

¹⁶¹ Prop. 2013/14:146 s. 132.

¹⁶² Prop. 2013/14:146 s. 132.

¹⁶³ Prop. 2013/14:146 s. 132.

¹⁶⁴ EU:s riktlinjer för främjande av efterlevnaden av den internationella humanitära rätten 2009, C 303 15/12/2009 s. 0012–0017; se SOU 2010:22, s. 808.

¹⁶⁵ SOU 2010:22, s. 812.

¹⁶⁶ O. Bring m.fl. (2011) s. 257.

3.3 Det tidigare folkrättsbrottet

Det kan vara av betydelse att redogöra kort för det tidigare folkrättsbrottet. Innan införandet av LSIB var folkrättsbrottet, som motsvarar dagens krigsförbrytelse, kriminaliserat i 22 kap. 6 § brottsbalken (BrB). Lagstiftningen är fortfarande aktuell, trots att den upphävdes i samband med införandet av LSIB, på grund av att det är denna lag som ska tillämpas på brott begångna innan 2014. Detta följer av legalitetsprincipen.¹⁶⁷ Det kan även vara relevant att redogöra för folkrättsbrottet då den rättspraxis som finns på området kan vara vägledande även vid bedömning av den nuvarande lagen.

Folkrättsbrottet kriminaliserade ”svår överträdelse av något sådant avtal med främmande makt eller någon sådan allmänt erkänd rättsgrundsats, som rör den internationella humanitära rätten i väpnade konflikter”.¹⁶⁸ Bestämmelsen gav olika exempel på handlingar som kan utgöra svåra överträdelser av den internationella humanitära rätten i lagens mening. Bestämmelsen var i allt väsentligt densamma som idag finns i LSIB, men saknade en uttömmande list på vilka gärningar som kan utgöra svåra överträdelser. Den är istället utformad som ett blankettstraffbud och hänvisar till traktater och sedvanerätt som gäller vid väpnade konflikter.¹⁶⁹ Utformningen av folkrättsbrottet är intressant, därför att bestämmelsen var utformad på ett flexibelt sätt. Den nationella straffbestämmelsen följde den internationella sedvanerätten och anpassade sig efter den. En sådan utformning står i motsats till vårt dualistiska synsätt på folkrätten och den nationella rätten, eftersom sedvanerätten genom bestämmelsen om folkrättsbrott, mer eller mindre blev direkt tillämplig i den inomstatliga rätten. Man kan således påstå att bestämmelsen utgjorde ett

¹⁶⁷ Legalitetsprincipen innebär i korthet att en person inte får straffas för en gärning som, när den företogs, inte var kriminaliserad. En medborgare ska kunna förutse huruvida dennes gärningar kommer att vara straffbara eller inte.

¹⁶⁸ Innan införandet av BrB 22:6 kriminaliserades folkrättsbrottet först i strafflagen (SL 27:11) och senare i BrB 22:11. I de tidigare lagarna var såväl svåra som övriga överträdelser av Genèvekonventionerna kriminaliserade. Samtliga bestämmelser kriminaliserade förfaranden som står i strid mot allmänt erkända rätts-/ folkrättsliga grundsatser, d.v.s. sedvanerätt.

¹⁶⁹ Prop. 2013/14:146 s. 68.

monistiskt inslag.¹⁷⁰ Detta utgör en stor skillnad mellan dåvarande folkrättsbrott och nuvarande krigsförbrytelse.

I det s.k. *Cuska-fallet*¹⁷¹ tar svensk domstol ställning till huruvida begreppet ”svåra överträdelser” motsvarar Romstadgans begrepp och således endast är tillämpligt i internationella väpnade konflikter. Slutsatsen som nås är att så inte är fallet. Det svenska folkrättsbrottet var avsett att tillämpas i såväl internationella som icke-internationella väpnade konflikter. I och med införandet av LSIB har frågan om lagens tillämplighet i icke-internationella konflikter rätats ut, varför svåra bedömningar av det slag domstolen behövde göra i målet inte längre blir aktuella.¹⁷²

Folkrättsbrottet var vidare, precis som dagens krigsförbrytelse, ett gradindelade brott – folkrättsbrott av normalgraden och grovt folkrättsbrott. Vid bedömning av svårhetsgrad skulle, enligt lagen, beaktas huruvida gärningen bestått av många enskilda handlingar, om många människor dödats eller om omfattande egendomsförlust uppkommit till följd av brottet. I *Arklöv-målet*¹⁷³ gjorde tingsrätten bedömningen att det rörde sig om endast ett brott, trots att brottsligheten drabbat många offer vid skilda tillfällen, men att det rörde sig om grovt folkrättsbrott.

Precis som i den nuvarande lagen är det en förutsättning, för att en gärning ska kunna betraktas som folkrättsbrott, att ett samband föreligger mellan den brottsliga handlingen och den väpnade konflikten.

En annan fråga som diskuterats i svensk domstol är huruvida en enskild civilperson kan göra sig skyldig till brott mot den internationella humanitära rätten. I *Mbanenande-målet*¹⁷⁴ kommer tingsrätten fram till att svaret på

¹⁷⁰ M. Klamberg (2007–08) vid s. 139.

¹⁷¹ Stockholms tingsrätt, avdelning 4, mål B 5373–10, dom den 20 januari 2012; Svea hovrätt, avdelning 4, mål B 1248–12, dom den 19 december 2012.

¹⁷² I. Österdahl (2020) s.176.

¹⁷³ Stockholms tingsrätt, avdelning 13, mål B 4084–04, dom den 18 december 2006.

¹⁷⁴ Stockholms tingsrätt, avdelning 4, mål B 18271–11, dom den 20 juni 2013; Svea hovrätt, avdelning 8, mål B 6659–13, dom den 19 juni 2014.

frågande är jakande. En enskild civilperson kan göra sig skyldig till brott mot den internationella humanitära rätten i såväl internationella som icke-internationella väpnade konflikter, under förutsättning att samband finns mellan handlingen och den väpnade konflikten.

4 Terrorism

4.1 Definitionsproblematik

Begreppet terrorism är värdeladdat och användandet av begreppet har många gånger undvikits, dels på denna grund, dels för att en allmänt accepterad definition saknas.¹⁷⁵ Begreppet bär idag en väldigt negativ laddning. Det verkar emellertid som att det under den första, anarkistiska, vågen av modern terrorism inte var lika negativt laddat.¹⁷⁶ När Vera Zasulich stod åtalad, år 1878, för att ha skadat en polis försvarade hon sig genom att säga att hon inte var en mördare, utan en terrorist, varvid juryn friade henne.¹⁷⁷ Efter Charlie Hebdo attackerna, i Paris 2015, uttalade den ansvarige för BBC Arabic att rapporteringarna inte skulle komma att innehålla ordet ”terrorister” för att beskriva gärningsmännen. Detta mot bakgrund av att kanalen ville förmedla nyheten på ett så objektivt sätt som möjligt.¹⁷⁸ Man kan ifrågasätta huruvida nyheten de facto blir mer objektiv genom att man utesluter användandet av begreppet, men uttalandet vittnar inte desto mindre om avsaknaden av en enhetlig, allmän och internationellt accepterad definition.

Att fastställa en enhetlig definition för begreppet har varit en utmaning ända sedan det började användas. Den enes terrorist är den andres frihetskämpe. På grund av avsaknaden på en allmänt accepterad definition har frågan om terrorism inte kunnat behandlas som ett internationellt brott i Romstadgan, även om det diskuterades under förhandlingarna.¹⁷⁹

När Storbritanniens ständiga representant, Sir Jeremy Greenstock, år 2001 fick frågan om definitionen för terrorism ska han ha uttalat att allt som ser ut som, luktar som och dödar som terrorism är terrorism.¹⁸⁰ Det framstår då som

¹⁷⁵ SOU 2019:49, s. 155

¹⁷⁶ D. Rapaport (2013) s. 9

¹⁷⁷ Ibid, s. 9.

¹⁷⁸ B. O’Loughlin (2016) s. 276.

¹⁷⁹ Prop. 2013/14:146 s. 30.

¹⁸⁰ H. Duffy (2015) s. 30.

att terrorism är något som man enkelt kan utpeka. I själva verket är det inte så enkelt. För att kunna bekämpa internationell terrorism, genom att ålägga stater vissa skyldigheter och ålägga individer straffansvar krävs en tydlig definition av begreppet. Genom en allmänt accepterad definition av terrorism inom det internationella samfundet undviker man även att begreppet används om en motståndare enbart för att invalidisera deras åsikt, det vill säga att begreppet terrorism används i betydelse ”våld jag inte stöttar”.¹⁸¹

Det internationella samfundet har försökt definiera begreppet sedan 1930-talet, även om arbetet givetvis intensifierades i kölvattnet av 11 september attackerna.¹⁸² FN:s konvention om förebyggande och bestraffning av terrorism, från år 1937, definierar terrorism som följande.

*.../ kriminella handlingar mot en stat med avsikt att försätta vissa personer, en viss grupp eller allmänheten i terrortillstånd.*¹⁸³

Denna definition är vag, och specificerar inte heller vilka handlingar som kan betraktas som terrorism. Överenskommelsen ansågs därför inte ha definierat terrorism på ett sätt som är godtagbar för hela det internationella samfundet och konventionen vann därför inte någon verkan.¹⁸⁴

En annan definition finns i FN:s internationella konvention om bekämpning av finansiering av terrorism, antagen av generalförsamlingen i resolution 54/109 år 1999.¹⁸⁵ Där definieras terrorism som följande.

.../ en handling som orsakar civila eller andra personer som inte aktivt deltar i stridigheterna under en väpnad konflikt död eller allvarlig kroppsskada, samt att uppsåtet med en sådan gärning, på grund av dess beskaffenhet eller sammanhang, varit att sprida skräck bland en befolkning eller förmå en

¹⁸¹ Se Sjöberg, Cooke och Neal (2009) s. 8; T. Shanahan (2016) s. 104.

¹⁸² SOU 2017:72 s. 68.

¹⁸³ H. Duffy (2015) s. 31.

¹⁸⁴ Ibid, s. 31.

¹⁸⁵ Se artikel 2(1)b i FN:s internationella konvention om bekämpning av finansiering av terrorism.

regering eller en internationell organisation att vidta eller avstå från att vidta en åtgärd.¹⁸⁶

Denna definition är mindre vag än den tidigare, men även här specificeras det inte vilken typ av handlingar det rör sig om.

4.2 Terrorism under väpnad konflikt

Som det har redogjorts för ovan tillämpas den internationella humanitära rätten i väpnade konflikter och det är ytterst den som avgör vilka gärningar som ska betraktas som tillåtna respektive otillåtna under en väpnad konflikt.

Under en internationell väpnad konflikt regleras terrorism i bland annat art. 33 i Genèvekonvention IV och i art. 51(2) i TP I. Art. 33 i Genèvekonvention IV förbjuder att skyddade personer straffas för förbrytelser som de inte själva har begått. Vidare förbjuder artikeln samfällid bestraffning, skrämnel, terrorism, plundring och repressalier mot skyddade personer och deras egendom. Vilka som utgör skyddade persongrupper framgår i art. 4 i konventionen. De som skyddas av bestämmelsen är civila som befinner sig på ockuperad mark eller som internerats av motparten. Den skyddar således endast civila som befinner sig i fiendens våld. Art. 51(2) i TP I skyddar civilbefolkningen mot anfall och förbjuder våldshandlingar och hot om våld vars primära syfte är att sprida terror bland civilbefolkningen. Persongruppen som skyddas av TP I är större än den som skyddas av Genèvekonvention IV, då protokollet även skyddar civila som inte befinner sig i fiendens våld.¹⁸⁷

I icke-internationella väpnade konflikter regleras terrorism i art. 4(2)(d) och art. 13(2) i det andra tilläggsprotokollet. Art. 4 i TP II föreskriver ett antal grundläggande garantier för alla som inte eller inte längre deltar i stridigheterna. Art. 4(2) förbjuder, utöver terroristhandlingar, även tagande

¹⁸⁶ H. Duffy (2015) s. 33.

¹⁸⁷ Art. 1(3) TP I; Galic, para 120.

av gisslan, plundring och kollektiva straff. Art. 13(2) TP II och art. 51(2) TP I är identiska.¹⁸⁸

Art. 33 i Genèvekonvention IV och art. 4(2)(d) i TP II kan sägas ha till syfte att förbjuda former av kollektiva bestraffningar. Medan art. 51(2) i TP I och art. 13(2) TP II kan sägas ha till syfte att förbjuda handlingar vars primära syfte är att sprida skräck bland civilbefolkningen. Jugoslavientribunalen har i målet *Galic*¹⁸⁹ år 2006 uttalat att de två senare bestämmelserna har sedvanerättslig status.¹⁹⁰ I målet framgår även en definition på begreppet ”terror” i den internationella humanitära rättens bemärkelse, nämligen den att terror är extrem rädsla.¹⁹¹ Det bör påpekas att, trots att det rör sig om terroristhandlingar, så förbjuder den internationella humanitära rätten dessa i handlingar i form av krigsförbrytelse.¹⁹² Med andra ord, bryter denna sorts handlingar mot den internationella humanitära rätten.

Det bör även erinras att den internationella humanitära rätten vilar på grundläggande principer, såsom distinktionsprincipen som innebär att civila aldrig får utgöra måltavlor i väpnade konflikter. Terroristhandlingar, som ofta riktar sig mot civila, är därmed redan förbjudna av de mest grundläggande principerna i en väpnad konflikt.¹⁹³ Distinktionsprincipen utgör sedvanerätt och således kan ett brott mot distinktionsprincipen utgöra krigsförbrytelse.¹⁹⁴ Enligt Jugoslavientribunalen kan anfall som inte särskiljer mellan civila och militära objekt betraktas som angrepp mot civila.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Se *Galic*, para 94f och 120.

¹⁸⁹ *Prosecutor v. Stanislav Galic*, Case No IT-98- 29-T, Judgment of 5 December 2003; *Prosecutor v. Stanislav Galic*, Case No IT-98-29-A, Judgment of 30 November 2006. [cit. *Galic*].

¹⁹⁰ *Galic*, para 57; International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, rapport från den trettioförsta konferensen för Röda Korset och Röda Halvmånen, 2011, s. 49.

¹⁹¹ *Galic*, para. 137.

¹⁹² *Ibid.*, s. 49.

¹⁹³ International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, rapport från den trettioförsta konferensen för Röda Korset och Röda Halvmånen, 2011 s. 49.

¹⁹⁴ *Ibid.*, s. 49.

¹⁹⁵ *Galic*, para. 57.

Trots att terrorism på detta sätt regleras i den internationella humanitära rätten, samt att begreppet uttryckligen används i en av konventionerna, förekommer ingen definition på terrorism i regelverket.¹⁹⁶ Reglerna borde ändå förstås som att de förbjuder handlingar som väcker skräck bland civila. Det torde dock ligga i sakens natur att de flesta stridshandlingar väcker sådan skräck hos befolkningen. Förbudet kan emellertid inte vara avsett att omfatta samtliga stridshandlingar. Vad som kännetecknar terrorism, i väpnade konflikter, är istället att handlingarnas primära syfte, om än inte enda, är att sprida skräck bland civilbefolkningen, i bemärkelsen att angreppen riktar sig mot eller i stor omfattning drabbar civila.¹⁹⁷ Denna definition omfattar således inte angrepp mot militära mål, vilka inte är otillåtna i en väpnad konflikt. Anfall mot kombattanter och militära mål utgör således inte terrorism i den internationella humanitära rättens bemärkelse. Däremot kan val av stridsmetod och stridsmedel fortfarande föranleda att angreppet, på den grunden, betraktas som krigsförbrytelse.¹⁹⁸

Eftersom terrorism regleras i den internationella humanitära rätten görs ofta undantag i konventioner om terrorism vad avser väpnade gruppers verksamhet i väpnade konflikter.¹⁹⁹ Detta kommer diskuteras närmre längre fram i uppsatsen.²⁰⁰ I följande avsnitt kommer terrorism enligt EU-rätten att presenteras. Det bör här påpekas att EU varken är part till Genèvekonventionerna eller tilläggsprotokollen, men att samtliga medlemsstater är parter till dessa.²⁰¹

¹⁹⁶ SOU 2016:40 s. 88.

¹⁹⁷ SOU 2016:40 s. 89.

¹⁹⁸ Ibid., s. 89.

¹⁹⁹ I flera konventioner och andra internationella instrument som reglerar terrorism finns det begränsningar i tillämpligheten, i förhållande till den internationella humanitära rätten. Som exempel finns sådana begränsningar i artikel 4 i 2005 års konvention för bekämpande av nukleär terrorism, i artikel 26 i Europarådets konvention om förebyggande av terrorism, i artikel 12 i 1979 års konvention mot tagande av gisslan samt i artikel 19 i terroristbombningskonventionen. I SOU 2016:40 s. redogörs närmre för dessa begränsningar i instrumentens tillämplighet.

²⁰⁰ Se avsnitt 5.3 i uppsatsen.

²⁰¹ C-158/14 p. 15.

4.3 Den europeiska definitionen

Trots svårigheter att enas om en internationell definition av terrorism har man lyckats åstadkomma en regional sådan. Europarådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism (hädanefter endast rambeslutet) är den första internationella överenskommelse som innehåller en definition av begreppet terrorism, på så sätt att den anger att vissa straffbara gärningar, under vissa särskilt angivna förhållanden, ska betraktas som terroristbrott.²⁰² Rambeslutet var en reaktion på olika FN resolutioner, som i sin tur antogs mot bakgrund av 11 september attackerna. I ingressen till rambeslutet anges att terrorism är ”en av de allvarligaste överträdelserna” av de värden och principer som Europeiska unionen bygger på.²⁰³

Syftet bakom rambeslutet var därför bland annat att skapa en samsyn inom EU som skulle underlätta det polisiära och straffrättsliga samarbetet.²⁰⁴ Det är detta rambeslut som ligger till grund för den svenska definitionen av terrorism och den svenska terroristbrottslagen. Enligt förarbetena till terroristbrottslagen anges att syftet, utöver att genomföra rambeslutet i svensk rätt, var att skydda grundvalarna för ett demokratiskt samhälle mot allvarliga angrepp.²⁰⁵

Vid genomförandet av rambeslutet diskuterades huruvida svensk rätt inte redan uppfyllde de krav som ställdes, då de särskilda objektiva och subjektiva rekvisiten som avsågs i rambeslutet redan kunde beaktas i svensk rätt och de svenska reglerna om straffmätning.²⁰⁶ I förarbetena kommer man emellertid till slutsatsen att svensk rätt inte uppfyllde kraven, inte därför att rekvisiten inte var möjliga att beakta, utan därför att handlingarna inte betraktades som

²⁰² Prop. 2002/03:38, s. 55f.

²⁰³ Se beaktandesats 1 och 2 i rambeslutets ingress.

²⁰⁴ Prop. 2002/03:38 s. 56.

²⁰⁵ Prop. 2002/03:38 s. 61. Enligt förslaget skulle syftet anges uttryckligen i lagen, något som flera remissinstanser var kritiska mot.

²⁰⁶ Prop. 2002/03:38 s. 39f.

terroristbrott.²⁰⁷ För att uppfylla rambeslutet krävdes därför ny lagstiftning, där de särskilt angivna brotten, under de angivna omständigheterna, även skulle utgöra terroristbrott i svensk rätt.²⁰⁸

Terroristbrottet begränsas enligt rambeslutet inte till fredstid, utan terrorhandlingar kan begås i såväl fred som krig.²⁰⁹ Det finns emellertid ett antal begränsningar i dess tillämpningsområde, varav en av begränsningarna är att rambeslutet, enligt beaktandesats 11, inte är tillämpligt på väpnade styrkors verksamhet under en väpnad konflikt. Väpnade styrkors handlande undantas alltså uttryckligen från tillämpningsområdet och det blir avgörande att definiera vad som faller inom detta begrepp och vad som faller utanför. Statliga väpnade styrkors verksamhet anses omfattas av undantaget.²¹⁰ Mycket talar även för att icke-statliga väpnade gruppers verksamhet kan undantas, men det är oklart huruvida en sådan grupp i sådana fall måste uppfylla kravet på organisation och struktur för att TP II ska bli tillämplig eller om det enbart räcker med kravet som uppställs i den gemensamma art. 3 i Genèvekonventionerna.²¹¹

Sedan 2002 års rambeslut har ett antal ändringar och utvidgningar gjorts, först genom att rambeslutet ändrades år 2008, sedan genom antagandet av tilläggsprotokoll till den befintliga terrorismkonventionen och slutligen genom att rambeslutet ersattes av EU:s terrorismdirektiv för de medlemsstater som är bundna av direktivet, år 2017.²¹² Direktivets terroristbrott motsvarar i

²⁰⁷ Ibid., s. 40.

²⁰⁸ Prop. 2002/03:38 s. 40.

²⁰⁹ Tolkningen att terroristbrott kan begås även i väpnad konflikt vinner stöd av bl.a. FN:s säkerhetsrådsresolution 2178 (2014), där det tydligt framgår att terrorhandlingar kan begås under väpnad konflikt. En närmare redogörelse för terroristorganisationers väpnade verksamhet i väpnade konflikter görs i avsnitt 5.3 i uppsatsen, där undantag för terroristbrottslagens tillämpningsområde, mot bakgrund av beaktandesats 11 i rambeslutet, diskuteras.

²¹⁰ Slutsatsen kan dras utifrån att statliga väpnade styrkors verksamhet undantas tillämpningsområdet för terroristbombningskonventionen, konventionen för bekämpande av nukleär terrorism och Europarådets konvention om förebyggande av terrorism samt rådsuttalanden. Se SOU 2016:40.

²¹¹ Se SOU 2016:40. En närmre redogörelse av diskussionen som förs kring undantaget i beaktandesats 11 redovisas i avsnitt 5.3 i uppsatsen.

²¹² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2017/541 av den 15 mars 2017 om bekämpande av terrorism, om ersättande av rådets rambeslut 2002/475/RIF och om ändring av rådets beslut 2005/671/RIF.

huvudsak rambeslutets terroristbrott, med undantag för att fler gärningar enligt tilläggen till direktivet ska definieras som terroristbrott, t.ex. grovt dataintrång.²¹³ Eftersom att direktivets terroristbrott på detta sätt motsvarar rambeslutets terroristbrott, finns det anledning att fortfarande utgå från de bedömningar som gjordes i samband med att rambeslutet genomfördes.²¹⁴ Motsvarigheten till beaktandesats 11 finns i beaktandesats 37 i 2017 års terrorismdirektiv. Där anges att direktivet inte ska medföra någon ändring av medlemsstaternas rättigheter, skyldigheter eller ansvar eller internationell rätt, samt att direktivet inte reglerar väpnade styrkors verksamhet under en väpnad konflikt.

4.4 EU-rätten i Sverige

Tidigare avsnitt har redogjort för det dualistiska synsättet på folkrätten i Sverige samt hur folkrättsliga regler, som huvudregel, måste inkorporeras i svensk rätt för att få inomstatlig verkan.²¹⁵ Det är givetvis fortfarande så att den lag som tillämpas i svensk domstol är den nationella lagen, även om lagstiftningen kan ha sin grund i folkrätten eller EU-rätten och att hänsyn därför ska tas till dessa vid tillämpning av svenska bestämmelser. EU-rätten, som i grunden är en slags folkrätt som grundar sig på folkrättsliga fördrag, innehar emellertid något av en särställning.²¹⁶ Det beror på att EU-rätten, i vissa fall, i fråga om s.k. negativa förpliktelser, till följd av principen om EU-rättens företräde och direkta effekt, blir tillämplig direkt på rättstillämpningsnivå.²¹⁷ Mot bakgrund av legalitetsprincipen äger emellertid EU-rätten varken företräde eller direkt effekt vad avser straffbestämmelser. Samma sak gäller EU-rättskonform tolkning av nationella straffrätt för den nationella rättstillämparen. Det föreligger ett krav på nationella domstolar och myndigheter att så långt som möjligt och inom ramen för sin kompetens tolka

²¹³ Prop. 2017/18:174 s. 45.

²¹⁴ Ibid., s. 45.

²¹⁵ Se avsnitt 1.2 i uppsatsen.

²¹⁶ O. Bring m.fl. (2014) s. 49.

²¹⁷ P. Asp (2011) s. 142.

nationell rätt i ljuset av relevant EU-rätt.²¹⁸ Av legalitetsprincipen följer emellertid att utrymmet för en EU-rättskonform tolkning av den nationella lagen, i skärpande riktning för den enskilde, är relativt begränsad.²¹⁹ En EU-rättskonform tolkning får givetvis inte heller leda till att den nationella rätten tolkas i strid med ordalydelsen.²²⁰

I avsnittet ovan har rambeslutet, som senare ersattes av direktiv, redogjorts för. Direktiv är avsedda att bidra till harmonisering av den nationella straffrätten.²²¹ För att ett direktiv ska vinna tillämpning i Sverige krävs att Sverige antar en lag som genomför direktivet, eftersom ett direktiv riktar sig till medlemsstaterna och inte till enskilda.²²² Omfattningen av Europaparlamentets och rådets kompetens med avseende på direktiv framgår av artikel 83 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Där framgår inledningsvis att kompetensen är begränsad till fastställandet av minimiregler. EU-rätten kan således uppställa minimikrav om fastställande av brottsrekvisit och påföljder. Medlemsstaterna har en skyldighet att kriminalisera åtminstone det som framgår av direktivet, men är inte hindrade att införa mer omfattande kriminalisering eller strängare påföljder.²²³

Kompetensen är vidare, enligt samma artikel, punkt 1, begränsad till områden med särskild allvarlig brottslighet med ett gränsöverskridande inslag, eller enligt punkt 2 i artikeln, situationer där det är nödvändigt för att säkerställa att unionens politik på ett område som omfattas av harmoniseringsåtgärder skall kunna genomföras effektivt.²²⁴ I punkt 1 finns en lista över sådan särskild allvarlig brottslighet med ett gränsöverskridande inslag som EU-rätten kan fastställa direktiv om, där ett sådant område är terrorism.²²⁵

²¹⁸ P. Asp (2011) s. 149.

²¹⁹ Ibid., s. 149.

²²⁰ P. Asp (2011) s. 149.

²²¹ Ibid., s. 129.

²²² U. Bernitz, A. Kjellgren (2018) s. 58.

²²³ P. Asp (2011) s. 129.

²²⁴ Art. 83 FEUF, se även P. Asp (2011) s. 128.

²²⁵ Art. 83 FEUF, se även P. Asp (2011) s. 128.

Slutligen bör framhållas att direktiv, enligt art. 288 FEUF, är bindande för medlemsstaterna vad avser resultatet som skall uppnås.²²⁶ I vilken form och med vilket tillvägagångssätt medlemsstaten vill genomföra direktivet överläts till de nationella myndigheterna att bestämma.²²⁷

4.5 Terrorism i svensk lag

Trots att många terrorhandlingar innefattar internationella element, betraktas terroristbrott huvudsakligen som ett brott som i första hand ska bekämpas av nationella myndigheter.²²⁸ Internationellt samarbete på området är emellertid av stor vikt med hänsyn till de internationella elementen, varför en europeisk samsyn på vad som utgör terroristbrott är väsentlig. Som ovan nämnts, härstammar därför den svenska lagstiftningen på området från rambeslutet år 2002. Särskilt rådsuttalande, som gjorts i samband med antagandet av rambeslutet, ska därför vara ledande vid tillämpning av den svenska lagen.²²⁹

Terroristbrott regleras för svensk del, för närvarande, i huvudsak i tre olika lagar – lagen (2003) om straff för terroristbrott (terroristbrottslagen), lagen (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet (rekryteringslagen)²³⁰ samt i lagen (2002:444) om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall (finansieringslagen)²³¹.²³² För terroristbrott föreligger vidare universell jurisdiktion.²³³

²²⁶ P. Asp (2011) s. 129.

²²⁷ U. Bernitz, A. Kjellgren (2018) s. 58.

²²⁸ O. Bring m.fl. (2011) s. 269.

²²⁹ SOU 2016:40 s. 92.

²³⁰ Rekryteringslagen har sin bakgrund i Europarådets konvention om förebyggande av terrorism och 2008 års rambeslut om ändring av 2002 års rambeslut.

²³¹ Finansieringslagen har sin bakgrund i finansieringskonventionen, Internationell konvention om bekämpande av finansiering av terrorism, New York, den 9 december 1999.

²³² Prop. 2017/18:174.

²³³ SOU 2016:40 s. 100.

Den lag som är av huvudsaklig betydelse för denna uppsats och som det kommer redogöras för närmre är terroristbrottslagen. I lagens andra paragraf stadgas följande.

För terroristbrott döms den som begår en gärning som anges i 3 §, om gärningen allvarligt kan skada en stat eller en mellanstatlig organisation och avsikten med gärningen är att

1. injaga allvarlig fruktan hos en befolkning eller en befolkningsgrupp,
2. otillbörligen tvinga offentliga organ eller en mellanstatlig organisation att vidta eller att avstå från att vidta en åtgärd, eller
3. allvarligt destabilisera eller förstöra grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturer i en stat eller i en mellanstatlig organisation.

Straffet är fängelse på viss tid, lägst fyra år och högst arton år, eller på livstid.

Straffansvar utkrävs således, enligt första ledet i paragrafen, för den som utför en i lagens tredje paragraf angivet brott, till exempel mord eller grov misshandel.²³⁴ Utöver att ha utfört denna gärning, kräver terroristbrott att ytterligare två rekvisit uppfylls. De kvalificerande rekvisiten består i dels ett abstrakt skaderekvisit, dels ett överskjutande uppsåtsrekvisit.²³⁵

Det abstrakta skaderekvisitet (farerekvisitet)

Enligt paragrafen ska det brott som utförts allvarligt kunna skada en stat eller mellanstatlig organisation. Det är således ett abstrakt skaderekvisit och någon faktiskt skada behöver inte visas.²³⁶ Enligt propositionen ”torde gärningar som innebär att fara framkallas för många människors liv anses kunna

²³⁴ Lagens tredje paragraf utgör en uttömmande lista på handlingar som kan medföra att gärningen betraktas som ett terroristbrott. De kriminaliserade gärningarna består i, såsom de definieras i brottsbalken bl.a. mord, dråp, grov misshandel, människorov, olaga frihetsberövande, grov skadegörelse, mordbrand, allmänfarlig ödeläggelse, sabotage, och olaga hot. Vidare är vissa av de uppräknade handlingarna i lagen kriminaliserade i andra lagar än brottsbalken, det gäller bl.a. vapenbrott enligt 9 kap. 1 § vapenlagen (1996:67) och smuggling och enligt 3 § smugglingslagen (2000:1225).

²³⁵ Prop. 2002/03:38 s. 34.

²³⁶ Prop. 2002/03:38 s. 86.

allvarligt skada en stat”.²³⁷ Ser man hur detta rekvisit har tillämpats i praktiken kan man se att såväl tingsrätten och hovrätten i målet *Al-Mandalawi och Sultan*²³⁸ bedömt att filmklipp av publika avrättningar i Syrien uppfyller rekvisitet. Hovrätten menade att gärningarna ”kan sägas skada det väsentliga samhällsintresse som handlar om att värna ett öppet och säkert samhälle”.

Vidare har, i ett annat mål, införskaffandet av material för bombtillverkning för att utföra ett attentat i IS namn bedömts uppfylla rekvisitet.²³⁹ I målet (hädanefter Attunda-målet) gjorde tingsrätten bedömningen att ett fullbordat bombdåd allvarligt skulle kunna skada Sverige dels genom den konkreta skadan i samband med bomben, dels genom att dådet uttryckligen utförs i IS namn.²⁴⁰ Gärningen har därför utgjort ett hot mot det öppna och säkra samhället genom att skapa allmän otrygghet och därigenom att farerekvisitet uppfyllt, enligt tingsrätten.

Att kasta brandbomber mot folktomma lokaler har däremot vid beaktande av de konkreta omständigheterna, inte ansetts uppfylla detta rekvisit. I ett fall från Svea hovrätt 2006 uttalar domstolen att mordbrand i en vallokal är en sådan brottstyp som typiskt sett skulle kunna uppfylla farerekvisitet.²⁴¹ De konkreta omständigheterna i målet talade emellertid emot avsikten att människor skulle komma till skada och gärningarna ansåg inte uppfylla farerekvisitet. Detta hör samman med viljan att ge terroristbrottet en restriktiv tillämpning, på så vis att den endast ska omfatta mycket allvarlig brottslighet som kan anses skada samhället och dess grundvalar på ett allvarligt sätt.²⁴² Genom att tillämpa terroristbrottet restriktivt och reservera det till endast sådan brottslighet som allvarligt kan skada en stat eller en mellanstatlig organisation, bevarar man terroristbrottets signalvärde. Ett liknande mål prövades av Malmö tingsrätt 2017, där gärningsmannen orsakade brand i en

²³⁷ Prop. 2002/03:38 s. 86f.

²³⁸ Göteborgs tingsrätts, mål B 9086–15, dom den 14 december 2015; Hovrätten över Västra Sveriges, mål B 5306–15.

²³⁹ Attunda tingsrätts, mål B 546–16, dom den 2 juni 2016.

²⁴⁰ Se I. Cameron, A-J. Cornell (2017) vid s. 715.

²⁴¹ Svea Hovrätt, mål B 5673–06, dom den 7 september 2006.

²⁴² I. Cameron, A-J. Cornell (2017) vid s. 711.

förenings- och bönelokal. I målet ansåg tingsrätten inte att gärningen var av sådan beskaffenhet att den uppfyller farerekvisitet.²⁴³

Det överskjutande uppsåtet

Utöver att ha utfört en av lagens angivna brottsliga gärningar, samt att denna gärning uppfyller farerekvisitet, krävs även att gärningsmannen agerat med ett visst särskilt uppsåt, s.k. överskjutande uppsåt. Överskjutande uppsåtsrekvisit kräver, utöver ett uppsåt för det aktuella brottets förverkligande, även ett uppsåt som går utöver det. Asp och Ulväng har använt grov misshandel och försök till mord som exempel för att illustrera överskjutande uppsåtsrekvisit, på följande sätt:

Misshandel som innebär fara för död = grov eller synnerligen grov misshandel.

Misshandel som innebär fara för död + överskjutande uppsåt att döda = försök till mord.²⁴⁴

Det överskjutande uppsåtsrekvisitet kräver således att gärningsmannen eftersträfvade mer än den fullbordade gärningen. I förhållande till terroristbrottet innebär det överskjutande uppsåtsrekvisitet att gärningsmannen, utöver att ha haft uppsåt till brottets förverkligande, även haft ett direkt uppsåt för brottets konsekvenser.

Lagen anger tre alternativa subjektiva rekvisit, varför det räcker att gärningsmannen agerat i ett syfte som uppfyller ett av rekvisiten. Uppfylls inget av de alternativa uppsåtsrekvisiten, kan gärningsmannen inte dömas för terroristbrott. Däremot kan gärningsmannen dömas för det brott som fullbordats, t.ex. misshandel eller mord.²⁴⁵ För att uppfylla något av rekvisiten krävs att gärningsmannen haft som avsikt att uppfylla det stadgade, något förverkligande av hans avsikt behöver således inte visas.²⁴⁶

²⁴³ Malmö tingsrätt, mål B 10337–13, dom den 21 april 2017.

²⁴⁴ M. Leijonhufvud, m.fl., (2012) vid s. 347.

²⁴⁵ Se exemplet ovan som illustrerar överskjutande uppsåt.

²⁴⁶ Prop. 2002/03:38 s. 87.

Ett av de alternativa rekvisiten är att gärningens avsikt ska ha varit att injaga fruktan hos en befolkning eller befolkningsgrupp. I Attunda-målet gjorde tingsrätten bedömningen att den tilltalade haft ett direkt uppsåt att injaga fruktan hos en befolkning eller befolkningsgrupp, vid förberedelse till bombdåd.²⁴⁷ I ett annat mål har hovrätten bedömt att en befolkningsgrupp, i lagens bemärkelse, kan konstitueras av den del av befolkningen som inte ”tillhör den rätta läran”.²⁴⁸ Begreppet har således tolkats i vid bemärkelse. Det krävs således inte att gruppen är en homogen grupp, på det vis man kanske först tänker när man hör begreppet befolkningsgrupp.

Det andra alternativa rekvisitet är att otillbörligen tvinga offentliga organ eller mellanstatliga organisationer att vidta eller avstå från att vidta en åtgärd. Med offentliga organ avses domstolar, myndigheter och förvaltningsmyndigheter. Det ska här enligt förarbetena röra sig om handlingar som görs i utpressningssyfte.²⁴⁹

Det tredje och sista alternativa rekvisitet är att allvarligt destabilisera eller förstöra grundläggande strukturer i en stat eller en mellanstatlig organisation. Enligt förarbetena rör det sig här om samhällsviktiga funktioner, såsom skola eller sjukvård, men även viktiga industrier på vilka skada skulle leda till att statens ekonomi drabbas.²⁵⁰ I Attunda-målet hade åklagaren åberopat att den tilltalade hade uppsåt att destabilisera grundläggande strukturer i Sverige. Tingsrätten fann emellertid att det inte var visat att dessa utgjorde en måltavla.

4.6 Terroristbrottslagen – en framåtblick

År 2019 presenterade Terroristbrottsutredningen sitt förslag på en ny, samlad reglering i en ny terroristbrottslag.²⁵¹ Den föreslår att terroristbrottslagen,

²⁴⁷ Attunda tingsrätts, mål B 546–16, dom den 2 juni 2016.

²⁴⁸ Hovrätten för Västra Sverige mål B 5306–15, dom den 30 mars 2016. Målet redogörs för närmre i avsnitt 5.2 i uppsatsen.

²⁴⁹ Prop. 2002/03:38 s. 88.

²⁵⁰ Prop. 2002/03:38 s. 88.

²⁵¹ SOU 2019:49.

finansieringslagen och rekryteringslagen ersätts av en ny, samlad lag där även samröre med terroristorganisation, utbildning för terrorism och resa i terrorismsyfte regleras.²⁵² Bland de mest väsentliga ändringarna som föreslås, utöver detta, är att det objektiva rekvisitet byt ut från att allvarligt kunna skada en stat, till att avse att allvarligt kunna skada ett land. Denna ändring görs för att understryka att terrorhandlingar ofta riktar sig mot samhället i stort, snarare än mot statliga strukturer.²⁵³ Det subjektiva rekvisitet att injaga fruktan hos en befolkning eller en befolkningsgrupp föreslås ändras till att injaga fruktan hos en befolkning eller en del av befolkning, för att understryka att även heterogena delar av befolkningen omfattas.²⁵⁴ Framförallt är den stora ändringen som föreslås den, att ingen uppräknings görs över vilka brottsliga gärningar som kan betraktas som terroristbrott. Istället föreslås alla svenska brott kunna betraktas som terroristbrott under förutsättning att de kvalificerande rekvisiten, det vill säga det abstrakta skaderekvisitet samt något av de alternativa överskjutande uppsåtsrekvisiten, är uppfyllda. Genom denna ändring blir lagen mer hållbar över tid, då terroristbrottet har varierat över tid, bland annat i samband med teknisk utveckling.²⁵⁵ Det kvalificerande rekvisiten skulle emellertid fortfarande säkerställa att enbart de mest allvarliga gärningarna omfattas av terroristbrottets tillämpningsområde, vilket är i linje med direktivets avsikt.²⁵⁶

I utredning har beröringspunkten mellan terrorismlagstiftning och krigsförbrytelse berörts, något som är av stort intresse för denna uppsats. I förarbetena uttalas att den förslagna lagen kan vara tillämplig på gärningar som ägt rum under en väpnad konflikt. Som det har redogjorts för tidigare är den internationella humanitära rätten tillämplig under en konflikt, varför straffbudet för krigsförbrytelse blir tillämplig. Man kommer således, precis som det är för närvarande, ha situationer där båda straffbuden är tillämpliga samtidigt.²⁵⁷

²⁵² SOU 2019:49 s. 20.

²⁵³ SOU 2019:49 s. 230.

²⁵⁴ SOU 2019:49 s. 237.

²⁵⁵ SOU 2019:49 s. 241.

²⁵⁶ SOU 2019:49 s. 244.

²⁵⁷ SOU 2019:49 s. 361.

5 Överlappning mellan straffbuden

5.1 De gemensamma motiven och tillvägagångssätten

Överlappning mellan terroristbrott och krigsförbrytelse riskeras då våldsanvändningen i väpnade konflikter som kan utgöra krigsförbrytelse och terroristbrottslighet, i både tillvägagångssätt och motiv, kan sammanfalla. Med andra ord är de gärningar som, under förutsättning att även de kvalificerande rekvisiten är uppfyllda, kan utgöra terroristbrott sådana att de under väpnad konflikt också kan utgöra krigsförbrytelse. En gärningsman som till exempel dödar civila under en väpnad konflikt, med avsikt att injaga fruktan hos civilbefolkning och därigenom även allvarligt kan skada staten, handlar i strid mot såväl vårt terrorismregelverk som den internationella humanitära rätten. Det vill säga, gärningsmannen har genom samma gärning²⁵⁸ begått såväl terroristbrott som krigsförbrytelse.

5.2 Al-Mandalawi och Sultan

Ett särskilt intressant fall att redogöra för i detta sammanhang är *Al-Mandalawi och Sultan*²⁵⁹, vari de tilltalade döms för terroristbrott. Gärningsmännen hade medverkat vid dödandet av två, förmodligen civila, män i Syrien. Svensk domstol hade tidigare konstaterat att en enskild civilperson kan göra sig skyldig till krigsförbrytelse, om samband mellan den brottsliga handlingen och den väpnade konflikten föreligger. Det har emellertid hävdats att både tingsrättens och hovrättens domar i målet ger sken

²⁵⁸ Frågan vad som utgör en och samma gärning kan diskuteras men faller utanför denna uppsats ramar. Istället kommer härnäst resonemanget att utgå från att det rör sig om en och samma gärning, eller brottsenhet.

²⁵⁹ Göteborgs tingsrätt, avdelning 1, mål B 9086–15, dom den 14 december 2015; Hovrätten för Västra Sverige, avdelning 3, mål B 5306–15, dom den 30 mars 2016.

av att endast en person som är medlem av en väpnad grupp, i den internationella humanitära rättens bemärkelse, kan begå sådant brott.²⁶⁰

Al-Mandalawi och Sultans handlingar skulle kunna betraktas som såväl terroristbrott som krigsförbrytelse. Nedan kommer redogöras för hur deras handlingar skulle kunna utgöra ett brott mot respektive lag. I fråga om terroristbrott diskuteras de resonemang som fördes i målet, och i fråga om krigsförbrytelse presenteras de resonemang som förts i doktrin samt egna reflektioner.

5.2.1 Terroristbrott

Al-Mandalawi och Sultan deltog vid halshuggningen av två, förmodligen civila, män i Syrien. De tilltalade utförde inte själva den dödande handlingen, men deras roll i avrättningen har ansetts vara så stor och påminde om befäl, varför de bedömdes vara gärningsmän till de två mordena. Det kan diskuteras huruvida de tilltalade istället, baserat på deras inblandning borde ha dömts som anstiftare eller medhjälpare, men diskussionen är inte relevant för huvudfrågan.

Avrättningarna filmades, med avsikt att sprida skräck. Filmklippet innehåller budskap och uppmaningar till krigsföring mot de som inte följer ”den rätta läran”. Avsikten var att sprida skräck hos den befolkningsgrupp som de ansåg inte följde ”den rätta läran”, på så vis att dessa skulle frukta att något liknande kan hända dem. Begreppet befolkningsgrupp har därför, av såväl tingsrätten som hovrätten, tolkats i vid bemärkelse och avser en heterogen grupp. En sådan tolkning kan, i det fall utvecklingen går i linje med den utredning som nyligen presenterats avseende en ny, samlade reglering för terrorism, bli mer välgrundad. I utredningen presenteras förslag om att begreppet befolkningsgrupp ska bytas ut till ”del av befolkningen”, just för att

²⁶⁰ Detta kommer diskuteras närmre i avsnitt 5.2.3.

understryka att även heterogena grupper av befolkningen omfattas av bestämmelsen.

Tingsrätten bedömde att det faktum att filmen möjligen inte fick någon spridningen inte har varit avgörande, då det överskjutande uppsåtsrekvisitet inte de facto måste förverkligas. Det är tillräckligt att avsikten var att injaga fruktan hos en befolkningsgrupp. Vidare ansåg tingsrätten att även det abstrakta skaderekvisitet i lagen är uppfyllt då gärningarna är så allvarliga att de riskerar att skada väsentliga samhällsintresse och därmed skada staten, i detta fall Syrien. Tingsrätten beaktade vid bedömningen följande tre komponenter, nämligen att det rör sig om:

1. grymma bestialiska mord,
2. budskap om att alla som inte följer den rätta läran kan drabbas på samma sätt, och
3. att allt filmades.

Tingsrätten fann att sammantaget innebar dessa att fara framkallades för många människors liv och personliga säkerhet och hälsa, varför det förelåg en risk att staten allvarligt kunde skadas. Då gärningarna uppfyller de båda kvalificerande rekvisiten för terroristbrott kan gärningsmännen dömas för detta. Det är också den slutsats som tingsrätten i målet kommer fram till. Gärningsmännen döms till livstids fängelse för terroristbrott. Hovrätten delade tingsrättens bedömning.

5.2.2 Krigsförbrytelse

Det är emellertid intressant att även undersöka huruvida gärningarna skulle kunna utgöra krigsförbrytelse. Frågan har diskuterats av bland annat Österdahl och Engdahl, som båda menar att gärningarna kvalificerar som krigsförbrytelse.²⁶¹

²⁶¹ I. Österdahl (2020); O. Engdahl, (2016).

Då domstolen i målet konstaterar att det rör sig om förmodligen civila män som avrättas, kommer detta vara utgångspunkten för resonemanget. Gärningarna ägde rum år 2013, därmed är inte LSIB, som infördes 2014, tillämplig i målet. Huruvida det är fråga om krigsförbrytelse ska därför bedömas utifrån den straffbestämmelse som var tillämplig när gärningarna ägde rum, det vill säga folkrättsbrott enligt 22 kap. 6 § BrB. Lagen kriminaliserade ”svår överträdelse av något sådant avtal med främmande makt eller någon sådan allmänt erkänd rättsgrundsats, som rör den internationella humanitära rätten i väpnade konflikter”. Vidare listade lagen ett par exempel som kan utgöra svåra överträdelser. Den var således utformad som ett blankettstraffbud och innehåller ingen uttömmande lista på gärningar som kan utgöra folkrättsbrott, såsom LSIB har. Dödandet av civila är att betrakta som en sådan svår överträdelse av Genèvekonventionerna som medför straffansvar enligt 22 kap. 6 § BrB.

Vidare bör prövas om gärningarna har en sådan koppling till den väpnade konflikten, det s.k. nexus-kravet, som krävs för att gärningen ska kunna betraktas som folkrättsbrott. I detta fall tycks den väpnade konflikten vara en betydelse faktor för att handlingen ska ha ägt rum, varför kravet ska anses uppfyllt. Även om gärningen inte skulle betraktas ha ingått som ett led i stridigheten, bör den väpnade konflikten åtminstone ha varit en så betydelsefull faktor, att gärningen som utgångspunkt inte skulle ha ägt rum om inte den väpnade konflikten förelegat.

Slutligen bör erinras att krigsförbrytelse inte är ett militärt brott och kan begås av även enskilda civilpersoner. Det föreligger ett individuellt straffansvar och det är därför inte relevant för frågan om krigsförbrytelse eller folkrättsbrott huruvida gärningsmännen tillhört en organiserad väpnad grupp eller inte. Detta gäller såväl bestämmelsen i BrB 22 kap. 6 § som krigsförbrytelsebrottet enligt LSIB.

5.2.3 Slutsats om målet

Man kan här, mot bakgrund av ovan anförda skäl, komma till slutsatsen att Al-Mandalawi och Sultan i målet överträtt straffbuden för såväl terroristbrott som folkrättsbrott, genom samma handling.²⁶² Frågan får därför behandlas utifrån reglerna om brottskonkurrens.

Domstolens resonemang i målet, i huruvida gärningsmännen tillhörde en väpnad grupp eller inte, är inte relevant när man undersöker frågan om folkrättsbrott. Däremot kan frågan vara av betydelse för att undersöka terroristbrott som sker under väpnad konflikt. Detta beror på att många internationella konventioner om terrorism gör undantag för väpnade gruppers verksamhet under väpnad konflikt. Detta kommer redogöras för i nästa avsnitt.²⁶³

Österdahl skriver i sin artikel följande.

”Att döma av domen både i tingsrätten och hovrätten tycks det råda ett missförstånd beträffande vilken typ av personer som kan begå krigsförbrytelser. Domarna ger intryck av att endast en person som är medlem av en väpnad grupp i den internationella humanitära rättens bemärkelse kan göra sig skyldig till krigsförbrytelse, eller folkrättsbrott enligt den svenska dåvarande BrB 22 kap 6 §”.²⁶⁴

Har man emellertid i beaktande att vissa väpnade gruppers verksamhet undantas från terroristbrottslagens tillämpningsområde kan man istället komma till slutsatsen att domstolens resonemang kring huruvida Al-Mandalawi och Sultan tillhörde en väpnad grupp inte nödvändigtvis avsåg frågan om vilka som kan göra sig skyldiga till folkrättsbrott. Enligt min mening kan resonemanget istället ha förts mot bakgrund av att vissa väpnade gruppers verksamhet undantas terroristbrottslagens tillämpningsområde och

²⁶² Se avsnitt 4.5 för terroristbrottets konstruktion och avsnitt 3.3 för folkrättsbrottets konstruktion.

²⁶³ I avsnitt 5.3 diskuteras undantag i terroristbrottslagens tillämpningsområde för väpnade gruppers verksamhet i väpnad konflikt.

²⁶⁴ I. Österdahl (2020) s. 179.

frågan var därför huruvida deras handlingar är tillåtna under en väpnad konflikt på denna grund. Man kan därför också tolka det som att domstolen, eftersom folkrättsbrottet var en alternativ åtalspunkt, inte tog ställning till konkurrensfrågan.

Domstolen är emellertid, enligt principen *jura novit curia*, som kommer till uttryck i 30 kap. 3 § rättegångsbalken (RB), inte hindrad från att rättsligt kvalificera gärningarna efter eget val. Det vill säga, att även om domstolen inte får döma över andra gärningar än de åklagaren åberopat i målet, har domstolen enligt rättegångsbalkens lydelse rätt att rubricera brotten som både terroristbrott och folkrättsbrott. För detta krävs emellertid att den tilltalade har möjlighet till kontradiktion, eftersom det annars skulle anses strida mot art. 6 EKMR och rätten till en rättvis rättegång. Med andra ord kan en domstol fälla en tilltalad till ansvar för ett brott, om gärningsbeskrivningen svarar mot rekvisiten enligt straffbestämmelsen samt att tolkningen av gärningsbeskrivningen inte i sådana fall leder till att en dom baseras på något som blir överraskande för den tilltalade, som den tilltalade inte har haft möjlighet att försvara sig emot.²⁶⁵

Mot bakgrund av det faktum att rätten, under vissa omständigheter, kan rättsligt kvalificeras gärningarna efter eget val kan man således argumentera för att domstolen, eftersom gärningarna verkar kvalificera som båda brott, borde ha tagit ställning till konkurrensfrågan.

5.3 Undantag för väpnade gruppers verksamhet

Överlappningen mellan krigsförbrytelse och terroristbrott blir särskilt intressant att undersöka när terroristorganisationer är delaktiga i väpnade konflikter. En vanlig grund till både våldsanvändningen i en väpnad konflikt

²⁶⁵ NJA 2019 s. 909, punkt 10.

och terroristhandlingar är en önskan om att ändra maktförhållanden i landet,²⁶⁶ och detta kan innefatta försök att destabilisera grundläggande strukturer. Vidare sammanfaller de båda även då det finns grupper som ägnat sig åt såväl krigsföring som terrordåd, och utifrån terroristgruppens perspektiv kan terrordåden utgöra en del av krigsföringen.²⁶⁷

Flera gärningar som skulle kunna betraktas som terrorhandlingar utgör även krigsförbrytelse om de sker i väpnad konflikt, t.ex. angrepp som primärt riktar sig mot civila eller urskillningslösa bombningar.²⁶⁸ Straffbestämmelserna i de svenska terrorlagarna omfattar emellertid i vissa fall, till sin ordalydelse, även gärningar som under vissa omständigheter, inte uttryckligen är otillåtna enligt den internationella humanitära rätten. Det vill säga att vissa gärningar som utgör terroristbrott under fredstid, eller enligt den nationella rätten, skulle kunna vara tillåtna under väpnad konflikt, förutsatt givetvis att gärningarna inte primärt riktar sig mot civila och är i enlighet med den internationella humanitära rätten. Det kan till exempel vara gärningar som begås med uppsåt att allvarligt destabilisera politiska strukturer genom angrepp mot militära objekt. I sådana fall kan undantag från straffansvar göras, eftersom det ytterst är den internationella humanitära rätten som är avgörande för vad som är tillåtet respektive otillåtet i väpnade konflikter.

Förhållandet mellan terroristbrott och krigsförbrytelse är inte okomplicerat. I många fall förbjuder såväl internationella som nationella instrument, handlingar som i väpnad konflikt inte är otillåtna enligt den internationella humanitära rätten. På grund av detta krävs ett reglerande av undantag. Det görs därför ofta undantag för väpnade styrkors väpnade verksamhet i flera internationella konventioner och regelverk som avser terrorism. Då dessa konventioner ligger till grund för vår nationella straffbestämmelse är de också av betydelse för hur den svenska lagstiftningen ska tolkas. Tidigare i uppsatsen har beaktandesats 11 i rambeslutet, som ligger till grund för den

²⁶⁶ SOU 2019:49, s. 355.

²⁶⁷ O. Bring (2011) s. 271.

²⁶⁸ Hur terrorism regleras under väpnad konflikt i den internationella humanitära rätten har behandlats i avsnitt 4.2 i uppsatsen.

svenska terroristbrottslagen, redogjorts för.²⁶⁹ Undantaget omfattar kombattanter, som har en uttrycklig rätt att företa stridshandlingar, men omfattar även personer som i allt väsentligt kan jämföras med kombattanter. Denna slutsats kan man komma fram till om man beaktar att kombattantstatus enbart finns i internationella väpnade konflikter, men statliga väpnade styrkors verksamhet borde kunna omfattas av undantaget även vid icke-internationella väpnade konflikter.²⁷⁰

Det har även diskuterats huruvida gärningar som begås av andra stridande också omfattas av undantaget. Det ligger i sakens natur att våldshandlingar som företas under väpnade konflikter, i de flesta fall, är kriminaliserade i nationell rätt. Icke-statliga väpnade gruppers väpnade verksamhet är därför som utgångspunkt kriminaliserade i nationell rätt, oavsett hur förenliga deras handlingar är med den humanitära rätten. Det finns för svensk del inget folkrättsligt hinder mot att nationellt straffbelägga sådana gruppers gärningar i väpnade konflikter.²⁷¹ Skulle sådana grupper emellertid inte kunna omfattas av undantaget skulle det minska incitamentet för icke-statliga väpnade grupper att följa den internationella humanitära rätten, eftersom deras handlingar på ett nationellt plan, oavsett om de är i enlighet med den humanitära rätten, skulle vara straffbelagda.²⁷²

Internationella Rödakorskommittén har uppmärksammat riskerna med att nationellt straffbelägga gärningar som är tillåtna enligt den internationella humanitära rätten och pekat på ökad risk för att både civila och stridande utsätts för allvarliga övergrepp.²⁷³ Den menar att konflikten som uppstår mellan den nationella rätten och den humanitära rätten, där den humanitära rätten tillåter handlingar som den nationella rätten förbjuder, är orsaken bakom att icke-statliga väpnade grupper ofta inte följer den humanitära rätten.

²⁶⁹ Se avsnitt 4.3 i uppsatsen.

²⁷⁰ Se SOU 2016:40 s. 85.

²⁷¹ SOU 2016:40 s. 106.

²⁷² SOU 2016:40 s. 106.

²⁷³ International Committee of the Red Cross, International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, rapport från den trettioförsta konferensen för Röda Korset och Röda Halvmånen, 2011, s. 50f.

Icke-statliga väpnade grupper har inget intresse av att hålla sig inom ramen för den internationella humanitära rätten, eftersom deras handlingar, oavsett huruvida de varit i enlighet med den humanitära rätten, är straffbelagda i den inomstatliga rätten.²⁷⁴ Internationella Rödakorskommittén har även uppmärksammat påverkan det skulle ha på tillämpningen av art. 6.5 TP II, vars syfte är att stater ska bevilja amnesti till de som deltagit i fientligheterna, under förutsättning att de inte har begått allvarliga överträdelser av den internationella humanitära rätten. Att rubricera gärningarna som terroristhandlingar, menar kommittén, skulle bidra till en försvårad tillämpning av artikeln och kan även komma att utgöra hinder för fredsförhandlingar.²⁷⁵

I den statliga utredningen SOU 2016:40 diskuteras problemet. Utredningen argumenterar för att intresset av att tillförsäkra respekten för den internationella humanitära rätten borde väga tyngre än intresset av att upprätthålla de nationella straffbestämmelserna även vid en väpnad konflikt. Det bör även erinras att den internationella humanitära rätten är upprättad just för att vara tillämplig under en väpnad konflikt, och bygger på en intresseavvägning mellan det militära intresset i konflikten och humanitet. Det är därför lämpligast att låta det regelverk som är avsett för de särskilda förhållanden ytterst avgöra vad som är tillåtet respektive otillåtet.²⁷⁶

Utredningen menar vidare att även om det inte finns något folkrättsligt hinder mot att straffbelägga handlingar som inte uttryckligen är otillåtna enligt den internationella humanitära rätten, så har Sverige ett folkrättsligt ansvar för att den internationella humanitära rätten följs. Om stridandes incitament till efterlevnad av den humanitära rätten skulle minska på denna grund, så som Internationella Rödakorskommittén påstår, borde detta motverkas.²⁷⁷

²⁷⁴ Ibid., s. 50

²⁷⁵ International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, rapport från den trettioandra konferensen för Röda Korset och Röda Halvmånen, 2015., s. 18.

²⁷⁶ SOU 2016:40, s. 85.

²⁷⁷ SOU 2019:49, s. 356.

Mot bakgrund av detta kan man dra slutsatsen att mycket talar för att även icke-statliga väpnade gruppers verksamhet kan omfattas av undantaget om den väpnade gruppen följer den humanitära rätten, även om dessa inte åtnjuter en uttrycklig rätt att företa stridshandlingar. I SOU 2016:40 formuleras det som följande:

”Mycket talar för att undantagen från instrumentens tillämpningsområde som utgångspunkt bör gälla även i förhållande till icke-statliga väpnade styrkors verksamhet. I vilken omfattning är dock mera osäkert”.²⁷⁸

En sådan slutsats är också förenlig med ordalydelsen i beaktandesats 11 i rambeslutet, som indikerar att undantaget avser även andra väpnade gruppers verksamhet, eftersom det framgår att undantaget är vidare för statliga väpnade styrkors verksamhet än vad gäller övriga väpnade styrkors verksamhet.²⁷⁹ Som det formuleras i utredningen är det emellertid oklart i vilken omfattning undantaget gäller sådana grupper.²⁸⁰ Det är oklart vilka icke-statliga väpnade grupper som omfattas av undantaget och huruvida förutsättningen för att undantas är att gruppen lever upp till kravet på organisation och struktur för att TP II ska bli tillämplig eller om det enbart räcker att det uppställda kravet i gemensamma art. 3 i Genèvekonventionerna är uppfyllt.²⁸¹

Terroristorganisationer kan vara delaktiga i en väpnad konflikt, även om det finns en stark motvilja hos stater att betrakta sådana organisationer som part. Genom att betrakta en terroristorganisation som part i en väpnad konflikt skulle man ge sådana organisationer oönskad legitimitet, då de likställs med andra stridande parter i konflikten.²⁸² Internationella Rödakorskommittén har i deras senaste rapport om ämnet uppmärksammat denna tendens hos stater

²⁷⁸ SOU 2016:40 s. 92.

²⁷⁹ SOU 2016:40, s. 92.

²⁸⁰ SOU 2016:40, s. 87.

²⁸¹ SOU 2016:40, s. 95f.

²⁸² F. Björklund (2020) s. 179.

och menar detta kan äventyra tillämpningen av den internationella humanitära rätten.²⁸³

Även om man når slutsatsen att undantaget i beaktandesats 11 i rambeslutet skulle kunna omfatta även vissa icke-statlig väpnade grupper torde syftet bakom undantaget inte ha varit att undanta grupper vars agerande uppvisar en systematiskt bristande respekt för den humanitära rättens regler.²⁸⁴ Denna slutsats kan man komma fram till om man beaktar att undantaget görs för att verksamheten istället regleras av den humanitära rätten. Om den humanitära rätten inte respekteras av den väpnade gruppen skulle undantaget motverka sitt eget syfte. Terroristorganisationers gärningar under väpnade konflikter omfattas således inte av undantaget och således kan medlemmar av sådana gruppers handlingar prövas av såväl den humanitära rätten och de nationella straffbestämmelserna.²⁸⁵ Att straffbelägga deras handlingar i den nationella rätten skulle, med andra ord, inte vara en utvidgad kriminalisering i förhållande till rambeslutet.

Regelverken för terrorism sätts således inte helt ur spel enbart på den grund att gärningarna ägt rum under en väpnad konflikt eller därför att gärningsmannen som begick terrordåden tillhörde en grupp som deltog i den väpnade konflikten. En sådan tolkning har även stöd i bland annat FN:S säkerhetsrådsresolution 2178 (2014), där oro uttrycks över utländska terroriststridande och där det tydligt framgår att terroristhandlingar även kan begås i väpnad konflikt.²⁸⁶

Man får därför istället pröva omständigheterna i det enskilda fallet och se huruvida gärningsmannen tillhörde en sådan grupp som är undantagen från rambeslutets tillämpningsområde och om svaret blir nekade, huruvida handlingen uppfyller de kvalificerande rekvisiten för att utgöra terroristbrott.

²⁸³ International Committee of the Red Cross: International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts – Recommitting to Protection in Armed Conflict on the 70th Anniversary of the Geneva Conventions, 2019, s. 58.

²⁸⁴ SOU 2016:40 s. 93.

²⁸⁵ SOU 2016:40, s. 96.

²⁸⁶ FN:s säkerhetsrådsresolution 2178 (2014), s. 2.

Gärningen kan, eftersom den begås i väpnad konflikt, också utgöra krigsförbrytelse i det fall den utgör en svår överträdelse mot den humanitära rätten. Det är således möjligt att döma för både krigsförbrytelse och terroristbrott när detta anses motiverat utifrån reglerna om brottskonkurrens. Det är också denna slutsats som nås i den senaste utredningen, SOU 2019:49.²⁸⁷

Det bör avslutningsvis påpekas att den diskussion som förts i detta avsnitt inte innebär en skyldighet för Sverige att avstå från att straffbelägga gärningarna som diskuterats. Rambeslutet uppställer ett minimikrav på vad som ska kriminaliseras. Den är inte utformad på ett sätt som förhindrar medlemsstaterna att låta det straffbara området bli vidare än vad som föreskrivs i dessa, det vill säga att Sverige kan gå längre i kriminaliseringen är vad rambeslutet föreskriver. EU-domstolen har i ett mål uttalat följande:

Även om tillämpningsområdet för vissa av de internationella konventioner som den hänskjutande domstolen har hänvisat till inte omfattar väpnade styrkors verksamhet under en väpnad konflikt, i den mening som avses i internationell humanitär rätt, förbjuder dessa konventioner inte konventionsstaterna att beteckna delar av denna verksamhet som ”terroristhandlingar” eller att förhindra att sådana handlingar utförs.²⁸⁸

Även Högsta domstol har behandlat frågan, i NJA 2019 s. 909. HD uttalar att när regler inom den internationella humanitära rätten anses ge uttryck för den folkrättsliga sedvanerätten blir de bindande för Sverige, med hänvisning till 2 kap. 7 § BrB och NJA 1946 s. 65. Enligt HD:s bedömning är emellertid rättsläget oklart vad avser huruvida icke-statliga väpnade grupper på motsvarande sätt som kombattanter omfattas av den internationella humanitära rätten, även om domstolen i sitt avgörande presenterar att det på flera håll i den internationella debatten har gjorts gällande den internationella humanitära rätten borde ges genomslag för den nationella straffrättsliga bedömningen. Domstolen menar att en sådan tolkning i alla fall inte kan anses

²⁸⁷ SOU 2019:49, s. 359. Se även prop. 2013/14:146 s. 224.

²⁸⁸ C-158/14 p. 95.

utgöra sedvanerätt. HD menar vidare att, trots att våra svenska bestämmelser ska tolkas fördragskonformt, föreligger inget hinder mot att låta det straffbara området bli vidare än vad som föreskrivs i de internationella instrumenten som ligger bakom vår lagstiftning. Det finns inte heller något stöd för att tolka de svenska bestämmelserna så att de i strid mot sin ordalydelse ska anses innefatta vissa undantag.

Mot bakgrund av HD:s resonemang i målet, EU-avgörandet och den statliga utredningen, kan man således dra slutsatsen att det inte föreligger ett hinder att för svensk del ha en utvidgad kriminalisering. Det finns emellertid skäl mot en sådan kriminalisering, till exempel den negativa inverkan det får på respekten för den humanitära rätten, såsom tidigare framförts i detta avsnitt. Att olika medlemsstater inom EU har olika vida kriminaliseringar motverkar dessutom den samsyn på terrorism som man söker uppnå. Det kan dock hävdas att det, mot bakgrund av diskussionen som förts i detta avsnitt, inte innebär en utvidgad kriminalisering att inte undanta terroristorganisationers väpnade verksamhet i väpnade konflikter från terroristbrottslagens tillämpningsområde. En sådan tolkning skulle inte innebära en utvidgad kriminalisering om man når slutsatsen att sådana grupper inte omfattas av undantaget i det bakomliggande rambeslutet.

6 Brottskonkurrens

6.1 Den svenska brottskonkurrensläran

Då både terroristbrottet och krigsförbrytelse kan aktualiseras i samma typ av situationer, bör brottskonkurrensen som uppstår undersökas. Detta kapitel redogör därför för den svenska brottskonkurrensläran som blir tillämplig. Efter en genomgång av brottskonkurrensläran redogör kapitlet för hur denna tillämpas i förhållande till terroristbrott och krigsförbrytelse.²⁸⁹

I svensk straffrätt delas konkurrens in mellan likartad och olikartad konkurrens. Likartad konkurrens innebär att gärningsmannen överträtt samma straffbud flera gånger. Frågan domstolen ställs inför i sådana fall är huruvida gärningsmannens handlingar ska betraktas som en och samma brottsenhet eller om det rör sig om flera.²⁹⁰

Olikartad konkurrens, som är av betydelse för denna uppsats, inträffar när en och samma begångna gärning omfattas av två eller flera straffbud. En sådan överreglering kan antingen vara medveten eller omedveten, från lagstiftarens håll, och överlappningen kan vara total eller partiell.²⁹¹ Det rör sig således om regelkonkurrens, det vill säga konkurrens på lagstiftningsnivå.²⁹²

Konkurrensen föreligger då domstolen ställs inför frågan om den bör döma under båda (eller flera) straffbud utifrån den begångna gärningen, eller om gärningen endast skall rubriceras som ett brott, och i sådana fall vilket. Med andra ord ska domstolen avgöra huruvida ett av straffbuden är subsidiärt och ska anses vara konsumerat av det andra.²⁹³ Om inget av brotten kan

²⁸⁹ Jfr. Björklund (2020) som strukturerat sin framställning på ett liknande sätt.

²⁹⁰ P. Asp m.fl. (2013) s. 465.

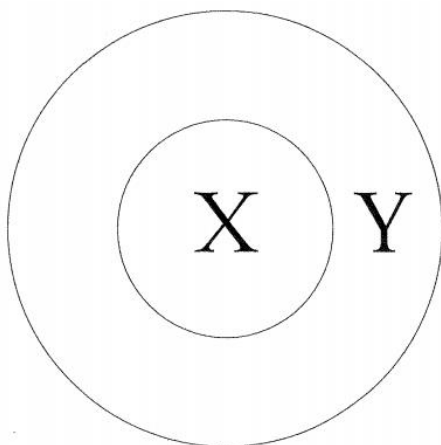
²⁹¹ M. Ulväng (2013) s. 94.

²⁹² Ibid., s. 480.

²⁹³ P. Asp m.fl. (2013) s. 466.

konsumeras dömer man istället för brotten i konkurrens, vilket innebär att man dömer för både brott samtidigt.

Det finns två typer av olikartad konkurrens – subordination och interferens.²⁹⁴ Subordination innebär att det ena straffbudets tillämpningsområde helt och hållet inkluderas i det andra straffbudets tillämpningsområde. Överlappningen är således total. Som exempel på detta omfattas det kriminaliserade beteendet i straffbudet för ringa stöld, i samtliga fall, helt och hållet, inkluderas i straffbudet för stöld.²⁹⁵ I fall av subordination ska, som huvudregel, det med specifika straffbudet tillämpas.²⁹⁶ Samma lösning torde tillämpas, även om det är ett fall av interferens, när det är fråga om en specialreglering.²⁹⁷



Figur 1, Subordination kan illustreras så här.²⁹⁸

Den andra typen av olikartad konkurrens är interferens. Till skillnad från fall av subordination överlappar inte det ena straffbudet det andra helt och hållet, utan straffbuden överlappar endast delvis. Det finns således gärningar som endast omfattas av det ena eller det andra straffbudet, men det finns också gärningar som omfattas av bägge.²⁹⁹

²⁹⁴ Ibid., s. 481; M. Ulväng (2013) s. 95.

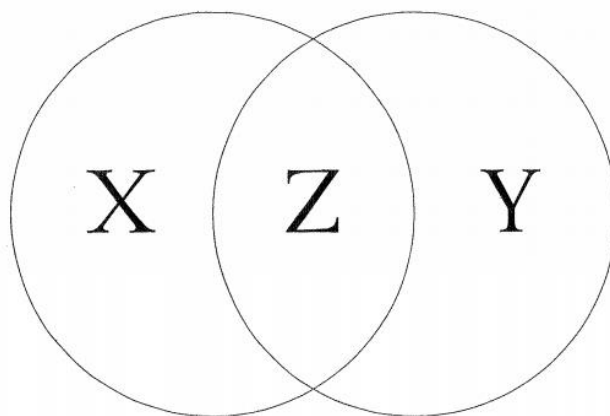
²⁹⁵ Ibid., s. 481.

²⁹⁶ P. Asp m.fl. (2013) s. 483.

²⁹⁷ M. Ulväng (2013) s. 125.

²⁹⁸ Illustration tagen ur F. Björklund (2020) s. 170; jfr. M. Ulväng (2013) s. 121.

²⁹⁹ P. Asp m.fl. (2013) s. 481.



Figur 2, Interferens kan illustreras så här.³⁰⁰

Det är inte ovanligt att straffbud överlappar varandra på det sätt som illustrerats ovan. En gärning kan således vara kriminaliserad genom ett straffbud som samtidigt täcker en annan brottstyp, som innehåller andra rekvisit. Som exempel kan man här jämföra straffbuden för misshandel, 3 kap. 5 § BrB, och våld mot tjänsteman, 17 kap. 1 § BrB.³⁰¹

Bakgrunden till att överlappning kan finnas är att man i så stor utsträckning som möjligt försöker undvika luckor mellan straffbuden och utformar dessa på ett sätt som gör att de kan fånga upp alla tänkbara situationer och händelseförlopp som regleringen avser att täcka. Överlappningen är således en konsekvens av att man dels har en omfattande kriminalisering, dels utformar lagen så att den är generell och abstrakt, det vill säga att den inte tar sikte enbart på vissa specifika typfall.³⁰² Överlappningen riskerar att medföra orättvis dubbelbestraffning och, trots en stark motvilja för dubbelbestraffning, bör rättstillämparen utgå från att lagstiftaren medvetet utformat denna överlappning, varför det föreligger en presumtion för, att i fall av interferens, döma för båda straffbud. Detta kallas för kumulation.³⁰³ Kumulation ska således tillämpas så länge det inte bör göras en avvikelse från presumtionen. En sådan avvikelse kan göras till exempel på grund av att

³⁰⁰ Illustration tagen ur F. Björklund (2020) s. 170; jfr. M. Ulväng (2013) s. 126.

³⁰¹ M. Ulväng (2013) s. 126.

³⁰² Ibid., s. 95.

³⁰³ P. Asp m.fl. (2013) s. 483; jfr. M. Ulväng (2013) s. 430.

subsidiaritetsklausuler i lagtexten, uttalanden i förarbeten eller generella principer och tolkningsoperationer.³⁰⁴

6.2 Subsidiaritetsklausuler och förarbetsuttalanden

Subsidiaritetsklausuler i lagen kan delas in i två olika sorter. Den ena sorten är de s.k. absoluta subsidiaritetsklausulerna som innebär att ett visst lagrum alltid ska tillämpas i sista hand. Detta innebär att straffbudet är tillämpligt endast om gärningen inte är straffbelagd enligt någon annan lag. Den andra sorten är de s.k. relativa subsidiaritetsklausuler som innebär att lagrummet endast ska tillämpas om gärningen inte är straffbelagd enligt en särskild utpekad lag.³⁰⁵

Om lagstiftaren valt att inte ange i lagtexten hur konkurrenssituationen bör lösas, kan förarbetena till lagen ge vägledning i frågan. Lagstiftaren har i sådana fall redan i förväg tagit ställning till hur konkurrenssituationen ska lösas.³⁰⁶ Förarbetsuttalanden är givetvis inte av samma vikt som en subsidiaritetsklausul i lagen, men torde i praktiken ha samma betydelse.³⁰⁷ För att en konkurrenssituation ska kunna lösas med hjälp av förarbetsuttalanden krävs att dessa är klara och otvetydiga. Hänvisningar till ”allmänna principer” är för vaga för att faktiskt ge någon vägledning i hur en sådan situation ska lösas.³⁰⁸

³⁰⁴ P. Asp m.fl. (2013) s. 483.

³⁰⁵ M. Ulväng (2013) s.431f.

³⁰⁶ Ibid., s. 439.

³⁰⁷ Ibid., s. 439.

³⁰⁸ F. Björklund (2020) s.172f.; M. Ulväng (2013) s. 438f.

6.3 Generella principer och tolkningsoperationer

Om inte lagstiftaren valt att stifta en subsidiaritetsklausul i lagen, eller på annat sätt, exempelvis genom att i uttalanden i lagmotiven ge vägledning i hur konkurrensproblematiken bör lösas, har rättstillämparen vissa generella principer och tolkningsoperationer att vända sig till för att söka lösa problemet.³⁰⁹ Gemensamt för dessa är att avvikelser från presumtionen om kumulation i dessa fall bör göras då en straffvärdebedömning vid tillämpning av båda straffbuden skulle innebära en omotiverad dubbelbestraffning.³¹⁰

Om båda aktuella straffbud är likartade, till exempel därför att de har samma primära skyddsintresse eller samma kriminalpolitiska bakgrund, bör ett av brotten konsumeras. I sådana fall ska det straffbud som anses strängare tillämpas. Detta gäller särskilt om skillnaden i straffskalorna är stor, men kan även gälla om det ena straffbudet anses vara strängare på grund av till exempel straffmättningspraxis.³¹¹ Genom att tillämpa det strängare straffbudet kan man utgå från att man redan beaktat det skyddsintresse som det andra straffbudet primärt var avsedd att skydda och på så vis har man redan uppfyllt syftet bakom straffbuden.

Samma regel gäller om de båda straffbuden har ett stort gemensamt tillämpningsområde.³¹² Att straffbuden har ett stort gemensamt tillämpningsområde visar dels att de kan dela samma skyddsintresse, dels liknar överlappningen ett fall av subordination, där presumtionen är att endast ett straffbud tillämpas. Även här har det betydelse huruvida skillnaden i straffskalorna är stor och då tillämpas i sådana fall det strängare straffbudet.³¹³

³⁰⁹ P. Asp m.fl. (2013) s. 484.

³¹⁰ Ibid., s. 486.

³¹¹ P. Asp m.fl. (2013) s. 486.

³¹² Ibid., s. 486.

³¹³ Ibid., s. 486.

Slutligen bör endast ett straffbud tillämpas, om det ena brottet utgör en omständighet som kan göra att ett annat brott bedöms som grovt.³¹⁴ Genom att beakta det första brottet som en omständighet vid gradindelningen av det andra brottet, betraktas det förstnämnda brottet som straffat. Att både betrakta det som en omständighet som gör att det senare brottet bedöms som grovt, och samtidigt kumulera brottet, hade varit att beakta samma handling två gånger och det hade lett till en omotiverad dubbelbestraffning. I sådana här fall ska det gradindelade straffbudet tillämpas.³¹⁵ Även här har skillnaden i straffskalorna, precis som i övriga fall av interferens, betydelse för bedömningen.³¹⁶

6.4 Brottskonkurrensen mellan krigsförbrytelse och terroristbrott

6.4.1 Reglering i lag och förarbeten

De gärningar som omfattas av terrorismlagstiftningen utgör samtidigt brott enligt brottsbalken eller specialstraffrätten. Som redogjorts för ovan, kan sådana handlingar också utgöra krigsförbrytelse om de begås i väpnad konflikt.³¹⁷

De särskilda brotten och de allmänna brotten

När det föreligger omständigheter för att döma för terroristbrott bör man inte samtidigt döma för annan brottsbalksbestämmelse, som till exempel mord, då straffbudet i terroristbrottslagen utgör en specialreglering i förhållande till brottsbalken.

³¹⁴ P. Asp m.fl. (2013) s. 486; N. Jareborg (2005) sid. 436.

³¹⁵ Se NJA 2008 s. 1010; P. Asp m.fl. (2013) s. 486.

³¹⁶ P. Asp m.fl. (2013) s. 486.

³¹⁷ Se avsnitt 4.2 och 5.3 i uppsatsen.

Vad gäller folkrättsbrottet, i förhållande till de allmänna brotten, är frågan något mer komplicerad. I förarbetena till dåvarande folkrättsbrottet i 22 kap. 6 § BrB uttalas att folkrättsbrott av normalgraden ska tillämpas i konkurrens med de allmänna brotten som innefattas i straffbestämmelsen.³¹⁸ Hovrätten har i *Droubi*³¹⁹, mot bakgrund av förarbetsuttalanden, därför dömt för både grov misshandel och folkrättsbrott av normalgraden i konkurrens.

Vad gäller krigsförbrytelse enligt LSIB, utgör denna en specialreglering, i förhållande till de allmänna brotten.³²⁰ Vid fråga om krigsförbrytelse ska därför inte samtidigt dömas för brott enligt brottsbalken.

Terroristbrottet och krigsförbrytelse

Vad avser brottskonkurrensen mellan terroristbrott och krigsförbrytelse ter sig konkurrenssituationen vara mer komplicerad. Det finns inga subsidiaritetsklausuler i någon av lagarna, varför någon utrensning av det ena straffbudet inte kan ske på denna grund. Förarbetena till lagarna ger vag vägledning i frågan. Förarbeten till LSIB visar att kumulation inte är uteslutet och att konkurrensen mellan brotten bör bedömas enligt de allmänna principerna. I förarbetena uttalas att ”frågor om konkurrens mellan olika brott bör inte regleras särskilt utan bedömas enligt de allmänna principer som gäller enligt svensk rätt.” Det framgår emellertid att i fråga om konkurrens mellan LSIB och terroristbrott, där rekvisiten endast delvis sammanfaller och det primära skyddsintresset för straffbuden skiljer sig, torde utgångspunkten vara att båda konkurrerande straffbud kan vara tillämpliga.³²¹ Att båda straffbuden ska vara tillämpliga är huvudregeln vid interferens, så den enda egentliga vägledningen som ges till rättstillämparen i frågan är att kumulation inte är uteslutet.³²²

³¹⁸ F. Björklund (2020) s. 175.

³¹⁹ Svea hovrätt, mål B 4770–16, dom den 5 augusti 2016.

³²⁰ Prop. 2013/14:146 s. 223f.

³²¹ Prop. 2013/14:146 s. 223–226.

³²² F. Björklund (2020) s. 181f.

6.4.2 De allmänna principerna och tolkningsoperationerna

Då vägledningen som ges i förarbetena är vag får konkurrenssituationen mellan terroristbrott och krigsförbrytelse undersökas genom att studera brotten i förhållande till de allmänna principerna och tolkningsoperationerna som gäller vid interferens.

Både terroristbrottslagen och krigsförbrytelse enligt LSIB är specialregleringar och skillnaden mellan straffskalorna är inte stor. Båda straffbud har livstids fängelse i straffskalan, och ett straffminimum om 4 års fängelse. Ingetdera av straffbuden ter sig heller vara underordnat det andra, på så sätt att det ena brottet skulle anses medbestaffat om man dömer för det andra. Trots att tillämpningsområdet för de båda straffbuden överlappar, har straffbuden skilda primära skyddsintressen. Straffbudet för terroristbrott är ämnat att primärt skydda statens integritet, snarare än de fysiska personerna som riskerar att bli drabbade. Det primära skyddsintresset för straffbudet för krigsförbrytelse är att minska det onödiga lidandet i samband med väpnade konflikter. Därför är brotten, trots att deras tillvägagångssätt och motiv ofta sammanfaller, olika på så vis att de har skilda skyddsintressen som inte överlappar.

Terroristbrottet är inte heller en sådan omständighet som skulle kunna räknas in vid bedömningen om huruvida krigsförbrytelsen är av normalgraden eller grovt brott. Detta beror på att krigsförbrytelse redan är att betrakta som grov så fort denna har inneburit att en civilperson har dödats. I praktiken existerar därför inte någon konkurrens mellan terroristbrottet och krigsförbrytelse av normalgraden, utan endast mellan terroristbrott och grov krigsförbrytelse.³²³ Eftersom krigsförbrytelse inte har ytterligare gradindelningar kan terroristbrottet inte vara en faktor som gör att krigsförbrytelsen hamnar på en svårare grad. Att straffbudet för krigsförbrytelse är gradindelad innebär därför inte, i detta fall, att straffbudet får företräde framför terroristbrottslagen.³²⁴

³²³ F. Björklund (2020) s. 183.

³²⁴ Ibid., s. 183.

Då inget av ovanstående ger skäl att bryta presumtion, innebär de svenska principerna om brottskonkurrens att inget av straffbuden har företräde framför det andra och båda straffbud ska därför tillämpas i konkurrens.

6.4.3 Att döma i kumulation

Man kan ifrågasätta huruvida det leder till orättvis dubbelbestraffning att döma för såväl terroristbrott som krigsförbrytelse när det rör sig om samma handling i en väpnad konflikt. Tidigare har redogjorts för målet Al-Mandalawi och Sultan, vars handlingar skulle kunna utgöra såväl terroristbrott som krigsförbrytelse. Gärningsmännen dömdes till livstids fängelse för terroristbrott. Om domstolen samtidigt skulle ha dömt de för krigsförbrytelse skulle detta således inte påverka påföljdsfrågan. Däremot skulle det, om båda straffbud tillämpas, understryka att deras gärningar utgör överträdelse mot båda straffbestämmelser. Gärningsmän som döms på detta sätt skulle kunna invända att det, på ett teoretiskt plan, utgör en orättvis dubbelbestraffning eftersom det rör sig om samma handling. Genom att dömas för båda brott i kumulation skulle detta få deras handlande att framstå som mer klandervärt. Deras handlande är emellertid att betrakta som mer klandervärt då de genom sina brott begått överträdelser mot flera regelverk och flera, olika grundläggande värden samt att de därigenom riskerat att skada skilda primära skyddsintressen. Att döma i kumulation överensstämmer därför bättre med gärningsmännens klander.³²⁵ Vidare skulle svensk domstol, genom att lagföra gärningsmännen för även krigsförbrytelse dels kunna understryka vikten av att respektera den internationella humanitära rätten, dels uppfylla den skyldighet som finns att lagföra misstänkta förövare av svåra överträdelser som följer av Genèvekonventionerna. Hittills har emellertid terroristbrottet inte tillämpats i konkurrens med krigsförbrytelse, eller något annat folkrättsligt brott, i svensk domstol.

³²⁵ M. Ulväng (2013) s. 356 och 540.

7 Sammanfattning och slutsats

Den internationella humanitära rätten, som utgör en del av folkrätten och tillämpas i väpnade konflikter, är det regelverk som ligger till grund för den straffbestämmelse för krigsförbrytelse som finns i LSIB. Lagen innehåller en uttömmande list på gärningar som anses utgöra svåra överträdelser mot den internationella humanitära rätten och därför kan utgöra krigsförbrytelse om samband mellan handlingen och den väpnade konflikten föreligger. Samband föreligger om den väpnade konflikten har bidragit till gärningsmannens möjligheter eller beslut att utföra gärningen. Krigsförbrytelse kan begås av såväl kombattanter som enskilda civila. Det är därför inte av betydelse att undersöka huruvida en gärningsman tillhört en väpnad grupp vid tidpunkten då brottet begicks, för att avgöra om krigsförbrytelse begåtts.

Straffbudet för krigsförbrytelse överlappar delvis med straffbudet för terroristbrott. Den svenska terroristbrottslagen har sin bakgrund i Europarådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism. Enligt beaktandesats 11 i rambeslutet ska denna inte reglera väpnade styrkors verksamhet i väpnad konflikt. Detta har sin bakgrund i att det ytterst ska vara den internationella humanitära rätten som reglerar vad som är tillåtet respektive otillåtet i en väpnad konflikt. Den tillåtna våldsanvändningen i en väpnad konflikt kan i många fall utgöra handlingar som enligt terroristbrottslagen skulle vara förbjudna i fredstid. Att reglera undantag för väpnade styrkors verksamhet i väpnad konflikt är därför av betydelse. Undantaget omfattar statlig väpnade styrkor, men mycket tyder på att även icke-statliga väpnade grupperns verksamhet i väpnade konflikter omfattas. Motsatsen skulle minska incitamentet för väpnade grupper att följa den internationella humanitära rätten. HD har uttalat att det inte föreligger hinder för svensk lag att ha en vidare kriminalisering och att svenska straffbestämmelser inte ska tillämpas, i strid mot deras ordalydelse, för att innefatta ett undantag som framgår av bakomliggande internationella instrument. Oavsett slutsatsen man kommer fram till vad avser

tillämpligheten för undantaget i svensk rätt torde syftet bakom undantaget inte vara att undanta grupper vars agerande uppvisar en systematiskt bristande respekt för den humanitära rättens regler. Terroristorganisationer undantas därför inte från instrumentens tillämpningsområde.

Terroriststrafflagen innehåller en uttömmande lista på gärningar som kan utgöra terroristbrott. Utöver att det är fråga om en gärning som är listad krävs, för att det ska vara fråga om terroristbrott, att de kvalificerande rekvisiten i lagen är uppfyllda. Dessa består i ett abstrakt skaderekvisit och ett överskjutande uppsåtsrekvisit.

En del av gärningarna som är listade i terroristbrottslagen kan, om de begås i väpnad konflikt, även utgöra krigsförbrytelse. Både brott kan således bli aktuella samtidigt. En genomgång av de allmänna principerna i den svenska brottskonkurrensläran visar att det är möjligt att döma för brotten i kumulation. I det fall en misstänkt förövares gärningar utgör överträdelse mot såväl terroristbrottslagen som krigsförbrytelse, är det av vikt att döma för även det senare. Detta bör göras för att inskräpa vikten av respekt för den internationella humanitära rätten.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Asp, P., *Internationell straffrätt*, Uppsala: Iustus Förlag, 2011.

Asp, P., Ulväng, M., Jareborg, N., *Kriminalrättens Grunder*, Uppsala: Iustus Förlag, 2. uppl., 2013.

Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, Stockholm: Norstedts Juridik, 6. uppl., 2018.

Björklund, F., ”Brottskonkurrens”, i: M. Klamberg, (red.), *Lagföring i Sverige av internationella brott*, Stockholm, Jure Förlag, 2020, s. 169–188.

Bring, O., Körlof-Askholt, A., *Folkrätten i krig, kris och fredsoperationer*, Stockholm: Norstedts Juridik, 4. uppl., 2010.

Bring, O., Mahmoudi, S., Wrangé, P., *Sverige och Folkrätten*, Stockholm: Nordstedts Juridik, 5. uppl., 2014.

Cameron, I., Cornell A-J., ”Terroristbrott – En översikt”, SvJT 2017 s. 708–748.

Duffy, H., *War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 3. uppl., 2015.

Engdahl, O., ”Dom för folkrättsbrott visar på kunskapsbrister hos rättsens aktörer”, 2011 nr. 6 s. 34–35.

Engdahl, O., ”Terroristbrott och krigsförbrytelser – och respekten för krigets lagar”, *Mänsklig Säkerhet*, 2016-06-08, (<https://manskligsakerhet.se/2016/06/07/terroristbrott-och-krigsbrott-och-respekten-for-krigets-lagar/>).

Henriksen, Anders: *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2. uppl., 2019.

Jareborg, N., *Allmän Kriminalrätt*, Uppsala: Iustus Förlag, 2005.

Klamberg, M., ”Frågan om tillämpning av legalitetsprincipen beträffande folkrättsbrott”, JT 2007–08 s. 130–139.

Klamberg, M., ”Tidigare och nuvarande straffbestämmelser”, i: M. Klamberg, (red.), *Lagföring i Sverige av internationella brott*, Stockholm, Jure Förlag, 2020, s. 87–95.

Kleineman, J., ”Rättsdogmatisk metod”, i: M. Nääv & M. Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 21–45.

Leijonhufvud, M., Asp, P., Ulväng, M., ”En diskussion om den s.k. rusdomen NJA 2011 s. 563”, SvJT 2012 s. 337–359.

Linderfalk, U., Nilsson, A., Sjöstedt, B., Wong, C., *Folkrätten i ett nötskal*, Lund: Studentlitteratur, 3. uppl., 2020.

O’Loughlin, B., ”Media Coverage of Terrorism”, i: R. Jackson (red.), *Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies*, Abingdon: Routledge, 2016, s. 276–286.

Peczenik, A., ”Juridikens allmänna läror”, SvJT 2005 s. 249–272.

Rapaport, D., ”The four waves of modern terror: International dimensions and consequences”, i: J. M. Hanhimäki och B. Blumenau (red.), *An International History of Terrorism: Western and non-Western Experiences*, New York: Routledge, 2013, s. 283-310.

Reichel, J., ”EU-rättslig metod”, i: M. Nääv & M. Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 109-142.

Shanahan, T., ”The Definition of Terrorism”, i: R. Jackson (red.), *Routledge Handbook of Critical Terrorism Studies*, Abingdon: Routledge, 2016, s. 103-113.

Sjöberg, L., Cooke G.D. och Neal S. R., ”Introduction: Women, gender, and terrorism”, i: L. Sjöberg, och C. E. Gentry (red.), *Women, Gender, and Terrorism*, Athens GA: University of Georgia Press, 2011, ss. 1–25.

Ulväng, M., *Brottslighetskonkurrens: om relationer om regler och fall*, Uppsala: Iustus Förlag, 2013.

Österdahl, I., ”Folkrättsbrott i svenska domstolar: En våldsamt utveckling”, SvJT 2020 s. 170–192.

Rapporter

International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, rapport från den trettioandra konferensen för Röda Korset och Röda Halvmånen, 2015.

International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, rapport från den trettioförsta konferensen för Röda Korset och Röda Halvmånen, 2011.

International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts – Recommitting to Protection in Armed Conflict on the 70th Anniversary of the Geneva Conventions*, Genève, 2019.

Offentligt tryck

Förarbeten

Prop. 2002/03:38 Straffansvar för terroristbrott.

Prop. 2013/14:146 Straffansvar för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.

Prop. 2017/18:174 En mer heltäckande terrorismlagstiftning.

Utredningar

SOU 2010:72 Folkrätt i väpnad konflikt.

SOU 2016:40 Straffrättsliga åtgärder mot deltagande i en väpnad konflikt till stöd för en terroristorganisation.

SOU 2017:72 Genomförande av vissa straffrättsliga åtaganden för att förhindra och bekämpa terrorism.

SOU 2019:49 En ny terroristbrottslag.

SOU 2010:22 Krigets lagar.

Rättsfallsförteckning

Internationell praxis

Internationella brottmålsdomstolen, Prosecutor v. Ntaganda (Case ICC-01/04-02/06), ICC, T. Ch, Judgement, 12 juni 2002.

Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Dusko Tadic, 1997, IT-94-1-T.

Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No IT-98-29-T, Judgment of 5 December 2003; Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No IT-98-29-A, Judgement of 30 November 2006.

Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others, 1998, IT-96-21-T.

Jugoslavientribunalen, Trial Judgement, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, 1999, IT95-14/1-T.

EU-domstolen

C-158/14 *Nederländerns mot A, B, C och D*, dom den 14 mars 2017, ECLI:EU:C:2017:202.

Svenska rättsfall

Högsta domstol

NJA 2019 s. 909.

NJA 2008 s. 1010

Underrättsavgöranden

Abdulkareem – Blekinge tingsrätt, domare 1, mål B 569–16, dom 6 december 2016.

Al-Mandalawi och Sultan - Göteborgs tingsrätt, avdelning 1, mål B 9086–15, dom den 14 december 2015; Hovrätten över Västra Sverige, avdelning 3, mål B 5306–15, dom den 30 mars 2016.

Arklöv – Stockholms tingsrätt, avdelning 13, mål B 4084–04, dom den 18 december 2006.

Attunda-målet - Attunda tingsrätt, mål B 546–16, dom den 2 juni 2016.

Cuska – Stockholms tingsrätt, avdelning 4, mål B 5373–10, dom 20 januari 2012; Svea hovrätt, avdelning 4, mål B 1248–12, dom 19 december 2012.

Droubi – Södertörns tingsrätt, avdelning 2, mål B 13656–14, dom 6 februari 2015; Södertörns tingsrätt, avdelning 3, mål B 2639–16, dom 11 maj 2016; Svea hovrätt, avdelning 4, mål B 4770–16, dom den 5 augusti 2016
Högsta domstol, mål B 5948–17, dom den 13 november 2019

Makitan – Stockholms tingsrätt, avdelning 4, mål B 382–10, dom 8 april 2011.

Mbanenande – Stockholms tingsrätt, avdelning 4, mål B 18271–11, dom 20 juni 2013; Svea hovrätt, avdelning 8, mål B 6659–13, dom 19 juni 2014.

Malmö tingsrätt, mål B 10337–13, dom den 21 april 2017.

Svea Hovrätt, mål B5673–06, dom den 7 september 2006.