

Anders Henriksen

Refoulement i Afghanistan

En retlig analyse af danske ISAF-
styrkers overdragelse af fanger til de
afghanske myndigheder

Dansk Institut
for Militære Studier



Maj 2008

Refoulement i Afghanistan Dansk Institut for Militære Studier Maj 2008

Abstract

In many ways it makes a lot of sense for the Danish ISAF-forces in Afghanistan to transfer detainees to the Afghan authorities for possible prosecution. However, due to accounts of the occasional mistreatment of detainees in Afghan custody, the Danish forces can only transfer detainees subject to Danish 'jurisdiction' in Afghanistan to the Afghan authorities after having made sure that there are no 'substantial grounds for believing' that the transferred persons will be subjected to torture or other forms of ill-treatment or will face a 'flagrant denial of justice' or the death penalty in Afghan custody or that they will be transferred to another state where there is a risk of such mistreatment. The diplomatic agreement between the Danish and Afghan government contains most of the elements usually found in such agreements. It is not certain, however, that the agreement will in practice be sufficient to remove the risk of detainees being mistreated in Afghan custody. The Danish government should contribute in making the Afghan authorities capable of prosecuting crimes in accordance with international standards and to finding an international solution to the problem of the transfer of detainees during international missions.

Det giver på mange måder god mening for de danske ISAF-styrker i Afghanistan at overdrage tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder med henblik på eventuel retsforfølgning. På baggrund af oplysninger om lejlighedsvis overgreb på tilbageholdte personer i afghansk varetægt må de danske styrker imidlertid kun overdrage tilbageholdte personer, der befinder sig inden for de danske styrkers 'jurisdiktion' i Afghanistan, til de afghanske myndigheder, hvis de danske styrker inden overdragelsen har forvisset sig om, at der ikke er 'vægtige grunde til at antage', at personerne vil blive udsat for tortur eller anden mishandling eller vil få en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive overdraget til en anden stat, hvor personerne risikerer en sådan behandling. Den danske regerings diplomatiske aftale med den afghanske regering om behandlingen af overdragede personer indeholder de fleste af de elementer, der normalt indeholdes i sådanne aftaler. Det er imidlertid ikke sikkert, at denne aftale konkret vil være tilstrækkelig til at fjerne en risiko for overgreb i afghansk varetægt. Den danske regering bør bidrage til at gøre de afghanske myndigheder i stand til at retsforfølge forbrydelser i overensstemmelse med internationale standarder og i øvrigt bidrage til at finde en international løsning på problemet med overdragelser af tilbageholdte personer under internationale missioner.

Dansk Institut for Militære Studier er en uafhængig forskningsinstitution, hvis formål er at kortlægge, analysere og debattere de valg, som dansk forsvar står overfor i en globaliseret verden.

Denne rapport er baseret på forfatterens egen forskning, og dens konklusioner er således udelukkende udtryk for forfatterens egne holdninger.

Copyright © Dansk Institut for Militære Studier og forfatteren, 2008.

Rapporten kan hentes på www.difms.dk

Anbefalinger

Denne rapport bygger på den grundlæggende præmis, at de danske ISAF-styrker i Afghanistan skal overholde den danske regerings menneskeretlige forpligtelser, og at de danske styrker derfor ikke må overføre personer, der befinder sig inden for de danske styrkers 'jurisdiktion', til de afghanske myndigheder, hvis der er 'vægtige grunde til at antage', at personerne vil blive udsat for tortur eller anden mishandling eller vil få en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive videresendt til andre stater, hvor der er risiko for, at personerne vil blive udsat for en sådan behandling. På den baggrund opstilles der i denne rapport følgende anbefalinger.

Konkret og individuel vurdering hver gang

For det første anbefales det, at de danske ISAF-styrker alene overdrager tilbageholdte personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder efter at en individuel og konkret vurdering har vist, at der ikke er 'vægtige grunde til at antage', at en person i tilfælde af overdragelse risikerer at blive udsat for tortur eller anden mishandling eller vil få en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive videresendt til andre stater, hvor der måtte være risiko for sådan mishandling. Det er nemlig ikke sikkert, at den diplomatiske aftale om minimumsbehandling, som den danske og den afghanske regering indgik i sommeren 2005, i praksis altid vil være tilstrækkelig til at fjerne en risiko for overgreb i afghansk varetægt.

Gør de afghanske myndigheder i stand til at retsforfølge forbrydelser efter internationale standarder

For det andet anbefales det, at de stater, der deltager i ISAF, herunder den danske regering, hurtigst muligt opbygger de afghanske myndigheders evne til at retsforfølge forbrydelser i overensstemmelse med internationale standarder. Og indtil en sådan afghansk kapacitet er blevet opbygget, kan staterne i ISAF, herunder den danske regering, forsøge at opbygge en mindre, særligt velfungerende afghansk kapacitet, der, eventuelt med bistand fra ISAF-staterne, i løbet af kort tid vil være i stand til at retsforfølge forbrydelser i overensstemmelse med internationale standarder, og til hvem ISAF-styrkerne derfor relativt problemfrit vil kunne overdrage tilbageholdte personer.

Find en international løsning

For det tredje anbefales det, at ikke blot de stater, der deltager i ISAF, såsom Danmark, men også

andre interesserede stater, tager initiativ til en international aftale eller et andet internationalt instrument, der adresserer problemet med tilbageholdelser og overdragelser af personer under internationale missioner. ISAF-missionen i Afghanistan er nemlig næppe den sidste internationale mission, hvor problemstillingen i denne rapport er relevant. Og det er derfor næppe heller sidste gang, at danske og andre staters væbnede styrker står i den situation, at de under en international mission uden for deres eget territorium tilbageholder personer, som de muligvis ikke kan overdrage til de lokale myndigheder uden at risikere at komme i konflikt med deres menneskeretlige forpligtelser. Som tingene forholder sig i dag, afhænger staternes ageren på området fra stat til stat – afhængigt af udlægningen af anvendelsesområdet for deres egen lovgivning og de forskellige menneskerettighedskonventioner. Det er selvsagt mildest talt utilfredsstillende både for de tilbageholdte personer, der risikerer at blive overdraget til tortur eller andre overgreb som en konsekvens af nogle staters for restriktive udlægning af deres menneskeretlige forpligtelser, og for de soldater på landjorden, der har fået til opgave at løse en række militære opgaver, og som risikerer at blive hængt ud i pressen – og i yderste konsekvens retsforfulgt – hvis de træder ved siden af lovens (til tider) smalle sti. Der synes derfor nu at være al mulig grund til, at man i det internationale samfund én gang for alle tager de fornødne initiativer til at få løst problemet med overdragelser af tilbageholdte personer under internationale missioner. De nylige initiativer i Udenrigsministeriets juridiske tjeneste, der har til formål at finde en række internationale – og ikke nationale – løsninger på de problemstillinger, der illustreres i denne rapport, må derfor også hilses velkomne som tiltrængte mulige første skridt på vejen. Men initiativer – og akademiske meningsudvekslinger – blandt jurister gør det næppe alene. Problemstillingen i denne rapport er i vid udstrækning et uundgåeligt resultat af de senere års aktivistiske sikkerhedspolitik, der nyder bred politisk opbakning. Hvis man gerne fra politisk side vil være med til at gøre en aktiv forskel, bør man også fra samme kant acceptere og søge at løse de problemer, der følger i kølvandet på en sådan aktivisme. En øget politisk bevågenhed fremover – herunder en øget politisk accept af problemstillingens kompleksitet – forekommer derfor også tiltrængt.

Indholdsfortegnelse

Abstract	2
01 Indledning	5
02 International Security Assistance Force – ISAF	8
03 Overdragelsen af personer til de afghanske myndigheder	10
04 Forbuddet mod refoulement i folkeretten	12
05 Diplomatiske aftaler om minimumsbehandling	27
06 Retten til et effektivt retsmiddel	39
07 anbefalinger	42
08 Konklusion og perspektivering	44
Litteratur	47
Bilag 1	51
Bilag 2	53
Noter	54

01 Indledning

Danske styrker har siden ophøret af Den Kolde Krig i stigende grad taget del i internationale missioner, der har haft til formål at bevare eller genoprette freden i en given stat eller i et givent område. I foråret 2008 tager danske landstyrker således del i de internationale missioner i Kosovo – KFOR – og i Afghanistan – International Security Assistance Force – ISAF. Som led i varetagelsen af deres opgaver under missionen i Afghanistan kan de danske ISAF-styrker komme i den situation, at de er nødsaget til at tilbageholde personer. Det vil typisk være som led i egentlige kamphandlinger, hvor de tilfangetagne personer tager aktivt del i kamphandlinger mod danske styrker. Når de danske ISAF-styrker tilbageholder personer i Afghanistan, skal de i sagens natur tage stilling til, om personerne bør tilbageholdes i længere tid, eller om de bør løslades. Og hvis der træffes beslutning om, at personerne fortsat skal tilbageholdes, skal der endvidere træffes beslutning om, hvorvidt personerne skal videregives til de afghanske myndigheder med henblik på eventuel retsforfølgning.

Formålet med denne rapport er todelt. Formålet er for det første at analysere omfanget af den danske regerings folkeretlige forpligtelser for så vidt angår det internationale forbud mod overdragelse til tortur og andre overgreb, når der i Afghanistan træffes beslutning om, at tilbageholdte personer *ikke* skal løslades, men derimod overdrages til de afghanske myndigheder. Formålet er for det andet at fremkomme med en række relevante anbefalinger til, hvorledes man forhåbentlig kan sikre, at sådanne eventuelle beslutninger om at overdrage tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder ikke er i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser. Det vil i den forbindelse blive vurderet, om indgåelsen af en særlig diplomatisk aftale mellem den danske regering og den afghanske regering om minimumsbehandling af overdragne personer kan fritage Danmark for det folkeretlige ansvar, der undertiden kan være forbundet med overdragelsen af personer til de afghanske myndigheder.'

Problemstillingen med danske styrkers overdragelse af tilbageholdte personer i Afghanistan har med mellemrum været genstand for omfattende debat i den danske offentlighed. Det var bl.a. tilfældet i vinteren 2006-2007, hvor en dansk produceret film – 'Den Hemmelige Krig' – rejste påstande om, at danske specialstyrker

indsat i Afghanistan i vinteren og foråret 2002 som led i *Operation Enduring Freedom*, der blev iværksat i kølvandet på terrorangrebene i USA den 11. september 2001, havde overdraget tilbageholdte personer til amerikanske styrker, vel vidende at personerne herefter med stor sandsynlighed ville blive udsat for mishandling.² I en redegørelse den 13. december 2006 afviste den danske regering disse påstande.³ Senest problematiserede Dagbladet Information i november 2007 ISAF's eksisterende praksis for overdragelse af tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder.⁴ Information henviste i den forbindelse til en netop udgivet rapport fra Amnesty International, der påstod, at flere af de personer, som de internationale koalitionsstyrker har overdraget til de lokale afghanske myndigheder, efterfølgende er blevet udsat for overgreb.⁵

Analysen i denne rapport er opbygget således, at der nedenfor i afsnit 2 indledningsvis redegøres for baggrunden for ISAF. Herefter vil der i afsnit 3 blive redegjort for, hvorfor det i vid udstrækning umiddelbart giver god mening for de danske ISAF-styrker at overdrage eventuelle tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder. Dernæst gengives i afsnit 4 den danske regerings forpligtelser i henhold til det forbud mod overdragelse til tortur og andre overgreb, der genfindes i flere af de internationale menneskerettighedskonventioner, der forpligter den danske regering.

Det er i den forbindelse værd at minde om, at danske styrker under internationale missioner uden for Danmarks territorium endvidere kan være bundet af Danmarks forpligtelser i henhold til de internationale konventioner og retssædvaner, der regulerer væbnede konflikter – også kaldet 'krigens regler'. Det vil være tilfældet, hvis de danske styrker tager del i en væbnet konflikt. Så hvis danske ISAF-styrker tager del i en væbnet konflikt i Afghanistan og i den forbindelse overdrager tilbageholdte personer fra denne konflikt – såsom tilbageholdte medlemmer af modstanderens væbnede styrker – til andre stater, vil denne overdragelse kunne være reguleret af krigens regler. Særlig relevant vil reguleringen i krigens regler være, hvis de danske styrker måtte være involveret i en væbnet konflikt, der udkæmpes mellem myndighederne i to eller flere stater – i folkeretten benævnt en 'international væbnet konflikt'. En række konventioner – herunder først og fremmest de fire Genevekonventioner fra 1949 – regulerer nemlig temmelig detaljeret 'internationale væbnede konflikter', herunder staters beslutninger om at overdrage tilbageholdte personer under sådanne konflikter.⁶ Beslutningen om *ikke* at gengive reguleringen i krigens regler i denne rapport er begrundet i det forhold, at det menneskeretlige forbud mod overdragelse til tortur og andre overgreb antages at stille skrappe krav til de danske ISAF-styrker for så vidt angår overdragelse af tilbageholdte personer i dansk varetægt i Afghanistan end krigens regler. Det skyldes, at de danske ISAF-styrker 'højst' er involveret i en 'ikke-international væbnet konflikt'⁷ – og altså ikke en 'international væbnet konflikt' – i Afghanistan, og at krigens regler ikke umiddelbart regulerer overdragelse under en sådan 'ikke-international væbnet konflikt'.⁸ Det er i den forbindelse også værd at understrege, at eksistensen af en væbnet konflikt i

Afghanistan *ikke* bevirker, at de internationale menneskerettigheder ikke finder anvendelse, og at eventuelle deltagende danske styrker ikke skulle være bundet heraf. Det er nemlig fast antaget, at de internationale menneskerettigheders anvendelsesområde *ikke* er begrænset til fredstid.⁹ Det fremgår dels af ordlyden af menneskerettighedskonventionerne og dels af praksis fra Den Internationale Domstol i Haag og diverse menneskeretlige kontrolorganer.¹⁰

Efter gennemgangen i afsnit 4 vil det i afsnit 5 blive diskuteret, hvorvidt en diplomatisk aftale mellem en overdragende og en modtagende stat om minimumsbehandling af overdragede personer, såsom en aftale mellem den danske og den afghanske regering, kan fritage den overdragende stat for det internationale ansvar, der under normale omstændigheder kan være forbundet med en overdragelse, inden der i afsnit 6 vil blive gjort nogle bemærkninger om retten til et såkaldt effektivt retsmiddel. Endelig opstilles der i afsnit 7 en række konkrete anbefalinger til, hvorledes det forhåbentligt kan undgås, at danske ISAF-styrkers eventuelle fremtidige beslutninger om at overdrage tilbageholdte personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder vil stride mod forbuddet mod overdragelse til tortur og andre overgreb, inden der til sidst i afsnit 8 gøres en række opsamlende og perspektiverende bemærkninger.

02 International Security Assistance Force – ISAF

International Security Assistance Force – ISAF – er NATO's første såkaldte "out-of-area"-mission uden for Europa.¹ Missionen blev etableret i forlængelse af den såkaldte 'Bonn-aftale' i december 2001 mellem diverse afghanske fraktioner² og har til formål at stabilisere og genopbygge Afghanistan. ISAF's vigtigste brik er de 25 såkaldte Provincial Reconstruction Teams (PRT'er), der består af både militært og civilt personale, der er oprettet med henblik på at udstrække de afghanske myndigheders rækkevidde. ISAF's mission besværliggøres i praksis af, at den parallelt med bestræbelserne på at stabilisere og genopbygge Afghanistan er nødsaget til at bekæmpe oprørere med tilknytning til først og fremmest Afghanistans tidligere styre – Taleban. ISAF's tilstedeværelse i Afghanistan hviler på de afghanske myndigheders samtykke³, og missionen er endvidere bemyndiget af FN's Sikkerhedsråd i henhold til FN-pagtens kapitel 7.⁴ Senest vedtog Sikkerhedsrådet ved resolution 1776 den 10. september 2007 at forlænge mandatet for ISAF med yderligere et år, så det foreløbig udløber medio oktober 2008.⁵ ISAF består i marts 2008 af ca. 43.250 personer fra 40 stater.⁶ Danmarks bidrag til ISAF bestod på samme tid – ifølge Forsvarsministeriets hjemmeside – af 507 personer.⁷

ISAF's tilstedeværelse og mission i Afghanistan har været fordelt over flere etaper. Indledningsvis koncentreredes missionen således om området omkring Kabul og dele af det nordlige Afghanistan, hvor hovedsageligt tyske og franske styrker i dag opererer. Dernæst udvidedes engagementet til det vestlige Afghanistan, der i dag først og fremmest består af spanske og italienske styrker, hvorefter ISAF fra juli 2006 etablerede sig i den urolige sydlige del af Afghanistan. Største bidragsydere til tilstedeværelsen her er USA, Storbritannien, Canada og Holland. Også den største del af det danske bidrag til ISAF befinder sig i den sydlige del af Afghanistan. Sidste etape indledtes i oktober 2006, og ISAF er nu engageret i hele Afghanistan.⁸

Det er vigtigt at understrege, at ISAF ikke er den eneste internationale operation i Afghanistan. Sideløbende med ISAF gennemføres der således fortsat en amerikansk ledet indsats for at nedkæmpe terrorister i først og fremmest den østlige del af Afghanistan i grænseområdet op mod Pakistan.⁹ Denne operation –

Enduring Freedom – indledtes den 7. oktober 2001 som en direkte konsekvens af terrorangrebene den 11. september 2001 i USA.²⁰ I modsætning til ISAF er *Enduring Freedom* hverken en NATO-operation eller baseret på et eksplicit mandat fra FN's Sikkerhedsråd, og der er principielt tale om to forskellige operationer, der imidlertid i vid udstrækning i praksis koordineres.²¹ *Enduring Freedom* bestod i februar 2008 af ca. 16.000 personer.²² Danmark bidrager for tiden ikke med styrker til OEF.

I forbindelse med Bonn-aftalen fra december 2001 blev det besluttet, at den internationale koalition skulle bistå de afghanske myndigheder med at oprette og uddanne en ny national afghansk hær og politistyrke.²³ Arbejdet med skabelsen af en ny hær har stået på i flere år, og målet er at nå en styrke på ca. 70.000 soldater ved udgangen af 2010.²⁴ Indtil videre er den afghanske hær – Afghan National Army (ANA) – imidlertid kun ca. halvvejs mod at nå dette tal²⁵, og selvom den afghanske hær siden sin oprettelse gradvist er blevet i stand til at påtage sig flere og flere opgaver, bistår ISAF i vid udstrækning hæren med at gennemføre egentlige militære operationer.²⁶ Arbejdet med at skabe en ny afghansk politistyrke – Afghan National Police (ANP) – skrider også frem²⁷, men det er ofte vanskeligt for de nye politistyrker at få fodfæste uden for Kabul og de omkringliggende områder.²⁸

03 Overdragelsen af personer til de afghanske myndigheder

Det giver på mange måder god mening for de danske ISAF-styrker at overdrage tilbageholdte personer i dansk varetægt i Afghanistan til de lokale afghanske myndigheder med henblik på eventuel retsforfølgning. For det første er det som en generel betragtning værd at hæfte sig ved, at der ofte er tale om *afghanske* statsborgere, der tilbageholdes i *Afghanistan* i kampe om *Afghanistans* – og ikke Danmarks – fremtid. For det andet har de danske styrker kun meget begrænset kapacitet til at tilbageholde personer i Afghanistan. For det tredje tilsiger et hensyn til en effektiv indsamling og koordinering af afghanske efterretninger, at afhøringer og bevismateriale indsamlet fra tilfangetagne personer centraliseres så meget som muligt. For det fjerde er det på et overordnet plan værd at erindre, at de danske ISAF-styrker ikke kun opholder sig i Afghanistan på et mandat fra FN's Sikkerhedsråd, men også efter invitation fra den afghanske regering. Og for det femte skal man huske på, at formålet med ISAF's tilstedeværelse i Afghanistan netop er at bistå den afghanske regering med at skabe de fornødne betingelser for, at Afghanistan på sigt *selv* bliver i stand til at sikre freden og opretholde sikkerheden i landet.²⁹ Det er derfor også i såvel ISAF's som den afghanske regerings egen interesse, at de afghanske myndigheder med tiden selv bliver i stand til at håndtere den almindelige efterforskning og retsforfølgning af forbrydelser i Afghanistan. Alle har således en klar interesse i, at det lykkes den afghanske regering at få etableret et effektivt og retfærdigt retsvæsen, der lever op til internationale standarder.

Argumenterne for at overdrage tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder med henblik på retsforfølgning er altså mange. Og flere ISAF-stater *har* da også i løbet af de senere år overdraget tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder.³⁰

På trods af bestræbelserne på at bistå de afghanske myndigheder med at opbygge en velfungerende hær og et velfungerende afghansk politi, herunder en ny afghansk efterretningstjeneste, tyder baggrundsoplysninger imidlertid på, at der med mellemrum fortsat finder overgreb sted på personer, der kommer i de afghanske myndigheders varetægt. Det fremgår eksempelvis af en rapport fra

det amerikanske udenrigsministerium fra marts 2007, at der er talrige rapporter om menneskerettighedskrænkelser begået af repræsentanter fra de nationale sikkerhedsmyndigheder, herunder ubekræftede rapporter om tortur.³¹

Menneskerettighedsorganisationer rapporterer på samme vis, at myndighederne i bl.a. Herat, Helmand og Badakhstan rutinemæssigt torturerer og begår overgreb mod tilbageholdte personer.³²

På baggrund af den dårlige menneskerettighedssituation i Afghanistan har flere menneskerettighedsorganisationer kritiseret, at nogle ISAF-stater har overdraget – og fortsat overdrager – tilbageholdte personer i deres varetægt til de afghanske myndigheder med henblik på eventuel retsforfølgning. Ifølge kritikerne strider overdragelsen af personerne nemlig mod det internationale forbud mod overdragelse til tortur og andre overgreb – også betegnet forbuddet mod *refoulement* – der genfindes i flere af de menneskerettighedskonventioner, der binder de stater, der bidrager med styrker til ISAF.

Beskyldninger om, at allerede overdragede personer var blevet udsat for overgreb i afghansk varetægt, fik da også i november 2007 de canadiske ISAF-styrker til midlertidigt at stoppe overdragelsen af personer til de afghanske myndigheder.³³

04 Forbuddet mod refoulement i folkeretten

Omfanget af den danske regerings menneskeretlige forpligtelser i Afghanistan

Baggrund

De internationale menneskerettigheder indeholdes i internationale og regionale konventioner, der binder de stater, der har ratificeret dem, og i folkeretlig sædvaneret, der er bindende for enhver stat, uanset dennes konventionsmæssige forpligtelser.³⁴ For Danmarks vedkommende er de – for denne rapport – mest relevante menneskerettighedskonventioner Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der blev underskrevet den 4. november 1950³⁵, FN's konvention om civile og politiske rettigheder, der blev vedtaget den 16. december 1966³⁶, samt FN's konvention mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, der blev vedtaget den 10. december 1984.³⁷ Det er i denne forbindelse særlig relevant, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved vedtagelsen af lov nr. 285 af 29. april 1992 blev gjort til en del af dansk ret.³⁸

Selvom Danmark er part i disse menneskerettighedskonventioner, er det imidlertid ikke nødvendigvis ensbetydende med, at de danske ISAF-styrker er forpligtet af konventionerne over for de personer, som de tager til fange i Afghanistan. De forskellige internationale menneskerettighedskonventioner forpligter nemlig som det klare udgangspunkt alene en kontraherende stat – som Danmark – *på statens eget territorium*. Kun i de tilfælde, hvor en person i en eller anden forstand befinder sig inden for en stats 'jurisdiktion' uden for statens territorium, vil staten kunne være bundet af sine menneskeretlige forpligtelser over for personen.³⁹ Hvornår det så konkret er tilfældet, er imidlertid desværre mildest talt uklart.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Det fremgår af artikel 1 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at de kontraherende stater skal 'sikre enhver person under deres jurisdiktion de rettigheder og friheder, som er nævnt i konventionen'. Hvad der præcis ligger i

begrebet 'jurisdiktion' i konventionen, er imidlertid ikke helt klart, og forarbejderne til artikel 1 giver ikke megen vejledning i, hvorvidt – og i givet fald under hvilke omstændigheder – konventionen kan binde staterne uden for deres eget territorium.⁴⁰ Den manglende udtrykkelige sproglige forankring af konventionens anvendelsesområde til staternes eget territorium indikerer imidlertid, at konventionens jurisdiktionsbegreb ikke er 'knyttet til en bestemt territorial afgrænsning', men snarere må siges at 'bygge på en vurdering af, hvorvidt staten folkeretligt set er kompetent til at udøve jurisdiktion'.⁴¹ Afgørende vil det i praksis være, om der er den fornødne forbindelse mellem staten og en person, der i en eller anden forstand berøres af statens myndighedsudøvelse.⁴²

For så vidt angår danske styrkers deltagelse i internationale missioner uden for Danmark er det særlig væsentligt, at praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol indikerer, at en stat først og fremmest udøver relevant 'jurisdiktion' i konventionens forstand over personer i udlandet, når staten er i stand til at udøve *effektiv kontrol* over det fremmede territorium, hvorpå personerne befinder sig. Det fremgår af Domstolens afgørelse i *Loizidou mod Tyrkiet*.⁴³ Hvad der konkret indeholdes i begrebet "effektiv kontrol" i konventionsmæssig forstand, vil afhænge af en konkret vurdering. Ifølge praksis fra Menneskerettighedsdomstolen vil det afgørende formentlig være, hvorvidt staten *de facto* – eventuelt i form af lokal administration⁴⁴ – er i stand til at udøve *reel* myndighed og kontrol over territorium i udlandet. I *Loizidou mod Tyrkiet* og *Cypern mod Tyrkiet* fandt Domstolen, at Tyrkiet udøvede tilstrækkelig 'effektiv kontrol' over det nordlige Cypern til, at Tyrkiet kunne anses for at udøve 'jurisdiktion' over området. Domstolen lagde i den forbindelse bl.a. vægt på, at Tyrkiet havde oppebåret en massiv militær tilstedeværelse i en længere årrække i den nordlige del af Cypern, og at de tyrkiske tropper havde været i stand til at hindre lokale borgeres bevægelsesfrihed.⁴⁵

Mens Tyrkiet altså var i stand til at udøve 'effektiv kontrol' i det nordlige Cypern, afviste Domstolen i *Bankovic m.fl. mod Belgien m.fl.*, at NATO's medlemsstater som følge af luftbombardementer af mål i Forbundsrepublikken Jugoslavien udøvede tilstrækkelig kontrol over de personer, der blev gjort til genstand for bombardementer, til, at de faldt ind under de europæiske medlemsstater i NATO's 'jurisdiktion' i henhold til konventionen.⁴⁶ I afgørelsen opsummerede Domstolen retstilstanden på området på følgende vis:

In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.⁴⁷

Additionally, the Court notes that other recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty

provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State.⁴⁸

'Jurisdiktion' i konventionsmæssig forstand i udlandet vil altså ifølge Domstolen kun kunne være en realitet, hvis 1) en stat udøver 'effektiv kontrol' over det fremmede territorium og dets indbyggere, eller 2) hvis staten udøver myndighed med samtykke eller efter invitation fra værtsstatens myndigheder, eller 3) hvis der er tale om handlinger udøvet af statens diplomatiske eller konsulære personale eller handlinger om bord på fartøjer eller skibe, der enten er registreret i staten eller bærer statens flag.

Et par år efter sin afgørelse i *Banković* skulle Domstolen i *Issa m.fl. mod Tyrkiet* så tage stilling til, om tyrkiske styrkers kortvarige tilstedeværelse i et område af det nordlige Irak i 1995 var tilstrækkelig til, at Tyrkiet udøvede 'effektiv kontrol' – og dermed 'jurisdiktion' – i konventionsmæssig forstand over området. Det afviste Domstolen, selvom Tyrkiet havde oppebåret en ganske stor koncentration af tropper i det pågældende område af Irak. Domstolen lagde i sin afgørelse vægt på, at det ikke så ud til, at Tyrkiet – på trods af det store antal tropper – udøvede 'effective overall control of the entire area of northern Iraq'.⁴⁹ På samme måde afviste det britiske House of Lords i sommeren 2007 i *Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, at britiske styrker umiddelbart efter invasionen af Irak i 2003 udøvede tilstrækkelig 'effektiv kontrol' over Basra og omegn til, at de personer, der opholdt sig i dette område, faldt ind under britisk 'jurisdiktion' i henhold til artikel 1 i konventionen.⁵⁰

Menneskerettighedsdomstolens afgørelse i *Issa mod Tyrkiet* er imidlertid interessant, fordi Domstolen i en række vendinger umiddelbart udvider Menneskerettighedskonventionens 'jurisdiktionsbegreb'. For efter at have cementeret, at en stat som nævnt i *Banković* bl.a. udøver relevant 'jurisdiktion' i udlandet, hvis staten er i stand til at udøve 'effektiv kontrol' over fremmed territorium, bemærker Domstolen nemlig også, at:

... a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State. Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory.⁵¹

En stat udøver altså ifølge Domstolen (nu) ikke kun 'jurisdiktion' over personer i udlandet i de tidligere nævnte tilfælde men (åbenbart) også, hvis repræsentanter for staten, herunder medlemmer af statens væbnede styrker, *også i andre tilfælde* har personer under sin 'authority and control' – i det følgende benævnt 'varetægt' – i udlandet. Det er i den forbindelse værd at hæfte sig ved, at Domstolen i afgørelsen bl.a. henviser til en række afgørelser, hvor andre menneskeretlige kontrolorganer er kommet til lignende resultater.⁵²

Denne udvidelse af 'jurisdiktionsbegrebet' er imidlertid ikke blevet lige godt modtaget alle steder, og flere nationale domstole er

tydeligvis af den opfattelse, at Menneskerettighedsdomstolen er gået for langt. Som en canadisk dommer for ganske nylig konkluderede i *Amnesty International m.fl. v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces m.fl.*, så er afgørelsen i *Bankovic* efter hendes opfattelse ganske enkelt "better law than the decision in *Issa*."⁵³ Samme modstand over for udvidelsen af 'jurisdiktionsbegrebet' i *Issa mod Tyrkiet* spores i House of Lords. I *Al-Skeini*-afgørelsen fra 2007 lagde House of Lords ganske vist til grund, at en irakisk statsborger, der var blevet tævet ihjel af britiske soldater på en britisk militærbase i Basra, befandt sig inden for Storbritanniens 'jurisdiktion' i henhold til artikel 1 i Menneskerettighedskonventionen.⁵⁴ House of Lords nåede imidlertid tilsyneladende ikke denne konklusion på baggrund af udvidelsen af 'jurisdiktionsbegrebet' i *Issa mod Tyrkiet*, men derimod ved en analogislutning fra de undtagelser om jurisdiktion, der gælder for ambassader.⁵⁵ For så vidt angik udvidelsen af 'jurisdiktionsbegrebet' i *Issa mod Tyrkiet* bemærkede Lord Rodger og Earlsferry bl.a.:

... as noted in *Bankovic* (...) the court has 'so far' recognised jurisdiction based on effective control only in the case of territory which would normally be covered by the Convention. If it went further, the court would run the risk not only of colliding with the jurisdiction of other human rights bodies but of being accused of human rights imperialism.⁵⁶

Kritikken af afgørelsen i *Issa mod Tyrkiet* illustrerer, at der umiddelbart synes at være (i hvert fald) to måder, hvorpå man kan afgrænse 'jurisdiktionsbegrebet' i Menneskerettighedskonventionens artikel 1. I henhold til en *traditionel* fortolkning – som den anlagt af den canadiske domstol og House of Lords – vil en stat kun udøve 'jurisdiktion' i udlandet, når staten udøver 'effektiv kontrol' over fremmed territorium, eller når konkret myndighedsudøvelse finder sted efter samtykke eller efter invitation fra værtsstaten eller på ambassader eller konsulater eller om bord på fartøjer eller skibe, der enten er registreret i staten eller bærer statens flag, eller på militærbase/i militærlejr.⁵⁷ En mere *dynamisk* fortolkning – som den, Menneskerettighedsdomstolen anlægger – tilsiger, at en stat herudover også vil udøve 'jurisdiktion', når myndighedspersoner *også i andre situationer* har personer i deres varetægt i udlandet.⁵⁸

Uklarheden på området gør det naturligvis ikke helt ligetil at vurdere, i hvilket omfang Danmark er bundet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention uden for dansk territorium. Det synes imidlertid under alle omstændigheder at kunne konkluderes, at Danmark er bundet af Menneskerettighedskonventionen, når danske myndighedspersoner, såsom danske soldater, udøver 'effektiv kontrol' over fremmed territorium, eller når konkret dansk myndighedsudøvelse finder sted efter samtykke eller efter invitation fra værtsstaten eller på danske ambassader eller konsulater eller om bord på fartøjer eller skibe, der enten er registreret i Danmark eller bærer dansk flag, eller på en dansk militærbase/i en militærlejr. Mere tvivlsomt er det, om Danmark også vil være forpligtet, når danske myndighedspersoner, såsom danske soldater, også i andre situationer har personer i sin varetægt i udlandet. Afgørende vil det være, hvilken udlægning af 'jurisdiktionsbegrebet' der lægges til grund.

Menneskerettighedsdomstolens afgørelser er bindende for staterne og Domstolens udlægning af 'jurisdiktionsbegrebet' lægges derfor på dette sted til grund. Det konkluderes derfor også, at Danmark *er* bundet af Menneskerettighedskonventionen, så snart danske myndighedspersoner, såsom danske soldater, har personer i deres varetægt i udlandet.

Ovennævnte konklusion rejser naturligvis det spørgsmål, hvad der konkret ligger i begrebet 'varetægt'/ 'authority and control'. Hvor meget myndighedsudøvelse skal der til, før 'varetægt' – og dermed 'jurisdiktion' – er en realitet? Retspraksis er som illustreret sparsom, og der foreligger så vidt vides ingen afgørelser, hvori varetægtsbegrebet i praksis er blevet analyseret. Efter denne forfatters opfattelse forekommer det mest naturligt at nå den konklusion, at 'varetægt' under alle omstændigheder først vil kunne være en realitet, når en persons frihed er begrænset som i en traditionel anholdelsessituation. Den form for myndighedsudøvelse, der *alene* består i soldaters bemanning af en vejspærring eller kontrolpost, med dertilhørende adgang til at nægte en person adgang til et større eller mindre område, vil derfor ej heller være tilstrækkeligt.⁵⁹

FN's konvention om civile og politiske rettigheder

Det fremgår af artikel 2 i FN's konvention om civile og politiske rettigheder, at de kontraherende stater 'forpligter sig til at respektere og tilsikre alle personer, der befinder sig inden for dens område og er undergivet dens jurisdiktion, de i denne konvention anerkendte rettigheder'. Et kig på forarbejderne til konventionen viser, at denne formulering af artiklen blev valgt, fordi der ikke kunne opnås den fornødne enighed om omfanget af konventionens territoriale rækkevidde.⁶⁰ Formuleringen indikerer imidlertid ikke desto mindre, at anvendelsesområdet for FN-konventionen – i modsætning til hvad angår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – klart er begrænset til staternes eget 'område'. Og det indikerer selvsagt også kraftigt, at en stat slet ikke kan være bundet af sine forpligtelser i henhold til konventionen uden for eget territorium.

Både Den Internationale Domstol og FN's Menneskerettighedskomiteé er imidlertid kommet til et andet resultat. I sin vejledende udtalelse om Israels etablering af et sikkerhedshegn på dele af besat palæstinensisk territorium konkluderede Den Internationale Domstol nemlig, at konventionen efter Domstolens opfattelse *kan* finde anvendelse på *besat territorium* i udlandet. Ifølge Domstolen bør en stat nemlig ikke kunne friholdes for sine menneskeretlige forpligtelser, blot fordi udøvelsen af reel myndighed foregår uden for statens eget territorium. Som Domstolen formulerede det, så var det næppe hensigten med oprettelsen af FN's konvention om civile og politiske rettigheder at 'allow States to escape from their obligations when they exercise jurisdiction outside their national territory'.⁶¹ Domstolen hæftede sig også ved, at FN's Menneskerettighedskomiteé i august 2003 havde udtalt, at Israel – efter Komiteéens opfattelse – *er* bundet af sine forpligtelser i henhold til konventionen på de besatte områder i Gaza og på Vestbredden.⁶² På grund af den sparsomme

relevante praksis er det imidlertid uvist, om der i praksis stilles de samme krav, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol stiller til den grad af 'effektiv kontrol', der kræves, for at en stat anses for at yde 'jurisdiktion' over fremmed territorium.⁶³

På samme måde som der er usikkerhed om det konkrete anvendelsesområde for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, er der også stor uklarhed om det præcise anvendelsesområde for FN's konvention om civile og politiske rettigheder. For også FN's Menneskerettighedskomité har nemlig i en række ikke-bindende udtalelser udtalt, at en stat (også) er bundet af FN's konvention om civile og politiske rettigheder, så snart myndighedspersoner fra staten har personer i sin varetægt uden for statens territorium. I *Lopez Burgos mod Uruguay* konkluderede Komitéen således, at Uruguay ifaldt et ansvar i henhold til konventionen for kidnapning af personer uden for Uruguay. Komitéen begrundede denne (dynamiske) fortolkning af konventionens jurisdiktionsbegreb på denne måde:

Article 2 (1) of the Covenant places an obligation upon a State party to respect and to ensure rights 'to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction', but it does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State ... it would be unconscionable so to interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.⁶⁴

Samme holdning gav Komitéen udtryk for i en ikke-bindende udtalelse i maj 2004.⁶⁵

I hvor høj grad er Danmark så bundet af FN's konvention om civile og politiske rettigheder uden for Danmark? Det er som berørt meget uklart. På baggrund af den vejledende udtalelse fra Den Internationale Domstol lægges det dog på dette sted til grund, at Danmark er bundet af konventionen, når danske myndighedspersoner, såsom danske soldater, udøver 'effektiv kontrol' over fremmed territorium. Og det samme vil nok også være tilfældet, når konkret dansk myndighedsudøvelse finder sted efter samtykke eller efter invitation fra værtsstaten eller på en dansk ambassade eller et dansk konsulat eller om bord på et fartøj eller skib, der enten er registreret i Danmark eller bærer dansk flag, eller på en dansk militærbase/i en militærlejr. Hvorvidt Danmark også er bundet, når danske myndighedspersoner, såsom danske soldater, også *i andre situationer* har personer i deres varetægt uden for dansk territorium, må anses for at være meget tvivlsomt. At dømme efter de foreliggende udtalelser fra FN's Menneskerettighedskomité er der imidlertid næppe nogen tvivl om, at Komitéen vil være af den opfattelse, at det er tilfældet.

FN's torturkonvention

I modsætning til hvad angår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og FN's konvention om civile og politiske rettigheder, er det geografiske anvendelsesområde for FN's torturkonvention umiddelbart reguleret i konventionens specifikke

bestemmelser og ikke i én generel bestemmelse. Og ikke mindst på den baggrund er der ikke klarhed over, i hvor høj grad konventionen forpligter en stat uden for dens territorium.⁶⁶ Ordlyden af nogle af konventionens bestemmelser indikerer, at konventionen undertiden kan have nærmest universel geografisk rækkevidde. Artikel 4 foreskriver eksempelvis, at en stat 'skal sikre, at *enhver* torturhandling er strafbar'⁶⁷ (min kursivering), ligesom artikel 5 ikke kun kræver, at en stat skal sikre sig jurisdiktion over overtrædelser af forbuddet mod tortur, når 'overtrædelserne er begået på noget territorium under dens jurisdiktion', men *også i andre tilfælde*, 'når den påståede lovovertræder er statsborger i den pågældende stat, eller når offeret er statsborger i den pågældende stat'⁶⁸ (min kursivering).

En stats forpligtelser i henhold til andre af konventionens bestemmelser, såsom artikel 2, er i henhold til ordlyden af bestemmelserne derimod begrænset til 'ethvert territorium under dets jurisdiktion'.⁶⁹ Selvom denne vending umiddelbart indikerer, at en kontraherende stat alene er bundet af disse bestemmelser på *eget* territorium, har Torturkomitéen i en række ikke-bindende udtalelser fortolket rækkevidden heraf 'dynamisk'. I maj 2007 bemærkede Komiteen eksempelvis:

The Committee has recognized that "any" territory includes all areas where the State Party exercises, directly or indirectly, in whole or in part, de jure or de facto effective control, in accordance with international law. The reference to "any territory" in article 2 ... refers to prohibited acts committed not only onboard a ship or aircraft registered by a State party, but also during military occupation or peacekeeping operations and in such places as embassies, military bases, detention facilities, or other areas over which a State exercises factual or effective control ... The Committee considers that the scope of "territory" under article 2 must also include situations where a State Party exercises, directly or indirectly, de facto or de jure control over persons in detention.⁷⁰

Omfattet af begrebet 'ethvert territorium' er altså ikke blot en stats eget territorium, men ethvert territorium, hvor staten udøver 'effektiv kontrol'. Begrebet dækker ifølge Komiteen endvidere handlinger begået på skibe eller luftfartøjer, der enten er registreret i staten eller bærer statens flag⁷¹, statens ambassader, militærbaser og 'detention facilities'. Endelig skal begrebet 'territorium' også forstås så bredt, at det omfatter enhver form for faktisk eller retlig kontrol over tilbageholdte personer. FN's Torturkomité fortolker altså åbenbart begrebet 'ethvert territorium' i Torturkonventionen nogenlunde lige så dynamisk, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og FN's Menneskerettighedskonvention fortolker de respektive 'jurisdiktionsbegreber' i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og FN's konvention om civile og politiske rettigheder.

Hvor langt går Danmarks forpligtelser i henhold til Torturkonventionen? For så vidt angår de bestemmelser i konventionen, der forpligter en stat på 'ethvert territorium under dets jurisdiktion', lægges det på dette sted til grund, at Danmark er bundet, når danske myndighedspersoner, såsom danske soldater, udøver 'effektiv kontrol' over fremmed territorium, eller når konkret dansk myndighedsudøvelse finder sted efter samtykke eller efter

invitation fra værtsstaten eller på danske ambassader eller konsulater eller om bord på et fartøj eller skib, der enten er registreret i Danmark eller bærer dansk flag, eller på en dansk militærbase/i en militærlejr. Det er imidlertid meget tvivlsomt, om Danmark også er bundet i andre situationer. Men ligesom FN's Menneskerettighedskomité efter alt at dømme vil være af den opfattelse, at Danmark er bundet af FN's konvention om civile og politiske rettigheder, så snart danske myndighedspersoner har personer i sin varetægt i udlandet, vil FN's Torturkomité formentlig også være af den opfattelse, at Danmark i tilsvarende situationer vil være bundet af Torturkonventionen.

Opsummering

På baggrund af ovennævnte gennemgang konkluderes det i denne rapport, at danske ISAF-styrker i Afghanistan er bundet af Danmarks menneskeretlige forpligtelser i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FN's konvention om civile og politiske rettigheder og FN's torturkonvention, hvis de danske styrker udøver *effektiv kontrol* over afghansk territorium, eller hvis de udøver myndighed i Afghanistan med samtykke eller efter invitation fra de afghanske myndigheder eller udøver dansk myndighed på en dansk ambassade eller et dansk konsulat eller om bord på et fartøj eller skib⁷, der enten er registreret i Danmark eller bærer dansk flag, eller på en dansk militærbase/i en militærlejr. Det lægges endvidere til grund, at Danmark i sådanne situationer på tilsvarende vis vil være bundet af de dele af menneskerettighederne, der har karakter af folkeretlig sædvane, og som derfor binder stater uanset deres konventionsbaserede forpligtelser. Det konkluderes endvidere i denne rapport, at danske ISAF-styrker formentlig også vil være bundet af *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, hvis de danske styrker også i andre situationer har personer i deres varetægt i Afghanistan. Mere tvivlsomt er det, om de danske ISAF-styrker i sådanne situationer også vil være bundet af FN's konvention om civile og politiske rettigheder og af de bestemmelser i Torturkonventionen, der forpligter Danmark på 'ethvert territorium under dets jurisdiktion'. Der er imidlertid næppe tvivl om, at såvel FN's Menneskerettighedskomité som FN's Torturkomité vil være af den opfattelse, at det er tilfældet.

Det lægges i denne rapport til grund, at de danske ISAF-styrker *ikke* for nuværende udøver tilstrækkelig 'effektiv kontrol' over afghansk territorium til, at de danske styrker på den baggrund er bundet af Danmarks menneskeretlige forpligtelser. Det lægges imidlertid også til grund, at danske ISAF-styrker i tilfælde af tilbageholdelser af personer på danske ambassader eller konsulater, fartøjer eller skibe, der enten er registreret i Danmark eller bærer dansk flag, eller i en dansk militærlejr i Afghanistan umiddelbart vil være bundet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FN's konvention om civile og politiske rettigheder, FN's torturkonvention samt de dele af menneskerettighederne, der har karakter af folkeretlig sædvane. De danske ISAF-styrkers udøvelse af varetægt over for personer *andre steder* i Afghanistan vil formentlig også være omfattet af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions rækkevidde. I den

resterende del af dette afsnit skal det på denne baggrund analyseres, hvorledes det menneskeretlige forbud mod overdragelse til tortur og andre overgreb konkret forpligter de danske ISAF-styrker i Afghanistan.

Indholdet af forbuddet mod refoulement

En af de menneskerettigheder, som Danmark i henhold til sine menneskeretlige forpligtelser er forpligtet til at respektere, er forbuddet mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf – i det følgende benævnt som 'forbuddet mod tortur og anden mishandling'. Forbuddet genfindes bl.a. i artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention⁷³, artikel 7 i FN's konvention om civile og politiske rettigheder⁷⁴ og i FN's torturkonvention.⁷⁵ Så hvis de danske ISAF-styrker i Afghanistan behandler en person indenfor dansk 'jurisdiktion' i strid med dette forbud, vil Danmark derfor også krænke sine menneskeretlige forpligtelser.⁷⁶ Det er fast antaget, at forbuddet mod tortur og anden mishandling har karakter af folkeretlig sædvaneret, der binder staterne uanset deres konventionsbaserede forpligtelser, og endog såkaldt *jus cogens*.⁷⁷

Det menneskeretlige forbud mod tortur og anden mishandling forpligter imidlertid ikke kun Danmark og danske myndigheds personer, såsom soldater, til *selv* at afstå fra at udsætte personer for tortur men også til at afstå fra '*refoulement*', hvorved forstås enhver form for overdragelse af personer til en anden stat, hvor der er risiko for, at personerne udsættes for tortur eller anden mishandling.⁷⁸ Det fremgår dels af praksis fra de menneskeretlige kontrolorganer og direkte af ordlyden af artikel 3 i FN's torturkonvention, der i første led lyder:

Ingen deltagende stat må udvise, tilbagelevere ('refouler') eller udlevere en person til anden stat, hvor der er vægtige grunde for at antage, at han vil være i fare for at blive underkastet tortur.⁷⁹

Første gang Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol konkluderede, at en stat kunne krænke forbuddet mod tortur og anden mishandling i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 3 ved at *overdrage en person til en anden stat* var i *Soering mod Storbritannien*, hvor Domstolen i en sag om *udlevering* konkluderede, at en kontraherende stats beslutning om at udlevere en person til en anden stat kan komme i konflikt med forbuddet mod tortur og anden mishandling i artikel 3, hvis '*substantial grounds have been shown for believing*', at personen i tilfælde af udlevering er i risiko for at blive udsat for tortur og anden mishandling i modtagerstaten.⁸⁰ Domstolen har siden overført dette princip til andre sager, hvor en stats beslutning om at overdrage en person til en anden stat risikerer at føre til, at personen udsættes for tortur eller anden mishandling i modtagerstaten.⁸¹ FN's Menneskerettighedskomité og FN's Torturkomité er i tilsvarende sager kommet til samme resultat.⁸²

Det skal i øvrigt bemærkes, at dette forbud mod *refoulement* til tortur og anden mishandling ikke blot beskytter mod en risiko for tortur og anden mishandling i modtagerstaten men også mod såkaldt

indirekte refoulement, hvorved en person umiddelbart efter sin overdragelse til en modtagerstat videresendes til en tredjestat, hvor der er risiko for tortur eller anden mishandling.⁸³ Det er ligeledes vigtigt at understrege, at de menneskeretlige kontrolorganer ved flere lejligheder har slået fast, at forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling er absolut og derfor ikke afhænger af karakteren af de handlinger, som en person eventuelt måtte have begået i eller mod den stat, der ønsker at overdrage personen. Ej heller personer, der er mistænkt for at have begået meget alvorlig kriminalitet, herunder terrorhandlinger, må derfor overdrages til tortur eller anden mishandling.⁸⁴

Af særlig relevans for analysen i denne rapport er det, at det ikke kun er den del af det absolutte forbud mod tortur og anden mishandling, der forpligter en stat til selv at afstå fra at mishandle en person, der har karakter af folkeretlig sædvaneret. Det samme gælder den del af forbuddet, der absolut forbyder *refoulement* til tortur og anden mishandling.⁸⁵ Uanset en stats konventionsbaserede forpligtelser er staten altså afskåret fra at overdrage en person inden for sin 'jurisdiktion' til en stat, hvor der er risiko for, at personen vil blive udsat for mishandling.

Forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling består i praksis af to led. Det første led er et *krav om bevis*. Det fremgår således af ordlyden af artikel 3 i Torturkonventionen og af praksis fra de menneskeretlige kontrolorganer, at en stat krænker forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling, hvis der er 'vægtige grunde til at antage', at en person risikerer at blive udsat for tortur eller anden mishandling i modtagerstaten.⁸⁶ Den praktiske implementering af forbuddet mod *refoulement* forudsætter herved en i praksis ofte ganske vanskelig forudsigelse om, hvad der vil ske med en person, hvis denne overdrages til en anden stat. Det interessante spørgsmål er naturligvis, hvad der konkret ligger i dette beviskrav. Eller med andre ord: Hvor sikker skal en stat være på, at en person ikke udsættes for tortur eller anden mishandling i tilfælde af overdragelse til en anden stat?

Retspraksis fra de menneskeretlige kontrolorganer viser, dels at risikovurderingen er meget konkret, og dels at den tager udgangspunkt i en vurdering af, hvad den overdragende stat ved eller burde vide om risikoen for tortur eller anden mishandling i modtagerstaten på tidspunktet for overdragelsen.⁸⁷ Retspraksis viser også, at risikovurderingen er individuel, og at det derfor er en forudsætning for at kunne overtræde forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling, at den konkrete person er i en *særlig og individuel risiko* for at blive udsat for tortur eller anden mishandling. En *generel risiko* for mishandling i modtagerstaten er således ikke *i sig selv* tilstrækkelig.⁸⁸ Det betyder ikke, at den generelle menneskerettighedssituation i en modtagerstat ikke tillægges betydning. For i henhold til artikel 3, stk. 2, i Torturkonventionen skal det indgå i den konkrete risikovurdering, 'om der i den pågældende stat er et fast mønster af alvorlige, åbenbare eller massive krænkelser af menneskerettighederne'.⁸⁹ Men kravet om en individuel risiko betyder, at der skal være specifikke grunde til at

antage, at netop den pågældende person vil være i risiko for overgreb i tilfælde af en overdragelse.⁹⁰

Det andet led i forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling er et krav om *minimum af mishandling*. Retspraksis viser således, at en stats beslutning om at overdrage en person til en anden stat kun krænker forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling, hvis personen risikerer at blive udsat for mishandling af en vis *styrke og intensitet* i modtagerstaten.⁹¹ Hvor meget mishandling en stat må overdrage en person til, er en konkret og relativ vurdering, der afhænger af sagens samlede omstændigheder, herunder karakteren og længden af den ventede 'mishandling', personens køn, alder og sundhedstilstand.⁹²

Det er også værd at hæfte sig ved, at *overdragelse til afsoning af straf* principielt vil kunne være egnet til at udgøre en krænkelse af forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling. Den forventede 'mishandling' skal imidlertid under alle omstændigheder overstige den mængde ubehag, der uafværgeligt er forbundet med afsoning af straf.⁹³ Det skal i den forbindelse også bemærkes, at forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling som det helt klare udgangspunkt ikke beskytter en person mod idømmelse af straf, der efter 'vestlige' traditioner er meget langvarig.⁹⁴

Det menneskeretlige forbud mod *refoulement* i i hvert fald *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention* beskytter imidlertid ikke kun mod overdragelse til tortur og anden mishandling. Forbuddet beskytter principielt også mod overdragelse til en uretfærdig rettergang⁹⁵ og – efter omstændighederne – også til overdragelse til idømmelse af dødsstraf.⁹⁶ Det fremgår af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Denne praksis viser imidlertid også, at forbuddet mod *refoulement* ikke beskytter mod overdragelse til enhver form for rettergang, der ikke lever op til konventionens krav til en retfærdig rettergang.⁹⁷ En krænkelse af forbuddet forudsætter, at der er så massive og omfattende mangler ved en forventet rettergang, at denne samlet set har karakter af en *åbenbar uretfærdig rettergang* ('flagrant denial of justice'). Det fremgår bl.a. af Domstolens afgørelse i *Soering mod Storbritannien*⁹⁸, *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet*⁹⁹ og *Al-Moayad mod Tyskland*.¹⁰⁰ Hvilke rettergangsmangler der konkret gør en rettergang 'åbenbar uretfærdig', er imidlertid ikke klart og afhænger formentlig af en konkret vurdering af rettergangen og forholdene omkring denne.¹⁰¹ Men at en manglende adgang til basal prøvelse af lovligheden af en tilbageholdelse er omfattet, synes at kunne udledes af *Al-Moayad mod Tyskland*.¹⁰² Samme afgørelse indikerer endvidere, at forbuddet mod *refoulement* til en åbenbar uretfærdig rettergang – som forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling – er absolut og følgelig ikke afhænger af karakteren af en persons handlinger.¹⁰³

Forbuddet mod *refoulement* i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention forpligter også i absolut forstand den danske regering til at undlade at overdrage en person til en anden stat, hvis der er risiko for, at personen vil blive idømt dødsstraf i modtagerstaten eller vil blive videresendt til en stat, hvor personen

vil blive idømt dødsstraf. For når der bortses fra, at overdragelse til en risiko for dødsstraf, som illustreret af ovennævnte afgørelse i *Soering mod Storbritannien*, efter omstændigheder kan føre til en krænkelse af forbuddet mod tortur og anden mishandling, har Danmark nemlig ratificeret både tillægsprotokol nr. 6 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vedrørende afskaffelsen af dødsstraf i fredstid¹⁰⁴ og tillægsprotokol nr. 13 vedrørende den generelle afskaffelse af dødsstraf.¹⁰⁵ I *Nivette mod Frankrig* lagde den franske regering da også uden videre til grund, at Frankrigs ratifikation af tillægsprotokol nr. 6 forbød udleveringen af en person til USA, hvis personen dér risikerede at blive dødsdømt.¹⁰⁶

Er Danmark bundet af forbuddet mod *refoulement* uden for dansk territorium?

Det forhold, at det i denne rapport konkluderes, at de danske ISAF-styrker i Afghanistan er bundet af diverse menneskeretlige forpligtelser over for de personer, der befinder sig inden for dansk 'jurisdiktion' i Afghanistan, gør det også umiddelbart nærliggende at nå den konklusion, at de danske ISAF-styrker er bundet af forbuddet mod *refoulement*, og at de danske ISAF-styrker derfor også risikerer at krænke den danske regerings menneskeretlige forpligtelser, hvis de overdrager sådanne personer til de afghanske myndigheder. Men spørgsmålet er imidlertid, om forbuddet mod *refoulement* også forpligter en stat *uden for statens eget territorium*?

Det er indledningsvis værd at bemærke, at ingen af de menneskeretlige kontrolorganer endnu eksplicit har taget stilling til spørgsmålet i en klagesag. Den foreliggende praksis vedrører nemlig alene den situation, at en stat overdrager en person *fra sit eget territorium* til en anden stat. Med dette forbehold *in mente* lægges det ikke desto mindre i denne rapport til grund, at en stat *er* bundet af forbuddet mod *refoulement* også uden for sit eget territorium, og at de danske ISAF-styrker derfor principielt også vil kunne krænke dette forbud, hvis de overdrager personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder. Denne konklusion nås først og fremmest, fordi et forbud mod *refoulement* til en given behandling må anses for at være en del af et generelt forbud mod sådan behandling, og at det derfor er svært at se, hvorfor en stats konventionsmæssige forpligtelser i henhold til forbuddet over for en person, som staten har i sin varetægt, skulle afhænge af, hvor denne varetægt udøves. Så enten *er* der 'jurisdiktion' – hvorefter en stat er bundet af sine menneskeretlige forpligtelser på fremmed territorium – eller også er der *ikke* 'jurisdiktion' – hvorefter en stat *ikke* er bundet. Og hvis der *er* 'jurisdiktion', og en stat *er* bundet, vil staten principielt være bundet fuldt ud.¹⁰⁷

Påstanden i denne rapport om, at forbuddet mod *refoulement* også forpligter en stat uden for dets territorium understøttes af FN's Menneskerettighedskomiteé og FN's Torturkomité, der ved en række lejligheder – i ikke-bindende udtalelser ganske vist – har kritiseret, at USA tilsyneladende agerer, som om dette forbud *ikke* skulle gælde uden for amerikansk territorium. I 2006 bemærkede Menneskerettighedskomiteéen:

The State party should take all necessary measures to ensure that detainees, *including in facilities outside its own territory* (min kursivering), are not removed to another country by way of, *inter alia*, transfer, rendition, extradition, expulsion or *refoulement*, if there are substantial reasons to believe that they would be in danger of being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.¹⁰⁸

Nogenlunde samtidig udtalte FN's Torturkomité på samme måde, at den var bekymret over, at:

... the State party considers that the non-refoulement obligation, under article 3 of the Convention, does not extend to a person detained outside its territory.¹⁰⁹

Det forhold, at de danske ISAF-styrker muligvis har *praktiske* problemer med at administrere et forbud mod *refoulement* i Afghanistan, ændrer ikke på denne konklusion. Det er i den forbindelse værd at erindre, at det jo ikke er nogen uvant situation for danske styrker, der opererer uden for dansk territorium, at de kan være underlagt visse begrænsninger, i forhold til hvem de må overdrage tilbageholdte personer til. Som tidligere nævnt begrænser krigens regler jo undertiden en tilbageholdende stats adgang til at overdrage tilbageholdte personer til andre stater, selvom overdragelsen finder sted uden for den tilbageholdende stats eget territorium. Det fremgår eksempelvis af Tredje Geneve-konvention, at en tilbageholdelsesstat under en 'international væbnet konflikt' kun må overføre medlemmer af fjendens væbnede styrker, der opfylder betingelserne for at være at anse som krigsfanger, til en anden stat, hvis denne stat har tiltrådt Tredje konvention', og om hvis vilje og evne til at bringe konventionens bestemmelser i anvendelse tilbageholdelsesmagten har forvissat sig.' Så hvis de danske ISAF-styrker havde været involveret i en 'international væbnet konflikt' i Afghanistan – hvad som tidligere nævnt *ikke* er tilfældet – ville de jo også være underlagt begrænsninger, i forhold til hvem de måtte overdrage tilbageholdte personer til.

Sikkerhedssituationen i Afghanistan er som berørt flere steder meget alvorlig, og det er derfor også meget muligt, at nogle af de personer, der risikerer at komme i ISAF-styrkernes varetægt i Afghanistan, har begået meget alvorlige forbrydelser, herunder endda drabsforsøg på ISAF-personel eller egentlige terrorhandlinger, og må anses for at udgøre en stor fare for den internationale koalition og den afghanske regerings sikkerhed. Det er i den forbindelse atter værd at understrege, at forbuddet mod *refoulement* i henhold til såvel gældende retspraksis som folkeretlig sædvane er absolut, og at ej heller personer, der er mistænkt for at have begået meget alvorlig kriminalitet, herunder terrorisme, må udsættes for en risiko for tortur eller anden mishandling, en åbenbar uretfærdig rettergang eller (for Danmarks vedkommende) dødsstraf. De danske ISAF-styrkers pligt til ikke at overdrage en person, der befinder sig inden for dansk 'jurisdiktion' til de afghanske myndigheder, hvis der måtte være risiko for sådanne overgreb i de afghanske myndigheders varetægt, afhænger altså ikke af hverken sikkerhedssituationen i Afghanistan eller karakteren af de handlinger, som en tilbageholdt person eventuelt måtte have begået.

Selvom det altså på dette sted lægges til grund, at de danske ISAF-styrker i Afghanistan risikerer at overtræde forbuddet mod *refoulement*, hvis de overdrager personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder, er det ikke ensbetydende med, at det ikke kan tillægges betydning, at en eventuel overdragelse finder sted i Afghanistan. For som nævnt er vurderingen af, hvilken behandling der er at anse som 'mishandling' i henhold til forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling, relativ og afhængig af sagens samlede omstændigheder. Det vil derfor også være således, at den konkrete vurdering af, om forventet behandling i afghansk varetægt, herunder afsoningsforhold og lignende, strider mod forbuddet mod tortur og anden mishandling, tager højde for det forhold, at de generelle forhold i Afghanistan, herunder forholdene i de afghanske fængsler, kan være markant anderledes og barskere end i eksempelvis Danmark. Det vil formentlig i praksis betyde, at der skal mere hårdhændet behandling til, for at denne behandling falder inden for forbuddet mod tortur og anden mishandling i Afghanistan, end tilfældet vil være i eksempelvis Danmark. Det skal endvidere på dette sted understreges, at given behandling under afsoning som tidligere nævnt jo under alle omstændigheder skal overstige den mængde ubehag, der uafværgeligt er forbundet med afsoning af straf, og at forbuddet mod *refoulement* som det klare udgangspunkt ikke beskytter mod afsoning af fængselsstraffe, der efter europæiske normer kan forekomme meget langvarige.

Afslutningsvis skal det understreges, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i maj 2007 i *Behrami mod Frankrig og Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge* konkluderede, at franske og norske KFOR-styrkers handlinger i Kosovo måtte henregnes til FN og ikke til staterne selv.¹⁰⁰ Domstolen begrundende sin konklusion i det forhold, at FN's Sikkerhedsråd havde autoriseret KFOR-missionen i Kosovo i henhold til FN-pagtens kapitel 7 og alene havde uddelegeret 'operational command' men bevaret 'ultimate authority and control'.¹⁰¹ Domstolen indikerede hermed også klart, at stater, der tager del i sådanne FN-autoriserede missioner, ikke er selvstændigt ansvarlige for de eventuelle brud på folkeretten, som deres styrker måtte gøre sig skyldige i under missionerne.¹⁰² Og da ISAF-missionen i Afghanistan på mange punkter umiddelbart er at sammenligne med KFOR-missionen i Kosovo, tyder afgørelsen i *Behrami mod Frankrig og Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge* hermed også på, at de danske ISAF-styrker i Afghanistan (alligevel) ikke vil kunne ifalde et internationalt ansvar i henhold til sine menneskeretlige forpligtelser i Afghanistan.

På trods af denne afgørelse fastholdes det imidlertid ikke desto mindre i denne rapport, at Danmark (fortsat) vil kunne ifalde et selvstændigt menneskeretligt ansvar for danske ISAF-styrkers eventuelle overdragelse af personer til de afghanske myndigheder i Afghanistan. Flere forhold taler nemlig for, at det endnu kan være for tidligt at konkludere for kategorisk om betydningen af afgørelsen i *Behrami mod Frankrig og Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge* for ISAF-missionen i Afghanistan. For det første skal det understreges, at afgørelsen langt fra er ukontroversiel, og at det på ingen måde kan udelukkes, at andre internationale kontrolorganer,

herunder Den Internationale Domstol, vil være uenig med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i udlægningen af gældende folkeret på området.¹³ For det andet er det værd at bemærke, at afgørelsen i *Behrami mod Frankrig* og *Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge* jo trods alt ikke vedrører ISAF-missionen i Afghanistan – men alene KFOR-missionen i Kosovo – og at det derfor heller ikke kan afvises, at der alligevel måtte være særlige forhold omkring ISAF-missionen i Afghanistan, der gør, at denne mission på afgørende punkter ikke er fuldstændig sammenlignelig med KFOR-missionen i Kosovo.

Det fastholdes derfor også i denne rapport, at de danske ISAF-styrker ikke må overdrage personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder, hvis der er risiko for, at personerne vil blive udsat for tortur eller anden mishandling, en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive videresendt til sådanne overgreb i andre stater.¹⁴

Sammenfatning

Det konkluderes på baggrund af den foreløbige gennemgang, at de danske ISAF-styrker i Afghanistan ikke må overdrage personer, der befinder sig i de danske styrkers varetægt til de afghanske myndigheder, hvis der er 'vægtige grunde til at antage', at personerne vil blive udsat for tortur eller anden mishandling, en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive videresendt til sådanne overgreb i andre stater.

05 Diplomatiske aftaler om minimumsbehandling

Baggrund

Den dårlige menneskerettighedssituation i Afghanistan, herunder situationen for tilbageholdte personer i afghansk varetægt, har naturligt nok stillet staterne i ISAF i et dilemma. For hvordan skal man fra den internationale koalitions side håndtere det forhold, at man på den ene side gerne vil overdrage tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder med henblik på retsforfølgning, men på den anden side også er klar over, at der finder lejlighedsvis overgreb på netop tilbageholdte personer sted i Afghanistan? Vejen ud af det åbenlyse dilemma er blevet, at man fra enkelte ISAF-staters side har indgået diplomatiske aftaler med de afghanske myndigheder, der har til formål at sikre, at personer, der overdrages til de afghanske myndigheder, ikke udsættes for en behandling, der er i strid med forbuddet mod tortur eller andre overgreb. Ved at indgå en sådan aftale om minimumsbehandling af en overdraget person søger ISAF-staterne med andre ord at fjerne en risiko for overgreb. Pointen er altså, at der ikke (længere) foreligger 'vægtige grunde for at antage', at en person i tilfælde af overdragelse vil blive udsat for tortur eller andre overgreb, fordi der nu er indgået en særlig aftale med de afghanske myndigheder herom.¹⁵ I november 2007 havde fem stater i ISAF indgået en diplomatisk aftale om minimumsbehandling af overførte personer med de afghanske myndigheder, mens andre stater gik med lignende planer.¹⁶ Danmark var den første ISAF-stat, der indgik en sådan aftale. Det skete den 8. juni 2005 ved 'Memorandum of the Understanding between the Ministry of Defense of the Islamic Republic of Afghanistan and the Ministry of Defense of the Kingdom of Denmark concerning the transfer of persons between the Danish Contingent of the International Security Assistance Force and Afghan authorities'.¹⁷

Det interessante spørgsmål er naturligvis, hvorvidt en diplomatisk aftale mellem en stat i ISAF, såsom Danmark, og de afghanske myndigheder er tilstrækkelig til, at man på den baggrund kan nå til den konklusion, at der ikke (længere) er 'vægtige grunde til at antage', at en overført person vil blive udsat for tortur eller andre overgreb i afghansk varetægt. Eller med andre - og mere kyniske - ord: Er en diplomatisk aftale tilstrækkelig til at friholde en

overdragende stat – såsom Danmark – fra det internationale ansvar, der under normale omstændigheder vil kunne være forbundet med at overdrage en person til de afghanske myndigheder?

Det springende punkt i analysen er naturligvis, hvilken betydning man skal tillægge en diplomatisk aftale om minimumsbehandling. Der foreligger desværre kun sparsom relevant retspraksis på området. Dertil kommer, at den sparsomme praksis alene vedrører diplomatiske aftaler om minimumsbehandling i traditionel forstand, hvor den overdragende stat overdrager en fremmed statsborger fra *sit eget territorium til modtagerstatens territorium*.¹¹⁸ Ingen domstole har så vidt vides endnu forholdt sig til værdien af en diplomatisk aftale i den situation – der er genstand for analyse i denne rapport – hvor myndigheds personer fra den overdragende stat *befinder sig på territoriet i en anden stat og dér overdrager personer til værtsstatens myndigheder* på baggrund af indgåelsen af en diplomatisk aftale om minimumsbehandling. Bestræbelserne i det følgende på at give et svar på, om den diplomatisk aftale mellem Danmark og Afghanistan er tilstrækkelig til at fritage den danske regering for det folkeretlige ansvar, der under normale omstændigheder vil kunne være forbundet med danske ISAF-styrkers overdragelse af tilbageholdte personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder til retsforfølgning, skal læses med dette åbenbare forbehold.

Vurdering – hvad er værdien af en diplomatisk aftale om minimumsbehandling?

Som en indledende betragtning springer det naturligvis i øjnene, at diplomatiske aftaler om minimumsbehandling udelukkende indgås med stater, der i forvejen har et ry for undertiden at udsætte tilbageholdte personer for overgreb, og at den blotte indgåelse af en diplomatisk aftale derfor også kraftigt indikerer, at den overdragende stat selv er bekymret over den behandling, som overdragne personer må frygtes at blive udsat for i modtagerstaten.¹¹⁹ Så alene eksistensen af en diplomatisk aftale mellem Danmark og Afghanistan illustrerer, at man fra dansk side langt fra er tryk ved den behandling, som tilbageholdte personer i afghansk varetægt normalt udsættes for. Flere menneskerettighedsorganisationer og menneskerettighedseksperter er på den baggrund da også af den opfattelse, at diplomatiske aftaler *aldrig* kan fritage en stat for det internationale ansvar, der kan være forbundet med at overføre en person til en stat, hvor der normalt er grund til at frygte for personens behandling, og at stater derfor også helt bør afstå fra at indgå sådanne diplomatiske aftaler.¹²⁰

Kritikerne af diplomatiske aftaler er grundlæggende af den opfattelse, at det ganske enkelt er for risikabelt at stole på, at stater, der i forvejen har ry for at begå overgreb, skulle gøre en undtagelse med en person, der måtte blive overdraget på baggrund af en diplomatisk aftale.¹²¹ Kritikerne peger også på, at tortur og anden mishandling ofte foregår i det skjulte og udøves af personer, der er i stand til at udøve mishandlingen, på en sådan måde at den ikke efterlader spor, og at det derfor heller ikke altid er muligt efterfølgende at verificere, om en person er blevet udsat for

mishandling eller ej.¹²² Endvidere er der ifølge kritikerne grund til at frygte, at en person, der efter en overdragelse *er* blevet udsat for tortur eller anden mishandling, vil være tilbageholdende med at fortælle herom af frygt for repressalier mod sig selv eller sin familie.¹²³ Kritikerne hæfter sig også ved, at der grundlæggende kan stilles spørgsmålstegn ved, hvor interesseret en overdragende stat i praksis vil være for at kigge en modtagerstat efter i sømmene efter en overdragelse. For hvis det måtte vise sig, at en modtagerstat i strid med en diplomatisk aftale har udsat en overdraget person for mishandling, vil også den overdragende stat jo i realiteten fremstå som en stat, der i en eller anden forstand har medvirket hertil.¹²⁴ Dertil kommer, at en eventuel afsløring af brud på den diplomatiske aftale jo for den overdragende stat vil betyde, at denne går glip af en ellers kærkommen mulighed for at 'slippe af med' uønskede personer.

En kategorisk afvisning af at tillægge diplomatiske aftaler om minimumsbehandling værdi genfindes blandt repræsentanter for FN. Den særlige rapportør for tortur har således bemærket, at de diplomatiske aftaler efter hans opfattelse underminerer de internationale bestræbelser på at forhindre tortur, og at aftalerne er virkningsløse og uegnede til at sikre en overdraget person mod overgreb.¹²⁵ Samme konsekvente holdning spores også hos eksempelvis FN's Højkommissær for Menneskerettigheder.¹²⁶

Det er muligt, at der undertiden kan være grund til at dele bekymringen over visse staters tillid til virkningerne af diplomatiske aftaler om minimumsbehandling. Men det er svært at se, hvorfor en diplomatisk aftale mellem en overdragende stat og en modtagerstat *per definition* ikke skulle kunne tillægges værdi, ved en vurdering af om en person risikerer at blive udsat for tortur eller andre overgreb i modtagerstaten. Det konkluderes i hvert fald i denne rapport, at eksistensen af en eventuel diplomatisk aftale om minimumsbehandling indgår på lige fod med andre forhold i den samlede konkrete afvejning af, om der måtte være 'vægtige grunde til at antage', at en person risikerer at blive udsat for tortur eller andre overgreb i en modtagerstat.¹²⁷ Det er derfor heller *ikke* muligt i generelle vendinger at nå den konklusion, at en diplomatisk aftale aldrig kan bidrage til at fjerne en risiko for overgreb. For nogle gange kan en diplomatisk aftale muligvis bidrage til, at man kan nå den konklusion, at der ikke (længere) er 'vægtige grunde til at antage', at en overdraget person vil blive udsat for tortur eller andre overgreb i en modtagerstat. Og andre gange vil man ikke kunne tillægge en diplomatisk aftale en sådan værdi. Det må afhænge af en konkret vurdering. Det konkluderes derfor også på dette sted, at danske ISAF-styrker *muligvis* vil kunne overdrage personer til de afghanske myndigheder på baggrund af en diplomatisk aftale uden at komme i konflikt med forbuddet mod *refoulement*. Men hvorvidt det er tilfældet, afhænger hver gang af en konkret og individuel vurdering.

Ovennævnte konklusion bygger på to forhold. For det første, at det som tidligere berørt jo altid er en individuel og konkret vurdering, der afhænger af en sags samlede omstændigheder, der er afgørende for, om en person i tilfælde af overdragelse til en anden stat risikerer at blive udsat for tortur eller andre overgreb. Det forekommer derfor per

definition heller ikke muligt i generelle vendinger at udtale sig kategorisk om, hvilken værdi man bør tillægge en diplomatisk aftale om minimumsbehandlingen af en person. For det vil jo i sagens natur afhænge af en sags omstændigheder. Konklusionen bygger for det andet på det forhold, at såvel international som national retspraksis understøtter påstanden om, at værdien af en diplomatisk aftale kan være forskellig fra situation til situation, og at den generelle værdi af sådanne aftaler derfor heller ikke entydigt kan fastlægges.

International retspraksis viser klart, at diplomatiske aftaler efter omstændighederne *kan* tillægges værdi, ved vurderingen af om en overdraget person risikerer at blive udsat for overgreb i modtagerstaten. I *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet* afviste Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol således, at den tyrkiske regerings udlevering af to mistænkte terrorister til Usbekistan udgjorde en overtrædelse af forbuddet mod *refoulement*. I afgørelsen lagde Domstolen efter alt at dømme bl.a. vægt på, at den usbekiske statsanklager inden udleveringen havde garanteret den tyrkiske regering, at personerne ikke ville blive udsat for tortur eller idømt dødsstraf.¹²⁸ Også i *Al-Moayad mod Tyskland* afviste Menneskerettighedsdomstolen, at en overdragelse på baggrund af en diplomatisk garanti om minimumsbehandling i USA, hvor der ellers umiddelbart kunne være grund til at frygte, at en overdraget person som den pågældende risikerede en behandling i strid med artikel 3, udgjorde en krænkelse af konventionen.¹²⁹ På samme måde tillagde FN's Torturkomité det tilsyneladende også i *Attia mod Sverige* positiv betydning, at den egyptiske regering garanterede den svenske regering, at en person ikke ville blive udsat for overgreb i tilfælde af udsendelse til Egypten. Komiteen konkluderede i hvert fald, at den svenske regerings beslutning om at udsende personen på baggrund af bl.a. en diplomatisk aftale ikke udgjorde en krænkelse af forbuddet mod *refoulement* til tortur eller anden mishandling.¹³⁰

Ej heller i de sager, hvor de menneskeretlige kontrolorganer *har* fundet, at en stats overdragelse af en person til en anden stat på baggrund af en diplomatisk aftale om minimumsbehandling var uforenelig med forbuddet mod *refoulement*, har kontrolorganerne principielt afvist, at sådanne aftaler efter omstændighederne *kan* tillægges værdi. I *Chahal mod Storbritannien* afviste Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ganske vist, at en garanti om minimumsbehandling stillet af den indiske regering var tilstrækkelig til at fjerne en risiko for, at en person i tilfælde af udsendelse fra Storbritannien til Indien ville blive udsat for en behandling i strid med forbuddet mod tortur og anden mishandling. Domstolens afvisning af garantien var imidlertid efter bemærkningerne at dømme baseret på en *konkret* og ikke en principiel stillingtagen. På baggrund af *de foreliggende konkrete omstændigheder* var den stillede diplomatiske garanti fra den indiske regering ikke tilstrækkelig.¹³¹ Umiddelbart inden denne rapport blev færdiggjort, konkluderede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol atter, at værdien af en diplomatisk aftale kan variere. I *Saadi mod Italien* afviste Domstolen, at Italien kunne udsende en tunesisk statsborger til Tunesien uden at krænke forbuddet mod *refoulement*. Domstolen

bemærkede dog ved samme lejlighed, at værdien af en diplomatisk aftale afhænger af en konkret vurdering.¹³²

Også national retspraksis indikerer, at værdien af en diplomatisk aftale afhænger af en konkret vurdering, og at det derfor heller ikke kan udelukkes, at en sådan aftale *kan* bidrage til at fjerne en risiko for overgreb. I *Suresh v. Canada* udtrykte den canadiske højesteret således, at det måtte komme an på en konkret vurdering af en sags samlede omstændigheder, herunder på indholdet og karakteren af den diplomatiske aftale, om udleveringen af en person på baggrund af en diplomatisk aftale er forenelig med forbuddet mod *refoulement* til tortur og andre overgreb.¹³³ Samme tilgang anlægges tilsyneladende i det engelske retssystem. I *Omar Othman* fandt en særlig britisk appelret i hvert fald i februar 2007, at en britisk beslutning om at udlevere en kendt muslimsk prædikant til Jordan med henblik på retsforfølgning, der bl.a. var baseret på en diplomatisk aftale mellem de britiske og de jordanske myndigheder om minimumsbehandlingen af personen, ikke var uforenelig med forbuddet mod *refoulement* til tortur og andre overgreb.¹³⁴ Men at nationale domstole ingenlunde nærer blind tillid til diplomatiske aftaler om minimumsbehandling, illustreres af det forhold, at den samme britiske appelret to måneder senere i *DD and AS* konkluderede, at en tilsvarende britisk beslutning om at udlevere to personer til Libyen på baggrund af en diplomatisk aftale mellem de britiske og de libyske myndigheder ikke var forenelig med forbuddet mod *refoulement*.¹³⁵

Ej heller alle repræsentanter for FN synes at dele kritikernes kategoriske afvisning af værdien af diplomatiske aftaler om minimumsbehandling. FN's foregående særlige rapportør for tortur bemærkede i hvert fald i september 2004, at han ikke var af den opfattelse, at 'requesting and obtaining assurances as a precondition for the transfer of persons under terrorist or other charges should be ruled out altogether'.¹³⁶ Viceformanden for FN's Sikkerhedsråds Counter-Terrorism Committee har også givet udtryk for en lignende opfattelse. I juni 2003 bemærkede han, at forbuddet mod *refoulement* 'does not imply the granting of safe havens. Measures may be taken to ensure that, if returned, the person will not in fact be subjected to the feared violation. But those measures would need to be serious and effective.'¹³⁷ Det kan endvidere tilføjes, at også FN's Menneskerettighedskomité tilsyneladende er af den opfattelse, at en diplomatisk aftale konkret *kan* tillægges betydning. I en ellers meget kritisk rapport om Sverige bemærkede komitéen således, at anvendelsen af en diplomatisk garanti under alle omstændigheder er betinget af, at den overdragende stat 'institute credible mechanisms for ensuring compliance by the receiving State with these assurances from the moment of expulsion'.¹³⁸ Komitéens bemærkninger må modsætningsvis forstås således, at en diplomatisk aftale efter omstændighederne *kan* tillægges betydning.¹³⁹

Det konkluderes altså i denne rapport, at det i praksis afhænger af en konkret vurdering af en sags samlede omstændigheder, om eksistensen af en diplomatisk aftale om minimumsbehandlingen af en person kan bidrage til at fjerne en risiko for, at en person udsættes for en behandling i strid med forbuddet mod tortur og

andre overgreb, hvis personen overdrages til en anden stat. Det betyder i sagens natur også, at det ej heller i praksis er muligt i meget generelle vendinger at udtale sig om, hvorvidt den diplomatiske aftale mellem den danske og den afghanske regering er tilstrækkelig til, at Danmark ikke risikerer at overtræde forbuddet mod *refoulement*, hvis danske ISAF-styrker overdrager en person i dansk varetægt til de afghanske myndigheder. For det vil jo afhænge af en konkret vurdering af en sags samlede omstændigheder.

Det betyder imidlertid ikke også, at det ikke er muligt at udtale sig generelt om *karakteren og indholdet* af den indgåede diplomatiske aftale. I det følgende opstilles en række kriterier, der at dømme efter retspraksis tillægges betydning, når det skal vurderes, i hvor høj grad en diplomatisk aftale om minimumsbehandling kan bidrage til at fjerne en risiko for overgreb. De relevante kriterier er udformet som en række spørgsmål, som man bør stille, når man skal vurdere værdien af en diplomatisk aftale. På baggrund af denne gennemgang gøres der herefter afslutningsvis en række generelle bemærkninger om karakteren og indholdet af den diplomatiske aftale mellem den danske og den afghanske regering.

Spørgsmål, man bør stille sig om en diplomatisk aftale

Hvem har udstedt garantien om minimumsbehandlingen?

Det første spørgsmål, som man bør stille, er, om den myndighed i modtagerstaten, der er part i den diplomatiske aftale om minimumsbehandling, overhovedet er i stand til i praksis at sikre, at garantien om minimumsbehandling opfyldes. I *Soering mod Storbritannien* afviste Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol således, at et løfte fra den lokale amerikanske statsanklager om, at man i tilfælde af en domfældelse af Soering ville gøre retten opmærksom på, at det var Storbritanniens ønske, at Soering ikke blev idømt dødsstraf, var tilstrækkeligt til at fjerne en risiko for dødsstraf og deraf følgende behandling i strid med forbuddet mod tortur og anden mishandling. Menneskerettighedsdomstolen lagde i sin afgørelse bl.a. vægt på, at den amerikanske domstol ikke var forpligtet af denne henvendelse. Domstolen hæftede sig i afgørelsen endvidere ved, at det ikke var muligt for den amerikanske regering at pålægge de delstatslige myndigheder, at der ikke måtte rejses påstand om dødsstraf.¹⁴⁰ Ej heller i *Chahal mod Storbritannien* fandt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at den myndighed, der havde udstedt en garanti om minimumsbehandling af en eventuel overdraget person, i praksis var i stand til at sikre, at garantien ville blive opfyldt. Domstolen lagde i sin afgørelse vægt på, at den indiske regering, der havde udstedt garantien, ikke havde tilstrækkelig effektiv kontrol over myndighederne i den relevante delstat.¹⁴¹ Med nogenlunde samme begrundelse afviste en engelsk domstol i november 2003 i *Akhmed Zakaev* at udlevere den tjetjenske politiker Ahmed Zakaev til Rusland.¹⁴²

I *Mamatkulov og Askarov mod Tyrkiet* begrundede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol omvendt bl.a. sin beslutning om at godkende udleveringen af to personer til Usbekistan på baggrund af en garanti udstedt af statsanklageren i Usbekistan med det forhold,

at statsanklageren tydeligvis var i stand til at sikre, at garantien om minimumsbehandling ville blive efterlevet.¹⁴³ Og på tilsvarende vis tillagde en særlig britisk appelret, der i *Omar Othman* accepterede udleveringen af en person til Jordan på baggrund af en diplomatisk aftale mellem de britiske og de jordanske myndigheder, det betydning, at den respektive aftale var accepteret af og måtte forventes at blive respekteret af den myndighed, der skulle administrere den.¹⁴⁴ Kommandostrukturen i den relevante myndighed i Jordan var således klar, og ledelsen var tydeligvis i stand til at kontrollere sine underordnede.¹⁴⁵

Hvordan er forholdet mellem de involverede stater?

Selvom en diplomatisk aftale er indgået med en myndighed i modtagerstaten, der er i stand til at sikre, at en garanti om minimumsbehandling opfyldes, er det værd at holde sig for øje, at en overdragelse af en person til en modtagerstat i sidste ende grundlæggende hviler på tillid til, at modtagerstaten agter at opfylde sin del af aftalen og behandle personen i overensstemmelse med sit løfte. Det rejser selvsagt et helt generelt spørgsmål: Kan den overdragende stat overhovedet stole på modtagerstaten? For at kunne besvare dette spørgsmål kan det undertiden være nødvendigt at tage et grundigt kig på det generelle diplomatiske forhold mellem den overdragende og modtagende stat. Er de to stater generelt på god fod med hinanden? Samarbejder staterne eksempelvis også i andre sammenhænge om kriminalitetsbekæmpelse? Har modtagerstaten tidligere brudt en diplomatisk aftale med den overdragende stat? Er der grund til at tro, at modtagerstaten let vil føle sig fristet til at bryde den diplomatiske aftale? Eller nyder den overdragende stat generelt en sådan agtelse og magtposition over for modtagerstaten, at det må forventes, at sidstnævnte vil gå meget langt for at undgå at komme på kant med den overdragende stat? I *Al-Moayad mod Tyskland* blev det tillagt positiv betydning, at den modtagende stat normalt overholdt de garantier, som staten stillede den overdragende stat¹⁴⁶, mens det i *Agiza mod Sverige* omvendt blev tillagt negativ betydning, at modtagerstaten efter Torturkomitéens opfattelse havde brudt andre dele af den diplomatiske aftale med den overdragende stat.¹⁴⁷ Og i *Omar Othman* lagde den særlige britiske appelret bl.a. vægt på, at Storbritannien og Jordan i mange år havde oppebåret gode diplomatiske relationer, og at dette måtte forventes at have positiv betydning for Jordans efterlevelse af den diplomatiske aftale om minimumsbehandling.¹⁴⁸ Anderledes utryk var appelretten i *DD and AS* ved det diplomatiske forhold mellem den britiske og den libyske regering.¹⁴⁹ Appelretten bemærkede også, at den libyske leder Muammar Ghaddafi tydeligvis var uforudsigelig¹⁵⁰ og tidligere havde været i stand til at modstå massivt diplomatisk pres.¹⁵¹

Hvordan er de generelle forhold i modtagerstaten?

Som en naturlig konsekvens af at risikovurderingen i praksis er en forudsigtelse om fremtiden, er det oplagt, at den generelle menneskerettighedssituation i modtagerstaten bør tillægges

betydning. For jo værre menneskerettighedssituationen er, jo mere forsigtig bør man som udgangspunkt være. Som tidligere nævnt fremgår det da også af artikel 3, stk. 2, i Torturkonventionen, at det skal indgå i risikovurderingen, 'om der i den pågældende stat er et fast mønster af alvorlige, åbenbare eller massive krænkelse af menneskerettighederne'.¹⁵² Særlig forsigtig skal man som overdragende stat naturligvis være, hvis baggrundsoplysninger indikerer, at der netop finder overgreb sted hos den myndighed, hvor en overdraget person må forventes at havne. En af årsagerne til, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i *Chahal mod Storbritannien* ikke fandt, at den indiske regerings garanti om minimumsbehandling var pålidelig, var da også, at netop myndighederne i den del af Indien, hvor personen kom fra, var særlig berøgtede for at stå bag overgreb.¹⁵³ Uagtet en forbedret sikkerhedssituation i Punjab, herunder tegn på forbedringer hos det lokale politi, ville en udsendelse af personen derfor krænke forbuddet mod *refoulement*.¹⁵⁴ I *Omar Othman* tillagde den særlige britiske appelret det omvendt positiv betydning, at menneskerettighedssituationen i Jordan – trods alt – efter appelrettens opfattelse ikke var *så* slem.¹⁵⁵ Mere bekymret over forholdene i modtagerstaten var appelretten tydeligvis i *DD and AS*, hvor en overdragelse ikke blev accepteret.¹⁵⁶

Indgåelsen af en diplomatisk aftale om minimumsbehandling har i praksis ofte til formål at bane vej for, at en modtagerstat kan retsforfølge og eventuelt fængsle en overført person. Derfor er det selvsagt også interessant at vide, hvordan afsoningsforholdene er i modtagerstaten. Og selvom det ingenlunde kan forventes, at disse nødvendigvis lever op til gældende internationale standarder¹⁵⁷, kan det som tidligere berørt principielt ikke udelukkes, at afsoningsforholdene i modtagerstaten *i sig selv* er så ringe, at afsoning under forholdene vil stride mod forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling. I *Omar Othman* noterede den særlige appelret sig da også, at de forventede afsoningsforhold i Jordan – på trods af visse mangler – ikke var så mangelfulde, at en overdragelse af den pågældende person ville være i strid med forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling.¹⁵⁸

Er der personlige forhold, der giver særlig grund til bekymring?

Karakteren af de handlinger, som en person kan være mistænkt for at have begået, bør selvsagt undertiden også tillægges betydning for vurderingen af, om der er en risiko for, at modtagerstaten i strid med den diplomatiske aftale vil udsætte en person for tortur eller anden mishandling i tilfælde af overdragelse. Og det forekommer at være indlysende, at en person, der er mistænkt for at have begået terrorhandlinger eller andre handlinger, der anses for at udgøre en særlig fare for modtagerstatens sikkerhed, umiddelbart må formodes at være i en større risiko for at blive udsat for hårdhændede afhøringer i strid med forbuddet mod tortur og anden mishandling end en person, der 'blot' er mistænkt for at have begået mere almindelige kriminelle handlinger. Det understregede FN's Torturkomité da også i *Agiza mod Sverige*.¹⁵⁹ Også en sags øvrige omstændigheder vil kunne tillægges betydning. Det bør således

indgå i vurderingen, om en person må formodes at være i besiddelse af værdifulde oplysninger om eventuelle medgerningsmænd eller planlagte kriminelle handlinger, som det vil kunne være fristende for modtagerstaten at forsøge at tvinge personen til at afgive. På samme måde kan det være relevant, om en eventuel efterforskning mod en person er afsluttet eller ej. For jo tidligere et stadium efterforskningen befinder sig på, jo større vil risikoen alt andet lige være for, at modtagerstaten i strid med en diplomatisk aftale vil forsøge at tvinge oplysninger, herunder en eventuel tilståelse, ud af en person. I *Omar Othman* tillagde den særlige britiske appelret det da også positiv betydning, at de jordanske myndigheder allerede havde opbygget en stærk sag mod personen, og at der ikke var andre personer, der skulle retsforfølges i sagen.¹⁶⁰

Det bør også indgå i vurderingen, om en given persons etniske, klanmæssige eller religiøse tilhørsforhold tilsiger, at personen vil være i større risiko end andre personer for at blive udsat for overgreb i modtagerstaten, herunder fra de myndigheder i modtagerstaten, der må forventes at skulle implementere den diplomatisk aftale. I *Akhmed Zakaev* bemærkede den britiske domstol bl.a., at tjetjenere tydeligvis var i større risiko end andre russere for at blive udsat for overgreb i russiske fængsler.¹⁶¹ Som et andet eksempel på at en persons personlige forhold kan tillægges betydning, kan det nævnes, at det i *Omar Othman* blev tillagt positiv betydning, at personen var en meget kendt person, og at det internationale samfund måtte formodes meget nøje at ville holde øje med, om personen ville blive udsat for overgreb i modtagerstaten eller ej. Det talte ifølge appelretten imod en risiko for overgreb.¹⁶²

Er der indgået aftale om efterfølgende tilsyn – og i givet fald hvilken?
Retspraksis viser, at det tillægges stor betydning, om der er knyttet en eller anden form for effektivt tilsyn af behandlingen af den overførte person til den diplomatisk aftale.¹⁶³ Formålet med dette tilsyn er todelt. For det første har tilsynet grundlæggende til formål at gøre det mindre fristende for modtagerstaten at bryde aftalen om minimumsbehandling. Tilsynet kan herved *i sig selv* tillægges betydning for risikovurderingen.¹⁶⁴ For det andet har tilsynet naturligvis også til formål at 'slå alarm', hvis modtagerstaten i strid med den indgåede aftale udsætter den overførte person for tortur eller andre overgreb.¹⁶⁵

I betragtning af formålet med tilsynet er det indlysende, at dette helst bør leve op til de almindelige betingelser herfor¹⁶⁶, og at tilsynsmyndigheden derfor bør være helt uafhængig og i øvrigt i besiddelse af den fornødne frihed og det fornødne mod til at gøre opmærksom på eventuelle overtrædelser af den diplomatisk aftale.¹⁶⁷ I *DD and AS* afviste den særlige britiske appelret da også at udsende de to personer til Libyen, da det bl.a. kunne konkluderes, at den pågældende tilsynsmyndighed efter alt at dømme ikke var tilstrækkelig uafhængig af den libyske stat.¹⁶⁸

På samme måde er det også indlysende, at den diplomatisk aftale bør regulere tilsynsmyndighedens beføjelser så udførligt som muligt. Og jo bedre rustet tilsynsmyndigheden er til at føre et ordentligt og

detaljeret tilsyn, jo bedre. Det bør eksempelvis tilstræbes, at personalet i tilsynsmyndigheden har den fornødne faglige ekspertise og uddannelse til at kunne vurdere, om en person har været udsat for tortur eller tilbageholder oplysninger af frygt for represalier.⁶⁹ Det vil selvfølgelig også forbedre tilsynet, hvis tilsynsmyndigheden har mulighed for at føre tilsyn med den overdragede person allerede fra tidspunktet for overdragelsen, hvis tilsynsmyndigheden har uhindret adgang til at besøge den overdragede person, hvis myndigheden kan være til stede ved afhøringer af personen eller eventuelle retssager, hvis afhøringer af den overdragede person optages og leveres til tilsynsmyndigheden, og hvis tilsynet inkluderer fortrolige møder med den overdragede person. I tillæg til det formelle tilsyn vil det også blive tillagt positiv betydning, hvis den overdragede person umiddelbart efter sin overdragelse får adgang til en advokat, regelmæssigt undersøges af en uafhængig læge – eventuelt udvalgt af tilsynsmyndigheden – og ikke tilbageholdes på hemmelige steder, hvor det vil kunne være vanskeligt at gennemføre tilsynet.

Er der grund til at tro, at aftalen vil bane vej for videresendelse til en tredjestat?

Som tidligere berørt beskytter forbuddet mod *refoulement* ikke blot mod en risiko for tortur og anden mishandling i modtagerstaten, men også mod *indirekte refoulement*, hvor personen efter sin overførelse til modtagerstaten videresendes til en tredjestat, hvor der er risiko for en sådan behandling. Det bør derfor også indgå i vurderingen af værdien af en diplomatisk aftale, om der er taget højde for en eventuel risiko for, at en overdraget person efterfølgende vil blive sendt videre til en anden stat, hvor der måtte være en risiko for, at personen udsættes for overgreb. I *Omar Othman* tillagde den britiske appelret det således tilsyneladende positiv betydning, at der ikke var grund til at frygte, at de jordanske myndigheder efterfølgende ville overdrage personen til amerikanske efterretningsmyndigheder⁷⁰.

Hvad sker der, hvis aftalen brydes?

Det er indlysende, at en modtagerstat vil være mindre fristet til at bryde en diplomatisk aftale med en overdragende stat, hvis der er konsekvenser forbundet med eventuelle brud på aftalen. Og jo større konsekvenser, jo bedre. Derfor vil det også kunne tillægges positiv betydning, hvis der for den modtagende stat vil være klare konsekvenser forbundet med eventuelle brud på den diplomatisk aftale. Der kan til sammenligning henvises til artikel 12 i Tredje Geneve-konvention vedrørende krigsfanger under 'internationale væbnede konflikter', hvoraf det fremgår, at den stat, der måtte have overført krigsfanger til en stat, der 'i nogen vigtig henseende' undlader 'at overholde konventionens bestemmelser', skal 'tage effektive forholdsregler med henblik på at bringe sagen i orden eller anmode om tilbageførelse af krigsfangerne.'

Den diplomatiske aftale mellem den danske og den afghanske regering

På baggrund af de opstillede kriterier er det muligt at fremkomme med en række generelle bemærkninger om karakteren og indholdet af den danske regerings diplomatiske aftale med den afghanske regering om behandlingen af de personer, som de danske ISAF-styrker måtte overdrage til de afghanske myndigheder med henblik på eventuel retsforfølgning. Aftalen, der er udformet som et *memorandum of understanding*, indeholder følgende relevante elementer. For det første fremgår det af aftalen, at de afghanske myndigheder skal behandle overdragede personer i overensstemmelse med international ret, herunder give personerne en human behandling.¹⁷¹ Dernæst fremgår det, at repræsentanter for en afghansk menneskerettighedskommission, de danske styrker og eventuelle andre, med hvem det måtte være aftalt, gives fuld adgang til de tilbageholdte personer, som måtte være blevet overdraget af de danske ISAF-styrker. Det fremgår også, at repræsentanter for internationalt Røde Kors og Røde Halvmåne vil få adgang til at besøge de tilbageholdte personer.¹⁷² Herefter bemærkes det, at de afghanske myndigheder skal registrere enhver person, som de danske styrker måtte overføre til dem¹⁷³, og at de danske styrker vil blive orienteret inden indledningen af en retssag mod en overdraget person, inden en overdraget person måtte blive overdraget til en tredje stat eller løsladt, eller hvis der i øvrigt sker væsentlige forandringer i en tilbageholdt persons situation.¹⁷⁴ Endelig fremgår det, at ingen overdraget person må udsættes for dødsstraf¹⁷⁵, og at enhver tvist om fortolkningen af den foreliggende aftale skal løses ved forhandling mellem aftalens parter.¹⁷⁶

Den 1. maj 2007 blev der vedtaget en række tilføjelser til aftalen, hvorved to elementer i aftalen blev udbygget. For det første blev det tilføjet, at ikke bare repræsentanter for de danske styrker, men også andre personer, der er bemyndiget til at repræsentere Danmark, skal have fuld adgang til overdragede personer.¹⁷⁷ Og for det andet blev det indføjet i aftalen, at de afghanske myndigheder ikke (længere) er berettiget til at overdrage en overdraget person til en tredje stat uden skriftligt samtykke hertil fra de danske styrker.¹⁷⁸

Som tidligere berørt er det ikke muligt i generelle vendinger at udtale sig om, hvorvidt den diplomatiske aftale er tilstrækkelig til at fritage den danske regering for det internationale ansvar, der kan være forbundet med danske ISAF-styrkers beslutninger om at overdrage tilbageholdte personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder. For det afhænger i sidste ende af en konkret og individuel vurdering af en sags konkrete omstændigheder. Den diplomatiske aftale indeholder imidlertid de fleste af de elementer, der tillægges positiv betydning, og det er derfor også muligt, at eksistensen af aftalen i en konkret situation kan bidrage til, at de danske ISAF-styrker kan overdrage personer til de afghanske myndigheder uden at komme i konflikt med den danske regerings menneskeretlige forpligtelser. Det er i hvert fald værd at hæfte sig ved, at aftalen bl.a. søger at imødegå idømmelse af dødsstraf, åbner op for tilsyn med overdragede personer, og at det nu er blevet

nedfældet, at der ikke må ske overdragelse af en person fra afghansk varetægt til en tredje stat uden dansk samtykke.

Der er dog fortsat en række forhold, der i praksis muligvis kan bidrage til at forrykke billedet. For det første er det som en overordnet betragtning klart, at der jo altid kan være særlige forhold i en sag, der kan stille sig i vejen for en overdragelse. Dertil kommer, at der synes at ligge en udfordring i at sikre, at den afghanske aftalepartner i praksis er i stand til at kontrollere, at garantiene om minimumsbehandling overholdes. For kan de centrale myndigheder i Afghanistan kontrollere de lokale afghanske myndigheder, der i sidste ende skal implementere aftalen? På samme måde gælder, at der fortsat henstår en række spørgsmål om karakteren af det tilsyn, der skal føres med en overdraget person. Hvordan vil dette tilsyn i praksis foregå? Vil besøg foregå i fortrolighed? Vil der være mulighed for at undersøge en overdraget person ved en uafhængig lægeundersøgelse? Er repræsentanter for den afghanske menneskerettighedskommission overhovedet uddannet til at kunne varetage sin tilsynsforpligtelse? Og har denne menneskerettighedskommission den fornødne uafhængighed og det fornødne mod til at 'slå alarm', hvis den måtte få mistanke om, at en overdraget person er blevet udsat for mishandling? Der kan endvidere stilles spørgsmålstejn ved, om forholdet mellem den danske og den afghanske regering er af en sådan karakter, at de afghanske myndigheder må formodes at ville strække sig særlig langt for at undgå at komme på kant med Danmark.

Sammenfatning

På baggrund af gennemgangen i dette afsnit kan det udledes, at den diplomatiske aftale mellem den danske og den afghanske regering om minimumsbehandling af overdragede personer indeholder de fleste af de elementer, der i henhold til retspraksis tillægges positiv betydning, når det skal vurderes, i hvor høj grad sådanne aftaler kan bidrage til at fjerne en risiko for overgreb i en modtagerstat. Det er imidlertid ikke desto mindre ikke på forhånd muligt at udtale sig om, hvorvidt eksistensen af den diplomatiske aftale så også betyder, at der ikke (længere) konkret vil kunne være 'vægtige grunde til at antage', at en overdraget person måtte blive udsat for overgreb i afghansk varetægt, og at de danske styrker derfor også uden videre vil kunne overdrage personer til de afghanske myndigheder uden at komme i konflikt med forbuddet mod *refoulement*. Hvorvidt det er tilfældet, afhænger nemlig i sidste ende af en konkret og individuel vurdering af en sags samlede omstændigheder.

06 Retten til et effektivt retsmiddel

Hvis en person, der står foran overdragelse til en anden stat, ikke har mulighed for at gøre gældende, at beslutningen om at overdrage ham krænker forbuddet mod *refoulement* til tortur og andre overgreb, kan retten til beskyttelse mod *refoulement* i praksis vise sig slet ikke at yde den fornødne beskyttelse. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og FN's konvention om civile og politiske rettigheder indeholder derfor også bestemmelser, der har til formål at give beskyttede personer en ret til et 'effektivt retsmiddel'.¹⁷⁹ Formålet med en ret til et effektivt retsmiddel er, at det skal være muligt for en beskyttet person, der har en 'arguable claim'¹⁸⁰, at få håndhævet sine menneskerettigheder uden at være nødsaget til at rette henvendelse til de menneskeretlige kontrolorganer.¹⁸¹ Pointen med retten er altså ikke, at en person nødvendigvis skal have medhold i, at en beslutning udgør en krænkelse af dennes menneskerettigheder, men blot, at personen har krav på en eller anden form for *proces* i forbindelse med denne beslutning. I *Chahal mod Storbritannien* konkluderede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol da også, at en person, der stod foran udsendelse på baggrund af en diplomatisk garanti til en stat, hvor personen frygtede at blive udsat for tortur eller anden mishandling, var berettiget til en uafhængig vurdering af, om denne frygt var berettiget eller ej.¹⁸² Domstolen konkluderede endvidere, at eksistensen af denne ret ikke afhæng af, om personen måtte være mistænkt for at have begået alvorlige forbrydelser eller udgjorde en fare for statens sikkerhed eller ej.¹⁸³ Samme resultat nåede FN's Torturkomité i *Agiza mod Sverige*.¹⁸⁴ Fra national retspraksis genfindes en ret til prøvelse af en beslutning om overdragelse på baggrund af en diplomatisk aftale bl.a. i *Suresh v. Canada*.¹⁸⁵

Det er imidlertid værd at bemærke, at praksis fra Menneskerettighedsdomstolen indikerer, at intensiteten og karakteren af den konkrete prøvelse afhænger af situationen¹⁸⁶, og at det ikke nødvendigvis er en betingelse, at den myndighed, der tager stilling til sagen, er en 'judicial authority', så længe prøvelsen er effektiv.¹⁸⁷

En person i de danske ISAF-styrkers varetægt i Afghanistan, som er af den opfattelse, at han i tilfælde af overdragelse til de afghanske myndigheder risikerer at blive udsat for tortur eller anden mishandling, vil ofte have en 'arguable claim'. Og da en eventuel beslutning om at overdrage ham til de afghanske myndigheder træffes af den øverste militære danske ledelse i Afghanistan, uden at personen har adgang til at indbringe beslutningen for nogen uafhængig instans, der kan tage stilling til, om personen i tilfælde af overdragelse risikerer at blive udsat for tortur eller andre overgreb eller ej, er det naturligt at stille sig selv det spørgsmål, om denne eksisterende danske procedure i Afghanistan krænker en potentiel overdraget persons ret til et effektivt retsmiddel.

Det første spørgsmål, der må besvares, er, om en ret til et effektivt retsmiddel overhovedet forpligter de danske ISAF-styrker i Afghanistan. For gælder denne ret uden for en stats eget territorium? Der findes så vidt vides ingen relevant retspraksis på området, men såvel den omfattende internationale kritik af den amerikanske regerings tilbageholdelse af personer *uden for amerikansk territorium* på Guantanamo uden domstolsprøvelse⁸⁸ som kritikken af den amerikanske regerings såkaldte 'rendition-program', hvor amerikanske myndighedspersoner tilsyneladende overdrager terrormistænkte personer til samarbejdsvillige stater i Mellemøsten *fra områder uden for amerikansk territorium*, indikerer, at i hvert fald visse repræsentanter for FN og menneskerettighedsorganisationer er af den opfattelse, at en stat *er* forpligtet af retten til et effektivt retsmiddel også uden for eget territorium. I en kritisk rapport om det amerikanske 'rendition-program' bemærkede FN's særlige rapportør om menneskerettigheder og terrorbekæmpelse eksempelvis i oktober 2007, at sådanne overdragelser 'raises human rights concerns if a detainee is not given a chance to challenge the transfer'.⁸⁹

Om end det forekommer at være oplagt, at der er et legitimt hensyn at tage til den tilbageholdte person, der ønsker at få en eller anden form for uafhængig prøvelse af, om hans eventuelle frygt for mishandling i afghansk varetægt i tilfælde af overdragelse til de afghanske myndigheder er begrundet eller ej, må det erkendes, at retstilstanden på området – og dermed også omfanget af de danske ISAF-styrkers forpligtelse – er meget uklar. Og uklarheden bliver naturligvis ikke mindre af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i *Behrami mod Frankrig og Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge*.

På dette sted rækker det derfor også at bemærke, at der her synes at være tale om et sammenstød mellem to umiddelbart modsatrettede hensyn. For på samme måde som det umiddelbart forekommer rimeligt, at en person, der frygter at blive udsat for tortur eller andre overgreb, hvis han overdrages til en anden stat, bør have en eller anden form for mulighed for at imødegå en beslutning om at overdrage ham, er det med tanke på virkeligheden for ISAF-styrkerne i Afghanistan omvendt også umiddelbart svært at forestille sig, at styrkerne i Afghanistan nødvendigvis skulle være forpligtet til at nedsætte et egentligt uafhængigt kontrolorgan i Afghanistan, der skulle have til opgave at prøve eventuelle beslutninger om at

overdrage personer til de afghanske myndigheder. Hvorledes man i praksis vil forlige disse umiddelbart modsatrettede hensyn, må imidlertid indtil videre stå hen i det uvisse.

07 anbefalinger

På baggrund af konklusionerne i denne rapport opstilles der i det følgende en række konkrete anbefalinger til, hvorledes det forhåbentligt kan undgås, at danske ISAF-styrkers eventuelle fremtidige beslutninger om at overdrage tilbageholdte personer i dansk varetægt i Afghanistan til de afghanske myndigheder vil stride mod forbuddet mod *refoulement*.

Konkret og individuel vurdering hver gang

For det første anbefales det, at de danske ISAF-styrker i Afghanistan – på trods af eksistensen af den diplomatiske aftale mellem den danske og den afghanske regering – alene overdrager tilbageholdte personer i dansk varetægt til de afghanske myndigheder, efter at en *individuel og konkret vurdering* har vist, at der ikke er 'vægtige grunde til at antage', at en person i tilfælde af overdragelse risikerer at blive udsat for tortur eller anden mishandling eller vil få en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive videresendt til andre stater, hvor der måtte være risiko for sådan behandling. Det er nemlig ikke sikkert, at den diplomatiske aftale i praksis altid vil være tilstrækkelig til at fjerne en risiko for overgreb i afghansk varetægt.

Gør de afghanske myndigheder i stand til at retsforfølge forbrydelser efter internationale standarder

For det andet anbefales det, at de stater, der deltager i ISAF, herunder den danske regering, hurtigst muligt opbygger de afghanske myndigheders evne til at retsforfølge forbrydelser i overensstemmelse med internationale standarder. Og indtil en sådan afghansk kapacitet er blevet opbygget, kan staterne i ISAF, herunder den danske regering, forsøge at opbygge en mindre, særligt velfungerende afghansk kapacitet, der, eventuelt med bistand fra ISAF-staterne, i løbet af kort tid vil være i stand til at retsforfølge forbrydelser i overensstemmelse med internationale standarder, og til hvem ISAF-styrkerne derfor relativt problemfrit vil kunne overdrage tilbageholdte personer.

Find en international løsning

Sidst – men på ingen måde mindst – anbefales det for det tredje, at ikke blot de stater, der deltager i ISAF, såsom Danmark, men også andre interesserede stater, tager initiativ til en international aftale eller et andet internationalt instrument, der adresserer problemet med tilbageholdelser og overdragelser af personer under internationale missioner. ISAF-missionen i Afghanistan er nemlig næppe den sidste internationale mission, hvor problemstillingen i denne rapport er relevant. Og det er derfor næppe heller sidste gang, at danske og andre staters væbnede styrker står i den situation, at de under en international mission uden for deres eget territorium tilbageholder personer, som de muligvis ikke kan overdrage til de lokale myndigheder uden at risikere at komme i konflikt med deres menneskeretlige forpligtelser. Som tingene forholder sig i dag, afhænger staternes ageren på området fra stat til stat – afhængigt af udlægningen af anvendelsesområdet for deres egen lovgivning og de forskellige menneskerettighedskonventioner. Det er selvsagt mildest talt utilfredsstillende både for de tilbageholdte personer, der risikerer at blive overdraget til tortur eller andre overgreb som en konsekvens af nogle staters for restriktive udlægning af deres menneskeretlige forpligtelser, og for de soldater på landjorden, der har fået til opgave at løse en række militære opgaver, og som risikerer at blive hængt ud i pressen – og i yderste konsekvens retsforfulgt – hvis de træder ved siden af lovens (til tider) smalle sti. Der synes derfor nu at være al mulig grund til, at man i det internationale samfund én gang for alle tager de fornødne initiativer til at få løst problemet med overdragelser af tilbageholdte personer under internationale missioner. De nylige initiativer i Udenrigsministeriets juridiske tjeneste, der har til formål at finde en række internationale – og *ikke* nationale – løsninger på de problemstillinger, der illustreres i denne rapport, må derfor også hilses velkomne som tiltrængte mulige første skridt på vejen. Men initiativer – og akademiske meningsudvekslinger – blandt jurister gør det næppe alene. Problemstillingen i denne rapport er i vid udstrækning et uundgåeligt resultat af de senere års aktivistiske sikkerhedspolitik, der nyder bred politisk opbakning. Hvis man gerne fra politisk side vil være med til at gøre en aktiv forskel, bør man også fra samme kant acceptere og søge at løse de problemer, der følger i kølvandet på en sådan aktivisme. En øget *politisk bevågenhed* fremover – herunder en øget politisk accept af problemstillingens kompleksitet – forekommer derfor også tiltrængt.

o8 Konklusion og perspektivering

Genstanden for analyse i denne rapport har været, om det er foreneligt med den danske regerings forpligtelser i henhold til det internationale forbud mod overdragelse til tortur og andre overgreb, at danske ISAF-styrker overdrager tilbageholdte personer i Afghanistan til de afghanske myndigheder med henblik på bl.a. retsforfølgning. Som læseren nu er blevet klar over, er det ikke helt ligetil at besvare dette spørgsmål. For svaret afhænger dels af komplicerede fortolkninger af rækkevidden af forskellige internationale menneskerettighedskonventioner og dels af, under hvilke omstændigheder de tilbageholdte personer i Afghanistan tilbageholdes. Konklusionen på analysen har ikke desto mindre været, at en overdragelse af en person *ikke* er forenelig med den danske regerings forpligtelser, hvis personen er i dansk varetægt i Afghanistan, og der er 'vægtige grunde til at antage', at personen vil blive udsat for tortur eller anden mishandling eller vil få en åbenbar uretfærdig rettergang eller vil blive idømt dødsstraf i afghansk varetægt eller vil blive videresendt til sådanne overgreb i en anden stat. Det blev endvidere lagt til grund, at det ikke gør en forskel for denne konklusion, om en tilbageholdt person måtte have begået meget alvorlige forbrydelser, herunder terrorhandlinger. Forbuddet mod *refoulement* er nemlig absolut.

Det konkluderedes endvidere, at eksistensen af en diplomatisk aftale mellem den danske og den afghanske regering om minimumsbehandling af overdragede personer ikke nødvendigvis er tilstrækkelig til at fritage den danske regering for det internationale ansvar, der kan være forbundet med de danske ISAF-styrkers overdragelse af personer til de afghanske myndigheder. For det er nemlig ikke sikkert, at den diplomatiske aftale i praksis altid vil være i stand til at fjerne en risiko for overgreb. Den endelige vurdering heraf må afhænge af en konkret vurdering.

Rapportens konklusioner bygger altså i vidt omfang på den grundlæggende præmis, at forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling er absolut og derfor aldrig kan fraviges. Denne præmis kan for nogle muligvis forekomme uholdbar. Ikke mindst i lyset af at en insisteren på den absolutte karakter af forbuddet i

yderste konsekvens kan betyde, at de danske ISAF-styrker er nødsaget til at løslade tilbageholdte personer, der måske er mistænkt for at have begået meget alvorlige handlinger, herunder drab på danske soldater, hvis de ikke selv kan forestå tilbageholdelsen af personerne eller kan overdrage dem til andre stater, herunder koalitions partnere, der er i stand til at forestå tilbageholdelsen i overensstemmelse med de internationale regler herfor. Nogle vil uden tvivl stille sig selv det spørgsmål, om det virkelig kan være meningen? For er det ikke temmelig naivt at forestille sig, at vi fra dansk side skulle kunne sende vores soldater i krig ude i den virkelig skarpe ende omme på den anden side af jorden uden at måtte gå bare en lille smule på kompromis med vores menneskerettighedsideal?

Set i et lidt større perspektiv er problemstillingen i denne rapport reelt blot en manifestation af et grundlæggende dilemma, som stater som Danmark i disse år er konfronteret med. Hvorledes skal man som liberalt demokrati forholde sig til forbuddet mod tortur og anden mishandling, når dette forbud undertiden kan besværliggøre bekæmpelsen af alvorlig kriminalitet, såsom terrorisme, og begrænse vores styrkers udfoldelsesmuligheder i krig?

Der kan uden tvivl fremsættes mange vægtige politiske, pragmatiske og sågar moralske argumenter for, at det *bør* være muligt for de danske ISAF-styrker i Afghanistan at overdrage tilbageholdte personer til de afghanske myndigheder med henblik på retsforfølgning, selvom en sådan overdragelse måtte være forbundet med en risiko for, at disse personer bliver udsat for overgreb i afghansk varetægt eller sendes videre til andre stater, hvor der kan være en risiko for overgreb. Når der bortses fra, at der sikkert også uden tvivl kan fremsættes mange vægtige politiske, pragmatiske og moralske argumenter til støtte for det modsatte resultat, er der imidlertid kun hertil at tilføje, at formålet med denne rapport ikke at fremkomme med hverken politiske, pragmatiske eller moralske svar. Formålet er alene at fremkomme med *retlige* svar. Og her er der altså efter denne forfatters opfattelse ingen tvivl. Som tingene forholder sig i dag, så *er* forbuddet mod tortur og anden mishandling, herunder forbuddet mod *refoulement* til sådanne overgreb, *retligt* set absolut. Og derfor kan man med *retlige* briller heller ikke komme til en anden konklusion, end at de danske ISAF-styrker *ikke* kan overdrage tilbageholdte personer i dansk varetægt i Afghanistan til de afghanske myndigheder med henblik på retsforfølgning, hvis der er risiko for, at de overdragede personer vil blive udsat for overgreb efter overdragelsen, uden at Danmarks menneskeretlige forpligtelser krænkes.

Hvorvidt forbuddet mod tortur og anden mishandling så også retligt set vil *forblive* absolut, er imidlertid et helt andet spørgsmål. Og der er ingen tvivl om, at især forbuddet mod *overdragelse* til en risiko for tortur og anden mishandling i disse år er kommet under et stadig større pres fra stater, der ikke er enige med de menneskeretlige kontrolorganer i, at der ikke kan være andre hensyn, der vejer tungere end hensynet til at beskytte en person mod mishandling. Ud over den amerikanske regering – der siden angrebene den 11. september har iværksat en række kontroversielle tiltag på området –

har også især repræsentanter for den britiske regering flere gange kritiseret de menneskeretlige kontrolorganers insisteren på, at forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling er absolut.¹⁹⁰ Og i en højst opsigtsvækkende vending lagde den canadiske højesteret i 2005 op til, at man ikke bare politisk, men måske også retligt, kan være på vej til at bevæge sig bort fra den traditionelle insisteren på, at forbuddet mod *refoulement* til tortur er absolut. I sin afgørelse i *Suresh v. Canada* bemærkede den canadiske højesteret i hvert fald følgende:

We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified.¹⁹¹

I sandhed nye toner. Hvorvidt der reelt *er* en udvikling i gang, og hvor langt en sådan eventuel udvikling vil gå, er imidlertid endnu for tidligt at sige. Og derfor er det også denne forfatters opfattelse, at konklusionerne i denne rapport fortsat *er* udtryk for en korrekt retlig analyse. Uanset hvor ubelejlige – eller belejlige – de nu engang må forekomme at være.

Litteratur

Aagaard, Charlotte: *NATO-styrker udleverer fanger til tortur i Afghanistan*, Dagbladet Information, 12. november 2007

Amnesty International: *Afghanistan: Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?* (2007)

Amnesty International: *Diplomatic Assurances – No protection against torture and ill-treatment* (2005)

Associated Press: *Defence Minister says Afghan army must be 5 times larger*, 12. juli 2006

Betænkning nr. 1407: *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* (2001)

Cerone, John: *The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers. The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq*, American Society of International Law Insight (2005)

Chan, Samuel: *Sentinels of Afghan Democracy, The Afghan National Army*, S. Rajaratnam School of International Studies, 1. juni 2007

Christensen, Lone B., m.fl.: *Udlændingeret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2006)

Committee on International Human Rights of the Association of the Bar of the City of New York and The Center for Human Rights and Global Justice, New York University School of Law: *Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to "Extraordinary Renditions"*, New York, 29. oktober 2004

Congressional Research Service Report for Congress: *U.S. and Coalition Military Operations in Afghanistan: Issues for Congress*, (senest opdaterede version), 11. december 2006

- Congressional Research Service Report for Congress: *NATO in Afghanistan: A Test of the Transatlantic Alliance*, (senest opdaterede version), 16. juli 2007
- Congressional Research Service Report for Congress: *Renditions: Constraints Imposed by Laws of Torture*, (senest opdaterede version), 12. oktober 2007
- Draper, G. I. A.: *The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare*, British Yearbook of International Law, Vol. 45 (1971)
- Europarådet: *Collected Editions of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights, Vol. III* (1976)
- Forsvarsministeriet: *Redegørelse for faktuelle og retlige spørgsmål i tilknytning til danske styrkers tilbageholdelse og overladelse af personer i Afghanistan*, 13. december 2006
- Garamone, Jim: *Pace Pleased with Progress at Afghan Training Center*, American Forces Press Service, 23. april 2007
- Human Rights Watch's publikationer: *"Empty Promises", Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2004, Vol. 16, No. 4 (D)
- Human Rights Watch: *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2005, Vol. 17, No. 4 (D)
- Human Rights Watch: *Cases Involving Diplomatic Assurances against Torture, Developments since May 2005*, January 2007, No. 1
- Human Rights Watch: *'Diplomatic Assurances' against Torture, Questions and Answers* (2006)
- Human Rights Watch: *The "Stamp of Guantanamo"*, March 2007, Vol. 19, No. 2 (D)
- Human Rights Watch: *Application No. 2847/06: Ismoilov and Others v. Russia*, July 2007, No. 2
- International Committee of the Red Cross: *International Humanitarian Law and Terrorism: Questions and Answers*, 5. maj 2004
- Jinks, Derek: *September 11 and the Laws of War*, Yale Journal of International Law, Vol. 28 (2003)
- Jørgensen, Rikke Frank & Klaus Slavensky (eds.): *Implementing Human Rights, Essays in Honour of Morten Kjærum*, Handy-Print A/S (2007)

- Kessing, Peter Vedel: *Menneskerettighedernes anvendelsesområde*, Juristen, nr. 1 (2007)
- Kessing, Peter Vedel: *Den Menneskeretlige regulering af overførsel af fanger under væbnet konflikt* i *Festskrift til Jørn Vestergaard*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2008)
- Kolb, Robert: *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions*, International Review of the Red Cross, Vol. 80 (1998)
- Koskenniemi, Martti, International Law Commission: *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, 13. april 2006
- Lauterpacht, Elihu & Daniel Bethlehem: *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion* (2001)
- Lorentzen, Peer, m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 2. udg., Kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2003)
- Lubell, Noam: *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, International Review of the Red Cross, Vol. 87 (2005)
- Meron, Theodor: *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press (1989)
- Novak, Manfred: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel Publishers (1993)
- Pictet, Jean S.: *Commentary to the IV. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross (1958)
- Sari, Aurel: *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, Human Rights Law Review, Vol. 8, nr. 1 (2008)
- Spiermann, Ole: *Moderne Folkeret*, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2006)
- Svar ved folketingsbehandling af regeringens beslutningsforslag B 161 om styrkelse af det danske bidrag til den internationale sikkerhedsstyrke, ISAF, i Afghanistan, 10. maj 2007
- US Department of State: *Afghanistan, Country Reports on Human Rights Practices 2006*, 6. marts 2007

Vedsted-Hansen, Jens: *Torturforbud som udsendelsesbegrænsning:
Non-refoulementvirkningen af EMRK artikel 3 i EU-ret &
Menneskeret 2/1998*

Bilag 1

**Memorandum of the Understanding between the Ministry of Defense of the
Islamic Republic of Afghanistan
and
the Ministry of Defense of the Kingdom of Denmark concerning the transfer of
persons between the Danish Contingent of the International Security Assistance
force and Afghan authorities**

The Ministry of Defense of the Islamic Republic of Afghanistan and the Ministry of Defense of the Kingdom of Denmark, hereinafter referred to as the Parties, hereby establish the following procedures in the event of the transfer from the military forces of Denmark to Afghan authorities of persons apprehended in Afghanistan, presently pursuant to United Nation Security Council Resolution 1563 of 17 September 2004 authorizing the Member States participating in the International Security Assistance Force to take all necessary measures to fulfill its mandate, which with reference to United Nations Security Council Resolutions 1386 and 1510 includes the support of the Afghan Transitional Administration and its successors in the maintenance of security.

The Parties undertake to establish all necessary contacts with the relevant respective national authorities with a view to fulfilling this Memorandum of Understanding, bearing in mind the need to respect basic international humanitarian standards such as the right to life, to a fair trial and the protection against torture.

The Parties have reached the following understanding:

Article 1

The purpose of the MoU is to ensure that the Parties will continue to observe applicable national law of the Islamic Republic of Afghanistan and international law pertaining to the treatment and transfer of persons from the military forces of Denmark to Afghan authorities.

Article 2

The Danish military forces will be responsible for maintaining and safeguarding persons detained by them and will treat these persons in accordance with the relevant provisions of international law, including providing humane treatment.

Article 3

The Afghan authorities will accept the transfer of persons detained by the Danish military forces for investigation and possible legal proceedings. The Afghan authorities will be responsible for maintaining and safeguarding all such individuals in accordance with the relevant provisions of international law, including providing humane treatment.

Article 4

Representatives of the Afghan Independent Human Rights Commission, the Danish military forces and others as agreed between the Participants will have full access to any persons transferred from the Danish military forces to Afghan authorities while such persons are in custody. The International Committee of the Red Cross and Red Crescent (ICRC) will be allowed to visit such persons. The military forces of

Denmark will notify the ICRC and the Afghan Independent Human Rights Commission when a person has been transferred to Afghan authorities.

Article 5

The Afghan authorities will be responsible for the accurate accountability of all persons transferred to them by the Danish military forces. Records kept will be available upon request.

Article 6

Danish military forces will be notified prior to the initiation of legal proceedings involving persons transferred from the Danish military forces and prior to the transfer to third parties or release of such persons. Danish military forces will also be notified if other significant changes concerning such persons occur.

Article 7

No person transferred from the Danish military forces to Afghan authorities will be subject to the execution of the death penalty.

Article 8

Any dispute about the interpretation or application of this MoU will be resolved exclusively by negotiation between the Parties.

Article 9

This MoU may be amended at any time by mutual written consent of the Parties.

Article 10

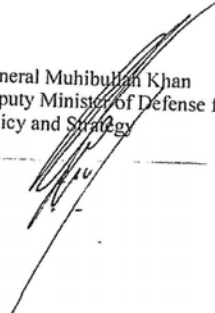
This MoU will come into force on the date of the last signature and will remain in effect until terminated by any of the Parties giving thirty days written notice to the other Party.

Article 11

This MoU was signed in Kabul on 8/6/08, in two original copies in Dari and English, all texts being equally authentic. In case of any divergence in interpretation, the English text shall prevail.

**For the Ministry of Defense
of the Islamic Republic of Afghanistan**

General Muhibullah Khan
Deputy Minister of Defense for
Policy and Strategy



**For the Ministry of Defense
of the Kingdom of Denmark**


Dr. Jens Haarlov
Charge d'Affaires e.p.
For Denmark

Bilag 2

Amendment to the Memorandum of Understanding

Amendments to section 4 and section 6 of the Memorandum of Understanding between the Minister of Defence of the Kingdom of Denmark and the Minister of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan concerning the transfer of persons between the Danish Contingent of the International Security Assistance Force and Afghan authorities, signed in Kabul on the 8th of June 2005.

Having regard to article 9 of the Memorandum of Understanding, the parties have agreed to the following:

Section 4 is replaced by the following wording:

“Representatives of The Afghan Independent Human Rights Commission, the Danish military forces and others empowered to represent the Kingdom of Denmark, will have full access to any persons transferred from the Danish military forces to Afghan authorities while such persons are in custody. The International Committee of the Red Cross and Red Crescent (ICRC) will be allowed to visit such persons. The military forces of Denmark will notify the ICRC and the Afghan Independent Human Rights Commission when a person has been transferred to Afghan authorities”.

Section 6 is replaced by the following wording:

“Danish military forces will be notified prior to the initiation of legal proceedings involving persons transferred by the Danish military forces and prior to the release of such persons.

The Afghan authorities will ensure that any detainee transferred to them by the Danish military forces will not be transferred to the authority of another state, including detention in another state, without the prior written agreement of the Danish military forces.

Danish military forces will also be notified if other relevant changes occur concerning persons transferred by the Danish military forces. “

For the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan

.....

DATED 1. 05. 07

For the Ministry of Defence of the Kingdom of Denmark

.....

Genl. Hans Løv



DATED 

Noter

¹ Det danske forsvarsministerium indgik den 8. juni 2005 en aftale med det afghanske forsvarsministerium om monitorering af de personer, som danske styrker måtte overdrage til de afghanske myndigheder, se *Memorandum of Understanding between the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan and the Ministry of Defence of the Kingdom of Denmark concerning the transfer of persons between the Danish Contingent of the International Security Assistance force and Afghan authorities*. Aftalen, der er gengivet nedenfor i bilag 1, blev den 1. maj 2007 suppleret af et tillæg til aftalen, *Amendment to the Memorandum of Understanding*, der er gengivet nedenfor i bilag 2. Det skal understreges, at danske ISAF-styrker – på trods af indgåelsen af aftalen med den afghanske regering – i marts 2008 endnu ikke havde overdraget personer til de afghanske myndigheder.

² For en udførlig retlig kritik af overdragelsen af personerne til de amerikanske styrker, se Jens Elo Rytter: *With Eyes Shut, Denmark Alongside of the USA Fights Terrorism in Afghanistan*, i *Implementing Human Rights, Essays in Honour of Morten Kjærum*, eds. Rikke Frank Jørgensen & Klaus Slavensky, Handy-Print A/S (2007), s. 405-432.

³ Se Forsvarsministeriet: *Redegørelse for faktuelle og retlige spørgsmål i tilknytning til danske styrkers tilbageholdelse og overladelse af personer i Afghanistan*, 13. december 2006, på: <http://forsvaret.dk/FMN/Nyt%20og%20Presse/Arkiv/Pressemeddelelser/2006/Redeg%C3%B8relse.htm> (besøgt 1. marts 2008).

⁴ Charlotte Aagaard: *NATO-styrker udleverer fanger til tortur i Afghanistan*, Dagbladet Information, 12. november 2007.

⁵ Se Amnesty International: *Afghanistan: Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?*, 2007. Rapporten kan findes på <http://www.amnesty.org/en/library/info/ASA11/011/2007> (besøgt 1. marts 2008).

⁶ I henhold til de fire Geneve-konventioners fælles artikel 2 finder konventionerne anvendelse 'i alle tilfælde, hvor en krig er erklæret, eller hvor der i øvrigt er opstået en væbnet konflikt mellem to eller flere af De Høje Kontraherende Parter, selv om en af disse ikke anerkender, at der består krigstilstand. Konventionen finder ligeledes anvendelse i alle tilfælde af hel eller delvis besættelse af en af De Høje Kontraherende Parters territorium, selv om en sådan besættelse ikke møder væbnet modstand.' Medlemmer af fjendens væbnede styrker er under en 'international væbnet konflikt' beskyttet af reglerne i Tredje Geneve-konvention om krigsfanger, hvis de opfylder en række konkrete betingelser, se konventionens artikel 4. Heri ligger endvidere en vis beskyttelse mod overdragelse til andre staters myndigheder, se først og fremmest artikel 12. Se også beskyttelsen af 'civile' mod overdragelse i artikel 45, 49, 127 og 128 i Fjerde Geneve-konvention om beskyttelsen af civile.

⁷ Der kan med en vis ret argumenteres for, at de danske styrker for tiden er involveret i en 'ikke-international væbnet konflikt' i Afghanistan mod medlemmer af Taleban. Det lader også til at være opfattelsen i det danske forsvarsministerium, se Svar i forbindelse med folketingsbehandling af regeringens beslutningsforslag B 161 om styrkelse af det danske bidrag til den internationale sikkerhedsstyrke, ISAF, i Afghanistan, af 10. maj 2007. Begrebet 'ikke-international væbnet konflikt' er ikke defineret i krigens regler, og der er følgelig ikke fuldstændig klarhed over, hvad der skal til, før en sådan væbnet konflikt er en realitet. Afgørende vil imidlertid formentlig være omfanget og intensiteten af kamphandlingerne og omfanget af organiseringen af de involverede parter, se hertil bl.a. de opregnede kriterier i Jean S. Pictet: *Commentary to the IV. Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross (1958), s. 35f. Se også diskussionen i Den Interamerikanske Menneskerettighedskommissions afgørelse i *Juan Carlos Abella mod Argentina*, sag nr. 11.137, afsagt den 18. november 1997, præmis 149-151. For så vidt angår kravet om minimumsintensitet af kamphandlinger, se bl.a. artikel 1 i første tillægsprotokol fra 1997 til Geneve-konventionerne i 1949 om internationale væbnede konflikter, der bl.a. lyder: 'Denne Protokol skal ikke finde anvendelse i tilfælde af interne uroligheder og spændinger, såsom optøjer, isolerede og sporadiske voldshandlinger og andre lignende handlinger, som ikke er væbnede konflikter.' Se også afgrænsningen af væbnede konflikter i artikel 8, stk. 2, litra b) i Statutten for Den Internationale Straffedomstol og afgørelsen fra Krigsforbrydertribunalet for det tidligere Jugoslavien i *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No.: IT-94-1, se *Appeals Chambers Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2. oktober 1995, præmis 70, hvoraf fremgår, at en væbnet konflikt ikke blot er en realitet, når der udbryder kamphandlinger mellem stater men også i tilfælde af 'protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.' For så vidt angår kravet om organisering, se bl.a. International Committee of the Red Cross: *International Humanitarian Law and Terrorism: Questions and Answers*, 5. maj 2004, se <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng.nsf/htmlall/5YNLEV> (besøgt 1. marts 2008).

⁸ Stater har traditionelt været afvisende over for at lade sig underkaste folkeretlige begrænsninger, i forhold til hvorledes de må nedkæmpe oprør og behandle de grupper i deres samfund, der med brug af magt sætter sig op imod det eksisterende system. Så ud fra en principiel overbevisning om, at det, der foregår på territoriet i en suveræn stat, er at anse som statens interne anliggende, som det ikke tilkommer det internationale samfund at blande sig i, er den konventionsbaserede regulering af en 'ikke-international væbnet konflikt' relativt begrænset, se bl.a. G.I.A. Draper: *The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare*, British Yearbook of International Law, Vol. 45 (1971), s. 207 og Derek Jinks, *September 11 and the Laws of War*, Yale Journal of International Law, Vol. 28 (2003), s. 14f. Det var først ved indføjelsen af en række minimumsgarantier i fælles artikel 3 i de fire Geneve-konventioner i 1949, at der blev nedfældet en række basale krav til staternes behandling af sine modstandere under en 'ikke-international væbnet konflikt'. Opregningen af disse basale krav havde til formål at sikre respekten for visse grundlæggende humanitære principper, som det internationale samfund alligevel anså for at være 'above and outside the war itself', se Pictet (1958), s. 44. Artikel 3 nævner imidlertid intet om overdragelse af tilbageholdte personer. Ej heller den senere vedtagne Anden Tillægsprotokol fra 1977 vedrørende reguleringen af 'ikke-internationale væbnede konflikter' regulerer umiddelbart overdragelse af tilfangetagne personer. Dertil kommer, at protokollen slet ikke finder anvendelse på den 'ikke-internationale væbnede konflikt' i Afghanistan. Det fremgår eksempelvis af protokollens artikel 1, at den alene finder anvendelse, når den private aktør er i stand til at kontrollere territorium. Det er ikke i øjeblikket tilfældet i Afghanistan.

⁹ Det er således ikke tilfældet, at reguleringen i de internationale menneskerettigheder i tilfælde af væbnet konflikt i det hele fortrænges af den mere specifikke regulering, der indeholdes i krigens regler, se bl.a. gennemgangen i Robert Kolb: *The Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law: A Brief History of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions*, International Review of the Red Cross, Vol. 80 (1998), s. 409-419, hvor forfatteren redegør for, at den lejlighedsvis vildfarelse om det modsatte ikke mindst skyldes, at de to regelsæt er blevet udviklet uafhængigt af hinanden.

¹⁰ Den Internationale Domstol cementerede i 1996 i en vejledende udtalelse om foreneligheden af brugen af atomvåben med folkeretten i principielle vendinger, at de internationale menneskerettigheder – konkret FN's konvention om civile og politiske rettigheder – fortsætter med at finde anvendelse under en væbnet konflikt, se *Advisory Opinion on The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Report (1996) 226, præmis 24-25: 'It was suggested that the Covenant was directed to the protection of human rights in peacetime, but that questions relating to unlawful loss of life in hostilities were governed by the law applicable in armed conflict. The Court observes that the protection of the International Covenant on Civil and Political Rights does not cease in times of war ...' Domstolen har siden gentaget denne principielle antagelse i sin vejledende udtalelse i *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports (2004) 136, præmis 105, og i *Case Concerning Armed Activities on the territory of the Congo*, ICJ Reports (2005) 000, præmis 216. Den fortsatte anvendelse af de internationale menneskerettigheder – konkret FN's konvention om civile og politiske rettigheder – under væbnede konflikter fremgår endvidere af FN's Menneskerettighedskomité's *General Comment No. 31 of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant* af 26. maj 2004, pkt. 11. Komitéen henviser i øvrigt til indholdet af *General Comment No. 29 on States of Emergency* af 31. august 2001, pkt. 3. Se endvidere FN's Generalforsamlings resolution 2675 fra 9. december 1970, pkt. 1, og Den Interamerikanske Menneskerettighedskommissions afgørelse i *Coard et al v. United States*, rapport nr. 109/99, sag nr. 10.951, afsagt den 29. september 1999, præmis 39. Det er velkendt, at USA ikke anser sig for bundet af menneskerettighederne under væbnede konflikter, se bl.a. den amerikanske regerings bemærkninger i United Nations Commission on Human Rights, *Explanation of Vote of the United States of America to resolution on the Protection of the Human Rights of Civilians in Armed Conflict*, 20. april 2005: 'The United States agrees with the fundamental importance of the protection of civilians during armed conflict, but is constrained to call for a vote on this resolution because it conflates and confuses international humanitarian law and international human rights law. Though many of the principles of humane treatment found in the law of armed conflict also find similar expression in human rights law, these are nonetheless two separate and conceptually distinct areas of law.' Samme antagelse kunne i hvert fald indtil for nylig spores i Israel. I *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* bemærkede den israelske regering i hvert fald følgende om menneskerettighedernes anvendelse på de besatte palæstinensiske områder: 'Israel ... asserts that humanitarian law is the protection granted in a conflict situation such as the one in the West Bank and Gaza Strip, whereas human rights treaties were intended for the protection of citizens from their own government in times of peace', se præmis 102.

Det forhold, at en stat principielt er bundet af sine menneskeretlige forpligtelser under væbnet konflikt, betyder imidlertid ikke nødvendigvis også, at indholdet af de menneskeretlige forpligtelser ikke kan være påvirket af den væbnede konflikt. For det første vil en stat undertiden kunne være berettiget til at indskrænke visse menneskerettigheder i nødsituationer, såsom under væbnet konflikt, se bl.a. artikel 15 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og artikel 4, stk. 1, i FN's konvention om

civile og politiske rettigheder. Til grund herfor ligger en anerkendelse af, at stater til tider bør anerkendes en ret til at forsvare deres samfundsorden og vitale interesser, se Manfred Novak: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, N.P. Engel Publishers (1993), s. 73f. Væbnet konflikt er som det helt klare udgangspunkt tilstrækkelig alvorlig til, at det opfylder betingelserne for at være en 'nødsituation', der kan hjemle konkrete menneskeretlige fravigelser. Det fremgår da også udtrykkeligt af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 15, at konventionens rettigheder kan fraviges "under krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens". FN's konvention om civile og politiske rettigheder nævner ikke i artikel 4 specifikt 'krig', men blot 'en offentlig nødstilstand, der truer nationens beståen'. Det fremgår imidlertid af forarbejderne til konventionen, at vendingen 'krig' blev udeladt for at understrege, at FN-pagten havde til formål at undgå udbruddet af netop krig, og ikke fordi man ikke var af den opfattelse, at krig ikke kan være egnet til at 'true nationens beståen', se *U.N. ESCOR Hum. Rts. Comm., 6th Sess., 126th mtg. UN Document E/CN.4/SR.126*, se pkt. 6. Adgangen til at fravige visse rettigheder gælder dog ikke alle rettigheder, og der kan aldrig – ej heller under væbnet konflikt – gøres indskrænkninger i retten til beskyttelse mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, se artikel 4, stk. 2, jf. art. 7 i FN's konvention om civile og politiske rettigheder, og artikel 15, stk. 2, jf. artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

For det andet vil omfanget af en stats menneskeretlige forpligtelser under en væbnet konflikt kunne være begrænset af, at det materielle indhold af de internationale menneskerettigheder i henhold til et princip om *lex specialis derogat lex generali* undertiden fortrænges af indholdet i krigens regler, der jo er specifikt beregnet på at regulere netop væbnede konflikter. Princippet om *lex specialis* bygger på den simple antagelse, at mere specifik regulering af et givent forhold er mere præcis og effektiv end den generelle regulering, se International Law Commission: *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, by Martti Koskenniemi, 13. april 2006, pkt. 56-57. Det følger som en naturlig konsekvens heraf, at man i tilfælde af modstrid mellem indholdet af de internationale menneskerettigheder og krigens regler umiddelbart falder tilbage på indholdet af krigens regler. I sin udtalelse i *Advisory Opinion on The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* bemærkede Den Internationale Domstol således i præmis 25 følgende om forholdet mellem retten til beskyttelse mod vilkårlig berøvelse af livet i artikel 6 i FN's konvention om civile og politiske rettigheder og reguleringen heraf i krigens regler: 'In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designated to regulate the conduct of hostilities.' Domstolens udtalelse i *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* og i *Case Concerning Armed Activities on the territory of the Congo* indikerer dog, at det præcise samspil mellem menneskerettighederne og krigens regler undertiden er mere nuanceret end som så. I førstnævnte sag bemærkede Domstolen i præmis 106: 'As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; other may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.' Det følger heraf, at en stat undertiden ikke vil være fritaget for sine menneskeretlige forpligtelser, blot fordi staten lever op til sine forpligtelser i den humanitære folkeret, se også gennemgangen i Peter Vedel Kessing: *Menneskerettighedernes anvendelsesområde*, Juristen, nr. 1 (2007).

¹¹ NATO overtog ansvaret for missionen den 11. august 2003. Missionen anses derfor også med rette for en prøve på alliancens evne til at transformere sig i retning af nutidens behov, se hertil bl.a. Congressional Research Service Report for Congress: *NATO in Afghanistan: A Test of the Transatlantic Alliance*, se senest opdaterede version fra 16. juli 2007. Det skal for en god ordens skyld bemærkes, at en række stater, der ikke er medlemmer af NATO, deltager i missionen. Det drejer sig bl.a. om Australien og New Zealand.

¹² *Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-Establishment of Permanent Government Institutions* blev indgået i Bonn i Tyskland den 5. december 2001. Parterne i aftalen anmoder i aftalens annek I FN's Sikkerhedsråd om at overveje at bemyndige en styrke, der kan bistå med at opretholde fred og sikkerhed i og omkring Kabul. FN's Sikkerhedsråd imødekom denne anmodning i resolution 1386 af 20. december 2001.

¹³ Dette samtykke afspejles bl.a. i *The Afghanistan Compact, Building on Success, the London Conference on Afghanistan, London 31 January - 1 February 2006*, se bl.a. s. 3.

¹⁴ Ud over sikkerhedsrådsresolution 1386 (se note 12), se resolution 1413 af 23. maj 2002, resolution 1444 af 27. november 2002, resolution 1510 af 13. oktober 2003, resolution 1563 af 17. september 2004, resolution 1623 af 13. september 2005, resolution 1659 af 15. februar 2006 og endelig resolution 1776 af 19. september 2007. I samtlige resolutioner bemærkes, at ISAF er berettiget til at 'take all necessary measures to fulfil its mandate'.

¹⁵ Se resolutionens pkt. 1.

¹⁶ Se *International Security Assistance Force* på NATO's hjemmeside: <http://www.nato.int/issues/isaf/index.html> (besøgt 1. marts 2008).

¹⁷ Se oplysningerne på: <http://forsvaret.dk/FMN/Verdenskort/> (besøgt 1. marts 2008).

Ifølge tal fra NATO deltog Danmark imidlertid med 780 personer, se *ISAF Placement Map* http://www.nato.int/isaf/docu/epub/pdf/isaf_placemat.pdf (besøgt 1. marts 2008).

¹⁸ Mandatet fra FN's Sikkerhedsråd er fulgt med udviklingen i ISAF's operationsområde. I resolution 1510 fra oktober 2003 udvidedes ISAF's oprindelige geografiske mandat, så missionen nu har mandat 'outside of Kabul and its environs', se resolutionens pkt. 1.

¹⁹ Se bl.a. Congressional Research Service Report for Congress: *U.S. and Coalition Military Operations in Afghanistan: Issues for Congress*, se senest opdaterede version af 11. december 2006.

²⁰ For oplysninger herom, se bl.a. hjemmesiden for den amerikanske central command: <http://www.centcom.mil/sites/uscentcom2/default.aspx> (besøgt 1. marts 2008).

²¹ CRS Report: *NATO in Afghanistan: A Test of the Transatlantic Alliance*, s. 10f.

²² Se *ISAF Placement Map*.

²³ Se bl.a. Bonn-aftalens annek I, afsnit 2. Afghanistan har ikke haft en national hær, siden det sovjetisk-støttede styre under ledelse af Dr. Mohammad Najibullah faldt fra hinanden i 1992. Ansvaret for opbygningen af den afghanske hær ligger hos amerikanske Combined Security Transition Command, men i foråret 2007 var også Storbritannien, Frankrig, Canada, New Zealand og Rumænien involveret i opbygningen af den nye afghanske hær, se *Pace Pleased with Progress at Afghan Training Center*, 23. april 2007, på: <http://www.defenselink.mil/news/newsarticle.aspx?id=32901> (besøgt 1. marts 2008).

²⁴ Se *The Afghanistan Compact, Annex I, Benchmarks and Timelines*. Det skal dog bemærkes, at den afghanske forsvarsminister har tilkendegivet, at man fra afghansk side stræber efter at få en hær på mellem 150.000 og 200.000 mand, se Associated Press: *Defence Minister says Afghan army must be 5 times larger*, 12. juli 2006, på: <http://www.cbc.ca/story/world/national/2006/07/12/afghanistan12072006.html> (besøgt 1. marts 2008).

²⁵ I april 2007 var der indtil videre uddannet ca. 35.000 soldater, se *Pace Pleased with Progress at Afghan Training Center*.

- ²⁶ Samuel Chan: *Sentinels of Afghan Democracy: The Afghan National Army*, S. Rajaratnam School of International Studies, 1. juni 2007. Dokumentet kan findes på: <http://www.ntu.edu.sg/rsis/publications/WorkingPapers/WP128.pdf> (besøgt 1. marts 2008).
- ²⁷ Uddannelsen af afghanske politifolk forestås hovedsageligt af den amerikanske og den tyske regering, se *Fact Sheet: Afghanistan National Security Forces*, 31. januar 2006, på: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2006/60086.htm> (besøgt 1. marts 2008).
- ²⁸ United Nations General Assembly: *Report of the Secretary-General, The Situation in Afghanistan and its implications for international peace and security*, 7. marts 2006, pkt. 18.
- ²⁹ NATO's hjemmeside: 'The Alliance's aim is to help establish the conditions in which Afghanistan can enjoy – after decades of conflict, destruction and poverty – a representative government and self-sustaining peace and security.' Se <http://www.nato.int/issues/afghanistan/index.html> (besøgt 1. marts 2008).
- ³⁰ Se gennemgangen i Amnesty International: *Afghanistan: Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?*, s. 20-30.
- ³¹ US Department of State: *Afghanistan, Country Reports on Human Rights Practices 2006*, offentliggjort 6. marts 2007. Rapporten kan findes på: <http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2006/78868.htm> (besøgt 1. marts 2008).
- ³² Ibid., se section 1, c, 'Torture and abuse consisted of pulling out fingernails and toenails, burning with hot oil, beatings, sexual humiliation, and sodomy.' Se også Amnesty International: *Afghanistan: Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?*.
- ³³ The Canadian Federal Court: *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces, Minister of National Defence and Attorney General of Canada*, sag nr. T-324-07, afgørelse afsagt 12. marts 2008, præmis 76. Den 26. februar 2008 genoptog de canadiske ISAF-styrker deres overdragelser til de afghanske myndigheder, se afgørelsens præmis 81.
- ³⁴ Folkeretlig sædvaneret er en samlebetegnelse for de sædvaner, som stater følger ud fra en følelse af pligt. En folkeretlig retssædvane udgøres af to delelementer: dels en praksis mellem stater, dels en overbevisning hos disse stater om, at denne praksis er retligt påkrævet. De internationale menneskerettigheder inddeles traditionelt i henholdsvis 'første' og 'anden' generation af menneskerettigheder. 'Første' generation af rettigheder – der afspejler de grundlæggende rettigheder, der blev indføjet i mange staters forfatninger i det 18. og 19. århundrede – er groft sagt de rettigheder, der *beskytter mod staten*. 'Anden' generation af rettigheder er derimod de rettigheder, der *flyder fra staten*, se hertil Nowak (1993), s. XVIII.
- ³⁵ Danmark ratificerede Den Europæiske Menneskerettighedskonvention den 31. marts 1953. Konventionen trådte i kraft den 3. september 1953. Det særlige ved konventionen er det effektive håndhævelsessystem i form af organer, der kan træffe bindende afgørelser for medlemsstaterne på grundlag af klager fra enkeltpersoner, der anser sig krænket i deres konventionsmæssige rettigheder. For oplysninger herom, herunder om udviklingen i klagesystemet, se Peer Lorentzen m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 2. udg., Kommenteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2003), s. 9ff.
- ³⁶ Danmark ratificerede konventionen 6. januar 1972. Danmark har ikke bare ratificeret konventionen, men også en valgfri protokol til konventionen, se bekendtgørelse nr. 30 af 29. marts 1976 (Lovtidende C). Ratificeringen af den valgfri protokol bevirker, at Danmark har anerkendt FN's Menneskerettighedskomité's kompetence til at behandle individuelle klagesager mod Danmark fra enkeltpersoner, der hævder at være ofre for krænkelser fra Danmarks side af nogen af de i konventionen anerkendte rettigheder. Disse afgørelser er imidlertid ikke bindende. Danmark har herudover endvidere afgivet erklæring om, at Danmark anerkender Menneskerettighedskomitéens kompetence til at behandle klager

over Danmark fra andre stater. For en opregning af stater, der er parter i FN's konvention om civile og politiske rettigheder og FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, se FN's Højkommissær for Menneskerettigheders hjemmeside på <http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx> (besøgt 1. marts 2008).

³⁷ Danmark ratificerede konventionen den 27. maj 1987, og Danmark har i henhold til konventionens artikel 22 accepteret, at personer kan klage over Danmark til FN's Torturkomité. Komitéens afgørelser er ikke bindende. Ud over de egentlige menneskerettighedskonventioner er Danmark endvidere forpligtet af en række andre konventioner, der sigter mod at styrke beskyttelsen af konkrete menneskerettigheder eller at styrke visse persongrupperes retsstilling, se bl.a. FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder af 16. december 1966, konventionen af den 9. december 1948 om forebyggelse af og straf for folkedrab, konventionen om afskaffelse af enhver form for racediskrimination af 21. december 1965, konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination mod kvinder af 18. december 1979 og konventionen om barnets rettigheder af 12. december 1989.

³⁸ Om inkorporeringen af konventionen og inkorporeringen af menneskerettighedskonventioner i dansk ret i øvrigt, se *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret*, Betænkning nr. 1407 fra 2001.

³⁹ Men at staten i så fald også vil være bundet, anerkendes af den danske regering, se *Redegørelse for faktuelle og retlige spørgsmål i tilknytning til danske styrkers tilbageholdelse og overladelse af personer i Afghanistan*, s. 2 og s. 12.

⁴⁰ Se Council of Europe: *Collected Editions of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights, Vol. III* (1976), s. 260. Se også gennemgangen i afgørelsen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i *Banković, Stojanović, Stoimenovski, Joksimović and Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, sag nr. 52207/99, afsagt den 12. december 2001, præmis 19-21.

⁴¹ Lorentzen m.fl. (2003), s. 76. For en gennemgang af jurisdiktionsbegrebet i folkeretten og dets traditionelle udsondring i henholdsvis jurisdiktion til at udøve, jurisdiktion til at lovgive og jurisdiktion til at dømme, se bl.a. Spiermann (2006), s. 265-275.

⁴² Se bl.a. afgørelsen fra det britiske House of Lords i *Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause Al-Skeini and others v. Secretary of State for Defence*, UKHL26 (2007), af 13. juni 2007, præmis 64: "the key question is whether the deceased were linked to the United Kingdom when they were killed. However reprehensible, however contrary to any common understanding of respect for 'human rights', the alleged conduct of the British forces might have been, it had no legal consequences under the Convention, unless there was that link and the deceased were within the jurisdiction of the United Kingdom at the time. For, only then would the United Kingdom have owed them any obligation in international law to secure their rights under article 2 of the Convention'. Se også *Amnesty International m.fl. v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces m.fl.*, præmis 311: "it cannot be that it is the nature or quality of the Charter breach that creates extraterritorial jurisdiction, where it does not otherwise exist. That would be a completely unprincipled approach to the exercise of extraterritorial jurisdiction."

⁴³ *Loizidou mod Tyrkiet, Judgment (Preliminary Objections)*, sag nr. 15318/89, afsagt 23. marts 1995, se bl.a. præmis 62: "the concept of 'jurisdiction' ... is not restricted to the national territory of the High Contracting Parties ... the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory."

⁴⁴ *Loizidou mod Tyrkiet, Judgment (Preliminary Objections)*, præmis 62: "The obligation to secure ... the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such

control whether it be exercised directly, through its armed forces, *or through a subordinate local administration* (min kursivering).’

⁴⁵ *Loizidou mod Tyrkiet, Judgment (Merits and Preliminary Objections)*, sag nr. 15318/89 afsagt den 18. december 1996, præmis 54-56. Præmisserne er gentaget i *Cyperm mod Tyrkiet*, sag nr. 25781/94, afsagt 10. maj 2001, præmis 76.

⁴⁶ *Banković*, præmis 74-75. Sagsøgerne – der tydeligvis var opmærksomme på det forhold, at NATO ikke udøvede nogen form for kontrol på landjorden i Jugoslavien – argumenterede forgæves for det standpunkt, at vurderingen af, hvad der udgør ‘effektiv kontrol’, skulle være relativ: “The applicants maintain that the bombing ... by the respondent States constitutes yet a further example of an extra-territorial act which can be accommodated by the notion of “jurisdiction’ in Article 1 of the Convention, and are thereby proposing a further specification of the ordinary meaning of the term “jurisdiction’ in Article 1 of the Convention (præmis 74). In the first place, the applicants suggest a specific application of the “effective control’ criteria developed in the northern Cyprus cases. They claim that the positive obligation under Article 1 extends to securing the Convention rights in a manner proportionate to the level of control exercised in any given extra-territorial situation ... The Court considers that the applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention. The Court is inclined to agree with the Governments’ submission that the text of Article 1 does not accommodate such an approach to “jurisdiction’. Admittedly, the applicants accept that jurisdiction, and any consequent State Convention responsibility, would be limited in the circumstances to the commission and consequences of that particular act. However, the Court is of the view that the wording of Article 1 does not provide any support for the applicants’ suggestion that the positive obligation in Article 1 to secure “the rights and freedoms defined in Section I of this Convention’ can be divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extra-territorial act in question ... Indeed the applicants’ approach does not explain the application of the words “within their jurisdiction’ in Article 1 and it even goes so far as to render those words superfluous and devoid of any purpose ... Furthermore, the applicants’ notion of jurisdiction equates the determination of whether an individual falls within the jurisdiction of a Contracting State with the question of whether that person can be considered to be a victim of a violation of rights guaranteed by the Convention. These are separate and distinct admissibility conditions, each of which has to be satisfied in the aforementioned order, before an individual can invoke the Convention provisions against a Contracting State (præmis 75).’

⁴⁷ *Ibid.*, præmis 71.

⁴⁸ *Ibid.*, præmis 73.

⁴⁹ *Issa m.fl. mod Tyrkiet*, sag nr. 31821/96, afsagt den 30. marts 2005, præmis 75.

⁵⁰ *Al-Skeini*, se bl.a. præmis 83. House of Lords fandt derfor heller ikke, at en række irakiske statsborgere, der blev dræbt af britiske styrker under ildkamp på åben gade i Irak, var beskyttet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det forhold, at det på daværende tidspunkt var den almindelige opfattelse – herunder i Storbritannien – at Storbritannien og USA udøvede tilstrækkelig effektiv kontrol over Irak til, at de var at anse som besættelsesmagter i henhold til artikel 42 i Fjerde Haager-konvention af 18. oktober 1907 om regler og vedtægter for krig til lands, illustrerer, at der muligvis ikke er identitet mellem begrebet ‘effektiv kontrol’ i henhold til jurisdiktionsbegrebet i artikel 1 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og begrebet ‘effektiv kontrol’ i henhold til artikel 42 i Fjerde Haager-konvention, se også *Al-Skeini*, præmis 129. Afgørelsen fra House of Lords illustrerer i øvrigt, at det muligvis er uklart, hvorledes menneskerettighederne finder anvendelse på besat territorium, der er præget af

lejlighedsvis kamphandlinger, se også Noam Lubell: *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, International Review of the Red Cross, Vol. 87 (2005), s. 741.

⁵¹ *Issa mod Tyrkiet*, præmis 71.

⁵² Menneskerettighedsdomstolen henviser i *Issa mod Tyrkiet*, præmis 71, bl.a. til afgørelsen fra Den Interamerikanske Menneskerettighedskommission i *Coard et al. mod USA*, sag nr. 10.951, afsagt den 29. september 1999, og FN's Menneskerettighedskommissions udtalelser i *Lopez Burgos mod Uruguay*, sag nr. 52/1979, afsagt 29. juli 1981, og *Celiberti de Casariego mod Uruguay*, sag nr. 56/1979, afsagt den 29. juli 1981. Om disse afgørelser, se umiddelbart nedenfor. Se også *Saddam Hussein v. Albania, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Estonia, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and the United Kingdom*, sag nr. 23276/04, afsagt den 14. marts 2006: "Even if he could have fallen within a State's jurisdiction because of his detention by it, he has not shown that any one of the respondent States had any responsibility for, or any involvement or role in, his arrest and subsequent detention (*Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96, §§ 71-82, 16 November 2004 and *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 91, ECHR 2005 ...)."

⁵³ *Amnesty International m.fl. v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces m.fl.*, præmis 235. Ifølge dommeren vil en stat nemlig (fortsat) kun kunne udøve relevant 'jurisdiktion' på fremmed territorium, uden for de tilfælde hvor myndighedspersoner er i stand til at udøve 'effektiv kontrol' over territorium i udlandet, hvis myndighedsudøvelsen vedrører diplomatisk personale eller finder sted på fartøjer eller skibe, der enten er registreret i staten eller bærer statens flag, se præmis 260-262.

⁵⁴ *Al-Skeini*, præmis 61.

⁵⁵ Se bl.a. Lord Browns bemærkninger i *Al-Skeini*, præmis 132: 'As for the sixth case, I for my part would recognise the UK's jurisdiction over Mr Mousa only on the narrow basis found established by the Divisional Court, essentially by analogy with the extra-territorial exception made for embassies.'

⁵⁶ *Ibid.*, se præmis 78. Se også kritikken af Lord Carswell i præmis 127.

⁵⁷ Det skal dog bemærkes, at den canadiske dommer i *Amnesty International m.fl. v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces m.fl.*, tilsyneladende ikke var villig til at anerkende, at militærbaser nødvendigvis skulle være omfattet, se afgørelsens præmis 264-266.

⁵⁸ Menneskerettighedsdomstolen har også i andre sager fundet, at en stat har udøvet 'jurisdiktion' uden for eget territorium. Ingen af disse sager indeholder imidlertid utvetydige fortolkningsbidrag. I *Öcalan mod Tyrkiet*, sag nr. 46221/99, afgørelse af 12. marts 2003, konkluderede Domstolen i præmis 93 følgende om tyrkiske agents tilfangetagelse af den kurdiske leder af PKK Abdullah Öcalan i Kenya: "In the instant case, the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft in the international zone of Nairobi Airport. Directly after he had been handed over by the Kenyan officials to the Turkish officials the applicant was under effective Turkish authority and was therefore brought within the "jurisdiction" of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory." Om end denne afgørelse umiddelbart synes at understøtte en dynamisk fortolkning af 'jurisdiktionsbegrebet', al den stund den tyrkiske 'jurisdiktion' udøvedes i Kenya, er den imidlertid ikke helt utvetydig. Retten i *Amnesty International m.fl. v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces m.fl.* udlægger nemlig afgørelsen i den - traditionelle - retning, at Öcalan alene befandt sig inden for Tyrkiets 'jurisdiktion' i Kenya, fordi overdragelsen af ham fandt sted i et fly, der var registreret i Tyrkiet, se *Amnesty International m.fl. v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces m.fl.*, præmis 263.

⁵⁹ For en – mulig – anden opfattelse, se Peter Vedel Kessing: *Den Menneskeretlige regulering af overførsel af fanger under væbnet konflikt* i *Festskrift til Jørn Vestergaard*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2008), s. 315 og 324.

⁶⁰ Se bl.a. *Summary Record of the Hundred and Ninety-Fourth Meeting, U.N. ESCOR Hum. Rts. Comm., 6th Sess., 194th mtg. UN Document, E/CN.4/SR.194 (1950)*, se pkt. 15, 16 og 32ff og gennemgangen i Novak (1993), s. 41.

⁶¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, præmis 109. Menneskerettighedskomitéen har senest gentaget princippet i sin *General Comment No. 31*, se pkt. 10. Se også Novak (1993), s. 42: "When States Parties ... take actions on foreign territory that violate the rights of persons subject to their sovereign authority, it would be contrary to the purposes of the Covenant if they could not be held responsible."

⁶² Domstolen henviste konkret til FN's Menneskerettighedskomité's *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, CCPR/CO/78/ISR, af 21. august 2003, pkt. 11.

⁶³ Se diskussionen i John Cerone: *The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers. The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq*, American Society of International Law Insight (2005). Det er i øvrigt værd at bemærke, at Den Interamerikanske Menneskerettighedskommission tilsyneladende opererer med en temmelig lav tærskel for, hvor meget kontrol der er nødvendig, for at en stat er bundet af sine menneskeretlige forpligtelser i udlandet. I *Alejandro mod Cuba* konkluderede Kommissionen i hvert fald, at Cuba udøvede den fornødne grad af kontrol over to civile passagerfly, der blev skudt ned af det cubanske luftvåben, til, at ofrene på nedskydningsstidspunktet befandt sig inden for Cubas 'jurisdiktion'. Afgørelsen er bemærkelsesværdig, fordi flyene – der ikke var indregistreret på Cuba – befandt sig i internationalt luftrum, og fordi flere af passagererne i flyene ikke var cubanske statsborgere. Dertil kommer, at ligene af ofrene ikke blev bragt til cubansk territorium. Kommissionen fandt ikke desto mindre, at 'agents of the Cuban State, although outside their territory, placed the civilian pilots ... under their authority', se *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Pena & Pablo Morales mod Cuba*, rapport nr. 86/99, sag nr. 11.589, afsagt den 29. september 1999, præmis 25.

⁶⁴ *Lopez Burgos (Uruguay)*, sag nr. 52/1979, afsagt 29. juli 1981, pkt. 12.3. Se også afgørelsen i *Celiberti de Casariego mod Uruguay*, sag nr. 56/1979, afsagt den 29. juli 1981. Se i øvrigt også afgørelsen fra Den Interamerikanske Menneskerettighedskommission i *Coard et al v. United States*, sag nr. 10.951, rapport nr. 109/99, afsagt 29. september 1999, hvor kommissionen fandt, at amerikanske styrker udøvede relevant 'jurisdiktion' over personer, der blev tilbageholdt af amerikanske styrker under den amerikanske invasion af Grenada i 1983.

⁶⁵ *General Comment No. 31 of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, pkt. 10.

⁶⁶ Se også Kessing (2008), s. 316-321.

⁶⁷ Artikel 4, stk. 1.

⁶⁸ Artikel 5, stk. 1.

⁶⁹ Se bl.a. artiklerne 2, 11, 12, 13 og 16.

⁷⁰ *General Comment No. 2, Implementation of article 2 by States Parties*, CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4, af 23. november 2007, se pkt. 16. Se også *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – Dependent Territories*, CAT/C/CR/33/3, 10. december 2004, præmis 4 b.

⁷¹ Omend vendingen "onboard a ship or aircraft registered by a State party" umiddelbart indikerer, at alene *statsejede* skibe og luftfartøjer skulle være omfattet, må det antages, at der henvises til den traditionelle undtagelse for skibe og luftfartøjer, der ikke bare

omfatter statsejede skibe og fartøjer, men også de skibe og fartøjer, der (blot) er registreret i staten.

⁷² Det skal for en god ordens skyld bemærkes, at det på grund af Afghanistans geografi kræver nogen fantasi at forestille sig, at danske skibe skulle finde vej til afghansk territorium.

⁷³ Artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention lyder: 'Ingen må underkastes tortur og ej heller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.'

⁷⁴ Artikel 7 i FN's konvention om civile og politiske rettigheder lyder: 'Ingen må underkastes tortur eller grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. I særdeleshed må ingen uden sit frit afgivne samtykke underkastes medicinske eller videnskabelige eksperimenter.'

⁷⁵ Torturkonventionen indeholder i artikel 1, stk. 1, en definition af tortur, der lyder: 'I denne konvention betyder udtrykket 'tortur' enhver handling, ved hvilken stærk smerte eller lidelse, enten fysisk eller mental, bevidst påføres en person med det formål at fremskaffe oplysninger eller en tilståelse fra denne eller en trediemand, at straffe ham for en handling, som han selv eller en trediemand har begået eller mistænkes for at have begået, eller at skræmme eller lægge tvang på ham eller en trediemand, eller af nogen grund baseret på nogen form for forskelsbehandling, når en sådan smerte eller lidelse påføres af eller på opfordring af en offentlig ansat eller en anden person, der virker i embeds medfør eller med en sådan persons samtykke eller indvilligelse. Smerte eller lidelse, der alene er en naturlig eller tilfældig følge eller del af lovlige sanktioner, er ikke omfattet.' Forbuddet i Torturkonventionen mod grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf fremgår af konventionens artikel 16.

⁷⁶ Se i den forbindelse artikel 4 i Torturkonventionen, hvoraf fremgår, at 'Enhver deltagende stat skal sikre, at enhver torturhandling er strafbar i overensstemmelse med straffelovgivningen ... Enhver deltagende stat skal gøre disse handlinger straffbare med passende straf under hensyn til deres alvorlige skade.'

⁷⁷ Se bl.a. afgørelsen fra Krigsforbrydertribunalet for det tidligere Jugoslavien i *The Prosecutor v. Furundzija*, 10. december 1998, Case No: IT-95-17/1-T, præmis 153-154. *Jus cogens* genfindes i artikel 53 i Traktatrets konventionen fra 1969, der lyder: 'A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.' Det er værd at bemærke, at menneskeretlige kontrolorganer i enkelte afgørelser har skelnet mellem henholdsvis 'tortur' på den ene side og 'anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf' på den anden. Det var bl.a. tilfældet i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i *Irland mod Storbritannien*, sag 5310/71, afsagt 18. januar 1978, præmis 163. Der forekommer imidlertid ikke umiddelbart heri at kunne indfortolkes en forskel i den retlige værdi af de forskellige former for mishandling, se også gennemgangen i Sir Elihu Lauterpacht & Daniel Bethlehem: *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, pkt. 224, (2001), se <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/419c75ce4.pdf> (besøgt 1. marts 2008), og FN's Menneskerettighedskomité's *General Comment No. 20, Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, af 10. marts 1992, punkt 4: 'The Covenant does not contain any definition of the concepts covered by article 7, nor does the Committee consider it necessary to draw up a list of prohibited acts or to establish sharp distinctions between the different kinds of punishment or treatment; the distinctions depend on the nature, purpose and severity of the treatment applied', og *General Comment No. 24, Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations*

under article 41 of the Covenant, af 4. november 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, pkt. 8:

“Accordingly, provisions in the Covenant that represent customary international law ... may not be the subject of reservations. Accordingly, a State may not reserve the right to ... subject persons to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”

⁷⁸ Forbuddet mod *refoulement* stammer fra asylretten og flygtningekonventionens artikel 33, stk. 1, hvoraf fremgår, at ‘Ingen kontraherende stat må på nogen måde udvise eller afvise en flygtning ved grænserne til sådanne områder, hvor hans liv eller frihed ville være truet på grund af hans race, religion, nationalitet, hans tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller hans politiske anskuelser.’ Med tiden er princippet om *non-refoulement* imidlertid blevet udvidet til at omfatte enhver udlænding, der står foran udsendelse til tortur og andre alvorlige menneskerettighedskrænkelser i modtagerstaten, se herom også Kim Kjær: *Udsendelse af udlændinge i Udlændingeret*, Lone B. Christensen m.fl., 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2006), s. 743f, og Jens Vedsted-Hansen: *Torturforbud som udsendelsesbegrænsning: Non-refoulementvirkningen af EMRK artikel 3 i EU-ret & Menneskeret 2/1998*, s. 49 ff.

⁷⁹ Se hertil bl.a. FN's Menneskerettighedskomité's *General Comment No. 20*, punkt 9: ‘In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement.’

⁸⁰ *Soering mod Storbritannien*, sag nr. 14038/88, afsagt 7. juli 1989, præmis 91. Domstolen fandt, at Storbritanniens beslutning om at udlevere en tysk statsborger – Soering – til USA med henblik på retsforfølgning for drab udgjorde en krænkelse af personens ret til beskyttelse mod tortur og anden mishandling. Domstolen fandt nemlig, at der var en risiko for, at personen i tilfælde af domfældelse ville blive idømt dødsstraf og derefter bl.a. kunne risikere at måtte vente i årevis på effektueringen af sin straf. Dette såkaldte ‘Death Row Phenomenon’ udgjorde ifølge Domstolen en krænkelse af forbuddet mod tortur og anden mishandling i artikel 3, se afgørelsens præmis 111.

⁸¹ Se bl.a. afgørelserne i sagerne *Cruz Varas m.fl. mod Sverige*, sag nr. 15576/89, afsagt den 20. marts 1991, *Vilvarajah m.fl. mod Storbritannien*, sag nr. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, afsagt den 30. oktober 1991, og *Chahal mod Storbritannien*, sag nr. 70/1995/576/662, afsagt 15. november 1996.

⁸² Se bl.a. FN's Menneskerettighedskomité's afgørelse i *Kindler mod Canada*, sag nr. 470/1991, afsagt 30. juli 1993, og *Chitat Ng. mod Canada*, sag nr. 469/1991, afsagt 5. november 1993. Ligesom artikel 3 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention nævner artikel 7 i FN's konvention om civile og politiske rettigheder ganske vist intet udtrykkeligt om, at en stat skulle være afskåret fra at overdrage en person til tortur eller anden mishandling i en anden stat. For så vidt angår praksis fra FN's Torturkomité, se bl.a. afgørelsen i *Mutombo mod Schweiz*, sag nr. 13/1993, afsagt 27. april 1994, og *Haydin mod Sverige*, sag nr. 101/1997, afsagt 20. november 1998.

⁸³ Se Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i *T.I. mod Storbritannien*, sag nr. 43844/98, admissibility-afgørelse afsagt 7. marts 2000, s. 15: ‘His removal to Germany is however one link in a possible chain of events which might result in his return to Sri Lanka where it is alleged that he would face the real risk of such treatment. The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention.’ Se også FN's Torturkomité's *General Comment No. 1: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, A/53/44*, annex IX, af 21. november 1997, pkt. 2: ‘The Committee is of the view that the phrase ‘another State’ in article 3 refers to the State to which the individual concerned is being expelled, returned or extradited, as well as to any State to which the author may subsequently be expelled, returned or extradited (min fremhævning).’ Se også FN's

Menneskerettighedskomité's *General Comment No. 31*, pkt. 12: "Moreover, the article 2 obligation requiring that States Parties respect and ensure the Covenant rights for all persons in their territory and all persons under their control entails an obligation not to extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, either in the country to which removal is to be effected *or in any country to which the person may subsequently be removed* (min kursivering)."

⁸⁴ Se bl.a. *Chahal mod Storbritannien*, præmis 79-80: "Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society ... The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct ... Article 3 (art. 3) makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 (art. 15) even in the event of a public emergency threatening the life of the nation ... The prohibition provided by Article 3 (art. 3) against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (art. 3) if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged in the event of expulsion ... In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration." For nylig cementerede Domstolen den absolutte karakter af forbuddet mod *refoulement* til tortur og anden mishandling i *Saadi mod Italien*, sag nr. 37201/06, afsagt 28. februar 2008, se bl.a. afgørelsens præmis 141: "Even if, as the Italian and United Kingdom Governments asserted, the terrorist threat has increased since that time (Chahal-afgørelsen, ah), that circumstance would not call into question the conclusions of the *Chahal* judgment concerning the consequences of the absolute nature of Article 3. Se også afgørelsen fra FN's Torturkomité i *Tapia Paez mod Sverige*, sag nr. 39/1996, afsagt 28. marts 1997, præmis 14.5: "The Committee considers that the test of article 3 of the Convention is absolute. Whenever substantial grounds exist for believing that an individual would be in danger of being subjected to torture upon expulsion to another State, the State party is under obligation not to return the person concerned to that State. The nature of the activities in which the person concerned engaged cannot be a material consideration when making a determination under article 3 of the Convention." Se også FN's Menneskerettighedskomité's *General Comment General Comment No. 20*, pkt. 9.

⁸⁵ *Report of the Special Rapporteur on Torture Theo van Boven to the General Assembly, A/59/324*, 23. august 23, pkt. 25-29: "The principle of non-refoulement is an inherent part of the overall absolute and imperative nature of the prohibition of torture and other forms of ill-treatment." Se også Lauterpacht & Bethlehem, pkt. 237: "it is evident that the principle of *non-refoulement* is a fundamental component of the prohibition of torture, etc ... It follows that *non-refoulement* is a fundamental component of the customary prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment." For den absolutte karakter af det sædvaneretlige forbud mod *refoulement* til tortur og anden mishandling, se også samme kilde, pkt. 250: "There is nothing to suggest that the principle in its customary form would differ from the principle in its conventional form." Enkelte kilder indikerer i øvrigt, at forbuddet mod *refoulement* i hvert fald i en flygtningeretlig kontekst skulle have karakter af *jus cogens*, se *The Cartagena Declaration on Refugees of 1984*, afsnit III, pkt. 5: "To reiterate the importance and meaning of the principle of non-refoulement (including the prohibition of rejection at the frontier) as a corner-stone of the international protection of refugees. This principle is

imperative in regard to refugees and in the present state of international law should be acknowledged and observed as a rule of jus cogens.'

⁸⁶ Om end Torturkomitéen og Menneskerettighedskomitéen formulerer bevisskravet en smule anderledes, er der ikke grund til at tro, at sådanne forskelle dækker over materielle forskelle i bevisskravet, se også Lauterpacht & Bethlehem, pkt. 247-248. Samme bevisskrav antages at gælde i sædvaneretten, se også Lauterpacht & Bethlehem, pkt. 249: 'the risk threshold in respect of non-refoulement in a human rights context may best be described as *circumstances in which substantial grounds can be shown for believing that the individual would face a real risk of being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. This reflects the fullest formulation of the threshold articulated in international practice.'

⁸⁷ For så vidt angår praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, se bl.a. *Cruz Varas m.fl. mod Sverige*, præmis 76: 'In determining whether such a risk exists, the assessment must be made primarily with reference to those circumstances which were known or ought to have been known to the extraditing State at the time of the extradition; the Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light at a subsequent point; this may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party or the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears.' For praksis fra FN's Torturkomité, se eksempelvis *Agiza mod Sverige*, sag nr. 223/2003, afsagt 20. maj 2005, præmis 13.2.: 'The Committee observes that this issue must be decided in the light of the information that was known, or ought to have been known, to the State party's authorities at the time of the removal. Subsequent events are relevant to the assessment of the State party's knowledge, actual or constructive, at the time of removal.'

⁸⁸ Se bl.a. *Vilvarajah m.fl. mod Storbritannien*, præmis 111: 'The evidence before the Court concerning the background of the applicants, as well as the general situation, does not establish that their personal position was any worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country. Since the situation was still unsettled there existed the possibility that they might be detained and ill-treated ... A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3 (art. 3). Se også præmis 112: "It is claimed that the second, third and fourth applicants were in fact subjected to ill-treatment following their return ... Be that as it may, however, there existed no special distinguishing features in their cases that could or ought to have enabled the Secretary of State to foresee that they would be treated in this way.' Se også Domstolens afgørelse i *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet*, sag nr. 46827/99 og 46951/99, afsagt 4. februar 2005, præmis 72 og 73: "The Court has noted the applicants' representatives' observations on the information in the reports of international human rights organisations denouncing an administrative practice of torture and other forms of ill-treatment of political dissidents, and the Uzbek regime's repressive policy towards such dissidents. It notes that Amnesty International stated in its report for 2001: "Reports of ill-treatment and torture by law enforcement officials of alleged supporters of banned Islamist opposition parties and movements ... continued ..." However, although these findings describe the general situation in Uzbekistan, they do not support the specific allegations made by the applicants in the instant case and require corroboration by other evidence.'

⁸⁹ Se også Torturkomitéens afgørelse i *Mutombo mod Schweiz*, præmis 9.4: 'Moreover, the belief that 'substantial grounds' exist within the meaning of article 3, paragraph 1, is strengthened by 'the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights', within the meaning of article 3, paragraph 2.'

⁹⁰ Se også Menneskerettighedsdomstolens afgørelse i *Salah Sheekh mod Holland*, sag nr. 1948/04, afsagt 11. januar 2007, præmis 148-149. Se endvidere Torturkomitéens afgørelse i *Haydin mod Sverige*, præmis 6.3: "The Committee must decide ... whether there are substantial grounds for believing that the author would be in danger of being subject to torture upon return to Turkey. In reaching this decision, the Committee must take into account all relevant considerations, pursuant to paragraph 2 of article 3, including the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights. The aim of the determination, however, is to establish whether the individual concerned would be personally at risk of being subjected to torture in the country to which he or she would return. It follows that the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a particular person would be in danger of being subjected to torture upon his return to that country; specific grounds must exist that indicate that the individual concerned would be personally at risk. Similarly, the absence of a consistent pattern of gross violations of human rights does not mean that a person cannot be considered to be in danger of being subjected to torture in his or her specific circumstances.'

⁹¹ Se bl.a. igen afgørelsen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i *Vilvarajah m.fl. mod Storbritannien*. I præmis 107: "Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3).'

⁹² Se bl.a. Menneskerettighedsdomstolens afgørelse i *Soering mod Storbritannien*, præmis 100: "As is established in the Court's case-law, ill-treatment, including punishment, must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3). The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.' Se også *Irland mod Storbritannien*, præmis 162.

⁹³ Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i *Shamayev m.fl. mod Georgien og Rusland*, sag nr. 36378/02, afsagt 21. oktober 2005, præmis 338: "In order for a punishment or treatment associated with it to be "inhuman' or "degrading', the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate punishment'. Se også Domstolens afgørelse i *Labita mod Italien*, sag nr. 26772/95, afsagt 6. april 2000, præmis 120, og *Tyrer mod Storbritannien*, sag nr. 5856/72, afsagt 25. april 1978. Domstolen bemærker i præmis 29 og 30: 'it remains true that the suffering occasioned must attain a particular level before a punishment can be classified as 'inhuman' within the meaning of Article 3 (art. 3) ... The Court notes first of all that a person may be humiliated by the mere fact of being criminally convicted. However, what is relevant for the purposes of Article 3 (art. 3) is that he should be humiliated not simply by his conviction but by the execution of the punishment which is imposed on him. In fact, in most if not all cases this may be one of the effects of judicial punishment, involving as it does unwilling subjection to the demands of the penal system ... In the Court's view, in order for a punishment to be 'degrading' and in breach of Article 3 (art. 3), the humiliation or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than that usual element of humiliation referred to in the preceding subparagraph. The assessment is, in the nature of things, relative: it depends on all the circumstances of the case and, in particular, on the nature and context of the punishment itself and the manner and method of its execution.'

⁹⁴ Se bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i *Alidjah-Anyame mod Storbritannien*, sag nr. 39633/98, admissibility-afgørelse af 4. maj 1999: "It observes that the fact that an applicant who is subject to a deportation order may risk imprisonment in

the receiving country cannot *per se* give rise to an issue under Article 3. Furthermore, to the extent that the complaint relates to the severity of the prison sentence which will be imposed by the authorities of the receiving State, it would observe also that it is only in exceptional circumstances that the length of a prison sentence will raise such an issue.’ Se også admissibility-afgørelserne fra Menneskerettighedskommission i *C mod Tyskland*, sag nr. 11017/84, afsagt 13. marts 1986, og *Altun mod Tyskland*, sag nr. 10308/83, afsagt 3. maj 1983. Anderledes vil situationen være, hvis der måtte være risiko for, at en person i tilfælde af overdragelse ville risikere at blive idømt en form for straf, såsom piskning eller anden korporlig afstraffelse, der må anses for at stride mod fælleseuropæiske retstraditioner, se hertil *Jabari mod Tyrkiet*, sag nr. 40035/98, afsagt 11. oktober 2000, præmis 41-42.

⁹⁵ Retten til en retfærdig rettergang genfindes i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6.

⁹⁶ Forbuddet mod dødsstraf genfindes i tillægsprotokol nr. 6 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der blev underskrevet den 28. april 1983 og trådte i kraft den 1. marts 1985, og i tillægsprotokol nr. 13, der blev underskrevet den 3. maj 2002 og trådte i kraft den 1. juli 2003.

⁹⁷ Se bl.a. *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Sir Nicolas Bratza, Bonello and Hedigan*, præmis 14: ‘Article 1 cannot be read as justifying a general principle to the effect that a Contracting State may not surrender an individual unless satisfied that the conditions awaiting him in the country of destination are in full accord with each of the safeguards of the Convention.’

⁹⁸ *Soering mod Storbritannien*, præmis 113: ‘The Court does not exclude that an issue might exceptionally be raised under Article 6 (art. 6) by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country.’

⁹⁹ *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet*, præmis 91: ‘Although ... there may have been reasons for doubting at the time that they would receive a fair trial in the State of destination, there is not sufficient evidence to show that any possible irregularities in the trial were liable to constitute a flagrant denial of justice ...’

¹⁰⁰ *Mohammed Ali Hassan Al-Moayad mod Tyskland*, sag nr. 35865/03, admissibility-afgørelse, afsagt den 20. februar 2007, præmis 100. ‘The Court reiterates that it cannot be ruled out that an issue might exceptionally arise under Article 6 of the Convention by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country.’

¹⁰¹ Se den britiske Special Immigration Appeals Commission: *Omar Othman (aka Abu Qatada) v. Secretary of State for the Home Department*, afsagt 26. februar 2007, præmis 452: ‘Of course, the nature or gravity of the deficiencies required to show a total denial of a fair trial is not capable of precise definition. But the concept conveys a sense of a trial which overall is largely or essentially indefensible, affronting any true sense of justice or fairness, even though that affront does not have to be so.’ Se også den britiske Special Immigration Appeals Commission: *DD and AS v. The Secretary of State for the Home Department, Appeal No. SC/42 and 50/2005*, afsagt 27. april 2007, præmis 384: ‘ECtHR jurisprudence ... has given very little guidance as to the content of that test, leaving it rather on the basis that when such circumstances arise, they will be recognisable’. Se også den canadiske afgørelse i *Minister of Justice for Canada v. Rodolfo Pacificador (Canada v. Pacificador)*, Court of Appeal for Ontario, sag nr. C32995, afsagt 1. august 2002.

¹⁰² *Al-Moayad mod Tyskland*, præmis 101: ‘A flagrant denial of a fair trial, and thereby a denial of justice, undoubtedly occurs where a person is detained because of suspicions that he has been planning or has committed a criminal offence without having any access to an independent and impartial tribunal to have the legality of his or her

detention reviewed and, if the suspicions do not prove to be well-founded, to obtain release.'

¹⁰³ Ibid., "In the Court's view, the right to a fair trial in criminal proceedings, as embodied in Article 6, holds a prominent place in a democratic society. Even the legitimate aim of protecting the community as a whole from serious threats it faces by international terrorism cannot justify measures which extinguish the very essence of a fair trial as guaranteed by Article 6.'

¹⁰⁴ Danmark ratificerede protokollen den 1. december 1983.

¹⁰⁵ Danmark ratificerede protokollen den 28. november 2001.

¹⁰⁶ Se Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols admissibility-afgørelse i *Nivette mod Frankrig*, sag nr. 44190/98, afsagt den 3. juli 2001, s. 3.

¹⁰⁷ Se også Kessing (2008), s. 320: "EMD ses endnu ikke at have taget stilling til, om det praksisbestemte forbud mod at tilbagelevere en person til tortur forpligter deltagerstater, når de handler uden for eget territorium. Men der må antages at være en formodning herfor, idet EMD har fastslået, at konvention *som helhed* ... finder anvendelse ekstraterritorialt (min kursivering)." Se endvidere Committee on International Human Rights of the Association of the Bar of the City of New York and The Center for Human Rights and Global Justice, New York University School of Law, *Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to "Extraordinary Renditions"*; New York, 29. oktober 2004, s. 48 og s. 59, der når samme resultat ved at fortolke rækkevidden af forbuddet mod refolement i henholdsvis Torturkonventionen og FN's konvention om civile og politiske rettigheder, og tilsyneladende også Lauterpacht & Bethlehem, pkt. 251.

¹⁰⁸ Se *Concluding Observations of the Human Rights Committee, United States of America*, CCPR/C/USA/CO/3, 27. juli 2006, præmis 16.

¹⁰⁹ *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture, United States of America*, CAT/C/USA/CO/2, 25. juli 2006, præmis 20.

¹¹⁰ *Behrami mod Frankrig*, sag nr. 71412/01, og *Saramati mod Frankrig, Tyskland og Norge*, sag nr. 78166/01, afsagt 2. maj 2007.

¹¹¹ Domstolen afgjorde sagen på baggrund af reglerne om internationale organisationers ansvar, se præmis 121. Det ledte Domstolen til følgende konklusioner: "The Court considers that the key question is whether the UNSC retained ultimate authority and control so that operational command only was delegated (præmis 133). The Court considers it essential to recall at this point that the necessary ... donation of troops by willing TCNs means that, in practice, those TCNs retain some authority over those troops ... and certain obligations in their regard ... NATO's command of operational matters was not therefore intended to be exclusive, but the essential question was whether, despite such TCN involvement, it was "effective" (præmis 138). The Court is not persuaded that TCN involvement, either actual or structural, was incompatible with the effectiveness (including the unity) of NATO's operational command ... That TCNs provided materially for their troops would have no relevant impact on NATO's operational control. It was not argued that any NATO rules of engagement imposed would not be respected. National command (over own troops or a sector in Kosovo) was under the direct operational authority of COMKFOR (præmis 139). ... even if the UN itself would accept that there is room for progress in co-operation and command structures between the UNSC, TCNs and contributing international organisations ... the Court finds that the UNSC retained ultimate authority and control and that effective command of the relevant operational matters was retained by NATO (præmis 140). In such circumstances, the Court observes that KFOR was exercising lawfully delegated Chapter VII powers of the UNSC so that the impugned action was, in principle, "attributable" to the UN ... (præmis 141)".

¹¹² Se også Aurel Sari: *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, Human Rights Law Review, Vol. 8, nr. 1 (2008), s. 151-170.

¹¹³ Se bl.a. kritikken i artiklen i forrige note.

¹¹⁴ Det fremgår ikke af artikel 3 i Torturkonventionen, om bestemmelsen kan finde anvendelse uden for en kontraherende stats eget territorium. Og det er derfor også uklart, om bestemmelsen har samme geografiske rækkevidde som de bestemmelser i konventionen, der forpligter en stat på 'ethvert territorium under dets jurisdiktion', og som jf. diskussionen i afsnit 4.1.4., derfor også forpligter staten, når denne udøver 'effektiv kontrol' over fremmed territorium eller udøver myndighed med samtykke eller efter invitation fra værtsstatens myndigheder eller myndighed på statens ambassader eller konsulater eller om bord på fartøjer eller skibe, der enten er registreret i staten eller bærer statens flag, og på militærbaser/i militærlejre. Som det bemærkes i Congressional Research Service Report for Congress: *Renditions: Constraints Imposed by Laws of Torture*, Updated October 12, 2007, s. 15, så er "The territorial scope of CAT Article 3 ... a matter of debate". Der synes imidlertid at være god grund til at fortolke artikel 3 på denne måde. En mere indskrænkende fortolkning af bestemmelsens anvendelsesområde passer i hvert fald ikke særlig godt med konventionens grundlæggende bestræbelser på at eliminere enhver form for tortur. På samme måde indikerer konventionens bemærkninger om, at 'ingen omstændigheder af nogen art ... kan påberåbes til retfærdiggørelse af tortur' og konventionens krav til staterne om at sikre, at tortur gøres strafbar i deres lovgivning, uanset hvor den udøves, klart, at en stat aldrig vil kunne være berettiget til at bidrage til udøvelsen af tortur, selvom denne ikke udøves på statens eget territorium men i en anden stat. Se også *Renditions: Constraints Imposed by Laws of Torture*, Updated October 12, 2007, s. 17. Endelig skal det også erindres, at FN's Torturkomité som tidligere berørt jo har kritiseret, at USA - efter Komitéens opfattelse - agerer, som om forbuddet mod *refoulement ikke* skulle gælde uden for deres respektive territorier.

¹¹⁵ Diplomatiske aftaler om minimumsbehandling, der kan antage mange former, har været brugt i mange år, men de er især blevet populære efter terrorangrebene den 11. september 2001, hvor flere stater har forsøgt at gøre brug af diplomatiske aftaler for at komme af med uønskede udlændinge. Aftalerne er således først og fremmest blevet brugt i sager, hvor en stat ønsker at udvise eller udlevere en udlænding, der anses for at udgøre en fare for statens sikkerhed. Diplomatiske aftaler anvendes imidlertid også i stigende grad i sager, hvor en stat ønsker at udsende afviste asylansøgere, se gennemgangen i Human Rights Watch: *'Diplomatic Assurances' against Torture, Questions and Answers*, november 2006.

¹¹⁶ Se gennemgangen i Amnesty International: *Afghanistan: Detainees Transferred to Torture: ISAF Complicity?*, s. 20f.

¹¹⁷ Se henvisningen i note 1. Diplomatiske aftaler om minimumsbehandling af overførte personer kan enten være individuelle - hvis de er forhandlet med henblik på overførsel af en konkret person - eller kollektive - hvis de er forhandlet med henblik på en stats generelle overførsel af personer til en anden stat. Den danske aftale med de afghanske myndigheder vedrører enhver person, som de danske styrker måtte overdrage til de afghanske myndigheder, og må følgelig karakteriseres som en kollektiv aftale.

¹¹⁸ De fleste af de foreløbige sager om diplomatiske aftaler om minimumsbehandling vedrører overdragelsen af personer, der har været mistænkt for terrorrelaterede aktiviteter, hvor den overdragende stat har begrundet sin beslutning om at overdrage personen med, at den er nødvendiggjort af statens internationale forpligtelser i kampen mod international terrorisme. Den svenske regering henviste eksempelvis som begrundelse for sin beslutning om at overdrage en egyptisk statsborger til Egypten i 2001 til indholdet af resolution 1373 vedtaget i FN's Sikkerhedsråd den 28. september 2001, hvori Sikkerhedsrådet bl.a. pålægger stater at sørge for, at deres territorium ikke anvendes som 'safe haven' for de personer, der finansierer, planlægger, støtter eller begår terrorhandlinger, og endvidere henstiller til, at stater undgår, at

flygtningebestemmelserne misbruges af sådanne personer, se *Agiza mod Sverige*, præmis 4.9. Se også den svenske regerings bemærkninger i sagen *Attia mod Sverige*, sag nr. 199/2002, afgørelse af 24. november 2003, fra FN's Menneskerettighedskomiteé, præmis 4.4.

¹¹⁹ Som Europarådets Menneskerettighedskommissær Alvaro Gil-Robles har bemærket: "The weakness inherent in the practise of diplomatic assurances lies in the fact that where there is a need for such assurances, there is clearly an acknowledged risk of torture or ill-treatment ...", se *Report by Mr. Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on His Visit to Sweden, 21-23 April 2004*, Council of Europe, CommDH (2004)13, pkt. 19.

¹²⁰ Se bl.a. Human Rights Watch's publikationer: "*Empty Promises*", *Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2004, Vol. 16, No. 4 (D), *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2005, Vol. 17, No. 4 (D), *Cases Involving Diplomatic Assurances against Torture, Developments since May 2005*, January 2007, No. 1, *The "Stamp of Guantanamo"*, March 2007, Vol. 19, No. 2 (D), se særligt s. 11, og *Application No. 2847/06: Ismoilov and Others v. Russia*, July 2007, No. 2. Se også Amnesty International: *Diplomatic Assurances - No protection against torture and ill-treatment*, 2005, se <http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT40/021/2005> (besøgt 1. marts 2008).

¹²¹ Human Rights Watch: *'Diplomatic Assurances' against Torture, Questions and Answers*, s. 3: "It is highly unlikely, that these governments, which persistently breach the international ban on torture, would keep their promises not to torture a single individual."

¹²² Ibid.: "Part of what make such promises worthless is the nature of torture itself. Torture is criminal activity of the most serious kind. It is practised in secret using techniques that often defy detection. In many countries, medical personnel in detention facilities monitor the abuse to ensure that the torture is not easily detected."

¹²³ Ibid.: "Detainees subjected to torture are often afraid to complain to anyone about the abuse for fear of reprisals against them or their family."

¹²⁴ Ibid., s. 4: "The sending government has no incentive to find that torture or ill-treatment occurred because by doing so it would be admitting that it had breached its absolute obligation not to return anyone to a risk of torture."

¹²⁵ *Statement of the UN Special Rapportuer on Torture Manfred Nowak to the 2nd Session of the UN Human Rights Council, Geneva, 20. september 2006*: 'diplomatic assurances ... undermine existing obligations of States to prohibit torture, are ineffective and unreliable in ensuring the protection of returned persons, and therefore shall not be resorted to by States.'

¹²⁶ *Statement by UN Commissioner for Human Rights Louise Arbour to the Council of Europe's Group of Experts on Human Rights and the Fight against Terrorism, March 29-31, 2006*: 'I strongly share the view that diplomatic assurances do not work as they do not provide adequate protection against torture and ill-treatment.'

¹²⁷ Forfatteren slutter herved op om følgende udsagn i *Torture by Proxy*, s. 85: "Arguably, a receiving state's diplomatic assurance could be one of the "relevant conditions" to be taken into account under CAT Article 3 in the determination of whether there are substantial grounds to believe that an individual is "in danger of" torture upon transfer to a receiving state."

¹²⁸ *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet*, se præmis 76-77. Det skal bemærkes, at det ikke er helt klart, hvilken vægt Domstolen tillægger den stillede garanti. Se også *Nivette mod Frankrig*.

¹²⁹ Se *Al-Moayad mod Tyskland*, præmis 71: "In the light of the foregoing, the Court considers that in the circumstances of the present case the assurance obtained by the

German Government was such as to avert the risk of the applicant's being subjected to interrogation methods contrary to Article 3 following his extradition.'

¹³⁰ *Attia mod Sverige*, se præmis 12.3.

¹³¹ *Chahal mod Storbritannien*, præmis 105, lyder: "Although the Court does not doubt the good faith of the Indian Government in providing the assurances mentioned above ... it would appear that, despite the efforts of that Government, the NHRC and the Indian courts to bring about reform, the violation of human rights by certain members of the security forces in Punjab and elsewhere in India is a recalcitrant and enduring problem. *Against this background*, the Court is not persuaded that the above assurances would provide Mr Chahal with an adequate guarantee of safety (min kursivering)'. Se også *Soering mod Storbritannien* og afgørelsen fra FN's Menneskerettighedskommission i *Alzery mod Sverige*, sag nr. 1416/2005, afsagt 6. november 2006, og afgørelserne fra FN's Torturkomité i *Petit mod Aserbajdjan*, sag nr. 281/2005, afsagt 5. juni 2007, og *Agiza mod Sverige*.

¹³² *Saadi mod Italien*, se præmis 148: "The weight to be given to assurances from the receiving State depends, in each case, on the circumstances obtaining at the material time.'

¹³³ Supreme Court of Canada, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, afsagt 11. januar 2002, præmis 125: "In evaluating assurances by a foreign government, the Minister may also wish to take into account the human rights record of the government giving the assurances, the government's record in complying with its assurances, and the capacity of the government to fulfil the assurances ...'

¹³⁴ *Omar Othman*, se bl.a. præmis 360: "The existence of the MOU and monitoring arrangements significantly reinforce the conclusion that there would be no real risk of ill-treatment in detention up to the conclusion of the trial.' Se også præmis 516: "Accordingly, we take the view that in detention before and after trial, or in questioning after an acquittal, the MOU and monitoring would reduce the risks which the Appellant would face. If, without the MOU, there were real risks of treatment which breached Article 3, the MOU would reduce the risk sufficiently for removal of the Appellant not to breach the UK's obligations.' Se også den udførlige diskussion af den diplomatiske aftale i præmis 490-521.

¹³⁵ *DD and AS*, præmis 371: "We do not therefore have the confidence which we need to have, for the return of the Appellants not to breach the UK's international obligations. In short there is too much scope for something to go wrong, and too little in place to deter ill-treatment or to bring breaches of the MOU to the UK's attention.' For andre nationale afgørelser, se også *The Government of the Russian Federation v. Akhmed Zakaev*, Bow Street Magistrates' Court, afsagt 13. november 2003, og gennemgangen i Human Rights Watch, *Application No. 2847/06: Ismoilov and Others v. Russia*.

¹³⁶ Se *Interim Report submitted by the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Theo van Boven, in accordance with Assembly resolution 58/164 of 22 December 2003*, 1. september 2004, pkt. 30. Rapportørens bemærkninger lå i tråd med hans tilsvarende bemærkninger i *Interim Report of the Special Rapporteur on Torture, Theo Van Boven, to the General Assembly, A/57/173*, 2. juli 2002, se pkt. 35.

¹³⁷ Security Council Counter-Terrorism Committee: *Briefing by Vice Chairman Sir Nigel Rodley, June 19, 2003*, pkt. 12.

¹³⁸ *Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Sweden*, CCPR/C/74/SWE, 24. april 2002, pkt. 12.

¹³⁹ Se også den tilsvarende kritik af New Zealand i *Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of New Zealand*, CCPR/CO/75/NZL, 7. august 2002, pkt. 22: "The Committee is concerned about ... the absence of monitoring mechanisms with regard to

the expulsion of those suspected of terrorism to their countries of origin which, despite assurances that their human rights would be respected, could pose risks to the personal safety and lives of the persons expelled.'

¹⁴⁰ *Soering mod Storbritannien*, se præmis 97-99.

¹⁴¹ *Chahal mod Storbritannien*, sammenhold præmisserne 37, 89 og 104-105.

¹⁴² *Akhmed Zakaev*, se bl.a. dommerens bemærkninger under Section 6 (1) (d): "The Deputy Minister responsible for Russian prisons ... gave me an assurance that Mr Zakaev would come to no harm whilst he was detained in a Russian Ministry of Justice institution. I am sure that he gave that assurance in good faith. I do, however, consider it highly unlikely that the Minister would be able to enforce such an undertaking, given the nature and extent of the Russian prison estate. I consider that such a guarantee would be almost impossible in any country with a significant prison population. I was also concerned as to the type of institution to which the defendant would be sent. Although the Minister indicated that he would be detained in a Ministry of Justice institution, another witness eventually confirmed that the decision could be taken by the Prosecutor who could choose to place Mr Zakaev in an institution run by the FSB." Se også *Suresh v. Canada*, præmis 125. Se også bemærkningerne af FN's Torturkomité i *Activities of the Committee against Torture pursuant to article 20 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or degrading Treatment or Punishment, Summary account of the results of the proceedings concerning the inquiry on Turkey*, A/48/44/Add.1, 15. november 1993, pkt. 39: "Torture may in fact be of a systematic character without resulting from the direct intention of a Government. It may be the consequence of factors which the Government has difficulty in controlling, and its existence may indicate a discrepancy between policy as determined by the central Government and its implementation by the local administration. Inadequate legislation which in practice allows room for the use of torture may also add to the systematic nature of this practice.'

¹⁴³ *Mamatkulov and Askarov mod Tyrkiet*, præmis 76-77.

¹⁴⁴ Se bl.a. *Omar Othman*, præmis 501: "This is an agreement which we accept has been supported and agreed to not just at the highest level but also by the GID which has to operate within it. It is not a mere piece of paper which some ordinary official could sign and then leave others to ignore, hoping that that was enough to satisfy an old friend.'

¹⁴⁵ *Ibid.*, præmis 364: "We take the view that in general the command structure within the GID is quite good, that the senior officers are aware of what happens and would take steps in this particular case to keep themselves out of trouble by ensuring that orders were obeyed, and that would follow down the military hierarchy. If however, the position is that the abuses are the work of rogue officers disobeying orders, the specific and unusual position of the Appellant and the effect of the MOU would lead to senior officers ensuring, even if only in their own interests, that orders were more effectively obeyed by the rogues whom they are likely to be aware of.'

¹⁴⁶ *Al-Moayad mod Tyskland*, præmis 68: "In assessing the effectiveness of the assurance given by the requesting State to avert the risk of the applicant being ill-treated, the Court also attaches importance to the fact - which is uncontested by the applicant - that to date it has not been Germany's experience that assurances given to them in the course of proceedings concerning extraditions to the USA are not respected in practice or that the suspect is subsequently ill-treated in US custody.' Se også præmis 104: "The Court further attaches importance to ... their long standing experience of extraditions to the USA, and in particular to the fact that the assurances given to them up to that point had been respected in practice.' Se også *Suresh v. Canada*, præmis 125.

¹⁴⁷ *Agiza mod Sverige*, præmis 13,5, lyder bl.a.: 'the breach by Egypt of the element of the assurances relating to guarantee of a fair trial, which goes to the weight that can be attached to the assurances as a whole.'

¹⁴⁸ Se bl.a. *Omar Othman*, præmis 362: "The Jordanian Government would have a specific interest in not being seen by the UK Government or the public in Jordan in this case as having breached its word, given to a country with which it has long enjoyed very good relations.' Se også præmis 503: "The depth and range of interests which form the long standing and friendly bilateral relationship mean that the two Governments each have an interest in preventing a breach, to avoid reducing those interests or making co-operation more difficult. Jordan has a real interest in maintaining co-operation on counter-terror matters as does the UK. Importantly however, the UK also has a very real concern that it should be able to remove foreign nationals without breaching their rights under Article 3, and a failure with Jordan in this first Jordanian and highly publicised case would be a major setback to that process, whether a return was sought to Jordan or elsewhere. Jordan would have a real incentive to avoid being seen as a country which in bilateral arrangements could be seen to have broken its word.'

¹⁴⁹ *DD and AS*, se bl.a. præmis 370: "There is not yet the range of contacts or years of experience of dealing with each other at many different and friendly levels, or the depth of other links between Libya and the UK which would make the diplomatic path predictable, and the operation of the bilateral relationship clearly understood. The scope for misunderstandings, counter-measures, and bargaining are greater than they would be with a longer friendly diplomatic relationship. We accept that Libya places great store by its relationship with the UK ... How Libya would use those relations in a dispute with the UK is unclear, but the length of the friendly relationship is comparatively short for clarity about how Libya would see its own self interest.'

¹⁵⁰ *Ibid.*, se bl.a. præmis 346: "In our view, there is still an important element of unpredictability about what Colonel Qadhafi may say or do.' Se også præmis 355: "the particular events which might cause Colonel Qadhafi or the heads of the security organisations to take action which ... risked a breach of Article 3 in relation to the Appellants, are unpredictable.'

¹⁵¹ *Ibid.*, se bl.a. præmis 368: "As the trial of the Bulgarian medics shows, the regime can be impervious to major international pressure, and may even take strongly against it. This somewhat limits the availability of publicity or a fear of publicity as a means of bringing about compliance or redress. There are no domestic political bodies or considerations in Libya which would assist. "

¹⁵² Se også *Suresh v. Canada*, præmis 125.

¹⁵³ *Chahal mod Storbritannien*, præmis 105.

¹⁵⁴ *Ibid.*, sammenhold præmis 101 og 105.

¹⁵⁵ *Omar Othman*, præmis 498: "Turning to the effectiveness of the MOU and monitoring arrangements here, it is necessary to consider the political situation to which this Appellant would return ... Although Jordan is not a functioning democracy, it does have some features of public institutional life which assist to reduce the risk to this Appellant. It has a degree of press freedom, foreign satellite broadcasts, and some freedom of assembly for those critical of the Government. Parliament is not wholly toothless and can raise issues which are of concern. So there are other bodies which can react to what may happen or be alleged in respect of the Appellant. That is not unimportant in judging the way in which the Appellant would be treated, why the Jordanians might wish to avoid allegations of breaches of the monitoring arrangements and how they might be dealt with if made. Indeed, NGOs have some ability to operate within Jordan and their scepticism about the Centre would not necessarily lead them to ignore what was said to be happening.'

¹⁵⁶ *DD and AS*, se bl.a. præmis 301: "Torture is extensively used against political opponents among whom Islamist extremists and LIFG members are the most hated by the Libyan Government, the Security Organisations and above all by Colonel Qadhafi ... The holding of political prisoners, who could include Islamist extremists, in conditions

which breach Article 3 ECHR, incommunicado and in several instances without trial for many years, is a disfiguring feature of Libyan justice and punishment.' Se også præmis 354: "the past and current practices of the regime and its security organisations show that violence and human rights abuses are regarded as legitimate, even necessary, weapons to be deployed to protect the regime or to punish opponents. There is no institutional or personal rejection of such acts when used to those ends."

¹⁵⁷ Se eksempelvis FN's opdaterede *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* fra 30. august 1955 eller FN's *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, vedtaget i FN's Generalforsamling ved resolution 43/173 den 9. december 1988.

¹⁵⁸ *Omar Othman*, præmis 485: "If the Appellant were convicted, he would serve his sentence in an ordinary prison such as Jweideh and not a GID facility. An ordinary inmate would experience uncomfortable and unpleasant conditions at times, sometimes with inadequate food, water and sanitation. No doubt he could at times experience some harshness, even beatings, from the guards. However, these general conditions would not reach the high level required for a breach Article 3, and were not said to do so.'

¹⁵⁹ *Agiza mod Sverige*, præmis 13.4., lyder bl.a.: "The Committee considers at the outset that it was known, or should have been known, to the State party's authorities at the time of the complainant's removal that Egypt resorted to consistent and widespread use of torture against detainees, and that the risk of such treatment was particularly high in the case of detainees held for political and security reasons.'

¹⁶⁰ *Omar Othman*, præmis 357: "We also add that the GID already has investigated the offences for which the Appellant would be retried, and has obtained incriminating evidence sufficient to lead to convictions in the past. No other defendants are being retried. This is likely to reduce the need it might otherwise feel to ill-treat someone in detention in order to mount a case against them.

¹⁶¹ *Akhmed Zakaev*, se bemærkninger under Section 6 (1) (d).

¹⁶² *Omar Othman*, præmis 355-356: "Regardless of the MOU, his return and subsequent treatment would be a matter of intense local and international media interest and scrutiny ... If he were to be tortured or ill-treated, there probably would be a considerable outcry in Jordan, regardless of any MOU. The likely inflaming of Palestinian and extremist or anti-Western feelings would be stabilising for the Government. The Jordanian Government would be well aware of that potential risk and, in its own interests, would take steps to ensure that that did not happen.'

¹⁶³ Se bl.a. *Agiza mod Sverige*, præmis 13.4.

¹⁶⁴ *Omar Othman*, præmis 361: "It would be the fact of the monitoring visits, as much as anything, as a point of contact and communications between the Applicant and the outside world, which would be a further deterrent to any ill-treatment, and as an incentive for the Government to be seen to comply with the obligations it has undertaken.' Se også *DD and AS*, præmis 325: "The tasks of the body are to visit those returned and especially those detained, to observe them, and interview them, to enquire about them, to insist on seeing them and knowing of their whereabouts, and to report candidly if privately to both states. The fulfilment of those tasks, together with the diplomatic response which any report of concern would generate, should act as some deterrent to abuse, before it acts as a means of obtaining redress.'

¹⁶⁵ *DD and AS*, se bl.a. præmis 371: "We have to bear in mind that the monitoring system is intended to deter and check on potential breaches which can occur quite quickly, and to alert the UK's diplomats to the problem rapidly.' Det skal i den forbindelse bemærkes, at det i praksis ofte er lettere at verificere, om en aftale om ikke at underkaste en overdraget person dødsstraf eller en uretfærdig rettergang overholdes, end om en aftale om ikke at torturere en overdraget person overholdes, se hertil bl.a. *Suresh v. Canada*, præmis 124: "A distinction may be drawn between assurances given by a state that it will

not apply the death penalty (through a legal process) and assurances by a state that it will not resort to torture (an illegal process). We would signal the difficulty in relying too heavily on assurances by a state that it will refrain from torture in the future when it has engaged in illegal torture or allowed others to do so on its territory in the past. This difficulty becomes acute in cases where torture is inflicted not only with the collusion but through the impotence of the state in controlling the behaviour of its officials. Hence the need to distinguish between assurances regarding the death penalty and assurances regarding torture. The former are easier to monitor and generally more reliable than the latter.'

¹⁶⁶ Se eksempelvis FN's særlige rapportør om torturs retningslinjer herom i *General Recommendations of the Special Rapporteur on torture*, E/CN.4/2003/68, afsnit f og g, og retningslinjerne fra Røde Kors for *How visits by the ICRC can help prisoners cope with the effects of traumatic stress*, af 1. januar 1996.

¹⁶⁷ *Omar Othman*, præmis 513: "What is required are qualities of independence and determination, persistence, a degree of scepticism, a willingness to speak out and not to be intimidated whether by government or others.'

¹⁶⁸ *DD and AS*, se bl.a præmis 328: "The evidence shows that there are real limitations to what the QDF is likely to be able and in part willing to do.' Se også præmis 371: "Above all the risk is not reduced sufficiently by the monitoring system because it is at these times that its limitations would be most evident and felt. We have to bear in mind that the monitoring system is intended to deter and check on potential breaches which can occur quite quickly, and to alert the UK's diplomats to the problem rapidly. The diplomatic pressure which the UK could bring to bear and the responses adverse to Libya's interests which it could deploy, would not be engaged if the monitoring were ineffective to report on possible abuse."

¹⁶⁹ *Omar Othman*, præmis 514: "The training programmes will have given its staff some insight into what to look for in testing whether someone has been tortured in a way which leaves no marks, or is refusing to speak for fear of reprisals.'

¹⁷⁰ *Omar Othman*, se eksempelvis præmis 481: "We accept ... that the UK would warn off the USA from any thoughts of trying to render the Appellant to its detention, that the Jordanians would in this interest have a like interest to that of the UK and would refuse to co-operate and would not let it happen. Indeed we do not see the USA as even trying to render the Appellant in those circumstances.'

¹⁷¹ *Memorandum of Understanding*, artikel 3.

¹⁷² *Ibid.*, artikel 4.

¹⁷³ *Ibid.*, artikel 5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, artikel 6.

¹⁷⁵ *Ibid.*, artikel 7.

¹⁷⁶ *Ibid.*, artikel 8.

¹⁷⁷ *Amendment to the Memorandum of Understanding*, se ændringen til artikel 4.

¹⁷⁸ *Ibid.*, se ændringen til artikel 6.

¹⁷⁹ Artikel 13 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention lyder: 'Enhver, der krænkes i de ved denne konvention anerkendte rettigheder og friheder, skal have adgang til effektiv oprejsning for en national myndighed, uanset om krænkelsen er begået af personer, der handler på embeds vegne.' Artikel 2, stk. 3, i FN's konvention lyder: 'Enhver i denne konvention deltagende stat forpligter sig til: a) at sikre enhver, hvis rettigheder eller friheder efter denne konvention krænkes, adgang til effektive retsmidler herimod, uanset om de personer, der har begået krænkelsen, har handlet i embeds medfør; b) at sikre enhver, der gør krav på sådanne retsmidler, adgang til at få sin ret til disse afgjort af kompetente judicielle, administrative eller lovgivende myndigheder eller af anden i henhold til den pågældende stats retsordning kompetent myndighed samt at videreudvikle mulighederne for at anvende judicielle retsmidler; c) at sikre, at de

kompetente myndigheder tager en klage til følge, når den er fundet berettiget.' Se også Menneskerettighedskomitéens *General Comment No. 20, Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, pkt. 14.

¹⁸⁰ Se *Conka mod Belgien*, sag nr. 51564/99, afsagt 5. februar 2002, præmis 76: 'However, for Article 13 to be applicable, the complaint must also be arguable. In the instant case, the complaints of a violation of Article 3 which the Court declared manifestly ill-founded on 13 March 2001 were not arguable. Accordingly, there has been no violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3.'

¹⁸¹ Se Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i *Kudla mod Polen*, sag nr. 30210/96, afsagt 26. oktober 2000, præmis 152: 'The object of Article 13 ... is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court.'

¹⁸² *Chahal mod Storbritannien*, præmis 151: "In such cases, given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of ill-treatment materialised and the importance the Court attaches to Article 3 (art. 3), the notion of an effective remedy under Article 13 (art. 13) requires independent scrutiny of the claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 (art. 3).

¹⁸³ *Ibid.*: "This scrutiny must be carried out without regard to what the person may have done to warrant expulsion or to any perceived threat to the national security of the expelling State.'

¹⁸⁴ *Agiza mod Sverige*, præmis 13.6., 13.7. og 13.8. lyder bl.a.: 'In the Committee's view, in order to reinforce the protection of the norm in question and understanding the Convention consistently, the prohibition on *refoulement* contained in article 3 should be interpreted the same way to encompass a remedy for its breach ... The nature of *refoulement* is such ... that an allegation of breach of that article relates to a future expulsion or removal; accordingly, the right to an effective remedy contained in article 3 requires, in this context, an opportunity for effective, independent and impartial review of the decision to expel or remove, once that decision is made, when there is a plausible allegation that article 3 issues arise ... While national security concerns might justify some adjustments to be made to the particular process of review, the mechanism chosen must continue to satisfy article 3's requirements of effective, independent and impartial review.' Se også Torturkomitéens afgørelse i *Arkausz Arana mod Frankrig*, sag nr. 63/1997, afsagt 9. november 1999, se præmis 11.5 og 12.

¹⁸⁵ *Suresh v. Canada*, se bl.a. præmis 119: 'Given Canada's commitment to the CAT, we find that the appellant had the right to procedural safeguards ... More particularly, the phrase "substantial grounds" raises a duty to afford an opportunity to demonstrate and defend those grounds. Se også præmis 123: "Where the Minister is relying on written assurances from a foreign government that a person would not be tortured, the refugee must be given an opportunity to present evidence and make submissions as to the value of such assurances.'

¹⁸⁶ Se bl.a. *Conka mod Belgien*, præmis 75: "The scope of the Contracting States' obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint.' Se også *Kudla mod Polen*, præmis 151.

¹⁸⁷ *Conka mod Belgien*, præmis 75: "Nor does the "authority" referred to in that provision necessarily have to be a judicial authority; but if it is not, its powers and the guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so.' Se også *Chahal mod Storbritannien*, præmis 152: "Such scrutiny need not be provided by a judicial authority but, if it is not, the powers and guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective.'

¹⁸⁸ I *Rasul et al. v. Bush*, sag nr. 03-334, 28. juni 2004, konkluderede den amerikanske højesteret, at 12 tilbageholdte personer på Guantanamo har ret til en prøvelse af grundlaget for deres *tilbageholdelse* ved de almindelige amerikanske domstole, selvom militærbasen på Guantanamo ikke er beliggende på amerikansk territorium. Den amerikanske højesteret lagde i sin afgørelse bl.a. vægt på, at sagsøgerne endnu ikke havde haft adgang til en retsinstant, og at de i mere end to år havde været fængslet på territorium, der ganske vist ikke er suverænt amerikansk territorium, men som USA ikke desto mindre udøver eksklusiv jurisdiktion og kontrol over, se præmis 7f.

¹⁸⁹ *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, Addendum, Mission to the United States of America*, 25. oktober 2007, s. 23. Human Rights Watch har bl.a. bemærket følgende om den amerikanske regerings overdragelse af personer på baggrund af diplomatiske aftaler: "The most glaring deficiency ... lies ... in the absence of express provision for procedural guarantees for the person subject to transfer, including any opportunity to challenge the credibility or reliability of diplomatic assurances before an independent judicial body. This deficiency applies with equal force ... to returns from any place of detention within U.S. jurisdiction or effective control, including *Guantánamo Bay* (min kursivering). It is striking that the executive branch and intelligence services have sole discretion for seeking, securing, and determining the reliability and sufficiency of diplomatic assurances ... although the reliability of assurances to protect against torture is central to determining whether a transfer is lawful, there is no provision for judicial review or other independent evaluation of assurances in any transfer effected by the U.S. government based on them. The executive branch essentially decides for itself whether its transfer of a person to the custody of another government is legal. Access to due process is a cornerstone of ... international human rights standards. Human Rights Watch, *Still at Risk*, s. 38f. Se også kritikken i *Torture by Proxy*, s. 90: "even if diplomatic assurances themselves are permissible under international law, the unfettered discretion the Executive Branch exercises in seeking diplomatic assurances and making the unilateral decision to transfer an individual pursuant to those assurances leaves the individual with no due process protection or the safeguard of judicial oversight. This procedural shortcoming likely violates international law. The United States has an obligation to provide detainees in its custody an effective opportunity to challenge the reliability and adequacy of diplomatic assurances. This obligation is grounded in CAT Article 3 and Article 2; and ICCPR Article 7 and Article 2(1)."

¹⁹⁰ Det skete senest i *Saadi mod Italien*, hvor Storbritannien intervenserede i sagen til støtte for den italienske regering. Se præmis 122: "In the light of the foregoing considerations, the United Kingdom argued that, in cases concerning the threat created by international terrorism, the approach followed by the Court in the *Chahal* case (which did not reflect a universally recognised moral imperative and was in contradiction with the intentions of the original signatories of the Convention) had to be altered and clarified. In the first place, the threat presented by the person to be deported must be a factor to be assessed in relation to the possibility and the nature of the potential ill-treatment. That would make it possible to take into consideration all the particular circumstances of each case and weigh the rights secured to the applicant by Article 3 of the Convention against those secured to all other members of the community by Article 2. Secondly, national-security considerations must influence the standard of proof required from the applicant. In other words, if the respondent State adduced evidence that there was a threat to national security, stronger evidence had to be adduced to prove that the applicant would be at risk of ill-treatment in the receiving country. In particular, the individual concerned must prove that it was "more likely than not" that he would be subjected to treatment prohibited by Article 3. That interpretation was compatible with the wording of Article 3 of the United Nations Convention against Torture, which had

been based on the case-law of the Court itself, and took account of the fact that in expulsion cases it was necessary to assess a possible future risk.'

¹⁹¹ *Suresh v. Canada*, præmis 78.