
MARK KLAMBERG

**Gränsdragningen mellan utlänningslagen och
svensk straffrätt beträffande internationella
brott**

2012-13 NR 2



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Gränsdragningen mellan utlänningslagen och svensk straffrätt beträffande internationella brott

MARK KLAMBERG*

1. Inledning

Utlänningslagen ger flyktingar, alternativt skyddsbehövande och övriga skyddsbehövande som befinner sig i Sverige rätt till uppehållstillstånd. Det finns en uteslutandebestämmelse som anger att en utlänning är utesluten från att anses som flykting om det finns synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till brott mot freden, krigsförbrytelse, brott mot mänskligheten eller gjort sig skyldig till gärningar som strider mot Förenta Nationernas syften och grundsatser.¹ Grund för uteslutande kan omfatta tidigare politiska makthavare, statliga tjänstemän, inklusive militär och polis, samt privatpersoner som ensamma eller som medlemmar av en organisation gjort sig skyldiga till nämnda brott.² Uteslutandegrunderna ska tillämpas restriktivt. Det ska finnas en faktisk omständighet som påtagligt visar att man med fog kan anta att utlänningen begått någon av gärningarna. Det krävs samma grad av bevisning som för att åtal ska väckas.³

Bestämmelserna i utlänningslagen kan skapa två gränsdragningsproblem mot såväl folkrätten som den svenska straffrätten. För det första, utlänningsrättens definition av väpnad konflikt vad avser alternativt och övriga skyddsbehövande överensstämmer inte i alla delar med den definition som används inom folkrätten och svensk straffrätt. För det andra, de brott som kan föranleda uteslutande enligt utlänningslagen återfinns endast delvis i svensk straffrätt.

* Jur. dr i folkrätt vid juridiska institutionen, Stockholms universitet.

¹ 4 kap. 4 b § utlänningslagen (2005:716); Convention Relating to the Status of Refugees, adopted 28 July 1951, 189 UNTS 137, artikel 1F(a).

² Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 114.

³ Utlänningsnämnden, UN 442-03, Vägledande beslut 2 juli 2003; se även Förvaltningsrätten i Stockholm, UM 21121-10, Dom 14 juni 2011, s. 3.

Denna text förklarar varför dessa gränsdragningsproblem uppkommit, möjliga utmaningar för berörda myndigheter och en rekommendation hur dessa utmaningar ska hanteras.

Det bör även konstateras att även om en person exkluderas från flyktingstatus så kan skydd mot utvisning likväl föreligga genom förpliktelser som rör andra rättsliga regimer för mänskliga rättigheter,⁴ exempelvis förbudet att utvisa personer som hotas av tortyr.⁵

Vidare kan det vara svårt att rättfärdiga tillämpning av uteslutandegrunder om lång tid förflutit sedan brottet begicks eller om den sökande redan avtjänat straff för gärningen. Andra relevanta faktorer i detta sammanhang är allvaret i gärningen och om den sökande uttryckt ånger. Att gärningen omfattats av nåd eller amnesti utgör relevanta faktorer mot uteslutande om detta är ett uttryck för den demokratiska viljan i det berörda landet och om den enskilde hållits ansvarig på annat sätt. Vissa gärningar är så grova och hänsynslösa att uteslutande likväl bör tillämpas fast nåd eller amnesti beviljats.⁶

2. Skilda definitioner av väpnad konflikt

Krigsförbrytelser kan endast begås i en väpnad konflikt. Samtidigt följer av utlänningslagen att alternativt och övriga skyddsbehövande kan få uppehållstillstånd med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt.⁷ Problemet är att utlänningsrättens definition av väpnad konflikt vad avser alternativt och övriga skyddsbehövande inte i alla delar överensstämmer med den definition som används inom folkrätten och svensk straffrätt. Frågan uppstår då vilken definition av väpnad konflikt som gäller vid tillämpning av uteslutandegrunderna – är det definitionen som ges av 1) folkrätten, 2) svensk straffrätt eller 3) utlänningsrätten vad avser alternativt och övriga skyddsbehövande?

⁴ Santalla, Elizabeth, *Universal Jurisdiction and the Prosecution of Excluded Asylum Seekers*, Stahn, Carsten & van den Herik, Larissa (Eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, 289–313, T • M • C Asser Press The Hague, 2009, s. 290; Stern, Rebecca, *Folkrätten i svensk migrationsrätt – en resurs som utnyttjas?*, Stern, Rebecca & Österdahl, Inger (Eds.), *Folkrätten i svensk rätt*, 37–57, Liber, Malmö, 2012, s. 39.

⁵ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* adopted 10 December 1984, 1465 UNTS 85, artikel 3; 12 kap. 1 § UtL.

⁶ Goodwin-Gill, 1996, s. 103; UNHCR *Guidelines on international protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 4 September 2003, UN Doc HCR/GIP/03/05, 2003, para. 23.

⁷ 4 kap. 2, 2 a §§ och 5 kap. 1 § UtL.

2.1 Folkrättslig definition

Att klart definiera vad som utgör en ”väpnad konflikt” är inte helt enkelt. En entydig definition av begreppet existerar inte som sådan inom den internationella humanitära rätten (som är den del av folkrätten som reglerar vad som gäller i väpnad konflikt). Vad som utgör en väpnad konflikt får därför tolkas utifrån den internationella humanitära rätten och dess huvudinstrument 1949 års fyra Genèvekonventioner (GK) med sina två tilläggsprotokoll (TP), andra humanitärrättsliga regler samt rättspraxis. Majoriteten av dessa regler behandlar internationella väpnade konflikter, men viktiga delar av dem utgör idag även sedvanerätt och kan på så sätt ha ett vidare tillämpningsområde.⁸

Folkrättskommittén har konstaterat följande. I den internationella humanitära rätten skiljer man mellan två olika typer av väpnade konflikter: internationella väpnade konflikter (mellan två och flera stater) och icke-internationella väpnade konflikter (mellan en stats trupper och en icke-statlig väpnad grupp, eller mellan två icke-statliga väpnade grupper).

För en internationell väpnad konflikt krävs varken någon formell krigsförklaring, erkännande av den andra staten eller ett tillkännagivande från parterna om att ett krigstillstånd råder för att en internationell väpnad konflikt ska anses föreligga. Vad som krävs är användandet av väpnat våld av viss intensitet, oavsett anledningen till detta, mellan två stater.⁹

En icke-internationell väpnad konflikt föreligger först när väpnat våld av en viss högre intensitet föreligger.¹⁰ Icke-internationella väpnade konflikter måste skiljas från interna störningar och spänningar inom en stat, såsom upplopp, enstaka och sporadiska våldshandlingar och andra liknande handlingar.¹¹ De senare företeelserna är inte att betrakta som väpnad konflikt i folkrättslig mening. Eftersom enstaka och sporadiska våldshandlingar inte utgör en väpnad konflikt måste flera sammanhängande faktorer beaktas vid bedömningen av om ett väpnat våld inom en stats territorium har sådan intensitet att en väpnad konflikt ska anses föreligga. I sina avgöranden har Jugoslavientribunalen (ICTY) lagt vikt vid förekomsten av flera faktorer i förening med förekomsten av ett utdraget våld mellan väpnade grupper, bl.a. stridernas allvar, förekomsten av strider över territoriet och över tiden, antalet civila som flyr stridsområden, typ av vapen som används, inte minst förekomsten av tyngre vapen, omfattningen av stridsrelaterade skador och antalet soldater och militära enheter som deltar.¹²

⁸ Stern, 2012, s. 47.

⁹ SOU 2010:72 Folkrätt i väpnad konflikt – svensk tolkning och tillämpning, s. 85–86.

¹⁰ Ibid., s. 87–88.

¹¹ 1977 års tilläggsprotokoll II till 1949 års Genèvekonventioner rörande skydd för offren i icke-internationella väpnade konflikter, artikel 1(2).

¹² Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj, (Case No. IT-04-84-T), ICTY T. Ch. I, Judgment 3 April 2008, para. 49; SOU 2010:72, s. 88–89.

2.2 Definition i svensk straffrätt

Enligt 22 kap. 6 § BrB består folkrättsbrott i att någon gör sig skyldig till svår överträdelse av sådant avtal med främmande makt eller sådan allmänt erkänd grundsats, som rör den internationella humanitära rätten. Bestämmelsen hänvisar explicit till den internationella humanitära rätten och knyter an till dess huvudinstrument genom uttrycket ”svår överträdelse”. Samma uttryck återfinns i GK I art. 50, GK II art. 51, GK III art. 130, GK IV art. 147 samt TP I art. 85 som anger vad som är ”grave breaches”, bland annat mord, tortyr, inhuman behandling och olaglig deportation, transfer eller frihetsberövande av en skyddad person. I Arklövfallet utgick Stockholms tingsrätt från nämnda traktat när den skulle klassificera den aktuella konflikten.¹³ Stockholms tingsrätt förfar på samma sätt i Makitanfallet.¹⁴ Det framkommer inget i de två nämnda målen som visar att Stockholms tingsrätt definierar väpnad konflikt på annat sätt än vad FNs krigsförbytartribunaler eller Internationella Brottmålsdomstolen (ICC) gjort.

2.3 Definition i svensk utlänningsrätt

En fråga som väckt stor uppmärksamhet är Migrationsöverdomstolens tolkning av begreppet inre väpnad konflikt. Debatten uppkom med domstolens vägledande avgörande i februari 2007, MIG 2007:9. I avgörandet konstaterade domstolen bland annat att det vid denna tidpunkt inte förelåg någon inre väpnad konflikt i Irak i utlänningslagens mening. Målet rörde en irakisk man tillhörande en minoritetsgrupp som sökt asyl i Sverige. Till stöd för sin ansökan hävdade mannen bland annat att situationen i Irak vid denna tidpunkt utgjorde en inre väpnad konflikt.

Enligt migrationsöverdomstolen ska fyra rekvisit vara uppfyllda för att en situation skulle utgöra inre väpnad konflikt: 1) stridigheter ska föreligga mellan en stats väpnade styrkor och andra organiserade väpnade grupper, 2) dessa stridigheter ska uppnå en viss grad av intensitet, 3) de väpnade grupperna ska ha territoriell kontroll i sådan omfattning att de kan utföra militära operationer samt 4) civilbefolkningen ska vara drabbad på ett sätt som gör det omöjligt att vistas i regionen. Internflykt ska inte heller vara möjlig. Domstolen uttalade i ett tidigt, vägledande avgörande vad som ”i folkrättslig mening” kännetecknar en inre väpnad konflikt och anknöt till de fyra ovanstående kriterierna,¹⁵ vilket är

¹³ Åklagaren /. Jackie Arklöv, Stockholms tingsrätt, Mål B 4084-04, dom den 18 december 2006, s. 52.

¹⁴ Åklagaren /. Ahmet Makitan Stockholms tingsrätt, Mål B 382-10, dom den 8 april 2011, s. 42–43.

¹⁵ Migrationsöverdomstolen MIG 2007:9, 26 Februari 2007, s. 12.

anmärkningsvärt av åtminstone tre skäl. För det första, en sådan entydig folkrättslig definition som visat existerar inte. För det andra, Migrationsöverdomstolen inför ett krav på ”territoriell kontroll” som innebär en snäv definition av ”väpnad konflikt” som knyter an till formuleringarna artikel 1(1) i det andra tilläggsprotokollet, vilket är problematiskt då det lämnar gemensamma artikel 3 i de fyra Genèvekonventioner utan avseende och stämmer därmed inte överens med hur den internationella humanitära rätten ska tolkas. Avslutningsvis, Migrationsöverdomstolen satte upp ett kausalsamband mellan den sökande och det hot han eller hon anser sig utsatt för. Det fjärde kriteriet förekommer inte i den internationella humanitära rätten utan är mer typiskt för ett migrationsmål. Migrationsöverdomstolens uttalande vad som gäller enligt folkrätten har följaktligen blivit kritiserat av bl.a. Stern.¹⁶

Migrationsöverdomstolen har i senare praxis valt en mer ödmjuk inställning och förklarat vad som gäller utlänningslagen och inte nödvändigtvis enligt folkrätten. Domstolen konstaterar inledningsvis att någon helt entydig definition av det folkrättsliga begreppet knappast står att finna.¹⁷ Därefter förklarar domstolen att i utlänningslagens mening råder ett tillstånd av inre väpnad konflikt om samtliga följande förutsättningar är uppfyllda: 1) Det ska råda utdragna och alltjämt pågående stridigheter mellan väpnade regeringsstyrkor och en eller flera andra organiserade väpnade grupper eller mellan två eller flera sådana grupper som strider mot varandra. 2) Stridigheterna är av sådan karaktär att de går utöver vad som kan klassas som inre oroligheter eller vad som endast utgör sporadiska eller isolerade våldshandlingar. 3) Det är utmärkande för civilbefolkningens situation att det våld som konflikten för med sig är urskillningslöst och så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson genom sin blotta närvaro skulle löpa en verklig risk att utsättas för ett allvarligt och personligt hot mot liv eller lem.¹⁸

För att sammanfatta, definitionen av väpnad konflikt som ska användas vid asylprövning är inte nödvändigtvis den samma som gäller i internationell humanitär rätt och kan därmed även avvika från vad som gäller i svensk straffrätt. Det kan få konsekvenser för en sökande som blivit nekad asyl för att väpnad konflikt ej ansetts föreligga enligt utlänningsrätten. Samma person kan bli dömd för folkrättsbrott, som endast kan begås i väpnad konflikt, eftersom definitionen av väpnad konflikt är en annan i internationell humanitär rätt och svensk straffrätt. Svensk straffrätt kan i vissa delar ha en större räckvidd än den som tillämpas vid

¹⁶ Stern, Rebecca, Folkrättens roll i vägledande migrationsrättslig praxis, SvJT 2010, p. 358, s. 370; Stern, 2012, s. 49.

¹⁷ Migrationsöverdomstolen, UM 133-09, Dom 6 oktober 2009, s. 14; Migrationsöverdomstolen, UM 334-09, Dom 6 oktober 2009, s. 15; Migrationsöverdomstolen, UM 8628-08, Dom 6 oktober 2009, s. 15.

¹⁸ UM 133-09, 6 oktober 2009, s. 18–19; UM 334-09, 6 oktober 2009, s. 19; UM 8628-08, 6 oktober 2009 (MIG 2009:27), s. 19–20.

asylprövning enligt utlänningsrätten. Exempelvis kan det saknas ett kausalsambandet mellan konflikten och hot mot civilpersoner vilket gör att asyl kan nekas men det påverkar inte ett åtal om folkrättsbrott.

3. Luckor i svensk straffrätt

Migrationsverket ska anmäla till Rikspolisstyrelsen om det i ett ärende hos Migrationsverket framkommer misstankar om folkmord, brott mot mänskligheten eller krigsförbrytelser.¹⁹ Syftet är att eventuella brott ska lagföras. Det förutsätter att uteslutandegrunderna har en motsvarighet i svensk straffrätt. Problemet är att de brott som kan föranleda uteslutande enligt utlänningslagen endast delvis återfinns i svensk straffrätt. Krigsförbrytelser i utlänningslagen motsvaras av folkrättsbrott i brottsbalken.²⁰ Uteslutandegrunden ”brott mot mänskligheten” omfattar även folkmord,²¹ en klassificering som har en historisk förklaring.²² Det finns en svensk straffbestämmelse om folkmord,²³ men i svensk straffrätt saknas straffbestämmelsen brott mot mänskligheten. Brott mot mänskligheten kan förvisso lagföras under andra rubriceringar som mord och grov misshandel men frågan är om det motsvarar brottets allvarlighetsgrad. Uteslutandegrunden ”brott mot freden” saknar helt motsvarighet i svensk straffrätt. Fråga uppstår därmed om Migrationsverket ska vidareända information till polis och åklagare när gärning som utgör uteslutandegrund inte är straffbar enligt svensk rätt? Om svaret är nej, vad ska Migrationsverket göra med anledning av sådan information? Detta kan vara ett mindre problem då det endast är brott mot freden som helt saknar motsvarighet i svensk strafflagstiftning.

Det vore mycket olyckligt om bristande implementering av straffbestämmelser i svensk rätt medför att misstänkta förbrytare ej kan lagföras i Sverige. Om inget tredje land vill lagföra personen samtidigt som det finns hinder för utvisning till ursprungslandet så uppstår fullständig eller delvis straffrihet.²⁴

¹⁹ Förordning (2007:996) med instruktion för Migrationsverket, § 2 punkt 12. Migrationsverkets Utlänningshandbok, skapad 1998-06-15, uppdaterad 2010-06-08 Migrationsverkets Utlänningshandbok, skapad 1998-06-15, uppdaterad 2010-06-08, kap. 6.8.

²⁰ 22 kap. 6 § brottsbalken.

²¹ UNHCR Guidelines on international protection: Application of the Exclusion Clauses, para. 13.

²² I stadgan för Nürnbergtribunalen fanns inte brottet folkmord, begreppet hade ännu ej etablerat sig. Istället lagfördes utrotningen av judar och andra grupper under rubriceringen brott mot mänskligheten. Därefter har kopplingen mellan de två rubriceringarna bestått, se Goodwin-Gill, 1996, s. 100 och Schabas, William A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 10–11.

²³ Lag (1964:169) om straff för folkmord.

²⁴ Ett problem bland annat uppmärksammas av Santalla, 2009, s. 303–304.

4. Överföring av information

Utöver de gränsdragningsproblem som beskrivits ovan finns ännu ett spänningsområde mellan uteslutandegrunderna i migrationsprocessen och straffprocessen, nämligen beträffande överföring av information.²⁵ Kan information som samlats in i migrationsprocessen överföras till polis och åklagare? Om detta ska få ske, bör det finnas några rättssäkerhetsgarantier?

Problemet handlar om rätten till tystnad och den därtill förknippade rätten att inte behöva vittna mot sig själv i brottmål, så kallad självinkriminering.²⁶ En fullt tänkbar asylsituation kan röra en person som tidigare tjänstgjort i en represiv statsapparat. Med anledning av maktskifte i ursprungslandet så har personen fått fly. Låt oss anta att personen återoppar sin tjänstgöring som asylskäl utan att vara medveten om att samma information kan användas i en förundersökning. Då uppstår frågan om hur denna information ska hanteras. I fallet *Saunders* uttalade Europadomstolen att rätten att inte vittna mot sig själv förutsätter att åklagaren ska bevisa den tilltalades skuld utan hjälp av bevisning som åtkommit genom tvång.²⁷ Ett synsätt är att det är en frivillig handling att söka asyl och informationen har då inte lämnats under tvång, därmed kan den användas i förundersökning och som bevisning i rättegång. Den motsatta ståndpunkten är att den asylsökande endast är skyldig att bidra med information som visar skyddsskäl medan ansvaret för att visa att uteslutandegrunderna är uppfyllda vilar på staten. En medelväg vore att informera och varna den asylsökande om att viss information kan komma att användas för prövning av uteslutande och straffansvar.²⁸

Den svenska lagstiftningen förefaller tillåta Migrationsverket att överlämna information om misstänkta internationella brott till polisen utan begränsning. Ärenden hos Migrationsverket omfattas i huvudsak av sekretess enligt 37 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) – fortsättningsvis benämnt OSL. Nämda bestämmelse berör utlänningskontroll och ärenden om medborgarskap. Sekretessen omfattar uppgifter i skälen men inte själva beslutet. Därtill föreligger det presumtion för offentlighet enligt 21 kap. 5 § samma lag angående uppgift som rör en utlänning (t.ex. ekonomiska förhållanden) men sådan uppgift kan sekretessbeläggas om det kan antas att röjande av uppgiften skulle medföra fara för att någon utsätts för övergrepp eller annat allvarligt men.²⁹ Vidare gäller enligt 26 kap. 1 § presumtion om sekretess angående ärenden om bistånd åt asylsökande och andra utlänningar.

²⁵ Ibid., s. 304.

²⁶ Nowak, Karol, *Oskyldighetspresumtionen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003, s. 196.

²⁷ *Saunders v. the United Kingdom*, (Application 19187/91), ECtHR, Judgment, 17 December 1996, para. 68. Se kommentar av Nowak, 2003, s. 224.

²⁸ Santalla, 2009, s. 305–310.

²⁹ Se specialkommentar till 7 kap. 14 §, tidigare sekretesslagen (1980:100) i regeringens proposition 1979/80:2 med förslag till sekretesslag m.m., s. 208–210. Motsvarande bestämmelse finns numera i 21 kap. 5 § OSL.

Sekretessbrytande regler finns i 10 kap. 23 § OSL som rör misstanke om begånget brott och kan komma att tillämpas i bl.a. de fall av sekretess som gäller enligt 26 kap. 1 § OSL (bistånd). Även 24 § i samma kapitel är relevant vid misstanke om brott och komma att tillämpas i bl.a. de fall som omfattas av sekretess enligt 21 kap. 5 § och 37 kap. 1 § OSL (uppgift om exempelvis bostadsadress, utlänningskontroll, medborgarskap). Avslutningsvis finns generalklausulen i 10 kap. 27 § OSL som kan komma att tillämpas om inte någon av de andra sekretessbrytande reglerna kan tillämpas.

Sammanfattningsvis, ovan nämnda regler gör det möjligt för Migrationsverket att överlämna information till polisen vid misstanke om brott vilket den asylsökande bör informeras om innan han eller hon lämnar uppgifter.

5. Rekommendation

Eftersom utlänningsrätten och straffrätten har olika ändamål och lägger olika innebörd i begreppet väpnad konflikt måste myndigheterna vid sin tillämpning beakta i vilket rättsområde en viss fråga ska hanteras. Vid prövning om skyddsskäl föreligger ska den delvis mer restriktiva definitionen av väpnad konflikt i utlänningsrätten tillämpas medan vid prövning av uteslutandegrunder ska den folkrättsliga definitionen tillämpas som kan omfatta fler situationer. Även i brottmål ska den senare definitionen tillämpas. För att undvika hel eller delvis straffrihet är det önskvärt att de svenska straffbestämmelserna för internationella brott ändras så att åtal kan inledas även under rubriceringen brott mot mänskligheten. Avslutningsvis, handläggare på Migrationsverket bör upplysa och varna den asylsökande om att viss information kan komma att användas för prövning av uteslutning och straffansvar.