

Processkrift S

Om jurisdiktion og erstatningsansvar

Til

Østre Landsret

I 24. afd.'s sag nr. B-3448-14:

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.
- 19.
- 20.
- 21.
- 22.
- 23.

(

så vidt angår den del af sagen, hvori der ikke er dækning under den meddelte fri proces)

mod

Forsvarsministeriet
(advokat Peter Biering)

INDHOLDSFORTEGNELSE

| | | |
|---------|--|----|
| 1. | INDLEDNING | 4 |
| 2. | SAMMENFATNING | 4 |
| 3. | DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER | 6 |
| 4. | OVERORDNEDE BETRAGTNINGER OM RETSGRUNDLAGET | 9 |
| 5. | GENNEMGANG AF RETSGRUNDLAGET | 11 |
| 5.1 | Ansvarsgrundlaget | 11 |
| 5.1.1 | Ekstraterritorial anvendelse af danske erstatningsretlige regler | 11 |
| 5.1.2 | Tarin-sagen | 12 |
| 5.2 | Jurisdiktion | 13 |
| 5.3 | EMRK | 14 |
| 5.3.1 | EMRK artikel 1 (jurisdiktion) | 14 |
| 5.3.1.1 | Territorial jurisdiktion | 15 |
| 5.3.1.2 | Ekstraterritorial jurisdiktion | 17 |
| 5.3.1.3 | Områdebaseret ekstraterritorial jurisdiktion | 19 |
| 5.3.1.4 | Personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion | 20 |
| 5.3.1.5 | EMD's afgørelse i Al-Skeini (2007) | 21 |
| 5.3.1.6 | EMD's afgørelse i Hassan (2009) | 23 |
| 5.3.1.7 | EMD's afgørelse i Jaloud (2014) | 24 |
| 5.3.2 | EMRK artikel 3 (forbud mod tortur) | 27 |
| 5.3.3 | Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser | 29 |
| 5.3.3.1 | FN's Torturkonvention | 29 |
| 5.3.3.2 | Genève-konventionernes fælles artikel 3 | 30 |
| 5.3.3.3 | Jus cogens | 31 |
| 6. | DANMARK HAVDE IKKE JURISDIKTION | 32 |
| 6.1 | Ikke relevant retspraksis fra EMD | 32 |
| 6.2 | Danmark havde ikke effektiv kontrol over det danske operationsområde (områdebaseret ekstraterritorial jurisdiktion) | 34 |
| 6.2.1 | Ikke jurisdiktion indenfor ydre ring etableret af danske soldater | 37 |
| 6.3 | Danske soldater udøvede ikke fysisk magt og kontrol over sagsøgerne under Operation Green Desert (personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion) | 38 |
| 6.3.1 | Ikke efterfølgende dansk jurisdiktion | 38 |
| 6.4 | Danmark havde ikke påtaget sig udførelsen af myndighedsopgaver, som normalt udføres af irakiske myndigheder, og som indebærer, at det irakiske politis handlinger undervejs og efter Operation Green Desert, kan tilskrives Danmark snarere end Irak (personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion) | 39 |

| | | |
|---------|--|----|
| 7. | INTET GRUNDLAG FOR DANSK ERSTATNINGSANSVAR | 41 |
| 7.1 | Indledende bemærkninger | 41 |
| 7.2 | Nærmere om ansvarsvurderingen | 42 |
| 7.3 | Intet ansvarsgrundlag | 43 |
| 7.3.1 | Danske soldater foretog ikke tilbageholdelser under Operation Green Desert | 43 |
| 7.3.2 | Danske soldater deltog ikke i øvrigt i krænkende behandling af tilbageholdte under Operation Green Desert | 44 |
| 7.4 | Ikke årsagssammenhæng mellem Danmarks deltagelse i Operation Green Desert og de handlinger, som sagsøgerne hævder at have været udsat for | 44 |
| 7.5 | Ikke en adækvat følge af Danmarks deltagelse i Operation Green Desert..... | 45 |
| 7.6 | Danmarks folkeretlige forpligtelser kan ikke føre til et andet resultat..... | 46 |
| 7.6.1 | Sagsøgerne har ikke godtgjort, at de som led i tilbageholdelserne under Operation Green Desert har været udsat for behandling i strid med artikel 3 i EMRK | 46 |
| 7.6.2 | Sagsøgte kan ikke holdes ansvarlig for irakiske styrkers handlinger under Operation Green Desert | 47 |
| 7.6.3 | Der er ikke grundlag for dansk ansvar for medvirken til de irakiske styrkers eventuelle overtrædelse af artikel 3 i EMRK..... | 48 |
| 7.7 | Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser kan ikke føre til et andet resultat..... | 49 |
| 7.7.1 | FN's Torturkonvention | 50 |
| 7.7.1.1 | Sammenfattende..... | 50 |
| 7.7.1.2 | Nærmere om sagsøgte synspunkter..... | 50 |
| 7.7.2 | Geneve-konventionerne | 52 |
| 7.7.3 | Jus cogens | 52 |
| 8. | SAGSØGTE HAR IKKE TILSIDESAT EN UNDERSØGELSESFORPLIGTELSE..... | 53 |

1. INDLEDNING

Denne sag vedrører spørgsmålet om, hvorvidt det danske Forsvarsministerium er erstatningsansvarlig over for 23 irakere som følge af danske styrkers deltagelse i den militære operation, Operation Green Desert, i Irak den 25. november 2004, hvor sagsøgerne angiveligt blev tilbageholdt af irakiske styrker.

Sagen handler altså om, i hvilken udstrækning, der efter dansk ret kan statueres et erstatningsansvar for danske styrkers deltagelse i multinationale militære operationer på fremmed og suverænt territorium, som hviler på mandat fra FN og folketingsbeslutning efter grundlovens § 19, herunder evt. medansvar for andre staters handlinger og/eller undladelser i forbindelse med selvsamme operation.

Dette processkrift har til formål at klarlægge det retsgrundlag, som efter sagsøgtens opfattelse skal benyttes i vurderingen af sagsøgernes påstande om hhv. erstatning og en undersøgelsesforpligtelse.

Processkriftet indeholder i den forbindelse sagsøgtens opfattelse af, hvordan en række centrale spørgsmål om retsgrundlaget skal besvares, herunder især vedrørende jurisdiktion og ansvarsgrundlag. Herudover indeholder processkriftet en beskrivelse af det retlige grundlag for en eventuel undersøgelsesforpligtelse, der vedrører sagsøgernes subsidiære påstand 2.

Der gives derfor i det følgende en kort sammenfatning af sagsøgtens synspunkter. Derefter gennemgås de faktiske omstændigheder i sagen, der efter sagsøgtens opfattelse danner grundlaget for sagens behandling. Dernæst gives en række overordnede betragtninger om retsgrundlaget, hvorefter retsgrundlaget gennemgås nærmere. Endelig redegøres der for, hvordan den foreliggende sag efter sagsøgtens opfattelse bør afgøres.

2. SAMMENFATNING

Sagsøgtens synspunkter i den foreliggende sag kan sammenfattes som følger:

- Sagens materielle spørgsmål, herunder spørgsmålet om tortgodtgørelse, skal behandles efter dansk ret og under inddragelse af gældende internationale retskilder, i det omfang det måtte være relevant.
- I Højesterets dom i UfR 2013, side 2696H (*Tarin-sagen*) om overgivelsen af en afghansk mand til amerikanske styrker, fandt Højesteret, at det var afgørende for vurderingen af Forsvarsministeriets erstatningsansvar, om der i forbindelse med tilbageholdelsen og overgivelsen var noget at *bebrejde* ministeriet.

- Højesteret fandt i *Tarin*-sagen endvidere, at grundreglen i dansk ret om, at personer i myndighedens varetægt skal behandles humant, skulle udfyldes med respekt af Danmarks internationale forpligtelser.
- *Tarin*-sagen adskiller sig imidlertid afgørende fra den foreliggende sag, idet det af *Tarin*-sagen må udledes, at Højesteret ikke fandt anledning til at betvivle, hvorvidt Danmark havde fysisk kontrol over sagsøgeren, og at han derfor var omfattet af dansk jurisdiktion,
- På denne baggrund er det sagsøgtes opfattelse, at Højesterets præmisser i *Tarin*-sagen ikke uden videre kan overføres på den foreliggende sag, men at landsretten i denne sag må starte med at tage stilling til, om danske styrker havde jurisdiktion over de 23 sagsøgere, og om dansk erstatningsrets regler derfor overhovedet finder anvendelse på danske styrkers deltagelse i Operation Green Desert.
- Kun hvis landsretten finder, at sagsøgerne var omfattet af dansk jurisdiktion, kan spørgsmålet om erstatningsbetingelserne efter erstatningsansvarslovens § 26 og reglerne om offentlige myndigheders erstatningsansvar vurderes med udgangspunkt i principperne i *Tarin*-dommen.
- Spørgsmålet om jurisdiktion må efter sagsøgtes opfattelse afgøres på grundlag af jurisdiktionsbegrebet i EMRK artikel 1, som er udviklet gennem omfattende retspraksis, og som i medfør af inkorporeringsloven ”gælder her i landet”.
- Sagsøgte gør gældende, at Danmark ikke havde jurisdiktion over sagsøgerne under Operation Green Desert, jf. EMRK artikel 1, og der er således ikke grundlag for et civilretligt krav om erstatning.
- Hvis landsretten alligevel måtte finde, at Danmark havde jurisdiktion, jf. EMRK artikel 1, er en sådan jurisdiktion begrænset til at omfatte forløbet under Operation Green Desert, hvor danske styrker var til stede.
- Sagsøgernes erstatningspåstand må i så fald – i overensstemmelse med *Tarin*-sagen, jf. ovenfor – bedømmes efter erstatningsansvarslovens § 26 og reglerne om offentlige myndigheders erstatningsansvar fortolket i lyset af Danmarks internationale forpligtelser, herunder EMRK artikel 3.
- Sagsøgte gør i denne forbindelse gældende,
 - at sagsøgte ikke har handlet ansvarspådragende ved deltagelsen i Operation Green Desert,

- at der ikke er årsagssammenhæng mellem danske styrkers deltagelse i Operation Green Desert og de handlinger, som sagsøgerne hævder at have været udsat for af de irakiske styrker, og
 - at den behandling, som sagsøgerne hævder at have været udsat for af de irakiske styrker, ikke er en adækvat følge af danske styrkers deltagelse i operationen.
- Sagsøgte gør endvidere gældende, at Danmarks folkeretlige forpligtelser, herunder EMRK artikel 3, ikke kan føre til et andet resultat.
 - Der er i den forbindelse ikke eksempler fra EMD's retspraksis, hvor en deltagerstat i en sag som den foreliggende er blevet pålagt ansvar for medvirken til en ikke-deltagende stats tilsidesættelse af EMRK på denne stats eget territorium. Det vil derfor også være retsskabende, hvis landsretten måtte finde, at Danmark havde medvirket til en eventuel tilsidesættelse af EMRK artikel 3 begået af irakiske styrker på irakisk territorium.
 - Sagen har en helt særlig karakter, og kan have vidtgående konsekvenser for Danmarks fremtidige deltagelse i internationale militære samarbejder. Landsretten bør derfor tilsvarende udvise en særlig tilbageholdenhed i sin prøvelse af sagen.
 - Samme tilbageholdenhed bør udvises i forbindelse med landsrettens vurdering af retspraksis fra EMD. Der findes således ikke relevante eksempler fra EMD retspraksis angående jurisdiktion i et tredjeland, da Operation Green Desert foregik efter overdragelsen af suveræniteten til den midlertidige irakiske regering, jf. sikkerhedsrådsresolution nr. 1546 (2004). Landsretten bør derfor – i overensstemmelse med bemærkningerne til inkorporeringsloven – være tilbageholdende og ikke gå længere end, hvad retspraksis fra EMD giver grundlag for.

3. DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

Den 8. juni 2004 vedtog FN's sikkerhedsråd resolution nr. 1546 (2004), som markerede afslutningen på USA og Storbritanniens besættelse af Irak.

Resolutionen blev vedtaget i medfør af kapitel VII i FN-Chartret, idet situationen i Irak fortsat blev vurderet som en trussel mod international fred og sikkerhed. Resolutionen støttede dannelsen af en suveræn midlertidig irakisk regering, som senest den 30. juni 2004 skulle overtage det fulde ansvar og myndighed over Irak, jf. resolutionens artikel 1, fra den såkaldte Coalition Provisional Authority – den midlertidige udøvende magt i besættelsesperioden. I samme forbindelse ophørte besættelsen af landet.

.....

Det fremgår endvidere af resolutionen, at den multinationale sikringsstyrke (hvor i Danmark deltog) fortsat skulle være til stede i Irak, og at denne tilstedeværelse havde grundlag i en invitation fra den midlertidige irakiske regering, jf. resolutionens artikel 9.

I den forbindelse fremgår det endvidere, at den multinationale sikringsstyrke skulle *bistå* den midlertidige regering med opretholdelsen af sikkerhed og stabilitet i landet, herunder ved at forhindre og nedbryde terrorangreb, jf. resolutionens artikel 11.

Endelig fremgår det, at den multinationale sikringsstyrke skulle bistå med oplæring, træning, mentoring og monitorering af de irakiske sikkerhedsstyrker, jf. resolutionens artikel 14.

Ved folketingsbeslutning B 42 af 25. november 2004, meddelte Folketinget på grundlag af FN's sikkerhedsråds resolution nr. 1546 (2004) sit samtykke til forlængelse af det danske bidrag i Irak.

Det fremgår af bemærkningerne til beslutningsforslaget, at regeringen bl.a. lagde vægt på, at den multinationale sikringsstyrke var nødvendig for at understøtte og sikre den internationale indsats i Irak, og at oplæringen af de irakiske styrker med henblik på overtagelse af ansvaret for varetagelsen af sikkerhed i landet var en del af de danske styrkers opgave.

Operation Green Desert udgør et konkret eksempel på den opgave, som de danske styrker i medfør af ovenstående var tildelt. Operationen fandt sted den 25. november 2004, og målsætningen var at undersøge fire specifikke operationsmål (CYAN 1, 2, 3 og 4 – hvoraf det sidste mål var opdelt i 4a og 4b) i og omkring den irakiske by Az-Zubayr med henblik på, at de irakiske styrker kunne foretage en såkaldt "search and arrest". I operationen deltog irakiske, britiske og danske styrker.

Operationen opstod på baggrund af initiativ fra de irakiske sikringsstyrker (602 ING BTN) og på grundlag af efterretninger, der var indsamlet af de irakiske styrker. Det var således på baggrund af en irakisk anmodning om dansk støtte, at danske soldater blev involveret i operationen. Den danske deltagelse i operationen var begrundet i den danske bataljons rolle som mentor for de irakiske styrker, og var desuden godkendt af den britiske 4. Armoured Brigade (4. Panserbrigade).

Den britiske 4. Armoured Brigade ændrede i sidste øjeblik af planlægningsfasen ved befalingen, således at alle tilbageholdte skulle føres til Shaiba Logistics Base med henblik på at blive screenet.

De danske styrkers rolle i Operation Green Desert var begrænset til rådgivning i planlægningsfasen, samt til at danne en såkaldt "ydre ring" ved tre af operationsmålene. Danske

.....

.....

soldater havde intet kommandoforhold over de irakiske styrker, og operationen var ledet af de irakiske styrker.

De danske styrkers opgave med at danne en ”ydre ring” indebar, at danske soldater etablerede en ydre perimeterbeskyttelse omkring operationsmålene, således at de irakiske styrker kunne danne en indre perimeter og inden for den indre perimeter foretage gennemsøgninger af huse og tilbageholdelser, hvis nødvendigt.

Formålet med at danne en ”ydre ring” var at sikre, at udefrakommende trusler og forstyrrelser ikke påvirkede de irakiske styrkers arbejde i området inden for den ydre ring. Det vil sige, at de danske soldater, der dannede den ”ydre ring” primært havde deres fokus rettet mod forhold uden for ringen

Det danske militærpoliti deltog i begrænset omfang i gennemsøgningen af huse med henblik på at monitorere og mentorere de irakiske styrkers sikring af beviser og håndtering af eventuelle sprængstoffer. Danske soldater foretog derimod ingen tilbageholdelser.

Undervejs i Operation Green Desert foretog de irakiske styrker 37 tilbageholdelser. De tilbageholdte var alle mistænkt for at udgøre en trussel mod de irakiske styrker og den multinationale sikringsstyrke.

14 af de 37 tilbageholdte blev transporteret til den såkaldte Camp Chindit (også benævnt Akka-basen), inden de blev transporteret videre til Shaiba Logistics Base. Resten af de tilbageholdte blev transporteret direkte til Shaiba Logistics Base. Der indgik ingen danske militære køretøjer i transporten af de tilbageholdte til Camp Chindit og Shaiba Logistics Base, ligesom der ikke var danske soldater til stede på køretøjerne. Transporten af de tilbageholdte foregik derimod enten med irakiske styrkers pick-up trucks eller med irakiske styrkers busser.

På Shaiba Logistics Base gennemførte Royal Dragoon Guards fra den britiske brigade en såkaldt ”screening” af de tilbageholdte under overværelse af den irakiske politienhed Tactical Support Unit (TSU). Den danske bataljon deltog ikke og var ikke på andre måder involveret i dette forløb.

De tilbageholdte blev efterfølgende transporteret af TSU til det irakiske Al Jamiat-fængsel (antageligvis også benævnt Al-Shu’oon) i Basra. De danske styrker var ikke involveret i transporten, ligesom de danske styrker ikke var til stede i fængslet. Det bemærkes i den forbindelse, at Basra by lå helt uden for den danske bataljons operationsområde, dvs. det område, hvor de danske styrker udførte deres militære opgaver.

.....

4. OVERORDNEDE BETRAGTNINGER OM RETSGRUNDLAGET

Den foreliggende sag har en helt særlig karakter, og landsretten bør derfor efter sagsøgtes opfattelse tilsvarende udvise en særlig tilbageholdenhed i sin prøvelse af sagen. Denne opfattelse bygger på en række forhold.

For det første vil det kunne have vidtgående konsekvenser for Danmarks fremtidige muligheder for at deltage i internationale militære samarbejder, hvis landsretten skulle finde, at Danmark uden videre er ansvarlig for handlinger udført af andre stater.

På tidspunktet for Operation Green Desert byggede den danske deltagelse i den multinationale sikringsstyrke, som anført ovenfor, på mandatet i sikkerhedsrådsresolution nr. 1546 (2004), jf. nr. 1511 (2003) og på folketingsbeslutning B 42 af 25. november 2004.

Det er sagsøgtes synspunkt, at de danske styrker i Irak har handlet inden for dette mandat, idet danske soldater har ydet *bistand* til den midlertidige irakiske regering med bl.a. opretholdelsen af sikkerhed. Operation Green Desert udgør et konkret eksempel herpå.

Som det fremgår af sikkerhedsrådsresolutionen nr. 1546 (2004), havde den multinationale sikringsstyrke således navnlig til opgave at bidrage til opretholdelsen af sikkerhed og stabilitet i Irak – et land præget af konflikter og uroligheder – hvilket bl.a. indebærer at forhindre og afværge terrorangreb. Sikringsstyrken havde derudover til opgave at forestå træningen og opbygningen af de irakiske styrker. Det fremgår således af præambelen til resolutionen:

*”Welcoming the beginning of a new phase in Iraq’s transition to a democratically elected government, and looking forward to the **end of the occupation and the assumption of full responsibility and authority by a fully sovereign and independent Interim Government of Iraq** by 30 June 2004 [...]*

*Recognizing also the importance of the **consent of the sovereign Government of Iraq for the presence of the multinational force** and of close coordination between the multinational force and that government, [...]*

*Determining that the situation in Iraq continues to constitute a **threat to international peace and security**,”* (vores fremhævelser)

Det fremgår endvidere af resolutionens operative bestemmelser:

*”10. Decides that the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to **contribute to the maintenance of security and stability in Iraq** in accordance with the letters annexed to this resolution expressing, inter alia, the Iraqi request*

.....

*for the continued presence of the multinational force and setting out its tasks, **including by preventing and deterring terrorism** [...]*

*14. Recognizes that the multinational force will also **assist in building the capability of the Iraqi security forces and institutions, through a programme of recruitment, training, equipping, mentoring, and monitoring** [...]*

*16. **Emphasizes the importance of developing effective Iraqi police, border enforcement, and the Facilities Protection Service, under the control of the Interior Ministry of Iraq, and, in the case of the Facilities Protection Service, other Iraqi ministries, for the maintenance of law, order, and security, including combating terrorism, and requests Member States and international organizations to assist the Government of Iraq in building the capability of these Iraqi institutions***" (vores fremhævelser)

Operation Green Desert var et konkret eksempel på, at Danmark i overensstemmelse med sikkerhedsrådsresolution nr. 1546 (2004) stillede sine militære styrker til rådighed for at bistå de irakiske myndigheder i opbygningen af det irakiske politi.

Dette bør *ikke* medføre, at sagsøgte holdes ansvarlig eller medansvarlig for de handlinger, som blev udført selvstændigt af det irakiske politi, uanset om danske styrker på daværende tidspunkt havde påtaget sig at bistå med oplæringen heraf.

Danmark deltager på nuværende tidspunkt i en række internationale militære samarbejder, herunder f.eks. FN's fredsbevarende styrker i Mali (MINUSMA), FN-missionen i Sydsudan (UNMISS), NATO's træningsindsats i Afghanistan (Resolute Support Mission) og den amerikansk-ledede koalition til bekæmpelse af ISIS (Operation Inherent Resolve).

Fælles for disse militære foretagender er, at Danmark deltager bl.a. med henblik på at forbedre den tilstand og de forhold, der på nuværende tidspunkt er i det pågældende land eller territorium, f.eks. ved at træne soldater eller ved at bidrage i kapacitetsopbygning. Det er en naturlig del heraf, at de fremmede stater, som Danmark bistår, ikke på nuværende tidspunkt lever op til den standard, som Danmark opstiller for sin egen myndighedsudøvelse på eget territorium. Det betyder dog ikke, at Danmark i kraft af sin bistand, skal holdes ansvarlig eller medansvarlig for de fremmede staters handlinger på deres eget territorium.

Hvis landsretten skulle finde, at Danmark som følge af deltagelsen i Operation Green Desert er ansvarlig eller medansvarlig for det irakiske politis handlinger, vil det efter omstændighederne kunne få konsekvenser for nuværende og efterfølgende danske stabiliseringsindsatser og dermed varetagelsen af danske sikkerheds- og udenrigspolitiske interesser.

Det vil f.eks. kunne have væsentlige konsekvenser for muligheden for dansk træning og oplæring af afghanske soldater som led i Resolute Support Mission, hvis det med afsæt i den foreliggende sag etableres, at Danmark på grund af sin rolle i missionen efterfølgende kan holdes ansvarlig eller medansvarlig for handlinger, der udføres af de afghanske soldater.

For det andet er det velkendt fra andre europæiske landes retssystemer, at domstolene udviser tilbageholdenhed i prøvelsen af sager, der involverer spørgsmål af udenrigs- og sikkerhedspolitisk karakter. Der henvises i den forbindelse til den tyske Bundesgerichtshofs dom af 6. oktober 2016 vedrørende Kunduz i det nordlige Afghanistan, jf. nedenfor afsnit 5.1.1, samt den britiske Supreme Courts afgørelse af 17. januar 2017 i sagen Rahmatullah (No 2) mod Ministry of Defence, som udgør eksempler på, at nationale domstole har været tilbageholdende med at statuere ansvar for staten i sager svarende til den foreliggende.

5. GENNEMGANG AF RETSGRUNDLAGET

5.1 Ansvarsgrundlaget

Sagsøgte gør gældende, at den foreliggende sag skal afgøres efter erstatningsansvarslovens § 26 samt principperne i dansk ret om offentlige myndigheders erstatningsansvar.

Efter erstatningsansvarslovens § 26 skal den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person, betale den forurettede godtgørelse for tort.

Det følger derudover af principperne for offentlige myndigheders erstatningsansvar, at erstatningsansvar er betinget af, at der foreligger en ansvarspådragende handling, som har karakter af en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af myndighedens pligter. Det indebærer efter dansk retspraksis, at der skal være tale om klare fejl, jf. bl.a. MAD 2016.149V, UfR 2013, side 2361H, UfR 2010, side 2142H og UfR 2003, side 1331 H.

Der henvises til afsnit 6.3.2 i svarskriftet for en nærmere gennemgang heraf.

5.1.1 Ekstraterritorial anvendelse af danske erstatningsretlige regler

Sagsøgte gør først og fremmest gældende, at dansk rets almindelige erstatningsregler ikke er tiltænkt uden videre at kunne anvendes på dansk militærs handlinger i udlandet.

Der er hverken i forarbejderne til erstatningsansvarslovens § 26 eller i retspraksis støtte for, at f.eks. reglerne om godtgørelse for tort skulle finde anvendelse ekstraterritorielt på danske styrkers handlinger under en militær operation i en konfliktzone. Dette ligger således langt uden for kernen af anvendelsesområdet for både principperne om offentlige myndigheders erstatningsansvar og erstatningsansvarslovens § 26.

Landsretten bør efter sagsøgtes opfattelse være særligt opmærksom herpå.

Der henvises i denne forbindelse til den tyske Bundesgerichtshofs (forbundsdomstolen) dom af 6. oktober 2016 om erstatning for tysk militærs handlinger i Kunduz i det nordlige Afghanistan. Sagen handlede om, hvorvidt den tyske stat var erstatningsansvarlig for bombningen af to af Taleban bortførte tankbiler. Bombningen blev gennemført af amerikanske kampfly efter ordrer fra en tysk kommandør. Den tyske forbundsdomstol fandt, at den tyske stat ikke var erstatningsansvarlig. Som en del af sin afgørelse lagde domstolen til grund, at der ikke efter tysk national ret var grundlag for erstatning, da de tyske erstatningsregler ikke fandt anvendelse på militære handlinger inden for rammerne af en indsats i udlandet.

5.1.2 *Tarin-sagen*

Der findes kun et enkelt eksempel fra retspraksis, hvor danske domstole har taget stilling til spørgsmålet om offentlige myndigheders erstatningsansvar for handlinger udført under en militær operation, der fandt sted uden for Danmarks territorium.

I *Tarin-sagen* havde en afghansk mand anlagt sag mod Forsvarsministeriet med påstand om erstatning for danske styrkers tilbageholdelse og efterfølgende overgivelse af ham til amerikanske styrker. Højesteret udtalte i den forbindelse om ansvarsgrundlaget:

”Om A har krav på erstatning eller godtgørelse af Forsvarsministeriet, skal afgøres efter dansk erstatningsrets regler om myndighedsansvar.” (vores fremhævelse)

Højesteret gik videre til at fastslå, at offentlige myndigheder ikke i situationer som den foreliggende hæfter på objektivt grundlag. Der er således tale om et *culpaansvar*, og det er derfor afgørende, om der er noget at bebrejde myndighederne, f.eks. i forbindelse med tilbageholdelsen eller overgivelsen af en person til fremmede styrker, som led i en militær operation:

”Spørgsmålet er derfor, om der er noget at bebrejde myndighederne i forbindelse med tilbageholdelsen af A eller overgivelsen af ham til de amerikanske styrker. Det må anses for en grundregel i dansk ret, at personer, som er i myndighedernes varetægt, skal behandles humant og ikke udsættes for tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling. Denne adfærdsnorm må i en sag som den foreliggende udfyldes med respekt af Danmarks internationale forpligtelser.” (vores fremhævelser)

Højesteret bemærkede desuden i relation til ovenstående, at der gælder en grundregel i dansk ret, hvorefter person, som er i myndighedens varetægt, skal behandles humant og ikke udsættes for tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling. Denne adfærd-

norm skulle i den pågældende sag udfyldes med respekt af Danmarks internationale forpligtelser.

I relation til de danske styrkers overgivelse af sagsøgeren i den pågældende sag, anførte Højesteret derudover tilsvarende, at et erstatningsansvar afhænger af, om der er noget at bebrejde den offentlige myndighed:

*”Erstatningsansvar for Forsvarsministeriet forudsætter som nævnt, at der er noget at bebrejde de danske myndigheder enten i forbindelse med tilbageholdelsen eller i forbindelse med overgivelsen til de amerikanske styrker. **Ministeriet hæfter ikke på objektivt grundlag for de amerikanske styrkers behandling af overgivne.** Ansvar for overgivelsen forudsætter, at danske myndigheder vidste eller burde vide, at overgivelsen ville indebære en reel risiko for, at de overgivne ville blive udsat for inhuman behandling.” (vores fremhævelse)*

5.2 Jurisdiktion

Selv om det er sagsøgtes overbevisning, at *Tarin*-sagen bør danne udgangspunkt for retsgrundlaget i den foreliggende sag, er der en væsentlig forskel mellem de faktiske omstændigheder i *Tarin*-sagen og i den foreliggende sag.

I *Tarin*-sagen var der ikke nogen tvivl om, at den afghanske statsborger, *Tarin*, blev tilbageholdt af danske styrker og således i en kortere periode var i dansk varetægt, inden de amerikanske styrker overtog kommandoen på målet. Set i lyset af senere praksis fra EMD kan det således i dag lægges til grund, at de danske soldater havde fysisk kontrol over *Tarin*, og at han derfor var omfattet af dansk jurisdiktion.

I den foreliggende sag gør sagsøgte derimod gældende, at de danske soldater *ikke* foretog tilbageholdelse af sagsøgerne. Det er dermed afgørende for en vurdering af erstatningspåstanden i den foreliggende sag, om Danmark overhovedet udøvede jurisdiktion over sagsøgerne. Sagsøgte finder således ikke, at fremgangsmåden i Højesterets dom i *Tarin*-sagen i sin helhed kan overføres på den foreliggende sag, men at landsretten i denne sag i stedet må starte med en vurdering af, om sagsøgerne var underlagt dansk jurisdiktion under Operation Green Desert.

Kun, hvis dette er tilfældet, bør der – i overensstemmelse med *Tarin*-sagen – foretages en vurdering af, om principperne om offentlige myndigheders erstatningsansvar og betingelserne i erstatningsansvarslovens § 26 er opfyldt.

Spørgsmålet om jurisdiktion bør efter sagsøgtes opfattelse bedømmes med udgangspunkt i jurisdiktionsbegrebet i EMRK artikel 1. EMRK udgør således et udviklet regelsæt for vur-

deringen af bl.a. dansk jurisdiktion, og konventionens bestemmelser gælder i kraft af inkorporeringsloven ”her i landet”, jf. straks nedenfor.

Sammenfattende gør sagsøgte gældende, at to betingelser må være opfyldt, hvis sagsøgte skal ifalde erstatningsansvar for danske soldaters deltagelse i Operation Green Desert, nemlig,

- at Danmark havde jurisdiktion, jf. artikel 1 i EMRK, og
- at erstatningsbetingelserne i medfør af erstatningsansvarslovens § 26 og principperne om offentlige myndigheders erstatningsansvar er opfyldt.

Hvis ikke *begge* disse betingelser er opfyldt, er det sagsøgtes opfattelse, at landsretten må frifinde ministeriet for erstatningsansvar over for sagsøgerne.

5.3 EMRK

Sagsøgte finder som nævnt, at EMRK er det relevante regelsæt i dansk ret for vurderingen af, hvorvidt Danmark havde jurisdiktion over sagsøgerne under Operation Green Desert. Tilsvarende udgør EMRK efter sagsøgtes opfattelse en del af vurderingen af, hvorvidt sagsøgte handlet ansvarspådragende over for sagsøgerne.

EMRK er inkorporeret i dansk ret ved lov nr. 285 af 29. april 1992 (inkorporeringsloven), og det fremgår heraf, at konventionens bestemmelser (og tilhørende protokoller og tillægsprotokoller) ”gælder her i landet”.

5.3.1 EMRK artikel 1 (jurisdiktion)

Det fremgår af artikel 1 i EMRK, at deltagerstaterne skal sikre enhver person *under deres jurisdiktion* de rettigheder og friheder, som er nævnt i konventionens afsnit I.

Sagsøgte gør gældende, at den behandling, som sagsøgerne hævder at have været udsat for i forbindelse med de irakiske styrkers tilbageholdelse af sagsøgerne under Operation Green Desert og efterfølgende i det irakiske fængsel i Basra, ikke fandt sted under dansk jurisdiktion.

Jurisdiktionsbegrebet i artikel 1 i EMRK fastlægger konventionens territoriale anvendelsesområde, og det følger heraf, at danske myndigheder ikke kan ifalde ansvar for handlinger, der er foregået uden for dansk jurisdiktion.

Begrebet baserer sig på det almindelige folkeretlige jurisdiktionsbegreb. Selvom konventionens deltagerstater som udgangspunkt kun er forpligtet til at sikre konventionens rettigheder

og friheder for personer på deltagerstaternes eget territorium, har EMD i flere sager fastslået, at konventionens rettigheder undtagelsesvis kan finde anvendelse på deltagerstaternes handlinger under krig på fremmed territorium.

Det drejer sig bl.a. om *Al Skeini & Others v United Kingdom* (55721/07) (herefter ”*Al-Skeini*”), *Hassan v United Kingdom* (29750/09) (herefter ”*Hassan*”), *Jaloud v Netherlands* (47708/08) (herefter ”*Jaloud*”) *Al-Saadoon & Mufdhi* (61498/08) (herefter ”*Al-Saadoon*”) og *Al-Jedda v. United Kingdom* (27021/08) (herefter ”*Al-Jedda*”).

I det følgende gennemgås en række af disse sager. Sagsøgte gør i den forbindelse dog gældende, at de faktiske omstændigheder i de nævnte sager fra EMD adskiller sig væsentligt fra de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, og at den nævnte praksis af den grund ikke er anvendelig herpå, jf. nærmere herom i afsnit 6.1 nedenfor.

5.3.1.1 Territorial jurisdiktion

EMD har i sin praksis slået fast, at rettighederne og frihederne i EMRK som det helt klare udgangspunkt finder anvendelse på personer inden for deltagerstaternes egne territorier. Dette kom til udtryk i bl.a. sagen *Bankovic & Others v. Belgium & Others* (52207/99) (herefter ”*Bankovic*”).

Bankovic-sagen drejede sig om NATO's bombning af (Den Føderale Folkerepublik) Jugoslavien under Kosovokrigen i 1999. Klagerne påberåbte sig konventionens artikel 2, 10 og 13 om hhv. retten til liv, ytringsfrihed og adgang til effektive retsmidler.

De sagsøgte deltagerstater, herunder Danmark, gjorde gældende, at de pågældende personer ikke var under deltagerstaternes jurisdiktion, og at konventionens rettigheder og friheder derfor ikke fandt anvendelse i forhold til klagernes påstand.

Om fortolkningen af begrebet ”*under deres jurisdiktion*” i EMRK artikel 1, udtalte EMD:

“59. As to the ”ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is **primarily territorial**. While international law does not exclude a state's exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States [...]

60. Accordingly, for example, a State's competence to exercise jurisdiction over its own nationals abroad is subordinate to that State's and other States' territorial competence [...] In addition, **a State may not actually exercise jurisdiction on the territory of another without the latter's consent, invitation or acquiescence, unless the former is an occupying State in which case it can be found to exercise jurisdiction in that territory, at least in certain respects [...]** (vores fremhævelser)

EMD fastslog i den forbindelse, at ekstraterritoriale grundlag for jurisdiktion kræver en særlig begrundelse og må betragtes som exceptionelle:

"61. The Court is of the view, therefore, that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case [...]" (vores fremhævelse)

Domstolen støttede dette klare udgangspunkt på den almindelige forståelse af EMRK artikel 1, jf. Traktatretskonventionens artikel 29, forarbejderne til EMRK og deltagerstaternes egen praksis, der viser, at deltagerstaterne ikke selv har opfattet deres handlinger uden for deltagerstaternes territorier under krig, som omfattet af konventionens artikel 1, jf. ovenfor om adgangen til at fravige konventionen i medfør af artikel 15 i EMRK (*Bankovic* pr. 62-65).

EMD udtalte endvidere om formålet med at statuere ekstraterritorial jurisdiktion:

"80. [...] It is true that, in its above-cited *Cyprus v. Turkey* judgment (at § 78), the Court was conscious of the need to avoid "a regrettable vacuum in the system of human-rights protection" in northern Cyprus. However, and as noted by the Governments, that comment related to an entirely different situation to the present: the inhabitants of northern Cyprus would have found themselves excluded from the benefits of the Convention safeguards and system which they had previously enjoyed, by Turkey's "effective control" of the territory and by the accompanying inability of the Cypriot Government, as a Contracting State, to fulfil the obligations it had undertaken under the Convention.

In short, the Convention is a multilateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one

.....

that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention.” (vores fremhævelser).

EMD fandt således, at den ekstraterritoriale anvendelse af EMRK alene har til formål at lukke det hul i beskyttelsen af de rettigheder, som konventionen sikrer, der opstår, når territorialstaten fratages sin evne til netop at sikre sine egne borgere disse rettigheder.

Det har således på intet tidspunkt været hensigten, at EMRK skulle være anvendelig i alle dele af verden, men kun på de territorier, som – i kraft af de konkrete omstændigheder – normalt ville være omfattet, f.eks. i tilfælde af besættelse.

Udgangspunktet om territorial jurisdiktion blev i *Bankovich* således udledt af især fire forhold:

For det første havde deltagerstaterne indikeret, at de *ikke* anså deres ekstraterritoriale militære operationer som udøvelse af jurisdiktion, jf. artikel 1, idet ingen af deltagerstaterne havde gjort brug af muligheden for at fravige sine forpligtelser efter konventionen under krig mv., jf. artikel 15 (pr. 62).

For det andet fandt EMD, at der var klar støtte for udgangspunktet om territorial jurisdiktion i konventionens forarbejder (pr. 63).

For det tredje mente EMD ikke, at konventionens artikel 1 skulle fortolkes som *”a living instrument”* i lyset af *”present-day conditions”*, idet artikel 1 er selve grundlaget for deltagerstaternes positive forpligtelser i henhold til konventionen (pr. 65).

Endelig for det fjerde var udgangspunktet om territorial jurisdiktion i overensstemmelse med en almindelig sproglig forståelse af artikel 1, jf. artikel 32 i Traktatretskonventionen fra 1969, hvorefter en traktat er bindende for hver enkelt deltagerstat med hensyn til hele dens territorium, medmindre andet fremgår af traktaten eller er fastslået på anden måde (pr. 65).

5.3.1.2 Ekstraterritorial jurisdiktion

Det territoriale udgangspunkt for jurisdiktionsbegrebet i artikel 1 i EMRK blev bl.a. undersøgt nærmere af EMD i sagen *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* (55721/07).

Sagen handlede om seks personer, der var blevet dræbt enten af britiske soldater eller havde været i britiske soldaters varetægt i perioden mellem invasionen af Irak den 20. marts 2003 og indtil suverænitetsoverdragelsen til den midlertidige irakiske regering den 28. juni 2004. Pårørende til de seks personer anlagde derfor sag mod Storbritannien, som i den forbindelse

bl.a. gjorde gældende, at man ikke havde udøvet jurisdiktion over de seks personer, jf. artikel 1 i EMRK.

I sin gennemgang af den hidtidige praksis vedrørende artikel 1 i EMRK, indledte EMD med at fastslå hovedreglen i *Bankovic*. Det fremgår af *Al-Skeini*, at:

*“131. A State’s jurisdictional competence under Article 1 is **primarily territorial** (see *Soering*, cited above, § 86; *Banković and Others*, cited above, §§ 61 and 67; and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312). Jurisdiction is **presumed to be exercised normally throughout the State’s territory** (see *Ilaşcu and Others*, cited above, § 312, and *Assanidze v. Georgia [GC]*, no. 71503/01, § 139, ECHR 2004-II). Conversely, acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 **only in exceptional cases** (see *Banković and Others*, cited above, § 67).”* (vores fremhævelser)

Herefter behandlede EMD de ekstraterritoriale jurisdiktionsformer, hvor domstolen sondrede mellem tre tilfælde af jurisdiktionsudøvelse:

1. State agent authority and control (personbaseret jurisdiktion), pr. 134
2. Effective control over an area (områdebaseret jurisdiktion), pr. 138
3. The legal space of the Convention (besættelse af anden deltagerstat), pr. 142

For så vidt angår den personbaserede jurisdiktion sondrede EMD yderligere mellem tre tilfælde af jurisdiktionsudøvelse:

- a) Diplomater og konsulers handlinger, pr. 134
- b) Udøvelse af offentlig myndighed (såkaldte ”public powers”), pr. 135
- c) Udøvelse af fysisk magt over personer, pr. 136

Ingen af disse kan på det foreliggende grundlag finde anvendelse. For så vidt angår kategori 3 og kategori 1a fordi der i den foreliggende sag hverken var tale om en besættelsessituation eller diplomater og konsulers handlinger. Det er sagsøgtets opfattelse, at heller ikke de øvrige undtagelser kan finde anvendelse på sagen. Det nærmere indhold af de øvrige undtagelser gennemgås nedenfor, ligesom der i afsnit 6 redegøres for, hvorfor undtagelserne ikke ses at finde anvendelse på den foreliggende sag.

5.3.1.3 Områdebaseret ekstraterritorial jurisdiktion

Den ene undtagelse til udgangspunktet om territorial jurisdiktion, som kunne være af relevans for den foreliggende sag, er det jurisdiktionsgrundlag, der i EMD's praksis kaldes "*effective control over an area*" (områdebaseret ekstraterritorial jurisdiktion).

I sin gennemgang af mulighederne for at udøve ekstraterritorial jurisdiktion, udtalte EMD således i *Al-Skeini*, at deltagerstater kan udøve ekstraterritorial jurisdiktion, når staten – som følge af lovlige eller ulovlige militære handlinger – udøver *effektiv kontrol* over et område uden for statens territorium:

"138. Another exception to the principle that jurisdiction under Article 1 is limited to a State's own territory occurs when, as a consequence of lawful or unlawful military action, a Contracting State exercises effective control of an area outside that national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through the Contracting State's own armed forces, or through a subordinate local administration (see Loizidou (preliminary objections), cited above, § 62; Cyprus v. Turkey, cited above, § 76; Banković and Others, cited above, § 70; Ilaşcu and Others, cited above, §§ 314-16; and Loizidou (merits), cited above, § 52). Where the fact of such domination over the territory is established, it is not necessary to determine whether the Contracting State exercises detailed control over the policies and actions of the subordinate local administration. The fact that the local administration survives as a result of the Contracting State's military and other support entails that State's responsibility for its policies and actions. [...]" (vores fremhævelser)

Det blev i samme afsnit af *Al-Skeini* fastslået af EMD, at deltagerstater, der udøver effektiv kontrol over et område, er forpligtet til at sikre alle rettigheder i EMRK for så vidt angår det område, som stater udøver kontrol over.

EMD udtalte endvidere, at det er en konkret vurdering, hvorvidt en deltagerstat udøver effektiv kontrol over et område. I denne vurdering af, hvorvidt en sådan effektiv kontrol udøves, vil EMD primært lægge vægt på *styrken* af statens militære tilstedeværelse i området, men derudover også i hvilket omfang en deltagerstat i form af militær, økonomisk og politisk støtte til en lokal underordnet administration udøver *indflydelse* og *kontrol* over området:

"139. It is a question of fact whether a Contracting State exercises effective control over an area outside its own territory. In determining whether effective control exists, the Court will primarily have reference to the strength of the State's military

presence in the area (see *Loizidou (merits)*, cited above, §§ 16 and 56, and *Ilaşcu and Others*, cited above, § 387). Other indicators may also be relevant, such as **the extent to which its military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region** (see *Ilaşcu and Others*, cited above, §§ 388-94).” (vores fremhævelser)

5.3.1.4 Personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion

Den anden undtagelse til udgangspunktet om territorial jurisdiktion, som kunne være af relevans for den foreliggende sag, er det jurisdiktionsgrundlag, der i EMD's praksis kaldes ”*state agent authority and control*” (personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion).

EMD udtalte således i *Al-Skeini*-sagen, at en deltagerstat kan udøve ekstraterritorial jurisdiktion i tilfælde, hvor staten gennem samtykke, invitation eller accept udøver hele eller en del af den offentlige myndighed på en anden stats territorium, som normalt udøves af territorialstaten (underkategori b, jf. ovenfor). I så fald vil eventuelle krænkelse af konventionens rettigheder falde under deltagerstatens ansvar, hvis der er tale om handlinger, der kan henregnes til den fremfor til territorialstaten:

“135. Secondly, the Court has recognised the exercise of extraterritorial jurisdiction by a Contracting State when, **through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, it exercises all or some of the public powers, normally to be exercised by that Government** (see *Bankovic and Others*, cited above, § 71). Thus, where, in accordance with custom, treaty or other agreement, authorities of the Contracting State carry out executive or judicial functions on the territory of another State, **the Contracting State may be responsible for breaches of the Convention thereby incurred, as long as the acts in question are attributable to it rather than to the territorial State** (see *Drozd and Janousek*, cited above; *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, 14 May 2002; and *X. and Y. v. Switzerland*, nos. 7289/75 and 7349/76, Commission decision of 14 July 1977, DR 9, p. 57).” (vores fremhævelser)

Sidste led af det fremhævede afsnit fra *Al-Skeini*-sagen indebærer et krav om et direkte ”link” (forbindelse) mellem deltagerstatens udøvelse af den offentlige myndighed og den person, der påstår at have været under deltagerstatens jurisdiktion. Dette spørgsmål blev behandlet i *Jaloud*-dommens pr. 147-151, jf. nærmere afsnit 5.3.1.7 nedenfor.

I *Al-Skeini* udtalte EMD videre, at en deltagerstat kan udøve ekstraterritorial jurisdiktion i tilfælde, hvor personer, der handler på statens vegne (såkaldte *State's agents*), ved fysisk magt bringer en person under statens kontrol, f.eks. hvor en person tilbageholdes af en stats personel uden for statens territorium (underkategori c, jf. ovenfor). EMD understregede i

den forbindelse, at det er afgørende, om staten har fysisk magt og kontrol over *personen* og ikke, om staten har kontrol over den bygning eller det køretøj, som personen befinder sig i:

“136. In addition, the Court’s case-law demonstrates that, in certain circumstances, the use of force by a State’s agents operating outside its territory may bring the individual thereby brought under the control of the State’s authorities into the State’s Article 1 jurisdiction. This principle has been applied where an individual is taken into the custody of State agents abroad [...] Finally, in Medvedyev and Others v. France ([GC], no. 3394/03, § 67, ECHR 2010), the Court held that the applicants were within French jurisdiction for the purposes of Article 1 of the Convention by virtue of the exercise by French agents of full and exclusive control over a ship and its crew from the time of its interception in international waters. The Court does not consider that jurisdiction in the above cases arose solely from the control exercised by the Contracting State over the buildings, aircraft or ship in which the individuals were held. What is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question.” (vores fremhævelser)

For så vidt angår omfanget af statens forpligtelser som følge af denne personbaserede jurisdiktion, udtalte EMD ligeledes i *Al-Skeini*:

“137. It is clear that, whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be “divided and tailored” (compare Banković and Others, cited above, § 75).” (vores fremhævelser)

Det følger heraf, at hvis en deltagerstat udøver ekstraterritorial jurisdiktion derved at personer, der handler på vegne af staten ved fysisk magt bringer en person under statens kontrol, vil deltagerstaten ikke være forpligtet til at sikre *alle* konventionens rettigheder på det pågældende territorium. Staten vil derimod alene være forpligtet til at sikre personen de rettigheder og friheder, som er relevante for personen i den pågældende situation.

5.3.1.5 EMD’s afgørelse i *Al-Skeini* (2007)

EMD fandt i sin afgørelse i *Al-Skeini*, at Storbritannien i kraft af besættelsen af Irak havde udøvet jurisdiktion over de seks personer, der var blevet dræbt enten af britiske soldater eller i britiske soldaters varetægt. Det fremgår af EMD’s afgørelse, at:

“149. It can be seen, therefore, that following the removal from power of the Ba’ath regime and until the accession of the interim Iraqi government, the United Kingdom (together with the United States of America) assumed in Iraq the exercise of some

of the public powers normally to be exercised by a sovereign government. In particular, the United Kingdom assumed authority and responsibility for the maintenance of security in south-east Iraq. In these exceptional circumstances, the Court considers that the United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basra during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such security operations, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention.

150. [...] *It is not disputed that the deaths of the first, second, fourth, fifth and sixth applicants' relatives were caused by the acts of British soldiers during the course of or contiguous to security operations carried out by British forces in various parts of Basra City. It follows that in all these cases there was a jurisdictional link for the purposes of Article 1 of the Convention between the United Kingdom and the deceased. The third applicant's wife was killed during an exchange of fire between a patrol of British soldiers and unidentified gunmen and it is not known which side fired the fatal bullet. The Court considers that, since the death occurred in the course of a United Kingdom security operation, when British soldiers carried out a patrol in the vicinity of the applicant's home and joined in the fatal exchange of fire, there was a jurisdictional link between the United Kingdom and this deceased also.*" (vores fremhævelser)

Domstolen lagde således vægt på,

- at Storbritannien, som led i besættelsen af Irak, udøvede en del af den offentlige myndighed i landet, som normalt udøves af territorialstaten,
- at Storbritannien ved sine soldater havde udøvet myndighed og kontrol over de seks afdøde personer; at 5 af de 6 afdøde var dræbt af britiske soldater under britiske sikkerhedsoperationer, og
- at den sjettes død var forårsaget af skudvekslingen i forbindelse med en britisk sikkerhedsoperation, som britiske soldater var direkte involveret i.

Det er på den baggrund sagsøgtes opfattelse, at dommen i *Al-Skeini* må forstås således, at Storbritannien udøvede personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion.

5.3.1.6 *EMD's afgørelse i Hassan (2009)*

I *Hassan*-sagen behandlede EMD ligeledes spørgsmålet om personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion, nærmere bestemt på baggrund af britiske soldaters udøvelse af fysisk magt og kontrol over personer.

Sagen handlede om en irakisk statsborger, Hassan, som blev arresteret og tilbageholdt af britiske soldater og herefter indsat i et amerikansk fængsel i den amerikanske del af den såkaldte "Camp Bucca".

For så vidt angår de britiske soldaters tilbageholdelse af Hassan, fandt EMD, at Storbritannien havde påtaget sig jurisdiktion ved at udøve fysisk magt og kontrol over Hassan:

"76. Following his capture by British troops early in the morning of 23 April 2003, until he was admitted to Camp Bucca later that afternoon, Tarek Hassan was within the physical power and control of the United Kingdom soldiers and therefore fell within United Kingdom jurisdiction under the principles outlined in paragraph 136 of Al-Skeini, set out above[...] (vores fremhævelser)

Det relevante spørgsmål i *Hassan*-sagen var derefter, hvorvidt Storbritanniens jurisdiktion over Hassan fortsatte, selv efter at han var blevet indsat i et amerikanske fængsel. Herom udtalte EMD:

"78. With regard to the period after Tarek Hassan entered Camp Bucca, the Government raise an alternative ground for excluding jurisdiction, namely that his admission to the Camp involved a transfer of custody from the United Kingdom to the United States. [...] the Court is of the view that, having regard to the arrangements operating at Camp Bucca, during this period Tarek Hassan continued to fall under the authority and control of United Kingdom forces. He was admitted to the Camp as a United Kingdom prisoner. Shortly after his admission, he was taken to the JFIT compound, which was entirely controlled by United Kingdom forces (see paragraph 15 above). In accordance with the MOA which set out the various responsibilities of the United Kingdom and the United States in relation to individuals detained at the Camp, the United Kingdom had responsibility for the classification of United Kingdom detainees under the Third and Fourth Geneva Conventions and for deciding whether they should be released (see paragraph 16 above). This is what happened following Tarek Hassan's interrogation at the JFIT compound, when the United Kingdom authorities decided that he was a civilian who did not pose a threat to security and ordered that he should be released as soon as practicable. While it is true that certain operational aspects relating to Tarek Hassan's detention at Camp Bucca were transferred to United States forces, in particular

.....

the tasks of escorting him to and from the JFIT compound and guarding him elsewhere in the Camp, the United Kingdom retained authority and control over all aspects of the detention relevant to the applicant's complaints under Article 5."
(vores fremhævelser)

EMD lagde således afgørende vægt på, at Storbritannien fastholdt myndigheden og kontrollen over Hassan, selv efter han var overført til et amerikansk fængsel. Domstolen baserede dette specifikt på:

- at Hassan blev overført til det amerikanske fængsel som en britisk fange,
- at han umiddelbart efter ankomsten til fængslet blev ført til en afhøringsafdeling, som var oprettet af og administreret af de britiske styrker, og
- at Storbritannien havde ansvaret for klassificeringen af fangerne under Genevekonventionerne III og IV og for, om de britiske fanger skulle løslades.

På denne baggrund fandt EMD, at Storbritannien havde udøvet jurisdiktion over Hassan, idet britiske soldater havde udøvet fysisk magt og kontrol over ham.

5.3.1.7 *EMD's afgørelse i Jaloud (2014)*

Spørgsmålet om udøvelse af ekstraterritorial jurisdiktion blev ligeledes behandlet i sagen *Jaloud v. The Netherlands (47708/08)*.

Sagen handlede om en irakisk mand, Jaloud, der blev skudt og dræbt ved et checkpoint i det sydøstlige Irak den 21. april 2004 (dvs. før suverænitetsoverdragelsen til den midlertidige irakiske regering), da han sad på passagersædet i en bil, der kom kørende mod checkpointet.

Checkpointet var bevogtet af irakiske medlemmer af the Iraqi Civil Defence Corps (ICDC), men var ledet af hollandske styrker. Hollandske soldater var blevet tilkaldt af irakiske styrker til checkpointet den pågældende dag, som følge af et udefrakommende angreb på checkpointet. Det blev undervejs i sagen fastslået, at i hvert fald én hollandsk løjtnant deltog i skudvekslingen mod den bil, hvor Jaloud sad på passagersædet.

For så vidt angår spørgsmålet om ekstraterritorial jurisdiktion, gjorde klagerne i sagen først og fremmest gældende, at Holland udøvede jurisdiktion gennem sine soldater, der havde påtaget sig udøvelsen af myndighedsopgaver, idet de havde ansvaret for checkpointet, og herunder førte tilsyn med ICDC.

.....

Klagerne gjorde derudover gældende, at Holland havde effektiv kontrol over det område, hvor drabet på Jaloud fandt sted, og man anførte i den forbindelse, at ekstraterritorial områdebaseret jurisdiktion godt kan være tidsmæssigt og geografisk begrænset.

Den hollandske regering gjorde heroverfor gældende, at Holland på intet tidspunkt havde påtaget sig udøvelsen af myndighedsopgaver, og at checkpointet blev bemannet af ICDC. Selvom de hollandske soldater var til stede på checkpointet på tidspunktet for drabet på Jaloud for at observere og rådgive, bestod der ikke et hierarkisk forhold mellem ICDC og de hollandske styrker.

For så vidt angår påstanden om ekstraterritorial områdebaseret jurisdiktion gjorde den hollandske regering gældende, at styrken af den hollandske militære tilstedeværelse ikke levede op til kravet om effektiv kontrol med det pågældende område. Den hollandske regering gjorde endelig gældende, at en sådan form for jurisdiktion ikke kan være tidsmæssigt og geografisk begrænset til et område som checkpointet, da det i så fald ikke praktisk ville give mening at sondre mellem den områdebaserede og den personbaserede jurisdiktion.

I sin afgørelse fandt EMD, at Holland havde udøvet jurisdiktion. Domstolen lagde i den forbindelse først og fremmest til grund, at selvom de hollandske styrker var under britisk kommando, havde Holland påtaget sig opgaven med at varetage sikkerheden i det pågældende område – og dermed eksklusivt i forhold til andre koalitionsstater:

“147. It appears from the Memorandum of Understanding for MND (C-S), as well as the excerpt of the Memorandum of Understanding for MND-SE to which the Government have afforded the Court access (see paragraph 100 above), that while the forces of nations other than the “lead nations” took their day-to-day orders from foreign commanders, the formulation of essential policy – including, within the limits agreed in the form of Rules of Engagement appended to the Memoranda of Understanding, the drawing up of distinct rules on the use of force – remained the reserved domain of individual sending States.

148. Thus it was on this basis that an aide-mémoire for SFIR commanders and a soldier’s card were issued to Netherlands personnel by the Netherlands Government (see paragraph 59 above).

149. Although Netherlands troops were stationed in an area in south-eastern Iraq where SFIR forces were under the command of an officer from the United Kingdom, the Netherlands assumed responsibility for providing security in that area, to the exclusion of other participating States, and retained full command over its contingent there.” (vores fremhævelser)

EMD fandt endvidere, at ICDC udførte sine opgaver under hollandsk tilsyn og underlagt koalitionsstyrkerne. I den forbindelse fandt Domstolen, at de hollandske styrker ikke kunne siges at være underlagt andre stater:

*“150. It is **not decisive either that the checkpoint was nominally manned by Iraqi ICDC personnel.** The Court notes that under Coalition Provisional Authority Order no. 28 (“Establishment Of The Iraqi Civil Defense Corps”, see paragraph 99 above) **the duties of the ICDC did not include enforcement of domestic law in subordination of the Iraqi authorities; in fact, the ICDC was supervised by, and subordinate to, officers from the Coalition forces (see paragraphs 1(4)(a), 4(1) and 7).***

*151. That being so, **the Court cannot find that the Netherlands troops were placed “at the disposal” of any foreign power, whether it be Iraq or the United Kingdom or any other power, or that they were “under the exclusive direction or control” of any other State (compare, mutatis mutandis, Article 6 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility, see paragraph 98 above; see also Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, § 406, paragraph 97 above).**” (vores fremhævelser)*

EMD fastslog derefter:

- at Jaloud døde, da den bil, som han var passager i, kørte igennem et checkpoint, som var under hollandsk kommando og direkte tilsyn, og
- at checkpointet var etableret for at opretholde sikkerhed og stabilitet i overensstemmelse med sikkerhedsrådsresolution nr. 1483.

På den baggrund fandt EMD, at hollandske soldater udøvede jurisdiktion med henblik på at sikre myndigheden og kontrollen over de personer, der passerede gennem checkpointet:

*“152. The Court now turns to the circumstances surrounding the death of Mr. Azhar Sabah Jaloud. It notes that Mr Azhar Sabah Jaloud met his death when a vehicle in which he was a passenger was fired upon while passing through a **checkpoint manned by personnel under the command and direct supervision of a Netherlands Royal Army officer.** The checkpoint had been set up in the execution of **SFIR’s mission, under United Nations Security Council Resolution 1483 (see paragraph 93 above), to restore conditions of stability and security conducive to the creation of an effective administration in the country.** The Court is satisfied that the respondent Party exercised its “jurisdiction” within the limits of its SFIR*

.....

mission and for the purpose of asserting authority and control over persons passing through the checkpoint. That being the case, the Court finds that the death of Mr Azhar Sabah Jaloud occurred within the "jurisdiction" of the Netherlands, as that expression is to be construed within the meaning of Article 1 of the Convention." (vores fremhævelser)

EMD henviste ikke i sin afgørelse specifikt til, hvilket grundlag Holland udøvede jurisdiktion på i *Jaloud*-sagen. Det er dog sagsøgtes klare opfattelse, at Hollands jurisdiktion i sagen var personbaseret, og således ikke områdebaseret (som anført af klagerne i sagen).

Det skyldes navnlig EMD's henvisning til formålet med de hollandske styrkers tilstedeværelsen og opgave ved checkpointet, samt henvisningen til, at de hollandske styrker havde kommandoen over checkpointet, som var etableret med henblik på at opretholde sikkerheden i området, hvilket var afgørende for etableringen af en effektiv administration i landet.

Dette indebærer efter sagsøgtes klare overbevisning, at *Jaloud*-dommen *ikke* kan anses for et præjudikat for en slags begrænset områdebaseret jurisdiktion, som klagerne gjorde gældende i sagen. Det ses allerede, idet EMD afstod fra at kommentere på klagerens påstand om en begrænset områdebaseret jurisdiktion over checkpointet. Dette gennemgås yderligere i afsnit 6.4 nedenfor.

Det vil således efter sagsøgtes opfattelse være retsskabende, hvis landsretten måtte finde, at *Jaloud*-dommen er udtryk for en begrænset områdebaseret jurisdiktion, og at en sådan jurisdiktionsform kan finde anvendelse i den foreliggende sag.

Som tidligere anført er det sagsøgtes opfattelse, at landsretten – i overensstemmelse med bemærkningerne til inkorporeringsloven – bør være tilbageholdende med at anvende EMRK på en måde, som der ikke med en betydelig grad af sikkerhed kan findes holdepunkter for i eksisterende retspraksis fra EMD.

5.3.2 EMRK artikel 3 (forbud mod tortur)

Det fremgår af artikel 3 i EMRK, at ingen må underkastes tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

Det følger endvidere af artikel 15, stk. 2, i EMRK, at der ikke kan gøres afvigelse fra artikel 3, jf. ovenfor, med henvisning til bl.a. krig. Der er således tale om et absolut forbud.

Der kan udledes tre *materielle* forpligtelser af EMRK artikel 3 samt en undersøgelsesforpligtelse. De tre materielle forpligtelser omfatter:

.....

1. En forpligtelse til ikke at udsætte personer for tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf,
2. En forpligtelse til at tage nødvendige forholdsregler for at sikre, at personer under statens jurisdiktion ikke udsættes for tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf,
3. En forpligtelse til ikke at overlevere en person til en anden stat, hvor der er vægtige grunde til at antage, at personen i tilfælde af udvisning/udlevering mv. udsættes for en virkelig eller reel risiko for at blive underkastet behandling i strid med artikel 3 i modtagerstaten.

Sagsøgte gør gældende, at Danmark ved sin deltagelse i Operation Green Desert har handlet i overensstemmelse med samtlige forpligtelser i artikel 3 i EMRK, og at der således ikke er grundlag for at pålægge Danmark et erstatningsansvar over for sagsøgerne. Dette gennemgås nærmere i afsnit 7 nedenfor.

EMRK indeholder ikke en beskrivelse af, hvad der skal forstås ved tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling.

EMD har dog i den ledende dom om artikel 3, *Ireland v United Kingdom (5310/71)*, pr. 162, fastslået, at behandlingen skal overstige en minimumsgrænse, som er relativ, for at være omfattet af artikel 3:

*“162. As was emphasised by the Commission, ill-treatment **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 duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.”* (vores fremhævelser)

Det fremgår således, at en eventuel tilsidesættelse af artikel 3 afhænger af alle de relevante faktiske omstændigheder. I samme doms pr. 167 definerede EMD endvidere, hvad der nærmere forstås ved hhv. umenneskelig og nedværdigende behandling:

*”167. The five techniques were applied in combination, **with premeditation and for hours at a stretch; they caused, if not actual bodily injury, at least intense physical and mental suffering to the persons subjected thereto and also led to acute psychiatric disturbances during interrogation**. They accordingly fell into the category of **inhuman treatment** within the meaning of Article 3 (art. 3). The techniques were also **degrading since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish***

.....

and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance.” (vores fremhævelser)

Selvom EMD ikke altid foretager en sondring mellem de to begreber, kan det lægges til grund, at umenneskelig behandling omfatter intens fysisk eller psykisk lidelse, mens nedværdigende behandling omfatter handlinger, der skaber en følelse af frygt, angst eller mindreværd, og som er egnet til at ydmyge eller nedbryde en person.

For så vidt angår magtanvendelse ved anholdelser mv. er det EMD's praksis, at enhver fysisk magtanvendelse over for frihedsberøvede, der går *ud over* det strengt nødvendige vurderet i forhold til den frihedsberøvedes egen handlemåde, nedgør menneskets værdighed og således i princippet udgør en krænkelse af artikel 3 i EMRK, jf. *Ribitsch v Austria (18896/91)*:

“38. *The Court emphasises that, in respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made **strictly necessary** by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 (art. 3) of the Convention. [...]*” (vores fremhævelse)

5.3.3 Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser

Danmark har på mellemstatsligt niveau tiltrådt en række konventioner, der vedrører forbudet mod tortur. Det drejer sig navnlig om FN's Torturkonvention og Genevekonventionernes fælles artikel 3. Der eksisterer herudover en folkeretlig sædvane om forbud mod tortur, der har karakter af såkaldt *jus cogens* (dvs. ufravigelig ret), jf. artikel 53 i Wienerkonventionen om traktatretten fra 1969.

Disse konventioner og sædvaner forpligter alene på mellemstatsligt niveau, og kan ikke skabe et selvstændigt retsgrundlag for personer til at gøre civilretlige krav gældende ved danske domstole, f.eks. om erstatning.

5.3.3.1 FN's Torturkonvention

FN's konvention af 19. december 1984 mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (Torturkonventionen) er ved kongelig resolution af 28. januar 1987 *ratificeret* af Danmark, jf. bekendtgørelse nr. 88 af 23. oktober 1987.

Konventionen er imidlertid ikke *inkorporeret* i dansk ret, og den kan således ikke skabe et selvstændigt retsgrundlag for en påstand om f.eks. erstatning. Tilsvarende udgør konventionen ikke et selvstændigt grundlag for at tilsidesætte danske lovbestemmelser.

.....

.....

Ifølge Torturkonventionens artikel 2 skal enhver deltagerstat træffe virkningsfulde lovgivningsmæssige, administrative, juridiske eller andre foranstaltninger for at forhindre torturhandlinger på *ethvert territorium under dens jurisdiktion*.

Det fremgår af konventionens artikel 3, at ingen deltagerstat må udvise, tilbagelevere eller udlevere en person til en anden stat, hvor der er vægtige grunde for at antage, at han vil være i fare for at blive underkastet tortur. I vurderingen af, om der foreligger sådanne grunde, skal de kompetente myndigheder tage alle de relevante omstændigheder i betragtning, herunder om der i den pågældende stat er et fast mønster for alvorlige, åbenbare eller massive krænkelse af menneskerettigheder.

Det fremgår endvidere af Torturkonventionens artikel 14, at enhver deltagende stat i sit retssystem skal sikre, at et offer for en torturhandling opnår oprejsning og har en eksigibel ret til rimelig og tilstrækkelig erstatning og herunder midler til en så fuldstændig rehabilitering som mulig. I tilfælde af et offers død som følge af en torturhandling, skal de, som han har forsørgerpligt overfor, være berettiget til erstatning.

5.3.3.2 *Genève-konventionernes fælles artikel 3*

Sagsøgerne har henvist til Genève-konventionerne som grundlag for deres krav om tortgodtgørelse. Det kan kort konstateres, at heller ikke i henhold til Genève-konventionerne eller den humanitære folkeret i øvrigt var sagsøgerne på noget tidspunkt i sagsøgtes varetægt, hvorfor disse regelsæts bestemmelser om statsparters pligter over for personer, de har tilbageholdt, ikke er relevante for denne sag.

Mere overordnet kan det for fuldstændighedens skyld oplyses, at anvendelsen af Genève-konventionerne afhænger af, om der er tale om en international væbnet konflikt (International Armed Conflict, "IAC") eller en ikke-international væbnet konflikt (Non-International Armed Conflict, "NIAC"). Urolighed og optøjer, der falder under niveauet for våbnet konflikt, er som udgangspunkt ikke reguleret af den humanitære folkeret.

Det er omdiskuteret, hvorvidt konflikten i Irak efter suverænitetsoverdragelsen til den midlertidige irakiske regering den 28. juni 2004 og omstændighederne specifikt i Basraområdet i 2004 var af en sådan karakter, at den formelt kan betragtes som en ikke-internationale væbnet konflikt (NIAC). Det er under alle omstændigheder sagsøgtes vurdering, at såfremt den humanitære folkeret antages at finde anvendelse, var der tale om en NIAC, hvor det alene er de fire Genève-konventioners fælles artikel 3, der må antages at være udtryk for sædvaneret, der er relevant i relation til den foreliggende sag.

.....

.....

Artikel 3 lyder som følger:

*”1. Personer, der ikke deltager aktivt i fjendtlighederne, herunder medlemmer af de væbnede styrker, som har nedlagt våbnene, og personer, der er gjort ukampdygtige som følge af sygdom, sår, tilbageholdelse eller en hvilken som helst anden omstændighed, skal under alle forhold **behandles human**. De må ikke gøres til genstand for mindre gunstig behandling som følge af race, farve, religion eller overbevisning, køn, fødsel, formueomstændigheder eller noget som helst andet lignende forhold,*

I dette øjemed er og forblive følgende handlinger til enhver tid og på ethvert sted forbudt i forhold til ovennævnte personer:

- a) vold mod liv og legeme, i særdeleshed mord under enhver form, lemlæstelse, **grusom behandling og tortur**;*
- b) udtagelse af gidsler;*
- c) krænkelser af den personlige værdighed, i særdeleshed ydmygende og nedværdigende behandling;*
- d) domme, der ikke er afsagt af en behørigt konstitueret domstol, som yder alle de judicielle garantier, der betragtes som uundværlige af civiliserede folk, og henrettelser, der iværksættes uden en sådan domstols forudgående afgørelse.*

2. Sårede og syge skal opsamles og plejes.” (vores fremhævelser)

Sagsøgte gør gældende, at de helt basale krav i konventionernes fælles artikel 3 ikke indeholder en bedre beskyttelse mod tortur end EMRK artikel 3. Tilsvarende gør sagsøgte også i relation til forbuddet mod inhuman behandling i Genève-konventionerne gældende, at Danmark ikke var ansvarlig og ikke medvirkede til den behandling, som sagsøgerne hævder at have været udsat for i irakisk varetægt, jf. afsnit 7.7.2 nedenfor.

5.3.3.3 *Jus cogens*

Jus cogens er et begreb, der dækker over en række ufravigelige folkeretlige normer, jf. artikel 53 i Wienerkonventionen om traktatretten. Foruden bestemmelsen i traktatretskonventionen antages det almindeligvis også, at *jus cogens* udgør en folkeretlig sædvane, om end det er omdiskuteret, hvad indholdet af denne sædvane er.

Forbuddet mod tortur er flere steder anerkendt som *jus cogens*, jf. eksempelvis EMD's sag 35763/97, *Al-Adsani v United Kingdom* og ICTY's sag IT-95-17/1-T, *Prosecutor v Furundzija*.

Uanset om en eventuel folkeretlig sædvane om *jus cogens* måtte anses for en del af dansk ret eller ej, indebærer *jus cogens* heller ikke nogen selvstændig ret for personer til civilretligt at få tilkendt erstatning eller godtgørelse ved en eventuel krænkelse af en *jus cogens*-norm, herunder forbuddet mod tortur. En sådan adgang til civilretlig erstatning forudsætter som nævnt en ansvarspådragende handling i form af et brud på en forpligtelse, der påhvilede sagsøgte.

Torturforbuddets karakter af *jus cogens* ændrer ikke på, at en sådan ansvarspådragende handling – som påvist i dette processkrift – ikke har fundet sted, jf. nærmere afsnit 7 nedenfor.

6. DANMARK HAVDE IKKE JURISDIKTION

Sagsøgte gør gældende, at den behandling, som sagsøgerne hævder at have været udsat for i forbindelse med Operation Green Desert - og efterfølgende i det irakiske fængsel i Basra - ikke fandt sted under dansk jurisdiktion. Dette hviler på følgende forhold:

- Der foreligger ikke eksempler fra retspraksis fra EMD, der kan anvendes på den foreliggende sag.
- Danmark havde ikke effektiv kontrol over det område, hvor Operation Green Desert udspillede sig, herunder i den ydre ring, som blev etableret af danske soldater (*områdebaseret ekstraterritorial jurisdiktion*).
- Danske soldater udøvede ikke fysisk magt og kontrol over sagsøgerne (*personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion*).
- Danmark havde ikke påtaget sig udførelsen af myndighedsopgaver, som normalt udføres af irakiske myndigheder, og som indebærer, at det irakiske politiske handlinger undervejs og efter Operation Green Desert, kan tilskrives Danmark snarere end Irak (*personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion*).

6.1 Ikke relevant retspraksis fra EMD

I *Al-Skeini* udtalte EMD, at vurderingen af, hvorvidt der foreligger sådanne ekstraordinære tilfælde, at der kan statueres ekstraterritorial jurisdiktion, må foretages selvstændigt fra sag til sag med udgangspunkt i de faktiske omstændigheder i hver enkelt sag, jf. pr. 132.

Sagsøgte gør på den baggrund helt overordnet gældende, at der *ikke* er praksis fra EMD, der kan anvendes på den foreliggende sag. Det skyldes, at de eksempler fra EMD's praksis, der vedrører ekstraterritorial jurisdiktion, baserer sig på faktiske omstændigheder, der adskiller sig væsentligt fra omstændighederne i den foreliggende sag.

Den foreliggende retspraksis fra EMD vedrørende ekstraterritorial jurisdiktion for de lande, der deltog i den multinationale sikringsstyrke i Irak, angår således hændelser der foregik før suverænitetsoverdragelsen til den midlertidige irakiske regering den 28. juni 2004.

Overdragelsen af suveræniteten er efter sagsøgtes klare opfattelse helt afgørende for vurderingen af, hvorvidt Danmark på noget tidspunkt havde jurisdiktion over sagsøgerne, da det indebar, at Irak – som følge af, at besættelsen af landet ophørte – genoptog suverænitet og således det fulde ansvar og myndighed i landet, jf. artikel 1 i sikkerhedsrådsresolution nr. 1546 (2004). Det fremgår heraf, at FN's Sikkerhedsråd:

*“1. Endorses the formation of a **sovereign Interim Government of Iraq**, as presented on 1 June 2004, **which will assume full responsibility and authority by 30 June 2004 for governing Iraq** while refraining from taking any actions affecting Iraq's destiny beyond the limited interim period until an elected Transitional Government of Iraq assumes office as envisaged in paragraph four below; [...]*

*9. Notes that the **presence of the multinational force in Iraq is at the request of the incoming Interim Government of Iraq** and therefore reaffirms the authorization for the multinational force under unified command established under resolution 1511 (2003), having regard to the letters annexed to this resolution;*

*10. Decides that **the multinational force** shall have the authority to take all necessary measures to **contribute** to the maintenance of security and stability in Iraq **in accordance with the letters annexed to this resolution** expressing, inter alia, the Iraqi request for the continued presence of the multinational force and setting out its tasks, including by preventing and deterring terrorism, so that, inter alia, the United Nations can fulfil its role in assisting the Iraqi people as outlined in paragraph seven above and the Iraqi people can implement freely and without intimidation the timetable and programme for the political process and benefit from reconstruction and rehabilitation activities;”*
(vores fremhævelser)

Den multinationale sikringsstyrkes fortsatte tilstedeværelse i Irak var således fra 28. juni 2004 baseret på en invitation fra den midlertidige irakiske regering, og de danske soldater havde alene til opgave at *bistå* den irakiske regering i opgaver, såsom opretholdelsen af sikkerhed og orden. Operation Green Desert udgør et konkret eksempel herpå, da de danske soldaters rolle i operationen alene bestod i rådgivning og støtte til de irakiske styrker.

Sagsøgte gør i lyset heraf gældende, at landsretten ikke bør være retsskabende i sin afgørelse om jurisdiktion efter EMRK. Landsretten bør således i stedet holde sig snævert til den

foreliggende praksis fra EMD og kun statuere ekstraterritorial jurisdiktion, hvis landsretten med betydelig grad af sikkerhed må være overbevist om, at EMD vil nå til samme resultat.

Det er således i forarbejderne til inkorporeringsloven forudsat, at inkorporeringen ikke burde føre til, at danske domstole skulle påtage sig en større retspolitisk opgave end den, domstolene hidtil havde haft, jf. Folketingstidende 1991-92, 1. Samling, tillæg A, sp. 5464 ff., jf. Betænkning nr. 1220/1991 om den europæiske menneskerettighedskonvention og dansk ret, side 146 ff. Af betænkningens side 14 fremgår det:

”Udvalget lægger imidlertid afgørende vægt på, at en inkorporering af konventionen ikke medfører en ændring i balancen mellem lovgivningsmagten og domstolene. Det skal fortsat være lovgivningsmagten, der har hovedansvaret for Danmarks opfyldelse af forpligtelserne efter konventionskomplekset, og som derfor løbende foretager den nødvendige tilpasning af lovgivningen under hensyn til konventionsorganernes praksis. Domstolene bør derfor også efter en inkorporering ved lov være tilbageholdende med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen, i hvert fald hvor dette vil kunne indebære mere vidtrækkende konsekvenser for retstilstanden.” (vores fremhævelser)

Det fremgår videre af side 41 i betænkning nr. 1546/2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, at:

”De danske domstole har efter inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fastholdt den balance mellem lovgivningsmagten og domstolene, som allerede forud for inkorporeringen var fastslået i Højesterets praksis. Der findes således eksempler på, at domstolene efter inkorporeringen har henskudt generelle spørgsmål til lovgivningsmagten,¹⁶ ligesom der er eksempler på, at domstolene har afvist at anvende en konvention som følge af, at der ikke har været tilstrækkeligt grundlag for en given fortolkning eller tvivl om en given fortolkning.” (vores fremhævelser)

Sagsøgte gør gældende, at den foreliggende sag rummer samme tvivl og uklarheder for så vidt angår fortolkningen af artikel 1 i EMRK.

6.2 Danmark havde ikke effektiv kontrol over det danske operationsområde (områdebaseret ekstraterritorial jurisdiktion)

Sagsøgte gør som nævnt gældende, at Danmark ikke havde effektiv kontrol over operationsområdet og dermed jurisdiktion over sagsøgerne under Operation Green Desert.

Det gøres således gældende, at hverken styrken af Danmarks militære tilstedeværelse eller Danmarks indflydelse og kontrol i området kan medføre, at Danmark havde en sådan jurisdiktion.

Som tidligere anført fremgår det af sikkerhedsrådsresolution nr. 1546 (2004), at Irak – som følge af, at besættelsen af landet ophørte – genoptog det fulde ansvar og myndighed i landet. Det danske styrkebidrag var desuden størrelsesmæssigt underlegent i forhold til det britiske bidrag og de irakiske styrker, ligesom det danske styrkebidrag indgik i en britisk-ledet division.

Dertil kommer f.eks., at det er anført, at EMD's statuering af "*effektiv kontrol med et område*" kræver en væsentligere højere grad af kontrol, end det er tilfældet for begrebet "*besættelse*", der anvendes i den humanitære folkeret, jf. artikel 42 i Haagerkonventionen af 1907 om love og sædvaner for landkrig (Haag IV).¹

Det må tillægges betydning, at jurisdiktion på grundlag af effektiv kontrol med et område, aktiverer *alle* deltagerstatens forpligtelser i forhold til *alle* rettigheder og friheder i EMRK over for enhver, der befinder sig på det pågældende område. Deltagerstaten må derfor nødvendigvis have en sådan effektiv kontrol med området, at det er muligt for deltagerstaten faktisk at sikre gennemførelsen af det fulde spektrum af konventionens rettigheder og friheder.

Endelig må det spille en væsentlig rolle i vurderingen, at undtagelsen om effektiv kontrol over et område ikke hidtil er anvendt i situationer, som er sammenlignelige med Danmarks tilstedeværelse i Irak i efteråret 2004. Det gælder såvel generelt som konkret under operationen den 25. november 2004. Hidtil er undtagelsen alene anvendt i 3 tilfælde, og der kræves således en meget høj grad af kontrol over et område for at etablere denne form for jurisdiktion:

- Tyrkiets besættelse af det nordlige Cypern fra 1974, jf. *Loizidou v Turkey* (15318/89) (pr. 63-64) og *Cyprus v Turkey* (25781/94) (pr. 75-81).
- Ruslands militære, politiske og økonomiske støtte til oprørere i Transdnjestria i Moldova i slutningen af 1990'erne og starten af 00'erne, jf. *Ilascu & Others v Moldova and Russia* (48787/99) (pr. 392-394) og *Catan & Others v Moldova and Russia* (43370/04, 8252/05 og 18454/06) (pr. 116-123).
- Armeniens militære engagement samt militære, politiske og økonomiske støtte til Nagorno-Karabakh regionen under Nagorno-Karabakh-konflikten fra starten af 1990'erne, jf. *Chiragov & Others v Armenia* (13216/05) (pr. 169-187).

¹ Peder Vedel Kessing, *Terrorbekæmpelse og menneskeret*, 2009, side 324-325.

.....

Omvendt har EMD *ikke* henvist til undtagelsen om effektiv kontrol i sagerne, der vedrører koalitionsstyrkens deltagelse i Irakkrigen, jf. *Al-Skeini, Jaloud, Al-Jedda, Al-Saadoon & Mufdhi, Hassan* og *Hussein v. Albania & Others (23276/04)* (herefter ”*Hussein*”).²

Tværtimod udtalte Storkammeret i dommen i *Hassan*, at omfanget og karakteren af de britiske militærstyrkers tilstedeværelse i det sydøstlige Irak i perioden *før* suverænitetsoverladelser den 28. juni 2004 til den midlertidige irakiske regering langt fra var tilstrækkelig til, at Storbritannien kunne siges at have effektiv kontrol med området:

“75. In *Al-Skeini*, cited above, the Court found that the applicants’ relatives fell within United Kingdom jurisdiction because during the period 1 May 2003-28 June 2004 the United Kingdom had assumed authority for the maintenance of security in South East Iraq and the relatives were killed in the course of security operations carried out by United Kingdom troops pursuant to that assumption of authority (*Al-Skeini* §§ 143-150). In the light of this finding, it was unnecessary to determine whether jurisdiction also arose on the ground that the United Kingdom was in effective military control of South Iraq during the period. However, **the statement of facts in *Al-Skeini* included material which tended to demonstrate that the United Kingdom was far from being in effective control of the south-eastern area which it occupied, and this was also the finding of the Court of Appeal, which heard evidence on this question in the domestic *Al-Skeini* proceedings (see *Al-Skeini*, cited above, §§ 20-23 and § 80).**” (vores fremhævelser)

Det bemærkes i den forbindelse, at de påståede hændelser under Operation Green Desert, der danner baggrunden for den foreliggende sag, foregik *efter* suverænitetsoverdragelsen til den midlertidige irakiske regering.

På denne baggrund er det sagsøgtes overbevisning, at Danmarks tilstedeværelse i Irak i efteråret 2004 ikke udgjorde et tilstrækkeligt grundlag til, at landsretten kan finde, at Danmark havde effektiv kontrol over området. Danmark havde derfor ikke jurisdiktion over sagsøgerne under Operation Green Desert.

For så vidt angår forholdene i det irakiske fængsel i Basra bemærkes det, at Basra by lå helt uden for den danske bataljons operationsområde, dvs. det område, hvor de danske styrker udførte deres militære opgaver. Det irakiske fængsel i Basra var derfor så meget desto mindre underlagt dansk kontrol.

.....

² Det bemærkes, at spørgsmålet om jurisdiktion kun blev eksplicit behandlet i *Al-Skeini, Jaloud* og *Hassan*. Der er dog ikke noget, der indikerer, at EMD statuerede jurisdiktion som følge af effektiv kontrol med et område i *Al-Jedda* og *Al-Saadoon*. Klagen i *Hussein* blev afvist på grund af manglende bevis for klagerens påstand.

6.2.1 Ikke jurisdiktion indenfor ydre ring etableret af danske soldater

I forlængelse af ovenstående gør sagsøgte som nævnt gældende, at Danmark heller ikke kan siges at have haft effektiv kontrol med området inden for den ydre ring (perimeter), som de danske styrker var med til at etablere under Operation Green Desert.

I *Jaloud-sagen*, jf. afsnit 5.3.1.6 ovenfor, gjorde klagerne et lignende synspunkt om tidsmæssigt og geografisk begrænset effektiv kontrol med et område gældende, jf. *Jaloud*, pr. 131.

Som nævnt afstod EMD i *Jaloud-sagen* fra at kommentere på klagernes påstand om, at Holland havde jurisdiktion over checkpointet i kraft af hollandske styrkers effektive kontrol over det begrænsede område, som checkpointet udgjorde. Det må derfor afvises, at dommen skulle være udtryk for, at den områdebaserede ekstraterritoriale jurisdiktion kan være geografisk og tidsmæssigt begrænset i et sådant omfang.

Dette betyder efter sagsøgtes klare overbevisning i relation til den foreliggende sag, at det heller ikke kan siges, at danske styrker udøvede en slags begrænset områdebaseret jurisdiktion over området for Operation Green Desert.

Dertil kommer, at de danske styrker hverken havde den tilstrækkelige militære kapacitet, indflydelse eller kontrol over operationsområdet, som må kræves, før der kan statueres effektiv kontrol over et område i EMRK's forstand. Der henvises i den forbindelse generelt til afsnit 6.2 ovenfor.

Det bør endelig bemærkes, at det følger af almindelig militær praksis, at formålet med at etablere en ydre ring er at sikre, at udefrakommende trusler og forstyrrelser ikke påvirkede de irakiske styrkers arbejde i området inden for ringen. De danske soldater har således primært haft fokus på, hvad der foregik uden for ringen, og de har på intet tidspunkt i Operation Green Desert haft kommando eller kontrol over de hændelser, der foregik inden for ringen. Det understøttes af, at de irakiske styrker selv etablerede den såkaldte "indre ring", og at det var de irakiske styrker, der foretog tilbageholdelser inden for den indre rings område.

Sagsøgte gør på den baggrund gældende, at Danmark heller ikke inden for den indre ring, som danske soldater etablerede under Operation Green Desert, har udøvet jurisdiktion over sagsøgerne.

6.3 Danske soldater udøvede ikke fysisk magt og kontrol over sagsøgerne under Operation Green Desert (*personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion*).

Sagsøgte gør som nævnt gældende, at Danmark ikke havde jurisdiktion over sagsøgerne, idet danske soldater ikke som led i Operation Green Desert udøvede fysisk magt og kontrol over sagsøgerne.

Det bygger navnlig på, at danske soldater på intet tidspunkt under Operation Green Desert foretog tilbageholdelser af sagsøgerne. Det var således udelukkende irakiske styrker der foretog sådanne tilbageholdelser.

Dertil kommer, at sagsøgerne på intet tidspunkt under Operation Green Desert var i dansk varetægt, og at det ikke har været muligt for danske soldater at foretage sig noget, der tilnærmelsesvist kan siges at bringe sagsøgerne under dansk *kontrol*. Det ændrer ikke herved, at danske soldater deltog i planlægningen af operationen.

Danske soldater har således ikke haft myndighed over sagsøgerne, og har ikke været i stand til at beslutte, hvad der skulle ske med sagsøgerne under operationen, herunder hvor de skulle føres hen, eller hvorvidt og hvornår, de skulle løslades, jf. afsnit 5.3.1.6 ovenfor.

Det må derfor ligeledes på denne baggrund afvises, at Danmark havde jurisdiktion over sagsøgerne.

6.3.1 Ikke efterfølgende dansk jurisdiktion

Hvis landsretten alligevel måtte finde, at Danmark som følge af danske styrkers deltagelse i Operation Green Desert undtagelsesvist havde jurisdiktion over sagsøgerne i medfør af undtagelsen om udøvelse af fysisk magt og kontrol over sagsøgerne, gøres det gældende, at jurisdiktionen må begrænses til at omfatte den del af hændelsesforløbet under Operation Green Desert, hvor danske styrker rent faktisk var til stede.

Det betyder, at jurisdiktionen under alle omstændigheder var ophørt på det tidspunkt, hvor sagsøgerne forlod operationsområdet, idet de af irakiske styrker blev ført til Shaiba Logistics Base med henblik på screening af de britiske styrker i den britiske tilbageholdelsesfacilitet.

Det betyder endvidere, at Danmark så meget desto mindre havde jurisdiktion under det efterfølgende forløb, hvor sagsøgerne af de irakiske styrker blev ført til det irakiske fængsel i Basra.

De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag adskiller sig afgørende fra *Hassan*-dommen, idet:

- Sagsøgerne blev ikke tilbageholdt af danske soldater,
- sagsøgerne blev ikke anset som danske fanger, og
- sagsøgerne blev ikke indsat i danske fængsler eller fængsler, som dansk militær administrerede eller havde kontrol over.

Dertil kommer, at sagsøgerne ikke blev tilbageholdt under en international væbnet konflikt i Irak, som i *Hassan*-dommen. Derimod blev de tilbageholdt af irakiske styrker på irakisk territorium på et tidspunkt, hvor irakisk suverænitet var genetableret.

Det vil sige, at de grunde, som EMD lagde vægt på i *Hassan*-sagen, jf. afsnit 5.3.1.6 ovenfor, nemlig hvorvidt de britiske soldater fastholdt myndigheden og kontrollen over Hassan, selv efter han var overført til et amerikansk fængsel, nødvendigvis må medføre, at Danmark ikke havde jurisdiktion over sagsøgerne i forløbet efter Operation Green Desert.

6.4 Danmark havde ikke påtaget sig udførelsen af myndighedsopgaver, som normalt udføres af irakiske myndigheder, og som indebærer, at det irakiske politiske handlinger undervejs og efter Operation Green Desert, kan tilskrives Danmark snarere end Irak (*personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion*)

Sagsøgte gør som nævnt tillige gældende, at Danmark ikke havde påtaget sig ansvaret for udøvelsen af offentlig myndighed i Irak, og at hændelserne under Operation Green Desert i den forbindelse ikke bør henregnes til Danmark *frem for* Irak.

Som anført i afsnit 5.3.1.7 ovenfor udgør dommen i *Jaloud*-sagen det mest vidtgående eksempel fra EMD's praksis vedrørende personbaseret ekstraterritorial jurisdiktion. På trods heraf er det sagsøgte overbevisning, at de faktiske omstændigheder i *Jaloud* adskiller sig væsentligt fra hændelserne i den foreliggende sag.

Det bygger først og fremmest på – som anført i afsnit 6.1 ovenfor – at hændelserne i *Jaloud*-sagen udspillede sig *før* overdragelsen af suverænitet den 28. juni 2004 til den midlertidige irakiske regering, og hvor Holland ydede støtte til USA og UK, som af FN blev betragtet som besættelsesmagter.

Som følge af overdragelsen genoptog Irak suveræniteten, og dermed det fulde ansvar og kontrol over udøvelse af myndighed i landet, jf. artikel 1 i sikkerhedsrådsresolution nr. 1546

(2004). De danske soldater havde i medfør heraf alene til opgave at bistå den irakiske regering med bl.a. opretholdelsen af sikkerhed i området.

I *Jaloud*-sagen fandt EMD som bekendt, at Holland havde jurisdiktion over Jaloud, idet checkpointet, hvor Jaloud blev dræbt var under hollandsk kommando og tilsyn. Der var således tale om, at de hollandske soldater havde kommando – og dermed vedvarende kontrol – over checkpointet; en permanent installation, der var afgørende for opretholdelsen af sikkerhed i området. Den hollandske kontrol over checkpointet var simpelthen en afgørende brik i den myndighedsopgave, der bestod i at opretholde sikkerhed i området. Det fremgår således f.eks. af *Jaloud*-dommen, at:

”149. Although Netherlands troops were stationed in an area in south-eastern Iraq where SFIR (red. Stabilization Force in Iraq) forces were under the command of an officer from the United Kingdom, the Netherlands assumed responsibility for providing security in that area, to the exclusion of other participating States, and retained full command over its contingent there.” (vores fremhævelser)

Operation Green Desert derimod blev iværksat efter irakisk initiativ, ligesom operationen baserede sig på irakiske efterretninger. De danske styrker blev anmodet om at bistå i udførelsen af operationen, og den danske deltagelse krævede godkendelse af de britiske styrker, der varetoget den overordnede ledelse i området. De danske styrker deltog i operationen med færre soldater end de irakiske styrker.

De danske soldaters opgave undervejs i Operation Green Desert bestod navnlig i at bistå de irakiske styrker med rådgivning og støtte, ligesom de danske soldater blot etablerede den såkaldte ”ydre ring” i området, jf. afsnit 6.2.1 ovenfor. Det var derimod de irakiske styrker, der etablerede den indre ring, og som foretog såkaldt ”search and arrest” inden for denne.

Dertil kommer, at det efter ”search and arrest”-fasen var de irakiske styrker, der havde kontrol over eventuelle tilbageholdte, herunder hvor de skulle føres hen, og hvorvidt og hvornår de skulle løslades.

De danske soldater har således på intet tidspunkt spillet en så afgørende rolle i varetagelsen af sikkerheden i området, at det kan siges, at Danmark havde påtaget sig ansvaret for myndighedsudøvelse i området.

Det bemærkes i den forbindelse, at jurisdiktion efter EMD’s afgørelse i *Jaloud*-sagen placeres hos deltagerstaten frem for territorialstaten. I relation til den foreliggende sag betyder det, at landsretten må vurdere, hvorvidt Danmark *snarere end Irak* havde jurisdiktionen over sagsøgerne. I den forbindelse er det værd at huske, at Operation Green Desert foregik

på irakisk territorium på et tidspunkt, hvor den midlertidige irakiske regering havde det fulde ansvar for eget territorium, jf. artikel 1 i sikkerhedsrådsresolution nr. 1546 (2004).

Sagsøgte gør på denne baggrund gældende, at de danske soldaters involvering i Operation Green Desert ikke lever op til de betingelser for ekstraterritorial jurisdiktion, som EMD har fastlagt i *Jaloud*-sagen.

Dette synspunkt underbygges i øvrigt af EMD's senere praksis. Der henvises i den forbindelse til EMD's dom af 15. oktober 2015 i *Belozorov v. Russia and Ukraine*, hvor EMD i pr. 83-89 fastslog, at det blotte forhold, at en stats myndighedspersoner deltager i en operation på et andet lands territorium, ikke indebærer udøvelse af jurisdiktion, hvis operationen i det hele udøves under den pågældende territorialstats kontrol. EMD udtalte i den forbindelse:

"88. [...] Moreover, despite the presence of the Russian officials in Feodosiya and their alleged participation in the events of 3-4 November 2000, there is no indication in the case-file that the Ukrainian authorities were not in control throughout all of the episodes, including the applicant's arrest (see paragraphs 18 and 33), the search of his home (see paragraph 11, 18 and 33), his subsequent overnight detention in the police station (see paragraph 33) and the transfer to the airport and through the airport security checks (see paragraph 33 above).

89. In view of these factual circumstances, the Court considers that the events of 3 and 4 November 2000 in Feodosiya fell exclusively within the jurisdiction of Ukraine."
(vores fremhævelser)

Det følger heraf, at der altså kræves en særlig høj grad af involvering, før det kan siges, at jurisdiktionen for et hændelsesforløb tilfalder deltagerstaten *frem for* territorialstaten.

7. INTET GRUNDLAG FOR DANSK ERSTATNINGSANSVAR

7.1 Indledende bemærkninger

Det er som nævnt sagsøgtes opfattelse, at det er en forudsætning for at tilkende sagsøgerne erstatning eller godtgørelse, at sagsøgerne har været under dansk jurisdiktion, jf. EMRK artikel 1. Sagsøgte kan således helt naturligt ikke siges at have tilsidesat en forpligtelse, sagsøgte ikke har.

Selv hvis landsretten *ikke* måtte finde, at dansk jurisdiktion, jf. EMRK artikel 1, er en forudsætning for at pålægge sagsøgte erstatningsansvar, må det alligevel indgå i vurderingen af ansvarsgrundlaget, om Forsvarsministeriet havde en sådan grad af myndighed og kontrol

.....

over operationen og sagsøgerne, at der er grundlag for at holde sagsøgte ansvarlig for den behandling, som sagsøgerne hævder at være blevet udsat for.

Dette støttes af Højesterets dom i *Tarin*-sagen, hvor Højesteret fandt, at sagsøgte i en sag som den foreliggende ikke hæfter på objektivt grundlag for de irakiske styrkers handlinger. Det afgørende er således, om der er noget at bebrejde Forsvarsministeriet i forbindelse med Operation Green Desert, jf. nærmere nedenfor.

Sagsøgtes eventuelle erstatningsansvar for forholdene under dansk jurisdiktion skal herefter bedømmes efter erstatningsansvarslovens § 26 og principperne om offentlige myndigheders erstatningsansvar, jf. afsnit 5.2 ovenfor.

Sagsøgte gør gældende, at ingen af disse nødvendige betingelser er opfyldt, og at der derfor ikke er grundlag for et erstatningskrav mod sagsøgte. Der redegøres nærmere herfor i det følgende.

7.2 Nærmere om ansvarsvurderingen

Vurderingen af ansvarsgrundlaget bør efter sagsøgtes opfattelse inddrage den kontekst, som Operation Green Desert blev udført i. Det bemærkes i den forbindelse, at sikkerhedssituationen i Irak i november 2004 var præget af interne konflikter og uroligheder, og at danske soldater efter deres mandat havde til opgave at bistå de irakiske styrker i opretholdelsen af sikkerhed, herunder ved at forhindre og afværge terrorangreb. Operation Green Desert var et konkret eksempel herpå.

Sagsøgte gør gældende, at der ikke foreligger et ansvarsgrundlag for sagsøgte som følge af danske styrkers deltagelse i Operation Green Desert. Dette bygger på,

- at danske styrker ikke foretog tilbageholdelser under Operation Green Desert,
- at danske styrker ikke i øvrigt deltog i krænkende behandling af tilbageholdte under Operation Green Desert, og
- at hverken Forsvarsministeriet eller de danske styrker havde en konkret viden eller formodning om, at tilbageholdte kunne blive udsat for tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling i det irakiske (TSU) fængsel – Al Jamiat fængslet i Basra.

Disse grunde gennemgås nærmere i det følgende og baserer sig i det hele på gennemgangen i afsnit 3 af de faktiske omstændigheder, som efter sagsøgte opfattelse bør danne grundlag for landsrettens vurdering af sagen.

.....

7.3 Intet ansvarsgrundlag

Det må lægges til grund, at Danmarks deltagelse i Operation Green Desert byggede på sikkerhedsresolution 1546 (2004), jf. nr. 1511 (2003) og den danske folketingsbeslutning B 42 af 25. november 2004.

Det må endvidere lægges til grund, at danske styrker ikke har udsat sagsøgerne for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling.

I modsætning til situationen i *Tarin-sagen* var der i denne sag tale om tilbageholdelse af irakiske statsborgere foretaget af irakiske styrker (ING og TSU), som opererede uden noget kommandoforhold til de danske og britiske styrker, og de tilbageholdte under Operation Green Desert var på intet tidspunkt i dansk varetægt.

Under de forhold der forelå (mandaterne, kommandoforholdene, trusselsniveauet og de fysiske forhold), må der indrømmes de danske styrker en betydelig skønsmargin i forhold til at vurdere, hvornår og under hvilke omstændigheder der var grundlag for at gribe ind over for en eventuel hårdhændet behandling foretaget af de irakiske styrker under operationen.

Der er endvidere ikke grundlag for at statuere, at danske styrker havde en sådan konkret viden eller formodning om, at de tilbageholdte under operationen eller efterfølgende ville blive udsat for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling i det irakiske fængsel, at det var ansvarspådragende at deltage i operationen den 25. november 2004.

I det omfang landsretten måtte finde, at sagsøgerne er blevet udsat for en retsstridig behandling af de irakiske styrker under operationen eller efterfølgende i det irakiske fængsel, gøres det af de ovennævnte grunde gældende, at der ikke er grundlag for at holde danske styrker ansvarlige herfor.

7.3.1 *Danske soldater foretog ikke tilbageholdelser under Operation Green Desert*

Sagsøgte gør derudover gældende, at danske soldater ikke har foretaget tilbageholdelser under Operation Green Desert, herunder af sagsøgerne.

De danske soldaters deltagelse i Operation Green Desert var således begrænset til planlægningsfasen, samt til at danne en ydre ring om operationsområderne med henblik på at sikre, at udefrakommende trusler og forstyrrelser ikke påvirkede de irakiske styrkers arbejde i området inden for ringen. Det var alene de irakiske styrker, der foretog tilbageholdelser.

Det følger heraf, at danske soldater ikke som led i tilbageholdelserne har udsat sagsøgerne for hårdhændet eller krænkende behandling. Danske soldater har derudover ikke overgivet tilbageholdte til de irakiske styrker.

7.3.2 Danske soldater deltog ikke i øvrigt i krænkende behandling af tilbageholdte under Operation Green Desert

Sagsøgte gør endvidere gældende, at danske soldater ikke i øvrigt spillede en rolle i eventuel hårdhændet eller krænkende behandling af tilbageholdte under eller efter Operation Green Desert.

Danske soldater deltog ikke i transporten af de tilbageholdte til Camp Chindit (Akka-basen), idet transporten blev forestået af irakiske styrker i irakiske pickups.

Danske soldater var derudover ikke til stede ved de tilbageholdtes ophold på Camp Chindit (Akka-basen).

Danske soldater deltog heller ikke i transporten fra Camp Chindit (Akka-basen) til Shaiba Logistics Base, ligesom danske soldater ikke deltog i screeningen af de tilbageholdte på basen. Danske soldater deltog ligeledes ikke i transporten af de tilbageholdte, der blev ført direkte til Shaiba Logistics Base, idet der for disse tilbageholdtes vedkommende blev anvendt irakiske pickups og busser.

Endelig havde de danske soldater ingen rolle i en eventuel overgivelse på Shaiba Logistics Base af de tilbageholdte til irakiske styrker med henblik på videre transport til det irakiske politis fængsel i Basra (Al Jamiat), hvor danske soldater heller ikke var til stede.

7.4 Ikke årsagssammenhæng mellem Danmarks deltagelse i Operation Green Desert og de handlinger, som sagsøgerne hævder at have været udsat for

Hvis landsretten alligevel måtte finde, at danske styrker har handlet ansvarspådragende alene ved deres begrænsede deltagelse i Operation Green Desert gør sagsøgte gældende, at der ikke er *årsagssammenhæng* mellem de danske soldaters handlinger i forbindelse med Operation Green Desert og de påståede grove krænkelse af sagsøgerne i irakisk varetægt.

Som tidligere anført har danske soldater ikke foretaget tilbageholdelser under Operation Green Desert, og danske soldater har derfor heller ikke overgivet sagsøgerne til de irakiske styrker. De danske styrker har heller ikke på anden måde deltaget i den påståede krænkende behandling af sagsøgerne, jf. ovenfor.

Den begrænsede rolle, som de danske styrker havde i forbindelse med Operation Green Desert, var hverken *nødvendig* eller *tilstrækkelig* for den påståede behandling af sagsøgerne i irakisk varetægt.

De danske styrker kunne endvidere ikke have forhindret de påståede krænkelser af sagsøgerne, mens de var i irakisk varetægt, uanset om de havde handlet anderledes under operationen, jf. analogt UfR 2011, side 354 Ø (dansk skib kapret af somaliske pirater).

7.5 Ikke en adækvat følge af Danmarks deltagelse i Operation Green Desert

Selv hvis landsretten måtte finde, at de danske styrker har handlet ansvarspådragende ved deltagelse i operationen, og at der er årsagssammenhæng mellem de danske styrkers handlinger og de påståede krænkelser i irakisk varetægt, gøres det under alle omstændigheder gældende, at de påståede krænkelser af sagsøgerne i irakisk varetægt ikke er en *adækvat følge* af de danske styrkers deltagelse i operationen.

Af Eyben og Isager, Lærebog i erstatningsret, 8. udgave, s. 328, fremgår i overensstemmelse hermed:

”Hvis tredjemands optræden er groft uagtsom, forsætlig eller dog har en mod alle regler stridende karakter, er det muligt, at der i relation til skadevolderens handling statueres manglende adækvans, således at kun tredjemand gøres ansvarlig over for skadelidte.” (forfatterens fremhævelser)

Det gøres i overensstemmelse hermed gældende, at irakiske eller britiske styrkers eventuelle krænkende handlinger over for sagsøgerne i forløbet efter den danske deltagelse i Operation Green Desert ophørte, ikke er en påregnelig følge af den danske deltagelse i operationen.

Der er således netop tale om en handling, der er så groft uagtsom og regelstridig, at den ikke bør anses som en forudsigelig følge af dansk deltagelse i Operation Green Desert. Det fremgår da også af det danske mandat i folketingsbeslutning B 42, at det danske bidrag til den multinationale sikringsstyrke i Irak - som alle øvrige udenlandske tropper - vil være undergivet folkeretten, herunder den humanitære folkeret.

Det er derfor sagsøgtes overbevisning, at hvis sagsøgerne kan føre bevis for de påståede krænkelser, som efter deres forklaring er sket i irakisk varetægt, bør det være den irakiske stat, der holdes ansvarlig for disse handlinger.

Det bemærkes i den sammenhæng, at hvis sagsøgte i medfør af de erstatningsretlige regler skulle være ansvarlig for irakiske styrkers handlinger over for irakiske personer, som dan-

.....
ske styrker hverken har tilbageholdt eller overleveret til irakiske styrker, ville det indebære et nyt og særdeles vidtgående medvirkensansvar efter erstatningsansvarslovens § 26, stk. 1.

7.6 Danmarks folkeretlige forpligtelser kan ikke føre til et andet resultat

I relation til bedømmelsen af om erstatningsbetingelserne er opfyldt, jf. ovenfor afsnit 7.3 – 7.5 gøres det gældende, at Danmarks folkeretlige forpligtelser ikke kan føre til et andet resultat.

Ved vurderingen af hvilken vægt de folkeretlige forpligtelser må tillægges i forhold til ansvarsnormen, er det sagsøgtets opfattelse, at følgende forhold må tillægges betydning:

- Om den folkeretlige forpligtelse er inkorporeret eller ikke-inkorporeret i dansk ret, og herunder, om en eventuel inkorporering omfatter handlinger uden for dansk territorium;
- Klarheden af den relevante folkeretlige forpligtelse, herunder eventuel praksis fra internationale domstole og andre staters handlinger i tilsvarende situationer;
- Karakteren af den internationale forpligtelse, og
- Karakteren af en eventuel tilsidesættelse, herunder om der er tale om en forsætlig eller uagtsom, direkte eller indirekte tilsidesættelse.

En sådan vurdering må efter sagsøgtets opfattelse også føre til, at der ikke foreligger det fornødne ansvarsgrundlag i denne sag.

7.6.1 *Sagsøgerne har ikke godtgjort, at de som led i tilbageholdelserne under Operation Green Desert har været udsat for behandling i strid med artikel 3 i EMRK*

Sagsøgte gør først og fremmest gældende, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at de som led i tilbageholdelserne under Operation Green Desert har været udsat for behandling, der under de konkrete omstændigheder er i strid med artikel 3 i EMRK.

I vurderingen heraf gøres det gældende, at der må tages hensyn til alle sagens konkrete omstændigheder, herunder at der var tale om en antiterror-operation under borgerkrigs-lignende forhold i Irak i november 2004. Sagen kan således på ingen måde sammenlignes med forholdene i Danmark, herunder f.eks. i forbindelse med klimatopmødet i København i december 2009, jf. Østre Landsrets betragtninger i U.2012.1439 Ø (den såkaldte COP15-sag).

.....
Selvom forbuddet mod tortur, umenneskelig og anden nedværdigende behandling og straf er absolut, og selvom hensynet til bekæmpelse af terrorisme ikke kan begrunde behandling i

.....

strid med artikel 3, jf. eksempelvis *Tomasi v France (12850/87)*, gøres det gældende, at minimumstærsklen nødvendigvis må være en anden ved militære styrkers tilbageholdelse af formodede terrorister under borgerkrigs-lignende forhold i et tredjeland (her Irak) end eksempelvis anholdelser i forbindelse med en demonstration i en stat, der deltager i EMRK.

Der må således tages højde for alle de helt særlige omstændigheder, som Operation Green Desert foregik under, jf. også EMD's generelle udtalelse i *Hassan*:

*“97. It has long been established that the list of grounds of permissible detention in Article 5 § 1 does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time [...]. Moreover, the Court considers that **there are important differences of context and purpose between arrests carried out during peacetime and the arrest of a combatant in the course of an armed conflict.**”* (vores fremhævelser)

EMD fandt herefter, at konventionens rettigheder skulle fortolkes i lyset af reglerne under den humanitære folkeret, jf. nærmere nedenfor.

7.6.2 Sagsøgte kan ikke holdes ansvarlig for irakiske styrkers handlinger under Operation Green Desert

Sagsøgte gør desuden gældende, at sagsøgte ikke kan holdes ansvarlig for irakiske eller britiske styrkers handlinger under eller efter Operation Green Desert

For det første har de danske soldater ikke overtrådt en forpligtelse til at gribe ind over for irakiske styrkers hårdhændede behandling som led i tilbageholdelser foretaget under Operation Green Desert.

Henset til omstændighederne for Operation Green Desert, herunder mandatet for operationen, det manglende kommandoforhold mellem de danske og irakiske soldater, trusselsniveauet og sikkerhedssituationen i Irak, må der i den forbindelse desuden indrømmes de danske styrker en betydelig *skønsmargin* i forhold til at vurdere, hvornår og under hvilke omstændigheder der var grundlag for at gribe ind over for en eventuel hårdhændet behandling foretaget af de irakiske styrker under operationen.

For det andet er der hverken grundlag for at statuere, at danske myndigheder eller de danske styrker havde eller burde have haft en sådan konkret viden om, at de tilbageholdte ville blive udsat for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling under operationen eller efterfølgende i det irakiske fængsel, at det var ansvarspådragende at deltage i Operation Green Desert

7.6.3 *Der er ikke grundlag for dansk ansvar for medvirken til de irakiske styrkers eventuelle overtrædelse af artikel 3 i EMRK*

Sagsøgte gør i forlængelse af ovenstående gældende, at Danmark ikke kan pålægges et ansvar for medvirken til irakiske styrkers eventuelle krænkelse af artikel 3 i EMRK.

Spørgsmålet om en deltagerstats eventuelle ansvar for bistand og medvirken til en anden stats brud på menneskeretlige forpligtelser er ikke direkte behandlet i EMRK.

Tilsvarende er der ikke eksempler i EMD's praksis, der svarer til den foreliggende sag for så vidt angår en deltagerstats ansvar for medvirken til en ikke-deltagende stats tilsidesættelse af EMRK på denne stats eget territorium. Det ville derfor også være retsskabende, hvis landsretten måtte finde, at Danmark havde medvirket til en eventuel tilsidesættelse af EMRK artikel 3 begået af irakiske styrker på irakisk territorium.

Sagsøgerne har henvist til artikel 16 i ILC's udkast til bestemmelser om statsansvar som grundlag for at sagsøgte skulle ifalde et medvirkensansvar over for sagsøgerne. Det kan i den forbindelse konstateres, at EMD aldrig har anvendt artikel 16 til at udvide EMRK-ansvaret for en deltagerstat, der ikke havde jurisdiktion over et individ.

Denne bestemmelse, der angår stater ansvar over for andre stater, må anses for irrelevant i den foreliggende sag. Og selv, hvis sagsforløbet vurderes i lyset af artikel 16, indebærer det ikke et ansvar for sagsøgte.

Artikel 16 i ILC's udkast til bestemmelser om statsansvar bestemmer, at:

"A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and*
- b) The act would be internationally wrongful if committed by that State."*

Det fremgår endvidere af kommentaren til bestemmelsen, at:

"Article 16 limits the scope of responsibility for aid or assistance in three ways. First, the relevant State organ or agency providing aid or assistance must be aware of the circumstances making the conduct of the assisted State internationally wrongful; secondly, the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of that act, and must actually do so; and thirdly, the completed act must be such that it would have been wrongful had it been committed by the assisting State itself."

For at ifalde et medvirkensansvar efter den almindelige folkeret kræves det således,

- 1) at den medvirkende stat har kendskab til omstændighederne omkring den anden stats krænkelse af folkeretten,
- 2) at den medvirkende stat har til hensigt at bidrage den anden stat til krænkelsen af folkeretten,
- 3) at den medvirkende stat rent faktisk bidrager til krænkelsen af folkeretten, og
- 4) at der også ville foreligge en krænkelse af folkeretten, hvis handlingen var udført af den medvirkende stat selv.

Det gøres gældende, at disse betingelser ikke er opfyldt i den foreliggende sag.

Det skyldes *for det første*, at Danmark ikke på tidspunktet for Operation Green Desert havde det fornødne kendskab til omstændighederne i det irakiske fængsel, hvor den påståede mishandling af sagsøgerne senere fandt sted. Det bemærkes i den forbindelse, at ”burde viden” ikke i medfør af folkeretlig sædvane er tilstrækkeligt til at statuere ansvar for medvirken.

For det andet var formålet og hensigten med de danske styrkers bistand til Operation Green Desert alene at støtte og rådgive de irakiske styrker med henblik på opretholdelse af sikkerhed i området. De danske styrker har således utvivlsomt ikke haft til hensigt at bidrage til eventuelle krænkelse af EMRK artikel 3.

For det tredje var Danmarks deltagelse i planlægningen af operationen og bidrag med sikring af operationsområdet på tre af de fire mål med en ydre ring ikke en væsentlig forudsætning for en eventuel krænkelse af EMRK artikel 3.

Der er derfor ikke årsagssammenhæng mellem Danmarks bidrag og en eventuel hårdhændet tilbageholdelse i strid med EMRK artikel 3, samt den behandling, som sagsøgerne efterfølgende måtte være blevet udsat for i de irakiske fængsler. Det bemærkes, at det ikke er anerkendt i den almindelige folkeret, at medvirken efter artikel 16 omfatter undladelser.

7.7 Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser kan ikke føre til et andet resultat

Som det blev anført i *Tarin*-dommen blev Folketingets samtykke til dansk militærs deltagelse i krigen i Afghanistan givet under den klare forudsætning, at Danmarks internationale forpligtelser skulle respekteres, herunder at gældende regler for væbnede konflikter blev

overholdt. Tilsvarende gjorde sig gældende for Folketingets samtykke til dansk militærs tilstedeværelse i Irak i november 2004, jf. herved bemærkningerne til beslutningsforslag B 42.

Som anført i afsnit 7.6.1 gør sagsøgte gældende, at Danmark, med sin deltagelse i Operation Green Desert, ikke har tilsidesat sin forpligtelse efter EMRK artikel 3.

Sagsøgte gør i forlængelse heraf gældende, at danske styrker heller ikke har tilsidesat Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser i forbindelse med deltagelsen i Operation Green Desert, og at disse forpligtelser under alle omstændigheder ikke kan føre til et andet resultat end frifindelse.

7.7.1 FN's Torturkonvention

7.7.1.1 Sammenfattende

Sagsøgte gør i relation til FN's Torturkonvention samlet set gældende,

- at Torturkonventionen ikke kan danne et selvstændigt grundlag for sagsøgernes erstatningspåstand, da der er tale om en mellemstatslig forpligtelse,
- at ansvar efter Torturkonventionen forudsætter, at der er jurisdiktion,
- at Danmark ikke havde jurisdiktion over sagsøgerne under Operation Green Desert, jf. ovenfor afsnit 6, hvorfor konventionen ikke finder anvendelse i den foreliggende sag,
- at Torturkonventionen ikke yder en bedre beskyttelse end den efter EMRK artikel 3, og
- at Danmark under alle omstændigheder ikke med deltagelsen i Operation Green Desert har handlet i strid med sin forpligtelse efter Torturkonventionen.

7.7.1.2 Nærmere om sagsøgte synspunkter

Som anført i afsnit 5.3.3.1 er Torturkonventionen *ratificeret* af Danmark, men ikke *inkorporeret* i dansk ret, og sagsøgte gør således gældende, at konventionen ikke i den foreliggende sag kan udgøre et selvstændigt grundlag for sagsøgernes påstand om erstatning.

Som tidligere anført fremgår det af Torturkonventionens artikel 2, at enhver deltagerstat skal træffe virkningsfulde lovgivningsmæssige, administrative, juridiske eller andre foranstaltninger for at forhindre torturhandlinger på *ethvert territorium under dens jurisdiktion*.

En noget lempeligere bestemmelse følger af artikel 16 for så vidt angår grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

Efter artikel 14 skal enhver deltagende stat i sit retssystem endvidere sikre, at et offer for en torturhandling opnår oprejsning og har en eksigibel ret til rimelig og tilstrækkelig erstatning og herunder midler til en så fuldstændig rehabilitering som mulig. I tilfælde af et offers død som følge af en torturhandling, skal de, som han har forsørgerpligt overfor, være berettiget til erstatning.

Sagsøgte gør gældende, at disse regler ikke indeholder en bedre beskyttelse end den, der følger af EMRK artikel 3, og at konventionens bestemmelser således ikke kan føre til, at sagsøgte er erstatningsansvarlig.

Disse synspunkter støttes af den britiske Court of Appeal's dom af 9. september 2016 i *Al-Sadoon & Others v. The Secretary of Defence*. Sagen handlede om den britiske regerings undersøgelsespligt i medfør af bl.a. EMRK artikel 3 og FN's Torturkonvention, i relation til påstande om ulovlige drab og mishandlinger under Irak-krigen i perioden mellem 2003 og 2009.

Selvom sagen angik den britiske regerings undersøgelsespligt, støtter dommen efter sagsøgte vurdering det af sagsøgte ovenfor anførte synspunkt om forholdet mellem EMRK artikel 3 og Torturkonventionen:

*“202. First, I agree with the judge that **Article 12 UNCAT does not appear to impose a broader duty of investigation than Article 3 ECHR**. The requirement of reasonable grounds to believe that an act of torture has been committed under Article 12 UNCAT seems to set a **higher hurdle** than the test of credible assertion or arguable claim under Article 3 ECHR. Furthermore Article 12 does not on its face require an investigation under that provision to examine whether there has been a failure to comply with Article 10 or Article 11 UNCAT. Accordingly, even if the appellants are able to establish that the provisions of UNCAT on which they seek to rely do have effect in domestic law, it is difficult to see how this might assist them. [...]*

*203. Secondly, the provisions of ECHR must be interpreted in harmony with rules of international law of which it forms part (*Al-Adsani v United Kingdom* at [55]) and **therefore the development of Article 3 ECHR may in certain circumstances be influenced by UNCAT**. I have referred earlier in this judgment to an example of such a process whereby the interpretation of Article 5 ECHR has been influenced by international instruments on enforced disappearance. However, nothing in UNCAT supports the appellant's contention that an investigation under Article 12 UNCAT is required to examine whether there has been compliance with Article 10 or Article 11 UNCAT.”*

Som det fremgår af Torturkonventionens artikel 2, forudsætter ansvar efter konventionen, at der er jurisdiktion. Det er sagsøgtes opfattelse, at Danmark ikke havde jurisdiktion over sagsøgerne under Operation Green Desert, jf. afsnit 6 ovenfor. Derfor gør sagsøgte gældende, at Danmark ikke var forpligtet af konventionen i relation til hændelsesforløbet i Operation Green Desert.

Dette støttes af Oxford Commentaries on International Law, UN Convention Against Torture, 2008, side 494, hvor det er anført, at:

"[...] Article 14(1), in light of the practice, does not impose an obligation to provide a remedy for torture committed abroad; neither does it prohibit the exercise of jurisdiction with an extraterritorial element."

Sagsøgte gør endelig gældende, at danske styrker under alle omstændigheder ikke i kraft af deres begrænsede deltagelse i Operation Green Desert har overtrådt deres forpligtelser efter Torturkonventionen. Der henvises i denne forbindelse til afsnit 3 ovenfor.

7.7.2 *Geneve-konventionerne*

Som anført ovenfor i afsnit 5.3.3.2 er det sagsøgtes vurdering, at alene de fire Genevekonventioners fælles artikel 3 er relevant at gennemgå i relation til den foreliggende sag.

Der er ingen tvivl om, at Geneve-konventionerne forpligter deltagerstaterne under en væbnet konflikt, uanset om de udøver jurisdiktion eller ej. De helt basale krav i konventionernes fælles artikel 3 indeholder dog efter sagsøgtes opfattelse heller ikke en bedre beskyttelse mod tortur end EMRK artikel 3.

Tilsvarende gør sagsøgte også i relation til forbuddet mod inhuman behandling i Genevekonventionerne gældende, at Danmark ikke var ansvarlig og ikke medvirkede til den behandling, som sagsøgerne hævder at have været udsat for i irakisk varetægt. Sagsøgte gør derfor gældende, at Danmark heller ikke har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af den humanitære folkeret.

7.7.3 *Jus cogens*

Som anført i afsnit 5.3.3.3 antages forbuddet mod tortur i vidt omfang at have karakter af jus cogens. Uanset om en sådan eventuel folkeretlig sædvane om *jus cogens* måtte anses for en del af dansk ret eller ej, indebærer *jus cogens* dog ikke en selvstændig ret for personer til civilretligt at få tilkendt erstatning eller godtgørelse ved en eventuel krænkelse af en *jus cogens*-norm, herunder en krænkelse af forbuddet mod tortur.

En sådan adgang til civilretlig erstatning forudsætter under alle omstændigheder en ansvarspådragende handling i form af et brud på en forpligtelse, der påhvilede sagsøgte. Torturforbuddets karakter af jus cogens ændrer ikke på, at en sådan ansvarspådragende handling, som anført ovenfor, ikke har fundet sted.

Dertil kommer, at sagsøgte, som anført i afsnit 5.3.2 ovenfor, gør gældende, at Danmark har handlet i overensstemmelse med forpligtelsen i EMRK artikel 3. I det omfang der ikke foreligger en handling, der overtræder EMRK artikel 3, vil der næppe heller være tale om en handling i strid med den folkeretlige sædvane. Herudover må der stilles de samme betingelser om enten direkte ansvar eller medvirkensansvar, som sagsøgte ikke finder er opfyldte i den foreliggende sag.

8. SAGSØGTE HAR IKKE TILSIDESAT EN UNDERSØGELSESFORPLIGTELSE

Sagsøgernes subsidiære påstand 2 angår sagsøgtes pligt til at gennemføre en undersøgelse uden for retssagens rammer og uden landsrettens medvirken. Påstanden støttes dermed på den pligt til at foranstalte en undersøgelse, som EMD har udviklet med henvisning til EMRK artikel 3, jf. afsnit 5.3.2 ovenfor.

Det følger således af praksis fra EMD, at myndigheder i visse tilfælde har en positiv forpligtelse til at indlede en undersøgelse i anledning af påståede overtrædelser af EMRK artikel 3 for at sikre en effektiv efterlevelse af forbuddet mod tortur.

Undersøgelsespligten indtræder, hvor en person fremfører en rimeligt begrundet påstand ("arguable claim") om, at den pågældende har været udsat for handlinger i strid med EMRK artikel 3, begået af politiet eller andre myndighedspersoner, som er underlagt konventionsstatens ansvar, jf. bl.a. *Assenov m.fl. mod Bulgarien* (dom af 28. oktober 1998), præmis 102, og *Labita mod Italien* (dom af 6. april 2000), præmis 131.

Konventionsstaten skal dermed sikre, at der *under dens jurisdiktion* gennemføres en effektiv officiel undersøgelse af påstande om tortur, jf. *Al-Adsani mod Storbritannien* (dom af 21. november 2001), præmis 38, som er i stand til at identificere og strafforfølge de ansvarlige, jf. herved *Egmez mod Cypern* (dom af 21. december 2000), præmis 70.

Hvis den påståede krænkelse er sket uden for konventionsstatens jurisdiktion, har konventionsstaten hverken mulighed for eller pligt til at foranstalte en sådan undersøgelse, jf. herved den britiske Court of Appeals afgørelse af 9. september 2016 i sagen *Al-Sadoon & Others mod The Secretary of State for Defence*, præmis 134.

Det gøres gældende, at sagsøgerne ikke har fremført en rimeligt begrundet påstand om, at sagsøgerne har været udsat for handlinger i strid med EMRK artikel 3, begået af de danske

styrker, eller at sådanne handlinger i øvrigt er sket under dansk jurisdiktion, jf. EMRK artikel 1, jf. i det hele afsnit 7 ovenfor.

Som anført i svarskriftet, s. 25, har sagsøgerne herudover ikke en retlig interesse i påkendelse af en påstand, som tilpligter sagsøgte at anerkende en pligt til at foranledige en *strafferetlig* undersøgelse.

Strafferetlige undersøgelser skal gennemføres af de udøvende myndigheder i de stater, der deltager i EMRK. Det er disse konventionsstater, der har adgang til at efterforske om personer, der er underlagt konventionsstatens ansvar har handlet i strid med EMRK artikel 3. Det er den uafhængige myndighed, som tilvejebringer de nødvendige beviser til brug for undersøgelsen og den efterfølgende vurdering af, om der bør rejses en straffesag mod de ansvarlige personer.

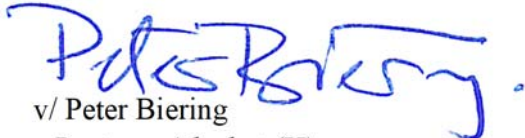
I Danmark er det Forsvarets Auditørkorps, der foretager sådanne strafferetlige undersøgelser vedrørende militært personels handlinger i tjenesten. Det er derfor i givet fald Forsvarets Auditørkorps – og ikke sagsøgte – der ville være rette sagsøgte.

Det bemærkes i den sammenhæng, at Forsvarets Auditørkorps allerede har gennemført – og afsluttet – en række efterforskninger foranlediget af Operation Green Desert. Der henvises i den forbindelse til Forsvarets Auditørkorps' årsberetning 2013, s. 34-36 (bilag Å), Forsvarets Auditørkorps' pressemeddelelse af 13. januar 2014 (bilag AD), Forsvarets Auditørkorps' skrivelse af 28. februar 2011 til sagsøgte (bilag AE) samt Forsvarets Auditørkorps' pressemeddelelse af 22. august 2016 (bilag DC).

Auditørkorpset har under ingen af disse undersøgelser fundet grundlag for at rejse tiltale mod dansk personel og har i den forbindelse henvist til, at der ikke har været rimelig formodning for, at strafbare forhold, som forfølges af det offentlige, er begået.

København, den 15. september 2017

Kammeradvokaten



v/ Peter Biering

- Partner, Advokat (H)