

Yrjö-Pekka Halme

Yrjö-Pekka Halme

STATENS ANSVAR OCH ANLITANDET AV PRIVATA MILITÄR- OCH  
SÄKERHETSFÖRETAG

Avhandling pro gradu i folkrätt  
Handledare: Viljam Engström  
Fakulteten för samhällsvetenskaper  
och ekonomi  
Åbo Akademi  
2019

**ÅBO AKADEMI – FAKULTETEN FÖR SAMHÄLLSVETENSKAPER OCH  
EKONOMI**

Abstrakt för avhandling pro gradu

|   |               |
|---|---------------|
| Ämne: Folkrätt  |               |
| Författare: Yrjö-Pekka Halme  |               |
| Arbetets titel: Statens ansvar och anlitaandet av privata militär- och säkerhetsföretag   |               |
| Handledare: Viljam Engström   |               |
| <p>Abstrakt: Privatisering av uppgifter som tidigare ansetts tillhöra enbart staten har haft långtgående följder. Privatiseringen har skapat en marknad inom säkerhetsindustrin där privata militär- och säkerhetsföretag erbjuder sina tjänster till stater. Som en följd av den ökade viljan att privatisera statliga uppgifter har staterna börjat utlokalisera delar av sina militära uppgifter till privata militär- och säkerhetsföretag. Fenomenet har samtidigt gett upphov till många frågor, inte minst ur folkrättens perspektiv. De privata militär- och säkerhetsföretagen status inom folkrätten har skapat livlig debatt där bl.a. statsansvarsrättens tillämpbarhet vid situationer där staten utlokaliserar sina militära uppgifter till företagen ifrågasatts. Denna avhandling strävar efter att belysa det rådande läget beträffande statsansvarsrättens tillämpbarhet vid dessa situationer. Detta sker genom en analys av den kodifierade statsansvarsrättsdoktrinen samt andra ansvarsmekanismer inom folkrätten, så som doktrinen för de positiva skyldigheterna. Som en alternativ metod för ökad reglering diskuteras marknadsmekanismer. Avtalet och dess potential som regleringsmekanism är framträdande i samband med denna diskussion.</p> <p>Utgående från analysen framförs ett behov av innovativa och liberala tolkningar av de redan existerande ansvarsmekanismerna. På grund av fenomenets komplexitet bör även alternativa regleringsmekanismer, som avtalet och andra marknadsmekanismer, kunna tas i beaktande i samband med diskussionen om reglering och ansvar. Mångskiktade fenomen kan kräva mångskiktad reglering.</p> |               |
| Nyckelord: statsansvar, icke-statliga aktörer, privatisering, avtal, militär  |               |
| Datum: 25.5.2019  | Sidoantal: 83 |

|   |           |
|---|-----------|
| 1. INLEDNING .....  | 1         |
| <b>1.1 Bakgrund .....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>1.2 Frågeställning och avgränsning .....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>1.3 Material och metod .....</b>   | <b>6</b>  |
| 2. VEM REGLERAR FOLKRÄTTEN? .....   | 7         |
| <b>2.1 Legosoldater och folkrätten .....</b>  | <b>7</b>  |
| 2.1.1 Bakgrund .....  | 7         |
| 2.1.2 Tilläggsprotokoll I .....   | 8         |
| 2.1.3 Legosoldatskonventionen .....   | 10        |
| 2.1.4 Tillämpningen av definitionerna i Tilläggsprotokoll I och Legosoldatskonventionen .....           | 12        |
| <b>2.2 Vad är privata militär- och säkerhetsföretag? .....</b>  | <b>15</b> |
| 2.2.1 Avsaknaden av en enhetlig definition .....  | 15        |
| 2.2.2 Karakteristiska drag för de privata militär- och säkerhetsföretagen .....                         | 17        |
| 2.2.3 Klassificeringen av företagen .....   | 20        |
| 2.2.4 Det rådande läget .....   | 22        |
| 3. TILLSKRIVANDET AV STATSANSVAR .....  | 23        |
| <b>3.1 Staters ansvar för de privata aktörernas agerande .....</b>                                      | <b>23</b> |
| <b>3.2 Privata militär- och säkerhetsföretag som en del av statens väpnade styrkor .....</b>            | <b>25</b> |
| <b>3.3 Tillskrivandet av ansvar de jure: utövandet av statliga befogenheter .....</b>                   | <b>28</b> |
| 3.3.1 Folkrättskommissionens Artikel 5 .....  | 28        |
| 3.3.2 Om funktioner som är till sin natur statliga .....  | 32        |
| <b>3.4 Tillskrivandet av ansvar de facto: instruktioner, styrning och kontroll .....</b>                | <b>36</b> |
| 3.4.1 Folkrättskommissionens Artikel 8 och rådande rättspraxis .....                                    | 36        |
| 3.4.2 Tappar staten sin kontroll genom att utlokalisera sina funktioner? .....                          | 40        |
| <b>3.5 Delaktighet som grund för tillskrivandet av ansvar .....</b>                                     | <b>44</b> |
| 4. STATSANSVAR GENOM POSITIVA SKYLDIGHETER .....  | 48        |
| <b>4.1 De positiva skyldigheternas karaktär .....</b>   | <b>48</b> |
| <b>4.2 Positiva skyldigheter inom humanitärrätten .....</b>   | <b>51</b> |
| <b>4.3 Positiva skyldigheter inom de mänskliga rättigheterna .....</b>                                  | <b>55</b> |
| 5. AVTALET OCH MARKNADEN SOM REGLERARE AV DE PRIVATA MILITÄR- OCH SÄKERHETSFÖRETAGEN .....              | 61        |
| <b>5.1 Om marknadens roll vid privatisering av militära uppgifter .....</b>                             | <b>61</b> |
| <b>5.2 Avtalet och dess potential i regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen .....</b> | <b>66</b> |
| 5.2.1 Allmänt om avtalet och dess funktion .....  | 66        |
| 5.2.2 Hur folkrättsliga frågor kunde tas i beaktande då avtal ingås .....                               | 67        |
| 5.2.3 Kritik mot avtalet som ett verktyg för ökad reglering .....                                       | 76        |
| 6. SLUTSATS .....   | 78        |
| KÄLLOR .....  | 84        |

## 1. INLEDNING

### 1.1 Bakgrund

Den privata säkerhetsindustrin har under de senaste årtiondena upplevt en ständig tillväxt. Samtidigt har de privata militär- och säkerhetsföretagen (Private Military and Security Companies/PMSCs<sup>1</sup>) dragit nytta av denna tillväxt. Tiotusentals privata entreprenörer (contractors) arbetar för dessa företag som erbjuder sina tjänster för så väl stater, internationella organisationer, företag och icke-statliga organisationer. Många av företagen är verksamma i områden där väpnade konflikter pågår och företagen sköter uppgifter som traditionellt har ansetts enbart höra till statliga aktörer. Utvecklingen som lett till att stater blivit villiga att utlokalisera delar av sina militära uppgifter har givetvis väckt frågor. Även om anlitaandet av privata trupper eller privat användning av våld inte är nya fenomen har dagens ökade närvaro av privata, vinstdrivande militär- och säkerhetsföretag visat en klar och tydlig ändring i sättet att förhålla oss till säkerhet. Detta har i sin tur lett till att de traditionella normativa och ansvarsutkrävande strukturerna inom folkrätten, som utgår ifrån att staten är aktör gällande frågor kring bruk av våld, blivit delvis åsidosatt. I synnerhet frågor gällande statens möjlighet att kontrollera företagens åtaganden och bristen av tillräckliga mekanismer för ansvarsutkrävande ifall företagen missköter sig är centrala.<sup>2</sup>

Från en juridisk synpunkt är de privata aktörernas status på det folkrättsliga planet intressant och ger upphov till flera frågor. Är dessa entreprenörer legosoldater eller delar av staternas försvarsmakter? Vilken juridik skall tillämpas och vem har jurisdiktion över dessa aktörer? Enligt Francioni rör man sig i många fall i en gråzon av såväl internationell som nationell rätt.<sup>3</sup>

En av de centrala frågorna kring användandet av privata militär- och säkerhetsföretaget gäller statsansvaret. Hur regleras ansvaret och kan en stat genom att anlita privata företag undvika statsansvar? Har folkrätten tillräckliga verktyg för att reglera privata aktörers

---

<sup>1</sup> Skribentens egen översättning från den engelskspråkiga terminologin.

<sup>2</sup> Se Tonkin, 2011.

<sup>3</sup> Francioni, 2008, s. 961-964.

agerande och är tillämpningen av dessa fungerande? Carsten Hoppe anser att en ansvarsklyfta mellan stater och privata företag förekommer. Enligt Hoppe kommer en stat som använder sig av privata militär- och säkerhetsföretag tillskrivas mindre ansvar än vad staten skulle tillskrivas ifall den agerat självständigt.<sup>4</sup> Statsansvarsrätten, kodifierad i FN:s folkrättskommissionens artiklar om statsansvar för folkrättsstridiga handlingar<sup>5</sup>, utgår från att handlingar utförda av privata aktörer kan tillskrivas staten, ifall vissa kriterier uppfylls.<sup>6</sup> Därmed tillämpar samt tolkar folkrätten redan existerande normer och reglerar på detta sätt privata aktörers agerande på det internationella planet.

Tillskrivandet av privata handlingar till en stat är inte ett nytt fenomen inom folkrätten. Icke-statliga aktörers bruk av våld är däremot ett fenomen som skapat stor diskussion och t.o.m. krav på att förnya eller uppdatera reglerna för tillskrivandet av ansvar. Detta krav grundar sig på de icke-statliga aktörernas ökade möjligheter och färdigheter att i dagens läge bruka våld transnationellt i jämförelse med läget då statsansvarsreglerna kodifierades.<sup>7</sup> Folkrättskommissionens artiklar tar i beaktande handlingar utförda av icke-statliga aktörer. Denna kategori innefattar en rad olika aktörer som skiljer sig väsentlig från varandra, på basen av deras varierande kapacitet att handla. Detta tydliggörs då man betraktar gällande rättspraxis som format den rådande doktrinen. Exempelvis Internationella domstolens (ICJ) domslut i det så kallade *Nicaragua*-fallet<sup>8</sup> handlade om USA:s roll i förhållande till de så kallade *contras*, en paramilitär grupp. Den stora skillnaden och delvis unika karaktären för de privata militär- och säkerhetsföretagen som icke-statlig aktör kan hittas i företagets struktur och organisationskultur. Så som namnet tyder, är det frågan om privata företag vars juridiska personlighet följer från bolagsformen. I många fall anlitas dessa företag av stater som en följd av privatisering av statliga uppgifter. Verksamheten innefattar i många fall även bruk av våld.

---

<sup>4</sup> Hoppe, 2008.

<sup>5</sup> UN Doc. A/RES/56/83 (2001), även kallade för ILC Articles, hädanefter folkrättskommissionens artiklar.

<sup>6</sup> Folkrättskommissionens artiklar, Art. 5 och 8. Dessa artiklar och deras tolkning i förhållande till privata militär- och säkerhetsföretag kommer att diskuteras senare.

<sup>7</sup> Lanovoy, 2017. Lanovoy exemplifierar detta med både rebellgruppers och terroristorganisationers aktiviteter, men understryker även de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar och verksamhet som en del av fenomenet.

<sup>8</sup> Se *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits 27 June 1986), ICJ Reports 1986, hädanefter *Nicaragua*.

Statsansvarsrätten och folkrättskommissionens artiklar är givetvis inte de enda mekanismerna som kan leda till att stater tillskrivs ansvar för handlingar som är utförda av icke-statliga aktörer. Staterna har som en följd av både sedvane- och traktaträtt positiva skyldigheter att bland annat förebygga icke-statliga aktörers handlingar som bryter mot de rättigheter som en tredje stat åtnjuter. Dessa så kallade due diligence-skyldigheter skapar ett krav på att staten bör vidta nödvändiga åtgärder gällande vissa handlingar som sker inom staten. Ifall dessa skyldigheter inte efterföljs, skapas underlåtenhet.<sup>9</sup> Denna praxis bekräftas bland annat i fallen *Corfu Channel* och *Genocide*.<sup>10</sup> De positiva skyldigheterna har även relevans då de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar och deras förhållande till staten analyseras. Framför allt framhävs de positiva skyldigheterna i människorättskonventioner, men även humanitärätten skapar positiva skyldigheter för staten.<sup>11</sup>

I och med att stater privatiserar uppgifter som traditionellt ansetts tillhöra enbart staten har ett skifte i statens monopol på bruk av våld delvis skett. Detta fenomen har haft långtgående följder. Privatisering har skapat en marknad för de privata militär- och säkerhetsföretagen där det moderna privata militär- och säkerhetsföretaget erbjuder sina tjänster som vilket företag som helst.<sup>12</sup> Privatisering skapar ett avtalsförhållande mellan staten (eller i vissa fall internationella organisationer) och den privata aktören (i detta fall det privata militär- och säkerhetsföretaget). Detta förhållande har även betydelse för diskussionen som berör ansvarsfrågor. Dickinson hävdar att avtalet fungerar som en motor för privatiseringen och att den därmed har stor betydelse även för folkrättsliga frågor.<sup>13</sup> Därmed uppstår frågan om avtalets folkrättsliga funktion. Hur bör avtalet tas i beaktande då de privata militär- och säkerhetsföretagens förhållande till staten och statsansvaret analyseras? Kan avtalet som regleringsmekanism minska på den eventuella ansvarsklyftan som uppkommer då staterna privatiserar sina militära funktioner?

---

<sup>9</sup> Lanovoy, 2017, s. 565. Tonkin, 2011, s. 59-63. Vierucci, 2009, s. 24.

<sup>10</sup> Se *The Corfu Channel case (United Kingdom v Albania)*, (Merits, 9 April, 1949), ICJ Reports 1949, hädanefter *Corfu Channel* och *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, (Merits, 26 February 2007) ICJ Reports 2007, para. 430, hädanefter *Genocide*.

<sup>11</sup> Hoppe, 2008, s. 992-1005 samt Tonkin, 2011, s. 188-227.

<sup>12</sup> Se kapitel 2 och diskussionen gällande de privata militär- och säkerhetsföretagens karaktär.

<sup>13</sup> Dickinson, 2005, 2006 och 2012.

## 1.2 Frågeställning och avgränsning

Ifall staterna genom att utlokalisera vissa delar av sina militära funktioner kan undgå ansvar för sitt agerande, väcks frågan ifall ansvarsmekanismerna inom folkrätten är fungerande beträffande regleringen av privata militär- och säkerhetsföretag? Diskussionen om de privata militär- och säkerhetsföretagens status inom folkrätten bottnar i den grundläggande problematiken gällande folkrättens statscentritet. Även om staterna fortfarande representerar de primära subjekten inom folkrätten är det ändå många andra aktörer som i dagens läge formar internationella förhållanden och utövar verksamhet inom områden som tidigare tillhört enbart staten.<sup>14</sup> Privatisering och utlokalisering av statliga uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen och dess inverkan på statsansvaret utgör grunden för denna avhandling.<sup>15</sup> Syftet med avhandlingen är att analysera de olika folkrättsliga ansvarsmekanismerna och deras tillämpbarhet i situationer där stater anlitar privata militär- och säkerhetsföretag. Genom denna analys försöker avhandlingen svara på följande frågor. Hur påför folkrätten ansvar på staterna då de anlitar privata militär- och säkerhetsföretag och vilken är statsansvarsrättsdoktrinen tillämpbarhet vid dessa situationer? Avhandlingen strävar efter att svara på den övergripande frågan genom att först betrakta hur folkrätten förhåller sig till de privata militär- och säkerhetsföretagen och genom att se på den existerande regleringen av privat bruk av våld. Genom att analysera tillämpbarheten av de olika ansvarsmekanismerna inom folkrätten försöker avhandlingen svara på frågan om hur statsansvarsrättsreglerna tillämpas vid situationer där staten utlokaliserat sina militära uppgifter till privata militär- och säkerhetsföretag och vilken är betydelsen av de positiva skyldigheterna i dessa situationer? Slutligen ställs frågan om avtalets folkrättsliga mening. Kunde man i en folkrättslig mening betrakta avtalet som en ansvarsmekanism?

Avhandlingen analyserar tillämpbarheten av de olika ansvarsmekanismerna inom folkrätten. Folkrättskommissionens artiklar representerar *lex generalis* då statsansvarsrätten diskuteras och därmed är analysen av dessa artiklar utgångspunkten för avhandlingen. På grund av de privata militär- och säkerhetsföretagens karaktär och

---

<sup>14</sup> Lanovoy, 2017, s. 563.

<sup>15</sup> I denna avhandling kommer privatisering att behandlas som utlokalisering av offentliga uppgifter. Inte som utförsäljning eller byte av ägarskap. Jämför med engelskans "contracting out" och "transfer of ownership". För en diskussion om begreppen se, Aman, 2009, s. 35.

verksamheten som dessa företag utövar aktualiseras flera olika rättsområden, så som humanitärrätten och de mänskliga rättigheterna. Detta påverkar även diskussionen om ansvar. Både humanitärrätten och de mänskliga rättigheterna utgår från att staterna har positiva skyldigheter. Därmed kommer de positiva skyldigheternas påverkan på ansvarsfrågan att diskuteras. Internationella straffrätten och frågor gällande individuellt straffrättsligt ansvar kommer däremot inte att behandlas. Även om de privata militär- och säkerhetsföretagens karaktär och funktioner diskuteras i avhandlingen kommer företagens ansvar inte att behandlas. Statens ansvar är utgångspunkten för avhandlingen och företagsansvar samt begrepp, så som Corporate Social Responsibility (CSR) behandlas inte. Därmed behandlas inte heller den privata militär- och säkerhetsindustrins självregleringsmekanismer.

De privata militär- och säkerhetsföretagen kan vara verksamma i situationer där flera olika stater är involverade. Företaget kan vara hemma från en stat, anlita av en annan och verka i en tredje. Detta medför en ytterligare nivå av komplexitet. Avhandlingen kommer att begränsa sig till förhållandet mellan den anlita staten och det privata militär- och säkerhetsföretaget. Avhandlingen betraktar fenomenet kring staternas utlokalisering av militära funktioner och behandlar uppkomsten av en möjlig ansvarsklyfta som skapas genom detta förfarande. Därmed kommer inte värd- eller hemstatens roller att behandlas.<sup>16</sup>

Avhandlingen kommer att kort behandla de moraliska uppfattningarna om fenomenet kring privat bruk av våld och om den numera brutna weberianska traditionen gällande staters monopol på bruk av våld. Uppfattningarnas inverkan på regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen kommer sedan att tas i beaktande. Däremot kommer avhandlingen inte att ge en djuplodande inblick i de privata militär- och säkerhetsföretagens historia och utveckling.

---

<sup>16</sup> För en analys av deras roller, se Tonkin, 2011, kapitel 4 och 6.



### 1.3 Material och metod

Avhandlingen kombinerar rättsdogmatisk forskning med en kritisk diskussion med utgångspunkt i den akademiska diskussionen. Statsansvarsrätten och innehållet i folkrättskommissionens artiklar ligger som grund för avhandlingen. Genom att analysera innehållet och innebörden av dessa artiklar och deras tillämpbarhet till de situationer där staterna utlokaliserar delar av sin militära verksamhet till de privata militär- och säkerhetsföretagen strävar avhandlingen efter att ge en bild av hur folkrätten förhåller sig till frågor gällande statsansvar och de privata militär- och säkerhetsföretagen, *de lege lata*, men avhandlingen tar även i beaktande folkrättens begränsningar och diskuterar frågan *de lege ferenda*. Som redan ovan nämnts, berörs flera olika rättsområden av de privata militär- och säkerhetsföretagens verksamhet. Dessa bör följaktligen tas i beaktande då ansvarsfrågor diskuteras. Statsansvarsrätten och folkrättskommissionens artiklar tolkas inte i ett vakuum och statsansvarsrätten representerar de så kallade sekundära reglerna av folkrätten. Primära regler bestämmer staternas skyldigheter, medan statsansvarsrätten bestämmer vem som kan tillskrivas ansvar då de primära reglerna brutits.<sup>17</sup> Denna grundprincip bör tas i beaktande och påverkar även innehållet i denna avhandling.

Utöver folkrättskommissionens artiklar kommer analysen att stöda sig på rättspraxis som format doktrinen. I och med att de olika testerna för graden av kontroll bidragit stort till diskussionen kommer testernas betydelse och det rådande läget att analyseras.<sup>18</sup> Positiva skyldigheter som uppstår ur de olika rättsområdena inom folkrätten kommer även att behandlas. Som redan nämnts, engagerar de privata militär- och säkerhetsföretagens funktioner flera olika rättsområden. De positiva skyldigheterna som härstammar från humanitärrätten kommer att analyseras och skyldigheternas tillämpning på företagen att diskuteras. Likväl kommer de positiva skyldigheterna som uppstår ur människorättskonventioner att analyseras. Inom ramen för diskussionen om de mänskliga

---

<sup>17</sup> Tonkin, 2011, s. 55.

<sup>18</sup> Se kapitel 3 och *Nicaragua* samt *Prosecutor v. Tadić*, 15 July 1999, IT-94-1-A, Appeals Chamber, 15 July 1999, hädanefter *Tadić*.

rättigheterna och de positiva skyldigheterna kommer rådande praxis att utgöra en stor del av diskussionen.

I och med att avhandlingen begränsar sig till den anlåtande statens roll i förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagen kommer avtalets folkrättsliga funktion att tas i beaktande i analysen. Då en stat anlitar ett företag skapas även ett avtalsmässigt förhållande mellan parterna. Detta bör understrykas. Till denna del övergår diskussionen till att analysera och presentera en alternativ mekanism för att åtgärda den potentiella ansvarsklyftan och öka på transparensen gällande de privata företagens handlingar.

## **2. VEM REGLERAR FOLKRÄTTEN?**

### **2.1 Legosoldater och folkrätten**

#### **2.1.1 Bakgrund**

Privata militära aktörer som drivs av personliga vinstintressen har som fenomen existerat lika länge som den organiserade krigsföringen. Legosoldater är typexemplet på detta fenomen och i dagens läge hävdar man att de privata militär- och säkerhetsföretagen representerar en slags modern form av fenomenet. Företagen har t.o.m. blivit kallade för arbetsgivare till moderna legosoldater och för legosoldatsföretag.<sup>19</sup> Diskussionen gällande legosoldater fungerar därmed delvis som en introduktion till problematiken som är förknippad med regleringen av dessa företag. Hur förhåller sig folkrätten till de privata militär- och säkerhetsföretagen och har folkrätten definierat dessa företag på något sätt? För att kunna diskutera regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen bör man alltså vara medveten om deras status inom folkrätten. Detta kapitel strävar efter att klargöra hur folkrätten förhåller sig till de privata militär- och säkerhetsföretagen och hur detta påverkar regleringen av dem, m.a.o. vem folkrätten reglerar och på vilket sätt.

Traditionellt har folkrätten uppmärksammat fenomenet kring legosoldater och dessa har definierats och samtidigt reglerats genom olika konventioner. Som ett resultat av de postkoloniala erfarenheterna skapades en väldigt negativ bild av legosoldaterna och behovet av ökad kontroll ledde till att det internationella samfundet arbetade fram en

---

<sup>19</sup> Drews, 2007, s. 331. För en historisk analys om fenomenet, se artiklarna av Carlos Ortiz (a) och Kyle M. Ballard i Jäger & Kümmel (red.), 2007.

definition för legosoldater. Denna definition kodifierades i Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionen. Innan detta hade FN bland annat dömt användningen av legosoldater i resolutioner och senare i Deklarationen gällande vänskapliga förhållanden.<sup>20</sup> Nedan kommer innehållet i Artikel 47 i Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionen<sup>21</sup> och i den så kallade legosoldatskonventionen, International Convention against Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries<sup>22</sup> att analyseras och deras tillämpbarhet i det rådande läget att diskuteras, för att utreda om de moderna privata militär- och säkerhetsföretagen och deras anställda klassas som legosoldater och hur dessa instrument reglerar privat bruk av våld?

### 2.1.2 Tilläggsprotokoll I

Tilläggsprotokoll I trädde i kraft 7.12.1978 och ändrade på Genèvekonventionens innehåll. Ursprungligen var inte en bestämmelse gällande legosoldater planerad i protokollet, men krav på att länka legosoldaters handlingar med negativa juridiska konsekvenser ledde till att en detaljerad definition skapades. Slutligen godkändes följande definition i form av Artikel 47 i Tilläggsprotokoll I.<sup>23</sup>

#### *Artikel 47 - Legosoldater*

1. Legosoldat skall icke ha rätt till kombattant- eller krigsfångestatus.
2. Legosoldat är en person som
  - a) är särskilt rekryterad inom landet eller utomlands för att kämpa i en väpnad konflikt;
  - b) faktiskt deltar direkt i fientligheterna;
  - c) deltar i fientligheterna med främsta motiv att vinna personliga fördelar och som faktiskt av en stridande part eller på dess vägnar utlovats materiell ersättning som vida överstiger den som utlovas eller utbetalas till kombattanter med motsvarande grad och funktion i denna parts väpnade styrkor;

---

<sup>20</sup> Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 1970, G.A. Res. 2625, UN. Doc. A/8028. För en mer detaljerad diskussion om den historiska utvecklingen av regleringen av legosoldater, se Singer, 2004, s. 524-527 och Drews, 2007, s.331-332.

<sup>21</sup> Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter, 1977, hädanefter Tilläggsprotokoll I.

<sup>22</sup> International Convention against Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, 1989, UN. Doc A/Res/44/34, hädanefter Legosoldatskonventionen.

<sup>23</sup> Drews, 2007, s. 332.

d) varken är medborgare i en stat som är part i konflikten eller bosatt i ett område kontrollerat av en part i konflikten;

e) icke är medlem av en parts i konflikten väpnade styrkor; och

f) icke av en stat, som icke är part i konflikten, sänts i offentligt uppdrag i egenskap av medlem av denna stats väpnade styrkor.<sup>24</sup>

För att en person kan anses uppfylla kraven som Artikel 47 fastställer och därmed ses som en legosoldat, bör varje enskilt krav kumulativt uppfyllas. Detta leder till att definitionen är på många sätt snäv.<sup>25</sup> Det är även skäl att nämna de begränsningar som Tilläggsprotokollets tillämpningsområde medför. Tilläggsprotokoll I tillämpas vid internationella väpnade konflikter vilket utesluter en stor del av dagens konflikter där de privata militär- och säkerhetsföretagen är verksamma.<sup>26</sup> Den bärande tanken vid diskussionen om definitionen av legosoldater kan anses kretsa kring personens motiv och strävan efter personliga fördelar (monetär eller materiell belöning). Jämförelsen mellan soldater som tjänstgör i statens försvarsmakt och som drivs av dygder så som försvarsvilja, och legosoldater som i sin tur strävar efter personliga fördelar är enkel att förstå.

Singer förhåller sig kritiskt till Tilläggsprotokollets starka fokus på personens avsikt som ett sätt att identifiera legosoldater. Singer hävdar att detta skapar en situation som gör att definitionen generellt sätt är oduglig. Som redan nämnts är strävan efter personliga fördelar den centrala delen gällande personens avsikter och därmed även identifieringen. Problematiken gällande definitionen exemplifieras genom en jämförelse mellan kravet på avsikt som berör grova brott så som avsikten att mörda eller avsikten att idka handel med narkotika. I dessa fall kretsar kravet på avsikt kring handlingen, medan avsiktsaspekten vid frågan om legosoldater kretsar istället kring identifieringen av personens kriminella status och inte vid personens handling.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Tilläggsprotokoll I, Art. 47.

<sup>25</sup> Drews, 2007, s. 332-331.

<sup>26</sup> Tilläggsprotokoll I, Art. 1(4).

<sup>27</sup> Singer, 2004, s. 529.

Utöver den ovan nämnda kritiken har frågan om personens motiv och dess inverkan på definitionen även kritiserats i olika sammanhang. Centralt i denna kritik är avsaknaden av en objektiv ståndpunkt, vilket gör att motiven som driver personen kan vara så gott som omöjliga att bevisa. En utländsk soldat som fått betalt av att ta del i en väpnad konflikt kunde gott hänvisa till andra motiv, som t.ex. känslan av släktskap med stridskumpanerna eller helt enkelt äventyrslystnad. Singer hänvisar till diskussionen som följde efter att Artikel 47 trädde i kraft. Frågan om kombattantens motiv var dominerande och till exempel Storbritannien ansåg att kombattantens motiv var så gott som omöjligt att fastställa juridiskt.<sup>28</sup>

Utan att i det här skedet av kapitlet gå in på exempel och praxis gällande tillämpningen av Tilläggsprotokollets definition kan man konstatera att den är problematisk på många sätt. Talande för denna problematik är kritiken som definitionen fått efter dess ikraftträdande. Subjektiviteten och snävheten ansågs direkt som problematiska och protokollet lyckades inte svara till de aktuella utmaningarna. Med tanke på dagens ändrade karaktär av väpnade konflikter är tillämpbarheten av Artikel 47 begränsad. I och med att Tilläggsprotokoll I är enbart tillämpligt vid internationella väpnade konflikter är dess roll i dagens läge liten.<sup>29</sup>

### **2.1.3 Legosoldatskonventionen**

Den så kallade Legosoldatskonventionen, som förbjöd rekrytering, användning, finansiering och utbildning av legosoldater undertecknades 1989.<sup>30</sup> Konventionen definierar rekrytering, användning och utbildning av legosoldater som överträdelser och innehåller bestämmelser om uteslutning av medlemsstater som handlar i strid med konventionen.<sup>31</sup> Konventionens första artikel består av en lång och detaljerad definition om vad en legosoldat är.

Article 1

For the purposes of the present Convention,

---

<sup>28</sup> Singer, 2004, s.529.

<sup>29</sup> Drews, 2007, s. 341.

<sup>30</sup> Se fotnot 22.

<sup>31</sup> Legosoldatskonventionen; Singer, 2004, s. 530.

1. A mercenary is any person who:

- (a) Is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict;
- (b) Is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar rank and functions in the armed forces of that party;
- (c) Is neither a national of a party to the conflict nor a resident of territory controlled by a party to the conflict;
- (d) Is not a member of the armed forces of a party to the conflict; and
- (e) Has not been sent by a State which is not a party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.

2. A mercenary is also any person who, in any other situation:

- (a) Is specially recruited locally or abroad for the purpose of participating in a concerted act of violence aimed at :
  - (i) Overthrowing a Government or otherwise undermining the constitutional order of a State; or
  - (ii) Undermining the territorial integrity of a State;
- (b) Is motivated to take part therein essentially by the desire for significant private gain and is prompted by the promise or payment of material compensation;
- (c) Is neither a national nor a resident of the State against which such an act is directed;
- (d) Has not been sent by a State on official duty; and
- (e) Is not a member of the armed forces of the State on whose territory the act is undertaken.<sup>32</sup>

Det första stycket återspeglar i stort sätt definitionen i Tilläggsprotokoll I. Skillnaden till Tilläggsprotokoll I i detta stycke är att kravet på direkt deltagande i fientligheterna är struket. Den stora skillnaden mellan dessa definitioner är ändå tillämpbarheten. Legosoldatskonventionen är tillämpbar även vid icke-internationella väpnade konflikter vilket breddar tillämpningsområdet markant.<sup>33</sup> Andra stycket breddar konceptet av legosoldatskap i och med att den inkluderar även handlingar som sker enbart inom en stats gränser.

---

<sup>32</sup> Legosoldatskonventionen, Art. 1.

<sup>33</sup> Se Report of the Ad Hoc Committee on the Drafting of an International Convention Against the Recruitment, Use, Financing, and Training of Mercenaries, UN Doc. A/44/43, Supplement No. 43 2.5.1989, s. 4.

Singer förhåller sig kritisk till denna definition. Avsikten med att klargöra existerande oklarheter och minska på den rättsliga förvirringen gällande privata militära aktörer på det internationella planet lyckades inte. Singer påpekar att konventionen saknar mekanismer för övervakning och tillför endast ett antal vaga och svårdefinierade krav, vilka alla bör uppfyllas före en person kan anses vara en legosoldat.<sup>34</sup> Denna problematik tydliggörs då man ser på mängden ratificeringar. Det erforderliga antalet (22) ratificeringar nåddes först i september 2001 och många av staterna som ratificerat konventionen är stater som inte tidigare heller tillåtit eller direkt gynnats av bruket av legosoldater.<sup>35</sup> Intressant i Singers argumentation är påståendet om att det låga antalet ratificeringar tillsammans med frånvaron av centrala stater som är inblandade i de privata aktörernas bruk av våld leder till att konventionen representerar en slags ”anti-sedvanerätt”, vilket vidare minskar på konventionens rättsliga verkan.<sup>36</sup> Analysen ovan skapar en bild av en definition och t.o.m. en konvention som inte lyckas reglera användningen av privat bruk av våld på ett adekvat sätt. Till följande kommer en diskussion om tillämpbarheten av de två definitionerna till dagens aktörer att äga rum.

#### **2.1.4 Tillämpningen av definitionerna i Tilläggsprotokoll I och Legosoldatskonventionen**

I både Tilläggsprotokoll I och Legosoldatskonventionen används orden ”en person som”<sup>37</sup>, vilket skapar en situation där endast individer kan vara legosoldater. Detta betyder att de privata militär- och säkerhetsföretagens anställda kan klassificeras som legosoldater, men att företagen är uteslutna ur definitionernas tillämpningsområde. Detta har givetvis följder då regleringen av dessa företag och deras handlingar analyseras. Singer hävdar att arbetstagarna till de privata militär- och säkerhetsföretagen inte handlar som individer, utan är istället delar av enheter som organiserar handlingarna. Dessutom existerar ett hierarkiskt förhållande mellan arbetstagare och förmän, vilket slutligen realiserar genom ett avtalsmässigt förhållande mellan företaget och kunden. Redan denna

---

<sup>34</sup> Singer, 2004, s. 531.

<sup>35</sup> I februari 2019 var 36 stater parter i konventionen. Se även Drews, 2007, s.341-342, som diskuterar problematiken med det låga antalet ratificeringar och frånvaron av stater som berörs av fenomenet gällande privata aktörers bruk av våld.

<sup>36</sup> Singer, 2004, s. 531. Skribentens egna översättning från engelskans ”anti-customary law”.

<sup>37</sup> På engelska används ordvalet ”any person who”, se Tilläggsprotokoll I, Art. 47 och Legosoldatskonventionen, Art. 1.

faktiska skillnad kunde skilja de moderna privata militär- och säkerhetsföretagen och dess anställda från dess föregångare där företagens handlingar och organisationskultur inte varit lika strukturerat. Denna skillnad kan ha påverkan då de anställdas klassificering som legosoldater diskuteras.<sup>38</sup>

Dessutom innehåller definitionerna kryphål som har använts av de privata militär- och säkerhetsföretagen. Ett välkänt exempel på bruk av kryphål är innehållet i avtalet mellan Papua Nya Guinea och det brittiska företaget Sandline 1996. Både Tilläggsprotokoll I och Legosoldatskonventionen innehåller ett krav på att personen bör vara en del av någondera partens väpnade styrkor. Personalen av Sandline skulle ha uppfyllt alla krav som förutsätts i Artikel 47 av Tilläggsprotokoll I, men hade genom avtalet mellan staten och Sandline fått status som "Special Constables" inom den lokala försvarsmakten. Genom att införliva personalen i statens försvarsmakt kunde status som legosoldat undvikas.<sup>39</sup> Detta tillvägagångssätt exemplifierar möjligheten att genom avtal påverka, och även undvika, möjliga följder som regleringen skulle medföra.

Formuleringen och kravet på att personen bör vara särskilt rekryterad för att kämpa i en väpnad konflikt är inte problemfri då den tillämpas på de moderna företagen.<sup>40</sup> Doswald-Beck hävdar att de privata militär- och säkerhetsföretagen troligtvis inte själv anser att de blivit rekryterade för att kämpa i en väpnad konflikt, även om de skulle bli inblandade i handlingar som går över tröskeln för detta, ifall avtalet de slutit handlar om till exempel att ge militär utbildning till lokala försvarsmakten.<sup>41</sup> För att kunna avgöra ifall företagen är rekryterade för att kämpa i en väpnad konflikt bör man tillämpa humanitärrettsliga principer och se på verksamhetens karaktär, istället för att enbart ta avtalet och dess innehåll i beaktande. Detta kan exemplifieras genom en jämförelse mellan en situation där ett privat militär- och säkerhetsföretag har som uppgift att skydda ett militärt objekt mot fiendens trupper och en situation där företaget enbart har tillstånd att använda sig av självförsvar eller försvarar objektet mot vanliga brottslingar. Det förstnämnda fallet torde uppfylla kraven på att bli rekryterad för att kämpa i en väpnad konflikt så länge

---

<sup>38</sup> Singer, 2004, s. 532.

<sup>39</sup> Drews, 2007, s. 337-338 och Singer, 2004, s. 532-533.

<sup>40</sup> Notera det engelskspråkiga ordvalet "recruited to fight" i Legosoldatskonventionen.

<sup>41</sup> Doswald-Beck, 2007, s. 122.



handlingarna sker i samband med en väpnad konflikt. Handlingarnas offensiva eller defensiva karaktär gör i det här fallet ingen skillnad på definitionsdiskussionen.<sup>42</sup>

En viktig aspekt inom denna diskussion är de regler för insatser som utfärdas till de privata militär- och säkerhetsföretagen. Dessa påverkar företagets verksamhet och kan innehålla detaljerade bestämmelser om bland annat humanitärrättens tillämpning vid praktiska situationer.<sup>43</sup> Även om avtalet mellan staten och företaget skulle stadga om enbart utbildning och träning av militärpersonal, är de faktiska handlingarna i dessa fall avgörande. Fokus borde vara på handlingarna som sker under utbildningen och genom detta sätt kunde kraven för rekrytering för att kämpa i en väpnad konflikt uppfyllas. Ändå förblir denna ståndpunkt delvis problematisk och praxis stöder tyvärr inte detta tillvägagångssätt då företagens handlingar analyserats.

Som exempel fungerar företaget Military Professional Resources Incorporated (MPRI) från USA som på 1990-talet slöt ett avtal med Kroatiens regering och som hade som uppgift att utbilda kroatiska försvarsmaktens strategiska kapacitet. Under tiden som MPRI var aktiv i Kroatien rapporterades det att företaget deltagit i en offensiv operation som kroatiska trupperna genomfört mot regionen Krajina, som var kontrollerad av serber. Operationen ledde till en snabb och viktig seger för de kroatiska trupperna som tog över kontrollen av regionen. Utländska övervakare noterade att de kroatiska truppers framgång till stor del berodde på användningen av amerikansk taktik och länkade framgången till närvaron av MPRI:s rådgivare som sades ha deltagit i planeringen och verkställandet av operationen. MPRI nekade dock till detta.<sup>44</sup> Det problematiska i exemplet ovan är fastställandet av graden på deltagande. Utgående från tanken om att rådgivare och utbildare inte aktivt deltar i fientligheter kan de inte klassas som legosoldater. Det är tydligt att skillnaden mellan taktisk rådgivning och aktivt deltagande i fientligheter kan vara väldigt liten och att denna skillnad kan vara svår att definiera. Även om MPRI:s aktiviteter i Kroatien inte enligt Doswald-Beck uppfyllde kraven som någondera definitionen av legosoldater förutsätter, väcker detta en diskussion gällande de privata militär- och säkerhetsföretagen. Handlingen bör vara i fokus då regleringen av

---

<sup>42</sup> Doswald-Beck, 2007, s. 122.

<sup>43</sup> På engelska används uttrycket Rules of engagement (ROE).

<sup>44</sup> Drews, 2007, s. 336-337 och Doswald-Beck, 2007, s. 122-123.

dessa företag diskuteras. Oberoende av vad företaget avtalat om eller vilka uppgifter som den sägs att att sköta bör de faktiska handlingarna avgöra. Problematiken kring diskussionen om definitionerna av legosoldater kretsar tyvärr runt en persons status, istället för personens handlingar.<sup>45</sup>

Med hjälp av dessa exempel kan man konstatera att de moderna privata militär- och säkerhetsföretagen och deras personal kan sällan klassas som legosoldater, vare sig formellt eller substantiellt. Den akademiska debatten och litteraturen stöder detta.<sup>46</sup> Man kunde fråga sig varför denna diskussion ens ägt rum? Folkrätten har definierat vem som kan klassificeras som legosoldat. Vikten av detta kan inte förbises och definitionernas verkningar bör tas i beaktande. Att folkrätten tagit ställning till privata aktörer och deras inblandning i väpnade konflikter och bruk av våld bidrar till att en normativ grund för behandlingen av fenomenet kring privat bruk av våld existerar. Tyvärr är definitionerna ofullständiga vilket bidagit till att användbarheten av definitionerna och deras tillämpbarhet förblivit snävt.<sup>47</sup>

## **2.2 Vad är privata militär- och säkerhetsföretag?**

### **2.2.1 Avsaknaden av en enhetlig definition**

I och med att de privata militär- och säkerhetsföretagen och deras anställda inte kan klassas som legosoldater väcks flera frågor. Innan den egentliga analysen om företagen och deras karaktär samt uppgifter inleds är det skäl att lyfta fram en viktig och grundläggande tanke som Singer framför. Singer påminner om rollen av statspraxis som fastställare av sedvanerätten. Denna grundregel tillämpar Singer till fördel för de privata militär- och säkerhetsföretagen och hävdar att eftersom dessa företag verkar i tiotals stater runt om i världen, ofta på en stats vägnar, skapar detta legitimitet och en allmän acceptans av fenomenet.<sup>48</sup> Utan att i det här skedet gå närmare in på Singers argument, fungerar

---

<sup>45</sup> Singer, 2004, s. 529. Se även fotnot 27.

<sup>46</sup> Se bl.a. Singer, 2004 och 2008; Kinsey, 2006; Doswald-Beck 2007. Både Singer, Kinsey och Doswald-Beck framhäver företaget som subjekt för handlingen och understryker vikten av handlingens karaktär.

<sup>47</sup> Notera att folkrättskommissionens artiklar behandlar icke-statliga aktörers folkrättsstridiga handlingar som kan tillskrivas staten, men gör detta på ett generellt plan. Bruk av våld lyfts inte fram eller innehar inte någon speciell position bland dessa artiklar. Se kapitel 3 som behandlar artiklarna och statsansvarsrätten och deras tillämpbarhet på de privata militär- och säkerhetsföretagen.

<sup>48</sup> Singer, 2004, s. 533.

argumentet ändå som en slags påminnelse om det rådande läget. Dessa företag är i dagens läge verksamma globalt och anlitas av såväl stater, internationella organisationer som icke-statliga organisationer (NGO:s).

Beskrivande för det rådande läget är att en enhetlig definition av de privata militär- och säkerhetsföretagen saknas. Effekterna av detta är långtgående. Oklara definitioner och varierande kategorisering är inte enbart ett problem för akademiker. Definitionsproblemen genomsyrar hela fältet och aktualiseras vid situationer som berör praktiska frågor som bland annat regleringen av företagen och deras verksamhet.<sup>49</sup> Följande citat av Marcia VJ Kran, dåvarande Director of the Research and Right to Development Division i Byrån för Förenta nationernas Högkommissarie för mänskliga rättigheter (OHCHR) är beskrivande.

The issues at hand were complex, starting with the very definition of private military and security companies, which were engaged in a variety of activities and provide a broad range of services internationally and domestically. In this regard, she recalled that discussions during the first session underscored the importance of a clear definition of the term “private military and security companies”, with some suggesting the need to distinguish the activities of private military companies, on the one hand, and those of private security companies on the other.<sup>50</sup>

Krav på en enhetlig definition för de privata militär- och säkerhetsföretagen borde fungera som utgångspunkt då företagens handlingar och funktioner analyseras. Liu påpekar att de är svårt se hur en detaljerad och nyansrik diskussion angående lämpliga standarder, reglering, övervakning och ansvar kan äga rum då konturerna för subjektet som orsakar hotet inte ens är klara och då man inte är överens om eller inte förstår subjektets egentliga karaktär.<sup>51</sup> Detta leder till osäkerhet både gällande den juridiska behandlingen av företagen och likaså entreprenörernas egna handlingar. Dåvarande huvudrapportör för FN:s Working Group on the Use of Mercenaries, José Luis Gómez del Prado illustrerar den juridiska problematiken.

---

<sup>49</sup> Liu, 2015, s. 105.

<sup>50</sup> Report of the Open-Ended Intergovernmental Working Group to Consider the Possibility of Elaborating an International Regulatory Framework on the Regulation, Monitoring and Oversight of the Activities of Private Military and Security Companies on Its Second Session, 2012, UN Doc. A/HRC/22/41, para. 4

<sup>51</sup> Liu, 2015, s. 105.

In zones of armed conflict the employees of transnational private military and security companies, contracted as civilians but armed as military personnel, operate in these “grey zones” with uncertainties as to whether their status is that of a combatant or of a civilian... These new modalities have replaced to a certain extent the use of traditional individual mercenaries.<sup>52</sup>

Otydligheter, så som entreprenörernas status inom humanitärretten beskriver en del av de bakomliggande svårigheterna då försök för att definiera och kategorisera de privata militär- och säkerhetsföretagen görs. Det kontroversiella gällande företagens karaktär är skillnaden mellan deras form och funktioner. Användningen av civilt status för att organisera militära aktiviteter är ett unikt drag som skapar många frågor. Den privata militärindustrin överlappar med den kommersiella säkerhetsindustrin och har därmed möjlighet att verka parallellt med säkerhetsindustrin och därmed dra nytta av säkerhetsindustrins väletablerade status.<sup>53</sup>

## 2.2.2 Karakteristiska drag för de privata militär- och säkerhetsföretagen

Trots avsaknaden av enhetlig definition har de privata militär- och säkerhetsföretagen gemensamma drag och kan utgående från dessa drag kategoriseras. Det bör dock påpekas att åsikterna beträffande betraktelsesättet för att definiera och kategorisera företagen går isär, vilket i sin tur påverkar på hur vi ser på dessa företag.<sup>54</sup> Utgångsläget för en analys av företagens karaktär är följande: Ett privat militär- och säkerhetsföretag är ett privat företag som erbjuder militära tjänster med syfte att åstadkomma privat vinst. Därmed innehar de privata militär- och säkerhetsföretagen tre kritiska drag som även kommer fram i benämningen av dem. Det råder ingen tvekan om att dessa aktörer är *företag*. Det privata militär- och säkerhetsföretaget är en juridisk person och har en separat och självständig juridisk identitet i förhållande till de fysiska personerna, som ligger bakom eller är involverade i företagets verksamhet. Bolagsformen skyddar de fysiska personerna bakom de privata militär- och säkerhetsföretagen för vissa ansvarsfrågor och skapar en legitim existens för verksamheten. Samtidigt skapar bolagsformen en rätt för dessa företag att handla. Det andra karakteristiska draget är den *militära* karaktären av tjänsterna som företagen erbjuder. Skalan av uppgifterna som företagen sköter om är

---

<sup>52</sup> Report of the Working Group on the Use of Mercenaries As a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of People to Self-determination, 2008, UN Doc. A/HRC/7/7, para. 25.

<sup>53</sup> Liu, 2015, s. 103-104.

<sup>54</sup> Se kapitel 2.2.3 för en diskussion om de olika teorierna bakom klassificeringen av företagen.

oerhört bred och innefattar allt från direkt deltagande i fientligheter till logistiskt och administrativt stöd som är bundna till militär verksamhet. Vikten med att även förknippa stöduppdrag som militära uppgifter beror på att genom detta förfarande är det möjligt att noggrant övervaka de privata aktörerna som eventuellt försöker undvika kontroll genom att hävda att tjänsterna som företaget erbjuder inte är av militär karaktär. Det tredje centrala draget är företagets *privata* karaktär. Utgångsläget är att de privata militär- och säkerhetsföretagen innehar inte, och brukar inte offentlig makt och drivs av tanken om att skapa privat vinst genom att sälja militära tjänster.<sup>55</sup>

Singers verk *Corporate Warriors* kan anses utgöra en av de centrala verken inom diskussionen om de privata militär- och säkerhetsföretagen. Singers gedigna arbete med att analysera industrin och följderna av industrins tillväxt har bidragit starkt till diskussionen om företagets juridiska karaktär och länk till staten.<sup>56</sup> För att klargöra skillnaden mellan de moderna företagen och de traditionella legosoldaterna och har Singer skapat sex kriterier som beskriver skillnaderna. De moderna privata militär- och säkerhetsföretagen kan identifieras genom följande kriterier.

Organization: Prior corporate structure  
Motives: Profit-driven business rather than profit-driven individual  
Open Market: Legal, public entities  
Services: Wider range, varied clientele  
Recruitment: Public, specialized  
Linkages: Ties to corporate holdings and financial markets<sup>57</sup>

Beskrivande för dessa kriterier är vikten av bolagsformen och överhuvudtaget länken till marknaden och dess inverkan på hela verksamheten. Problemen med att finna en enhetlig definition är starkt förknippade med bolagsformen och dess påverkan på industrin. Kinsey tar ställning till kategoriseringen på följande sätt.

the categorization of types of companies in any industry, or of the correspondence between them and the realities they typify, is a difficult task, more so in an industry that sees companies able to undertake ranges of activities that cut across different categories of services, as well as moving between vastly different customers.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Liu, 2015, s. 104-105.

<sup>56</sup> Se Singer, 2008.

<sup>57</sup> Singer, 2008, s. 47.

<sup>58</sup> Kinsey, 2006, s. 9.

Bolagsformen och dess inverkan på verksamheten har alltså en central roll då definitionen av de privata militär- och säkerhetsföretagen diskuteras.

I denna avhandling används termen privata militär- och säkerhetsföretag konsekvent. Ändå bör det påpekas att terminologin som används inom industrin, och även litteraturen, är allt annat än enhetlig. Även detta medför vissa problem då företagens karaktär och verksamhet granskas. Engelska uttryck så som Private Military Company (PMC), Private Military Firm (PMF), Private Military and Security Company (PMSC) och även Private Security Company (PSC) används parallellt inom litteraturen som behandlar fenomenet.<sup>59</sup> Det är förståeligt att företagen i somliga fall föredrar att kalla sig för säkerhetsföretag. Det redan nämnda moraliska fördömandet och stigman runt privat bruk av våld bidrar till detta. Företagen vill helt enkelt låta och se ut som något annat.

Nedan följer en diskussion om olika teorier gällande klassificeringen av företagen. Innan detta bör terminologin och ordvalen som används då dessa företag diskuteras lyftas fram. Denna avhandlingen stöder sig på Kinseys tanke om att tjänsterna som företagen erbjuder är centrala, istället för företagens struktur eller benämningen av tjänsterna som erbjuds.<sup>60</sup> Det är alltså handlingen som är central, inte formen eller namnet på aktören. Handlingens karaktär och dess påverkan kan illustreras med tabellen nedan. Olika slags logistik- och stöduppgifter utgör majoriteten av de privata aktörernas tjänster.

*Top Ten Services Performed in Support of Operations in Iraq and Afghanistan, 2002–11*<sup>61</sup>

| Service   | Total (in billions) |
|---|---------------------|
| Logistics support services                              | \$46.5              |
| Construction of miscellaneous buildings                 | 10,5                |
| Technical assistance                                    | 5,5                 |
| Other professional services                             | 5,2                 |
| Guard services  | 3,8                 |
| Maintenance and repair, alterations of office buildings | 3,5                 |
| Construction of office buildings                        | 2,9                 |
| Lease-rent or restoration of real property              | 2,8                 |
| Facilities operations support services                  | 2,5                 |
| Program management/support services                     | 2,4                 |

<sup>59</sup> För vidare diskussion om terminologin och skillnaderna som de olika begreppen skapar, se t.ex. Singer, 2008 och Kinsey, 2006.

<sup>60</sup> Kinsey, 2006.

<sup>61</sup> Commission on Wartime Contracting (CWC), Transforming Wartime Contracting: Controlling costs, reducing risks, Final Report to Congress, August 2011, s. 23.

|  |      |
|--|------|
| Total obligations for top ten services                   | 85,6 |
| Top ten as percentage of total services obligations: 44% |      |

Det är skäl komma ihåg att en stor del av uppgifterna som den privata industrin sköter är inte förknippade med tvångsåtgärder och potentiell bruk av våld. Därmed är inte heller folkrättsliga frågor konstant närvarande. Denna avhandling utgår från att företagen utför tvångsåtgärder och förbiser därmed företagets andra möjliga uppgifter. I Kinseys anda är handlingen den centrala faktorn då företagen behandlas i denna avhandling.

### 2.2.3 Klassificeringen av företagen

Olika teorier har skapats för att klassificera företagen. En kort diskussion om några av de centrala teorierna nedan strävar till att söka sätt att påföra ansvar då de privata militär- och säkerhetsföretagen utför sina handlingar. Som redan tidigare nämnts, har Singer influerat den doktrinella diskussionen på många sätt och har även skapat en modell för klassificering av företag. Singers modell koncentrerar sig på naturen och karaktären av tjänsterna som företagen erbjuder. Modellen illustreras som ett metaforiskt spjut som representerar stridsfältets djup. Uppgifterna som företaget sköter bestämmer företagets position längs med spjutet. Ju närmare spjutets spets företaget verkar, desto mera använder den sig av tvångsåtgärder och deltar i fientligheter. Spjutets andra ända representerar däremot olika slags uppgifter utanför själva fientligheterna. Mellan dessa två ändor förekommer en rad olika uppgifter. Klassificeringen av företagen sker alltså genom att skilja mellan graden av deltagande i fientligheter och bruk av våld.<sup>62</sup> Kritiken mot denna modell har främst kretsat kring företagets möjligheter att erbjuda ett så brett utbud av tjänster att den egentligen kan representera hela skalan på spjutet, i vissa fall t.o.m. under en och samma operation.<sup>63</sup> Jäger och Kümmel har delvis uppdaterat Singers modell genom att bredda på spjutets ända. Spetsen förblir den samma som i Singers modell, men Jäger och Kümmel hävdar att den andra ändan av spjutet vuxit till sig. Tanken bakom detta är att i dagens läge är största delen av de uppgifter som företagen sköter andra än stridsuppdrag och tvångsåtgärder. Företagen är i dagens läge aktiva inom

---

<sup>62</sup> Singer, 2008, s.88-100. Singer använder sig av termen ”tip-of-the-spear”.

<sup>63</sup> Liu, 2015, s. 108.

uppdrag som anses vara legitima och industrin strävar efter att söka sig till dessa uppgifter.<sup>64</sup>

Delvis som ett svar på företagens möjlighet att genom flexibiliteten, som bolagsformen skapar, verka parallellt i många olika roller lyfter Avant upp avtalet som ett analytiskt verktyg. I denna modell klassifieras företaget utgående från innehållet i avtalet.<sup>65</sup> Företaget handlar inom gränserna för avtalet, vilket samtidigt definierar själva existensen av företaget. Liu påpekar att avtal kan vara vaga eller bristfälliga och företagen kan även överskrida sina avtalsmässiga skyldigheter.<sup>66</sup>

Kinsey förespråkar handlingens roll i klassificeringen. Modellen som Kinsey byggt upp utgår från två dimensioner där dimensionernas särskilda samband analyseras. Dessa dimensioner är nivån på hur mycket våld brukats och orsakerna till att våld brukats. Nivån delas in mellan dödlig och icke-dödlig, medan orsakerna delas in mellan privat intressen och offentliga intressen. Genom att analysera dessa faktorer klassificerar Kinsey företagen.<sup>67</sup>

Betydelsen av företagets juridiska personlighet som härstammar från bolagsformen har även uppmärksammats då de privata militär- och säkerhetsföretagen analyserats. Ortiz placerar de privata militär- och säkerhetsföretagen i en skärningspunkt mellan tre sammanlänkade områden inom kommersiell aktivitet. Dessa är bolagen inom säkerhetsindustrin, konglomeraten som tar sig an utlokaliserade statliga uppgifter och etablerade bolag som är utanför säkerhetsindustrin. Ortiz understryker hur den moderna affärsmiljön bidrar till att industrin förblir väldigt rörlig där bland annat sammanslagningar och förvärv förändrar företagets möjligheter och deras aktiviteter och även deras ansvar.<sup>68</sup> Detta exemplifierar en stor del problematiken som är bunden till bolagsformen. Bolagen kan vara sinsemellan väldigt diversa och detta leder till att en

---

<sup>64</sup> Jäger och Kümmel, 2007, s. 457-462. Se framför allt figuren på s. 461.

<sup>65</sup> Avant, 2005, s. 16-22.

<sup>66</sup> Liu, 2015, s. 108.

<sup>67</sup> Kinsey, 2006, s. 8-33. Kinsey kallar dimensionerna för *Means of securing the object* samt *Object to be secured*.

<sup>68</sup> Ortiz (b), 2007, s. 55-67. Notera den väldigt informativa figuren på s. 67.



enhetlig definition inte ens kan skapas. Dessutom kan bolag ofta likna kameleonter där den egentliga verksamheten i många fall kan döljas.

#### **2.2.4 Det rådande läget**

Detta kapitel har strävat efter att svara på frågan vem folkrätten egentligen reglerar, då diskussionen kretsar kring de privata militär- och säkerhetsföretagen och deras handlingar. Utgående från analysen ovan kan man konstatera att de moderna företagen och deras personal inte kan ses som legosoldater, även om man fortfarande i den allmänna diskussionen om fenomenet stöter på användningen av ordet. Likväl kan man konstatera att folkrätten saknar en definition av de moderna företagen. Definitionsdiskussion kan inte enbart ses som ett akademiskt problem. Företagen har varit och är ständigt verksamma och utför sina handlingar på fältet utan att en enhetlig definition existerar. Detta medför många problem. Det bör dock påpekas att företagen kan vara och är olika sinsemellan. Att till exempel jämföra ett multinationellt företag med ett nationellt är inte fruktbart och en enhetlig definition kan inte heller nås. Diskussionen om företagens status inom folkrätten och deras möjliga internationella ansvar bör nämnas i detta sammanhang, även om avhandlingen inte behandlar företagens ansvar. Percy hävdar att det internationella samfundet reglerar det förra kriget och att den ständigt skiftande industrin är flera steg före den långsamma regleringen.<sup>69</sup> Med tanke på de karakteristiska dragen som de moderna företagen har är det skäl att lyfta fram företagens handlingar och bolagsformens påverkan. Då handlingarna är tvingande och bruk av våld används öppnar detta en möjlighet att exempelvis tillämpa doktrinen gällande de positiva skyldigheterna. Även humanitärrettens roll måste understrykas. Bolagsformen skapar däremot en situation där man kan utforska ifall marknadsmekanismer kunde påverka regleringen. Eftersom de privata militär- och säkerhetsföretagen är till stor del underreglerade kan innovativa och mångfacetterade närmandesätt krävas då regleringen diskuteras.

---

<sup>69</sup> Se Percy, 2012.

### 3. TILLSKRIVANDET AV STATSANSVAR

#### 3.1 Staters ansvar för de privata aktörernas agerande

Då frågor kring de privata militär- och säkerhetsföretagens agerande och ansvar diskuteras, brukar diskussionen kretsa kring entreprenörernas och företagens eget agerande. Oegentligheter och överträdelser i deras agerande har lett till att många hävdar att dessa aktörer arbetar i ett juridiskt vakuum och att det därmed förekommer en ansvarsklyfta. Vad som ofta glöms bort i denna diskussion är att det inte är enbart frågan om de privata aktörerna. Eftersom företagens agerande kan vara ett resultat av överföringen av statliga uppgifter till den privata sektorn gäller ansvarsfrågan i lika hög grad även staten. Därmed är en central fråga i detta sammanhang: När blir den anlitaende staten<sup>70</sup> internationellt ansvarig för den privata aktörens agerande?<sup>71</sup>

Den ovan nämnda frågan kan besvaras genom att analysera staternas förpliktelser och ansvar inom folkrätten. Genom att granska hur det folkrättsliga ansvaret fungerar i samband med privata aktörers handlingar strävar detta kapitel efter att redogöra för de grundläggande principerna och exemplifiera deras förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagens agerande.<sup>72</sup>

Den folkrättsliga grunden gällande staternas ansvar för folkrättsstridiga handlingar hittas i folkrättskommissionens artiklar<sup>73</sup>. Folkrättskommissionens artiklar kan anses återspegla de existerande reglerna inom folkrätten gällande statsansvar. Även om artiklarna inte har inrättats som en specifik traktat och därmed inte heller är bindande i sig anses de representera sedvanerätt och är antagna av FN:s Generalförsamling.<sup>74</sup> Varje brott av staten mot sina internationella förpliktelser medför internationell skyldighet för staten.<sup>75</sup> Därmed är alltså statsansvaret en direkt påföljd av brott mot statens skyldigheter inom

---

<sup>70</sup> Skribentens egen översättning från engelskans "hiring state".

<sup>71</sup> Lehnardt, 2007, s.139-140.

<sup>72</sup> För en grundlig analys av statsansvaret och staternas skyldigheter, se t.ex. Crawford, 2013, Tonkin 2011, kapitel 2, och Tahvanainen 2002.

<sup>73</sup> Folkrättskommissionens artiklar UN Doc. A/RES/56/83 (2001).

<sup>74</sup> Se Rapport av Generalsekreteraren, "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies", UN Doc. A/62/62 (2007); Rapport av Generalsekreteraren, "Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Comments and Information Received from Governments", UN Doc. A/62/63 (2007).

<sup>75</sup> Folkrättskommissionens artiklar., Art. 1.

folkrätten. Två element krävs för att en stat skall kunna bryta mot sina internationella skyldigheter. För det första krävs en handling eller underlåtenhet att agera som är hänförlig till staten och för det andra bör denna handling utgöra ett brott mot internationella skyldigheter.<sup>76</sup> Tonkin redogör för dessa element på följande sätt.

These two elements derive from two normatively distinct facets of international law. The question of whether a particular act or omission is internationally wrongful is governed by the primary rules of international law, which determine the substantive obligations on states. These rules make up the bulk of international law, both conventional and customary. On the other hand, the question of whether a particular act or omission constitutes an 'act of a state' is governed by the secondary rules of international law, which determine the general circumstances in which a state will be considered responsible for wrongful conduct and the legal consequences that flow from such responsibility. As a whole, these secondary rules comprise the law of state responsibility.<sup>77</sup>

Grundprincipen gällande statsansvar är att staterna är enbart ansvariga för sina egna handlingar och att handlingar genomförda av dess medborgare eller av personer inom landets territorium förblir privata.<sup>78</sup> Eftersom staten är en abstrakt enhet och kan endast handla via sina organ och företrädare behövs reglering för vem som kan anses handla på statens vägnar och därmed vara folkrättsligt ansvarig för sina handlingar. Under vissa omständigheter kan dock privata aktörers folkrättsstridiga handlingar ge upphov till statsansvar. Detta sker i huvudsak genom att den privata aktörens handlingar är direkt hänförliga till staten genom ett fullmaktsförhållande. Som en följd av detta framstår den privata aktörens rättsvidriga handlingar som statens.<sup>79</sup> Ett annat sätt för att statsansvar skall uppstå, gällande privata aktörers handlingar och som inte kräver hänförelse är situationer då staternas misslyckas att uppfylla sina positiva skyldigheter eller med att vidta nödvändiga åtgärder (due diligence) gällande privata handlingar.<sup>80</sup>

Från folkrättskommissionens artiklar kan tre olika situationer där statsansvar uppstår som en följd av de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar urskiljas. Genom att en stat anlitar ett privat militär- och säkerhetsföretag och därefter formellt värvar företagets personal till dess försvarsmakt bildas ett förhållande där företagets handlingar ses som

---

<sup>76</sup> *Ibid.*, Art. 2.

<sup>77</sup> Tonkin, 2011, s. 55.

<sup>78</sup> Folkrättskommissionens artiklar, Art. 4 samt Commentary to Chapter II, para. 1-4.

<sup>79</sup> Tonkin, 2011, s. 56-57.

<sup>80</sup> Se kapitel 4 för en diskussion om de positiva skyldigheterna.

statens. Tillskrivandet av ansvar kan även uppstå då företag utövar statliga befogenheter, samt vid situationer då företaget handlar under statens instruktioner, styrning eller kontroll.<sup>81</sup> Nedan kommer alla dessa situationer att diskuteras skilt för sig.

### **3.2 Privata militär- och säkerhetsföretag som en del av statens väpnade styrkor**

Ett privat militär- och säkerhetsföretag kan i vissa fall vara så djupt integrerad med statens väpnade styrkor att den genom denna integration blir en del av de väpnade styrkorna. Denna sorts integration har stor betydelse för den anlåtande staten eftersom fastställandet av statsansvar är enklare då handlingen är utförd av statliga organ i jämförelse med privata individuella handlingar.<sup>82</sup>

Två olika situationer där personalen för de privata militär- och säkerhetsföretagen och dess handlingar kan anses utgöra en del av statens försvarsmakt under folkrätten förekommer. För det första kan företaget och dess personal införlivas i statens väpnade styrkor och genom detta arrangemang bildas även statsansvaret gentemot företags handlingar. Under inbördeskriget i Sierra Leone 1995-1996 införlivades personalen av företaget Sandline i statens väpnade styrkor. Denna sorts tillvägagångssätt är i dagens läge ytterst sällsynt och i praktiken förekommer den inte längre. Därmed ges den inte mera utrymme i denna avhandling.<sup>83</sup>

Det andra sättet för att de privata aktörerna skall utgöra en del av statens väpnade styrkor grundar sig på medlemskap *de facto*, det vill säga att personalen genom att uppfylla de krav som stadgas i artikel 43(1) av Tilläggsprotokoll 1<sup>84</sup> blir en del av statens väpnade styrkor. Detta protokoll anses fastställa den internationella definitionen av de ”väpnade styrkorna” och är oberoende av nationell rätt och dess definitioner.<sup>85</sup> Nedan kommer artikelns innehåll att analyseras och de situationer där kraven eventuellt uppfylls presenteras. I artikel 43(1) stadgas följande:

---

<sup>81</sup> Tonkin, 2011, s. 57-59.

<sup>82</sup> *Ibid.*, s. 81.

<sup>83</sup> *Ibid.*, s. 84-85. Se dock kapitel 2 och diskussionen om möjligheten att kringgå legosoldatskonventionens krav genom detta förarande.

<sup>84</sup> Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter, Art. 43(1).

<sup>85</sup> Tonkin, 2011, s. 82.

En stridande parts väpnade styrkor består av alla organiserade väpnade styrkor, grupper och enheter som står under befäl av någon som inför den parten ansvarar för sina underlydnandes uppförande, även om denna part företrädes av en regering eller en myndighet som icke är erkänd av en motpart. Sådana väpnade styrkor skall vara underkastade ett internt disciplinärt system som bland annat skall säkerställa att folkrättens regler, tillämpliga i väpnade konflikter, iakttages.<sup>86</sup>

Den centrala frågan är ifall personalen till de privata militär- och säkerhetsföretagen kan betraktas som en del av statens väpnade styrkor. Vilka krav bör uppfyllas och hur ser folkrätten på de privata aktörernas status i detta sammanhang? Hoppe tar ställning till frågan genom att analysera språket i artikeln. Begreppet ”organiserade grupper och enheter” är som sådan vag. Innebörden med termen organiserad strävar till att utesluta icke-samordnade handlingar som är genomförda av enskilda individer under pågående väpnad konflikt. Bristen på samordning leder till att kraven i artikel 43(1) inte uppfylls. Då mängden individer förblir liten kan den inte heller anses utgöra en grupp eller enhet i artikelns bemärkelse. Enligt Hoppe bör frågan gällande kravet på den organiserade gruppen analyseras genom att se på de olika uppgifterna som de privata företagen sköter. En privat stridsstyrka skulle med högsta sannolikhet uppfylla kraven. Även bevaknings- och skyddsuppgifter utförs i grupp och kunde därmed uppfylla kraven. Klassificeringen av de privata aktörerna som en del av statens väpnade styrkor är beroende av i hur hög grad gruppen är organiserad och ifall den handlar i nära samordning, eller mera självständigt, i förhållande till statens väpnade styrkor. En relevant faktor är även karaktären av de uppdrag och det rådande läget i området där företaget sköter dessa uppdrag på statens begäran. Ifall tvångsåtgärder används rutinmässigt (utöver självförsvar) kan företaget betraktas som en del av statens väpnade styrkor.<sup>87</sup>

Artikel 43(1) innehåller ett krav på att den ovan beskrivna gruppen eller enheten ”...står under befäl av någon som inför den parten ansvarar för sina underlydnandes uppförande...”.<sup>88</sup> Denna ansvarsklausul är central för att statsansvar skall kunna uppstå. Ansvaret som uppstår till staten för gruppens eller enhetens agerande borde enligt Hoppe

---

<sup>86</sup> Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter, Art. 43(1).

<sup>87</sup> Hoppe, 2008, s. 1005-1009.

<sup>88</sup> Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter, Art. 43(1).

ges en vid tolkning. Till skillnad från folkrättskommissionens artiklar, argumenterar Hoppe för att ansvaret i detta fall skapas enbart genom en faktisk länk mellan gruppen eller enheten och staten.

Where a state inserts a unit into an armed conflict by contracting with it for the provision of coercive services, or for services that are expected to entail the use of coercive measures beyond self-defence and the other elements I discussed are fulfilled, this link will be *prima facie* established. After all, the contractor will be expected to write reports, submit receipts, and otherwise fulfil the terms of the contract, subject to the cancellation of the contract if performance is unsatisfactory.<sup>89</sup>

Tonkin hävdar däremot att kravet för ett befäl med ansvar över gruppen eller enheten skulle för de privata militär- och säkerhetsföretagens del betyda att statliga myndigheter borde utöva kontroll över företagets operationer och även vidta åtgärder för att förebygga och rapportera överträdelser av den humanitära rätten.<sup>90</sup> Det avtalsmässiga förhållandet mellan staten och företaget kan ändå anses skapa förutsättningar för att ett system med kontroll och ansvar gentemot den anlåtande staten bildas. Bland annat skyldigheten att rapportera för staten, bestämmelser om översyn samt rätten att avbryta kontraktet vid överträdelser bidrar alla till att kontroll och ansvar skapas. Det avtalsmässiga förhållandet mellan staten och företaget kan dock förbli otydlig i och med att en kultur av underleverantörskap existerar inom branschen. Ju mer invecklat ett avtalsmässigt förhållande är, desto svårare blir det att fastställa ansvarigt befälskap i enlighet med artikel 43(1). Denna problematik uppmärksammas av Tonkin som genom att exemplifiera den amerikanska praxisen kommer till slutsatsen att företag anställda av USA i allmänhet inte skulle uppfylla kriterierna för artikel 43(1).<sup>91</sup>

Hoppes argument gällande privata företagens personal som en del av statens beväpnade styrkor är intressanta. Ifall personalen kan uppfylla de krav (enligt Hoppe är detta vid vissa situationer fullt möjligt<sup>92</sup>) som förutsätts i artikel 43(1) av Tilläggsprotokoll I, för att utgöra en del av den anlåtande statens väpnade styrkor finns ett starkt konventionsbaserat stöd som talar för att minska på ansvarsklyftan. Detta skulle bidra till

---

<sup>89</sup> Hoppe, 2008, s. 1009.

<sup>90</sup> Tonkin, 2011, s. 86-87.

<sup>91</sup> *Ibid.*, s. 88-90.

<sup>92</sup> Hoppe, 2008, s. 1011.

att den anlåtande staten i allt högre grad skulle kunna ses som ansvarig för de privata handlingarna.

### **3.3 Tillskrivandet av ansvar de jure: utövandet av statliga befogenheter**

#### **3.3.1 Folkrättskommissionens Artikel 5**

Handlingar utförda av ett privat militär- och säkerhetsföretag kan hänföras till den anlåtande staten ifall företaget tillåtits utöva statliga befogenheter. I artikel 5 av folkrättskommissionens artiklar stadgas följande.

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.<sup>93</sup>

Kommentarerna till artiklarna klargör artikelns allmänna syfte. Syftet med artikel 5 är att statsansvaret skall även omfatta statligt ägda företag och offentliga organ som privatiserats, men som fortfarande utövar vissa offentliga funktioner.<sup>94</sup> Det bakomliggande resonemanget grundar sig på att en stat inte skall kunna kringgå statsansvar genom att flytta verksamhet över till privata aktörer. Även om denna princip är obestridlig är däremot tillämpningen av den inte enkel. Begreppsmässigt ligger problematiken i det vaga begreppet statlig befogenhet.<sup>95</sup> De praktiska problemen hänför sig däremot från svårigheten att fastställa vilka aktiviteter utförda av de privata militär- och säkerhetsföretagen kan hänföras till staten. Detta på grund av rådande otydlighet kring utbudet och karaktären av de tjänster som dessa företag erbjuder.<sup>96</sup>

Ur artikel 5 kan tre kriterier för tillskrivandet av statsansvar vid folkrättsstridiga handlingar urskiljas. För det första bör det privata militär- och säkerhetsföretagets operationer där den folkrättsstridiga handlingen sker innehålla utövande av statliga befogenheter. För det andra bör företaget vara bemyndigat att utöva dessa befogenheter enligt lagstiftningen i denna stat och för det tredje bör personalen eller enheten vid en

---

<sup>93</sup> Folkrättskommissionen artiklar, Art. 5.

<sup>94</sup> Kommentar till Folkrättskommissionens artiklar, Art. 5, para. 1.

<sup>95</sup> Skribentens egen översättning från engelskans "governmental authority".

<sup>96</sup> Lehnardt, 2007, s. 144.

möjlig folkrättsstridig handling ha utövat dessa befogenheter och inte agerat som privatperson.<sup>97</sup>

Som redan ovan nämnts är ett av problemen kring artikel 5 begreppsligt. Konsensus om den exakta omfattningen av definitionen ”statlig befogenhet” existerar inte. Ändå anses vissa funktioner i allmänhet vara offentliga i sig, vilket medför att då dessa funktioner utförs av de privata militär- och säkerhetsföretagen utövar de samtidigt statliga befogenheter.<sup>98</sup> Kommentarererna till Folkrättskommissionens artiklar nämner vissa funktioner som platsar i denna kategori. Paragraf 2 till artikel 5 hänvisar särskilt till ”private security firms”<sup>99</sup> och erkänner dessa företag som aktörer inom fångvården där de bland annat kan fungera som fångväktare och i andra funktioner inom verksamheten. Kommentaren innehåller även hänvisningar till andra funktioner så som befogenheter inom gränskontroll och identifikation av material som skall beslagtas.<sup>100</sup> Detta leder till att vissa av uppgifterna som sköts av de privata militär- och säkerhetsföretagen kan anses uppfylla kriterierna för utförandet av statliga befogenheter. Allmän enighet råder om att offensiva stridsinsatser, polisinsatser samt fångvården och uppgifter inom gränskontrollen innebär utövande av statliga befogenheter. Problem uppstår då enighet inte råder. Uppfyller beväpnade säkerhetstjänster, militär rådgivning och utbildning samt insamling och analysering av underrättelse dessa kriterier? Eftersom en uttömmande lista på statliga funktioner inte existerar inom folkrätten bör svaret på frågan sökas genom att med hjälp av ett analysunderlag underlätta på skiljandet av den verksamhet som medför utövande av statliga befogenheter och på den som inte gör det.<sup>101</sup>

Tonkins analys utgår från det så kallade privatpersons-testet. Analysens utgångspunkt är att ställa sig frågan ifall verksamheten är sådan som kunde skötas av en privatperson utan statens tillstånd. Gällande privata militär- och säkerhetsföretag kunde man fråga sig, ifall verksamheten är sådan som företaget lagligt kunde sköta genom att ingå avtal med en privat kund istället för en stat. Privata personer kan t.ex. inte lagligt delta i stridsinsatser genom att ingå avtal med en annan privat aktör, men kunde nog tillreda mat eller tvätta

---

<sup>97</sup> Tonkin, 2011, s. 100.

<sup>98</sup> Se både Lehnardt, 2007, s. 144-146 och Tonkin, 2011, s. 100-102.

<sup>99</sup> Kommentar till folkrättskommissionens artiklar, Art. 5, para. 2.

<sup>100</sup> Kommentar till folkrättskommissionens artiklar, Art. 5, para. 2.

<sup>101</sup> Tonkin, 2011, s. 100.



byk. Att ett privat militär- och säkerhetsföretag inte kan lagligt utföra verksamhet till räkning för en privat aktör tyder på att denna verksamhet är till sin natur offentlig och innebär därmed utövande av statliga befogenheter.<sup>102</sup>

Folkrättskommissionen har i sina kommentarer gett vissa riktlinjer gällande innebörden av de statliga befogenheterna, vilka bidrar till analysen. Paragraf 6 till artikel 5 stadgar följande.

Article 5 does not attempt to identify precisely the scope of “governmental authority” for the purpose of attribution of the conduct of an entity to the State. Beyond a certain limit, what is regarded as “governmental” depends on the particular society, its history and traditions. Of particular importance will be not just the content of the powers, but the way they are conferred on an entity, the purposes for which they are to be exercised and the extent to which the entity is accountable to government for their exercise. These are essentially questions of the application of a general standard to varied circumstances.<sup>103</sup>

Ur kommentaren bör kriteriet för syftet för utövandet av statliga befogenheter lyftas fram.<sup>104</sup> Genom att granska verksamhetens eller handlingens syfte strävar man till att synliggöra tanken om att utövandet av statliga befogenheter grundar sig på försöket att uppfylla den suveräna statens mål och riktlinjer. Därmed ställs krav på staterna då de bör noggrant överväga vilka sorts funktioner som är lämpliga att utlokaliseras. Kontroverserna kring kriteriet om syftet kretsar delvis kring staters vilja att utlokalisera funktioner som tidigare avsågs höra till staternas kärnfunktioner, i detta fall militär aktivitet.<sup>105</sup>

Syftet som ett kriterium för att bestämma för vilka handlingar som kan ses som utövande av statliga befogenheter har delvis sin bakgrund i frågor gällande statsimmunitet. Parallellerna kring statsimmunitet och statsansvar kan utnyttjas då syftet som kriterium analyseras. Tanken om att skilja mellan handlingar som är utförda i offentlig kapacitet med syfte att tjäna den suveräna statens mål och handlingar som är privata till sin natur bör uppmärksammas. Genom att dra en parallell mellan dessa delar av folkrätten kan man argumentera för att frågor gällande privata aktörers handlingar som räknas som utövande

---

<sup>102</sup> Tonkin, 2011., s. 101-102.

<sup>103</sup> Kommentar till folkrättskommissionens artiklar, Art. 5, para. 6.

<sup>104</sup> *Ibid.*, "...the purposes for which they are to be exercised...".

<sup>105</sup> Lehnardt, 2007, s. 145-146.

av statliga befogenheter (i samband med frågan om statsansvar) bör behandlas på det internationella planet på samma sätt som den behandlas då frågan gäller statsimmunitet. Genom reglerna gällande statsimmunitet kan även vissa frågor berörande statsansvar analyseras.<sup>106</sup>

Som en väsentlig del av diskussionen kring syftet för utövandet av en handling bör även handlingens karaktär tas i beaktande. Tillsammans kan dessa bidra till att skapa en situation där kriterierna för utövandet av statliga befogenheter uppfylls. En del av de uppgifter som sköts av de privata militär- och säkerhetsföretagen (t.ex. militär rådgivning och utbildning) skulle knappast ses som statliga till sin karaktär då de analyseras i isolation. Då analysen görs i ett bredare sammanhang och andra faktorer tas i beaktande kan synen ändra. Faktorer som påverkar är bland annat platsen där handlingen sker (territorium där beväpnad konflikt existerar) och den mottagande partens status (militärer, eller statens tjänstemän). Då dessa faktorer tas i beaktande tillsammans med handlingens syfte kan en bredare bild av verksamheten skapas. Denna kombination är betydande då kriterierna för utövandet av statliga befogenheter analyseras.<sup>107</sup>

Det andra kriteriet för att statsansvar skall uppstå i enlighet med artikel 5 är att företaget som utför handlingen bör vara bemyndigad att utöva dessa befogenheter enligt lagstiftningen i denna stat. Detta betyder att befogenheten bör vara tilldelad i enlighet med rådande lagstiftning hos den anlitaende staten. Den anlitaende statens lagstiftning behöver dock inte diktera varje detalj gällande de privata aktörernas handlingar och verksamhet. Kravet på nationell lagstiftning ses inte som ett problem beträffande privata militär- och säkerhetsföretag. Kravet borde uppfyllas redan genom att staten inrättar allmän lagstiftning där statliga organ tilldelas möjligheten att delegera sina befogenheter till privata företag.<sup>108</sup>

Det tredje kriteriet för att statsansvar skall uppstå i enlighet med artikel 5 är att personalen eller enheten vid en möjlig folkrättsstridig handling bör ha handlat i egenskap av

---

<sup>106</sup> Tonkin, 2011, s. 103-106.

<sup>107</sup> Tonkin, 2011, s. 107-108. Notera även det liknande resonemanget av Ballesteros Moya, 2015, s. 796-804.

<sup>108</sup> Tonkin, 2011, s. 111 och Ballesteros Moya, 2015, s. 835-838.

maktutövare av befogenheterna och inte som en privatperson. Betydande för personalen av privata militär- och säkerhetsföretag är deras status under det kontraktuella förhållandet. Då de är i tjänst och utgör sina uppgifter använder de sig av de befogenheter som tilldelats. Utanför tjänst är situationen annan och ifall personalens handlingar inte på något sätt är förknippade med de offentliga utövandet av befogenheterna kan inte statsansvar heller uppstå.<sup>109</sup>

Analysen ovan bevisar att i många situationer kan de privata militär- och säkerhetsföretagens folkrättsstridiga handlingar tillskrivas till den anlitande staten i enlighet med reglerna i artikel 5 av folkrättskommissionens artiklar. Artikeln bidrar därmed starkt till att skapa reglering av de privata aktörernas handlingar. Varje folkrättsstridiga handling kan ändå inte tillskrivas till den anlitande staten genom tillämpningen av artikel 5. Problematiken kretsar kring den begreppsliga diskussionen om statliga befogenheter; varje handling kan inte klassas som utövande av dessa befogenheter. Det andra problemet gäller personalens handlingar utanför sin tjänst. Artikel 5 når inte till dessa situationer, vilket i och för sig är förståeligt. Då ansvarsklyftan mellan statens egna trupper och privata företag diskuteras bör detta lyftas fram. En soldat i statens egna beväpnade styrkor tappar inte sin status som krigförande (enligt humanitärrettens principer) även om hon skulle handla utanför tjänst. Soldaten innehar sin status inom humanitärretten även då hon sover på garnisonen, medan man utgår från att den privata entreprenören är civil så länge hon inte deltar i handlingar som kan leda till att entreprenören kunde klassificeras som kombattant. Detta är en märkbar skillnad som bidrar till att en ansvarsklyfta skapas.

### **3.3.2 Om funktioner som är till sin natur statliga**

Den praktiska problematiken gällande tillämpningen av Artikel 5 som hänför sig från svårigheten att fastställa vilka aktiviteter som är hänförliga till staten skapar även en situation där man bör fråga sig ifall vissa funktioner är till sin natur statliga och borde därmed inte alls utlokaliseras? Privatisering av uppgifter som innefattar potentiell bruk av våld, så som militära uppgifter och fångvården har skapat oro bland akademiker inom så väl juridikens som samhällsvetenskapernas sfär. Oron grundar sig inte på tanken om

---

<sup>109</sup> Tonkin, 2011, s. 112-113.

att staten skulle vara mera kapabel i att försvara sig mot aggressioner utan att bryta mot humanitärrätten eller bättre utrustad för att fångsla individer. I stället grundar sig tanken på att vissa uppgifter är till sin natur statliga och borde inte privatiseras även om privata aktörer skulle ha förmågan att utföra dessa uppgifter.<sup>110</sup> Privatiseringen av statliga uppgifter har till och med lett till en situation där staten i somliga fall inte längre ses som en leverantör, utan snarare som en reglerare av funktioner.<sup>111</sup>

De privata militär- och säkerhetsföretagen och staternas sedvana att anlita dessa företag berörs av denna diskussion i högsta grad. Percy uppmärksammar frånvaron av diskussionen som berör frågor så som: Hur hög grad av privat bruk är lämpligt och vilka sorts uppgifter över huvud taget kan skötas av de privata militär- och säkerhetsföretagen? Percy understryker vikten av denna diskussion och ondgör sig över att frågorna ofta stämplas som antingen akademiska eller för invecklade. Diskussionen kunde i bästa fall leda till att forma den framtida industrin. Då stater som anlitar de privata militär- och säkerhetsföretagen skulle ha en klar bild över vad de kräver och förutsätter av företagen, kunde dessa på ett mer adekvat sätt svara på kraven, istället för att vara tvungna att svara på ändringar och krav som i dagens läge kommer och går.<sup>112</sup>

Harel argumenterar för att privatisering av militära uppgifter inte enbart skall tolkas som att verkställandet av statens beslut (som i militärens fall handlar om att delta i en väpnad konflikt) blivit privatiserat, utan istället borde man se privatiseringen som en form av en delvis minskning på statens fundamentala makt att besluta över vilka konflikter den deltar i och var den brukar våld. I samband med resonemanget ovan, påpekar Harel att staten fortfarande har ansvar för den privata aktörens handlingar även om statens makt minskat som en följd av privatiseringen.<sup>113</sup> Traditionellt har det weberianska argumentet om att staten har monopol på bruk av våld fungerat som stöd för tanken om att vissa funktioner till sin natur är statliga. Harel påpekar att själva bruket av våld i sig är inte till sin natur statligt, men att Webers tanke lever kvar i och med att staten med största sannolikhet brukar våld vid situationer där ett behov uppkommer och inte brukar våld i onödan.

---

<sup>110</sup> Harel, 2011, s. 396, notera den engelskspråkiga termen ”inherently governmental functions”.

<sup>111</sup> Graham, 2005, s. 33.

<sup>112</sup> Percy, 2012, s. 960.

<sup>113</sup> Harel, 2011, s. 398.

Privatiseringen av bruk av våld bord därmed fördömas eftersom privata aktörer är mer benägna att bruka våld i onödan och bruket talar inte för de målsättningar som ursprungligen skapats av staten.<sup>114</sup> Genom att tolka Lockes idéer hävdar Harel att även om privatisering av bruket av våld skett och att stater använder sig av privata militär- och säkerhetsföretag, ligger ansvaret slutligen på staten och att staten därmed står till svars för handlingarna.

...in the context of mercenaries and private military corporations, a distinction can be made between the public decisions to initiate a war, the manner to fight it, and when to end it on the one hand and the actual execution of the war on the other hand. Arguably, while the former tasks are fundamental societal decisions - which ought to be made exclusively by the state in order to be legitimate - the latter could be privatized without compromising the public nature of the sanction. The sanction is still a State sanction and the responsibility for inflicting it is only the State's responsibility independent of who actually inflicts it.<sup>115</sup>

Diskussionen kring frågan om vilka funktioner som till sin natur är statliga kan lätt förbli väldigt teoretisk och i detta sammanhang bör även konkreta exempel gällande denna diskussionens roll på regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen ges uppmärksamhet. Minow poängterar att man inte ens behöver gå till frågan om vilka funktioner som till sin natur är statliga för att kunna förstå att staters begränsade övervakningsmekanismer skapat ett läge där denna fråga inte kanske ens kan svaras. Utan att dra en linje för vad som kan, eller inte kan privatiseras understryker Minow statens behov av resurser för övervakning och utvärdering av de funktioner som den privatiserat. Enligt Minow är detta en funktion som till sin natur är statlig.<sup>116</sup> I samma anda hävdar Cusumano att statens utlokaliseringen av militära uppgifter borde ske inom ramen för en klar och öppet debatterad linje som skulle skapa ökad transparens och overseende. Bl.a. skulle det vara klart för offentligheten vilka uppgifter som inte någonsin kommer att privatiseras. I och med att besluten över att utlokalisera statliga funktioner är till sin natur politiskt krävs även offentlig debatt innan dessa beslut fattas. Parlamenten borde vara

---

<sup>114</sup> Harel, 2011, s. 399-400, Harel stöder sin tanke på John Locke's argument om statens kontroll i att bestämma över bestraffningen av sina medborgare. För en analys om Locke's idéer, se Häyry, 2001, s-123-131. Minow hänvisar till Machiavelli på delvis liknande grunder, se Minow, 2005, s. 1021-1022. Notera även diskussionen om privatiseringens betydelse för statens kontroll av sina handlingar i kapitel 3.4.2 där Machiavellis tanke är central.

<sup>115</sup> Harel, 2011, s. 400-401.

<sup>116</sup> Minow, 2005, s. 1016.

involverade då beslut över vilka funktioner staten är redo att utlokalisera fattas.<sup>117</sup>

Freeman lyfter fram en intressant poäng gällande utlokaliseringens verkningar.

It is one thing to tolerate properly structured private interaction with public bureaucrats and another directly to delegate authority to the private actors themselves. Private actors exacerbate all of the concerns that make the exercise of agency discretion so problematic. They are one step further removed from direct accountability to the electorate. Although vulnerable to private actions in tort or contract, subject to federal antitrust law, and disciplined to varying degrees by agency oversight, private entities escape most of the procedural controls and budgetary constraints that apply to agencies. As nonstate actors, they remain relatively insulated from the legislative, executive, and judicial oversight to which agencies must submit. Driven by profit, ideology, or group allegiance, most private organizations may not develop the institutional norms of professionalism and public service that characterize many public bureaucracies.<sup>118</sup>

De konkreta exemplen gällande diskussionen om vilka funktioner som är till sin natur statliga kan hittas från de länder där en lång tradition av privatisering förekommer. Både Gómez och Graham närmar sig privatiseringen ur ett människorättsperspektiv och Gómez hävdar att man i somliga fall kunde tala om en privatisering av de mänskliga rättigheterna.<sup>119</sup> Graham exemplifierar diskussionen om de statliga funktionernas natur genom att analysera brittisk rättspraxis. Den utbredda privatiseringen i Storbritannien har lett till att privata aktörers juridiska status i vissa fall blivit oklart. Domstolar har sedan varit tvungna att ta ställning till privata aktörers juridiska status då de skött om offentliga uppgifter som privatiserats.<sup>120</sup> Privatiseringen av statliga uppgifter kan alltså leda till att gränserna mellan vad som är offentligt och vad som är privat suddas ut. Ur de privata militär- och säkerhetsföretagens perspektiv har den största diskussionen kring lämpligheten av att privatisera förhørs- och underrättelseuppgifter. Skandalen i Abu Ghraib där personal av privata militär- och säkerhetsföretag deltog i tortyr av fångar fungerade för många som en väckarklocka. Bland annat Aman och Chesterman diskuterar

---

<sup>117</sup> Cusumano, 2009, s. 11, 18. Men, se Ettinger, 2011, som analyserar privatiseringen av militära uppgifter och dess samband och förhållande med den nyliberala ideologin. Frågan om vad som är den nyliberala statens vilja och vilka krafter som driver staten då den fattar beslut om att privatisera sina militära uppgifter är central i Ettingers analys.

<sup>118</sup> Freeman, 2000, s. 574.

<sup>119</sup> Gómez, 2005, s. 13-16. Gómez behandlar ESK-rättigheterna och poängterar folkrättens och de mänskliga rättigheternas neutrala förhållningssätt gentemot privatiseringen.

<sup>120</sup> Graham, 2005, s. 33-56. Ett exempel i detta sammanhang är de privatiserade vattenverken. Se även Jones, 2014, som analyserar det brittiska samhället och följderna som sedvanan att privatisera statliga uppgifter skapat.

problematiken och tar ställning till frågan om vilka funktioner som är till sin natur statliga.<sup>121</sup>

Utlokalisering av statens uppgifter har många dimensioner och tanken om att kunna bestämma vilka av dessa uppgifter är till sin natur statliga är endast en del av hela fenomenet. Paragraf 6 i kommentarerna till folkrättskommissionens artikel 5 är på många sätt beskrivande då bl.a. samhället och dess historia och traditioner tas i beaktande i samband med att statliga befogenheter analyseras.<sup>122</sup>

### **3.4 Tillskrivandet av ansvar *de facto*: instruktioner, styrning och kontroll**

#### **3.4.1 Folkrättskommissionens Artikel 8 och rådande rättspraxis**

Då privata handlingar inte uppfyller kriterierna för utövandet av statliga befogenheter finns ändå en möjlighet att staten gett den privata aktören instruktioner, eller att staten har styrt eller kontrollerat aktören. Detta förfarande leder till att statsansvar uppkommer. Principen om tillskrivandet av ansvar *de facto* återspeglas i folkrättskommissionens artiklar. Artikel 8 lyder enligt följande.

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.<sup>123</sup>

Ur artikeln kan man skilja på två olika situationer där privata militär- och säkerhetsföretagens folkrättsstridiga handlingar kunde tillskrivas till den anlitande staten. Handlingarna sker antingen enligt instruktioner eller på uppdrag av den anlitande staten, eller under den anlitande statens styrning och kontroll. Frågan berörande handlingar utförda enligt instruktioner eller på uppdrag av staten är ur ett juridiskt perspektiv okontroversiell. Tanken om att en stat skulle anlita ett företag och ge den instruktioner i att handla i strid med folkrätten skulle knappast dela åsikter gällande tillskrivandet av ansvar. För att den anlitande staten inte skall tillskrivas ansvar enligt principen om instruktioner bör den lägga vikt på innehållet i avtalet med företaget. Genom att inkludera

---

<sup>121</sup> Aman, 2005, s. 122-125, Chesterman, 2009 (a) och (b). Se även även Fay, 2004, Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade

<sup>122</sup> Kommentar till folkrättskommissionens artiklar, Art. 5, para. 6.

<sup>123</sup> Folkrättskommissionens artiklar, Art. 8.

detaljerade bestämmelser i enlighet med den humanitära rätten i avtalet och genom att säkerställa att klara och lagenliga order ges till företagen borde den anlitande staten inte tillskrivas ansvar enligt de regler som gäller givandet av instruktioner i artikel 8.<sup>124</sup>

Situationen beträffande styrning och kontroll är mer komplext och i vissa fall går åsikterna isär då tröskeln för tillskrivandet av ansvar enligt denna princip diskuteras. Kommentarererna till artiklarna förtydligar innebörden av instruktioner, styrning och kontroll. Artikeln riktar sig på situationer där staten kompletterar sina funktioner genom att använda sig av någon form av assistans utan att integrera detta till statsapparaten.<sup>125</sup>

Gällande rättspraxis har format starkt diskussionen om styrning och kontroll. Doktrinen grundar sig på Internationella domstolens (ICJ) domslut i det så kallade *Nicaragua-fallet* där ICJ bedömde ifall handlingar under inbördeskriget i Nicaragua utförda av privata individer, som varit i strid med den humanitära rätten, kunde hänföras till USA.<sup>126</sup> ICJ:s tolkning av reglerna för tillskrivandet av ansvar grundade sig på ett krav av effektiv kontroll.

...For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed.<sup>127</sup>

Graden av kontroll vid frågan om tillskrivandet av ansvar togs på nytt upp 1997 av den Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien (ICTY) i fallet *Tadić*.<sup>128</sup> ICTY tillämpade ett mer flexibelt närmandesätt där övergripande kontroll<sup>129</sup> ansågs utgöra kriteriet för att ansvar kan tillskrivas staten.<sup>130</sup>

Under international law it is by no means necessary that the controlling authorities should plan all the operations of the units dependent on them, choose their targets, or give specific instructions concerning the conduct of military operations and any alleged violations of international humanitarian law. The control required by

---

<sup>124</sup> Tonkin, 2011, s. 116-117.

<sup>125</sup> Kommentar till Folkrättskommissionens artiklar, Art. 8, para. 2.

<sup>126</sup> Se *Nicaragua*.

<sup>127</sup> *Nicaragua*, para. 115.

<sup>128</sup> Se *Tadić*.

<sup>129</sup> Skribentens egen översättning från engelskans "overall control".

<sup>130</sup> *Tadić*, para. 131.



international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group.<sup>131</sup>

Därmed existerar två olika test beträffande kontroll där den senare sänker på tröskeln för att stater skall kunna tillskrivas ansvar för privata handlingar. Ofta hävdas det att båda testen inte kan tillämpas allmänt vid frågor gällande statsansvar eftersom domstolarna i fråga fattat sitt beslut i olika sammanhang. *Nicaragua* handlade om statsansvar, medan *Tadić* handlade om individuellt straffansvar.<sup>132</sup> Denna ståndpunkt bekräftas även av folkrättskommissionen<sup>133</sup> och upprepas av ICJ i *Genocide-fallet* och i *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*<sup>134</sup>

Praxisen som *Nicaragua* skapat, där den anlitaende statens allmänna strukturella kontroll över den privata aktören inte ger upphov till tillskrivande av ansvar i enlighet med artikel 8 innebär att tröskeln för att statens kontroll över de privata militär- och säkerhetsföretagen ligger högt.<sup>135</sup> Dessa företag är självständiga enheter med en egen företagsstruktur och med egen förmåga att ingå avtal med olika kunder. Att en stat kunde utöva effektiv kontroll över dessa enheter som sådan är osannolikt. Istället för att koncentrera sig på företaget som en helhet bör man koncentrera sig på de enskilda operationerna företagen sköter. Den anlitaende statens roll ökar då enskilda operationer analyseras. Den anlitaende staten har en avgörande roll då den väljer, planerar, finansierar och organiserar en enskild operation inom avtalets ramar och i vissa fall utrustar den anlitaende staten företagets personal. Avtalen fastställer operationens målsättningar och kan innehålla krav om bland annat personalens utbildning och utrustningsnivå. Ifall kraven inte uppfylls leder detta till avtalsbrott. Ur detta perspektiv

---

<sup>131</sup> *Tadić*, para 137.

<sup>132</sup> Se bl.a. *Tadić*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 17; Lehnardt, 2007, s. 151; Tonkin, 2011, s. 118-119.

<sup>133</sup> Kommentar till Folkrättskommissionens artiklar, Art. 8, para 5.

<sup>134</sup> Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), (Merits, 26 February 2007) ICJ Reports 2007, hädanefter *Genocide. Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, Judgment, 19 December 2005, ICJ Reports, 2005, hädanefter *Armed Activities*. Men, se Cassese, 2007, s. 649, 653-654, 663.

<sup>135</sup> *Nicaragua*, para. 115 "...participation, even if preponderant or decisive, in the financing, organizing, training, supplying and equipping of the *contras*, the selection of its military or paramilitary targets, and the planning of the whole of its operation, is still insufficient in itself."

kan ett detaljerat kontrakt och förhållandet som kontraktet skapar räcka till att tröskeln för effektiv kontroll överstigs.<sup>136</sup>

Cassese riktar kritik mot folkrättskommissionen för dess resonemang vid tillämpningen av testet för effektiv kontroll. Att tillämpa ett test som inte har sin grund i statspraxis eller de allmänna rättsgrundsatserna är enligt Cassese kontroversiellt. Vidare frågar sig Cassese. "...what is the scope of this authority or control? How penetrating should the control be for the controlling state to incur responsibility?"<sup>137</sup> I och med att de icke-statliga aktörerna deltar i allt högre grad på det internationella planet är Casseses frågor väldigt relevanta. Tillsammans med Cassese anser White att testet för övergripande kontroll reflekterar dagens situation på ett bättre sätt. Terrorister, rebeller och personal av de privata militär- och säkerhetsföretagen kan knappast ses som statliga aktörer, men kan nog i vissa fall vara under tillräcklig kontroll och inflytande av en stat.<sup>138</sup> Att inte tillskriva staten ansvar för deras handlingar skulle skapa en situation som är tvärt emot principen och innehållet i artikel 8. Denna ståndpunkt tydliggörs i *Tadić*.

The rationale behind this rule is to prevent States from escaping international responsibility by having private individuals carry out tasks that may not or should not be performed by State officials, or by claiming that individuals actually participating in governmental authority are not classified as State organs under national legislation and therefore do not engage State responsibility.<sup>139</sup>

Diskussionen och åsikterna beträffande de olika testerna går delvis isär och den höga tröskeln som krävs för effektiv kontroll skapar en situation där tillämpningen av artikel 8 i samband med de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar kräver en detaljerad och noggrann utredning om det faktiska förhållandet mellan den anlidade staten och företaget. Kritiken som kravet på effektiv kontroll väckt bör uppmärksammas och tas i beaktande då de privata militär- och säkerhetsföretagens relation till den anlidade staten analyseras. Än en gång är handlingens betydelse central. Att enbart se på bolagsformen och statens förmåga att utöva kontroll över ett bolag är inte ett adekvat tillvägagångssätt.

---

<sup>136</sup> Tonkin, 2011, s. 120-121.

<sup>137</sup> Se fotnot 135.

<sup>138</sup> White, 2009, s. 8. Cassese, 2007, s. 649, 653-654, 663.

<sup>139</sup> *Tadić*, para. 117.

Det är även värt att notera att i både *Nicaragua* och *Genocide* fann ICJ inte en existens av ett *de facto* organ.<sup>140</sup>

### 3.4.2 Tappar staten sin kontroll genom att utlokalisera sina funktioner?

En väsentlig del av diskussionen om de privata militär- och säkerhetsföretagens förhållande till den anlåtande staten kretsar kring privatisering och fenomen som är besläktade med denna tematik. Tanken om att statens monopol på bruk av våld åsidosätts då staten anlitar privata militär- och säkerhetsföretag för att utföra statens militära uppgifter är enkel att uppfatta och åsikter som talar för ett totalt förbud mot privat bruk av våld förekommer.<sup>141</sup> En intressant och delvis paradoxal situation uppkommer då privatiserings- och statsansvarsdiskussionen kopplas ihop. Som redan ovan analyserats, förutsätter folkrättskommissionens artikel 8 en hög nivå av kontroll då statens och den icke-statliga aktörens förhållande analyseras. Samtidigt är en väsentlig del av privatiseringsdiskussionen färgad av argument som hävdar att staten tappar sin kontroll över bruket av våld då den utlokaliserar sina militära funktioner. Detta skapar alltså en situation där en hög tröskel för kontroll krävs då tillskrivandet av ansvar för icke-statliga aktörers handlingar till staten analyseras, samtidigt som staten sägs tappa sin kontroll över bruket av våld som en följd av utlokaliseringen av sina militära funktioner.

En central aspekt gällande motståndet mot användningen av privata aktörer för uppgifter där bruk av våld sker baserar sig på tanken om den moraliska vikten av medborgarnas militära delaktighet gentemot staten. Denna tanke grundar sig på idén om att det militära förhållandet mellan stat och medborgare skapar återhållsamhet vid situationer som innefattar bruk av våld. En armé utgjord av statens medborgare begränsar statens vilja att delta i krig och framför allt minskar på statens vilja att använda militären till att tysta ner rebelliska grupperingar som består av dess egna medborgare. Anlitandet av privata trupper rubbar detta förhållande och skapar en situation där staten inte längre behöver vara lika återhållsam gällande den allmänna opinionen då den beslutar att delta i krig och bruka våld. Denna tanke har sin grund i Machiavellis idé om medborgarens skyldighet

---

<sup>140</sup> *Genocide*, paras. 394–395, *Nicaragua*, para. 110.

<sup>141</sup> Percy, 2007, s. 23-26. Se även diskussionen i kapitel 3.3.2.

gentemot staten och om dygderna som förknippas med förhållandet mellan medborgarna och staten. Enligt Machiavelli leder bruket av legosoldater slutligen till tyranni.<sup>142</sup>

Även om Machiavellis och Rousseaus tankar och deras koppling till förhållandet mellan den anlita staten och de privata militär- och säkerhetsföretagen kan kännas långsökta, kan deras relevans och tillämpbarhet till dagens situation inte förbises. Detta kan exemplifieras genom att fokusera på statens förmåga att kontrollera sina uppgifter, i dessa fall bruket av våld, då den privatiserat dessa uppgifter. Avant utgår från att kontrollen har olika dimensioner som påverkar på olika sätt statens förmåga att kontrollera bruk av våld. För att kunna bedöma ifall privatisering ändrat på statens kontroll gällande bruket av våld kan man enligt Avant undersöka ifall ändringen varit *funktionell*, d.v.s. är bruket mer eller mindre effektivt eller har ändringen varit *politisk*, d.v.s. har ett skift i den relativa makten mellan aktörer som brukar våld skett? Som tredje dimension nämner Avant *social* ändring. Har sättet på hur säkerhet påverkar samhällsliga värden ändrats genom privatiseringen?<sup>143</sup>

Avants resonemang förtydligar de olika dimensionerna av kontroll. Alla dessa dimensioner av kontroll kan givetvis inte förknippas med statsansvarsrätten och innehållet i artikel 8 av folkrättskommissionens artiklar som sådana, utan bör analyseras i ett bredare perspektiv. Statens privatiseringen av dess militära uppgifter har långtgående samhällsliga följder som är till stor del relaterade till frågor om kontroll och ansvar. Även om dessa följder till stor del är politiska har de ändå relevans och betydelse för ansvarsdiskussionen. I detta sammanhang är de privata militär- och säkerhetsföretagens bolagsform än en gång av central betydelse. Både Liu och Leander framhäver bolagsformen som den avgörande orsaken till staters begränsade möjligheter att utöva kontroll över företagen de anlitar. Enligt Liu har den moderna formen av de privata militär- och säkerhetsföretagen skapat en situation där staters möjligheter att kontrollera företagen i dagens läge begränsar sig till att närmast ha en viss grad av inflytande, men inte kontroll. Liu hävdar att bolagsformen bidragit till att branschen skapat en självständig

---

<sup>142</sup> Percy, 2007. s. 18-19, som hänvisar till Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 1975. Notera även Jean-Jacques Rousseaus liknande tankar om förhållandet mellan medborgare och stat. För en djupare analys om Rousseaus idéer och hans syn på samhället och lagen, se Gylling & Rauilo, 2001, s.187-199.

<sup>143</sup> Se Avant, 2005. Även Singer behandlar utförligt frågan om kontroll, se Singer, 2008, s. 158-166.

identitet som har haft stor betydelse för både politiskt förnekande och ekonomisk lönsamhet då verksamheten utvärderas.<sup>144</sup> Företagskulturen och dess inverkan på reglering och kontroll spelar alltså en central roll i diskussionen.

Leander utgår från att allmänhetens möjligheter att påverka regleringen är begränsad på grund av bolagsformen. Bolagsformen skapar en situation där staternas möjlighet att forma företagens kultur och uppförande sker utifrån. Stater är inte en del av företagen och dess möjligheter att påverka begränsas till t.ex. skapandet av specifika krav på utbildning, begränsningen av tillåtna aktiviteter och löften om att enbart anlita företag som lever upp till överenskomna standarder. Mycket av verksamheten som formar företagskulturen sker utan statens möjlighet att påverka. Leander exemplifierar detta med företagens sätt att rekrytera personal. Många företag rekryterar globalt, vilket leder till att staten med stor sannolikhet inte har möjlighet att känna till detaljerna gällande personalen som rekryterats. Detta skapar en situation där staten i värsta fall inte vet vem den anlitar.<sup>145</sup> Isenberg lyfter fram en viktig poäng som är förknippad med både rekrytering av personal och frågan om kontroll. Enligt Isenberg gäller diskussionen om kontroll och ansvar inte enbart frågor som berör efterlevnaden av lagar och förordningar, utan även kvalitetskontroll. Ifall staten kan säkra sig om att kvalificerad personal anlitas av företagen minskar risken för eventuella folkrättsstridigheter och övertramp. Tyvärr är statens möjligheter till detta begränsade och tillsynen över företagens verksamhet ofta inte tillräcklig.<sup>146</sup>

En kontroversiell del av diskussionen gäller den demokratiska kontrollen. Tanken om att staten använder sig av de privata militär- och säkerhetsföretagens tjänster för att kunna rentvå sina händer vid komplicerade utrikespolitiska situationer är inte främmande. Som en följd av privatiseringen av statens militära uppgifter har en situation där allmänhetens möjligheter att på ett demokratiskt sätt påverka statens beslut att bruka våld delvis åsidosätts. Bolagsformen och handlingarnas karaktär skapar tillsammans en situation där transparensen inte kan jämföras med de situationer där en stat använder sig av sin

---

<sup>144</sup> Liu, 2015, s. 94-95.

<sup>145</sup> Leander, 2007, s. 60-63.

<sup>146</sup> Isenberg, 2007, s. 85-88. Isenberg exemplifierar problematiken genom att skåda USA:s agerande i Irak 2003 och kritiserar den bristande tillsynen som staten hade gentemot företagen och deras handlingar.

försvarsmakt. Att en stat har möjlighet att hävda till så kallad trovärdigt nekande vid anlita av privata militär- och säkerhetsföretag för kontroversiella utrikespolitiska handlingar är problematiskt.<sup>147</sup> Cusumano tar ställning till problemet på följande sätt.

The shield of plausible deniability which governments may enjoy when using PMSCs as tools of foreign policy by proxy reflects a broader problem which forthcoming regulatory efforts need to carefully take into account: the abovementioned impact of the PMSI on democratic control over the use of force. While escaping these constraints may allow more flexible foreign policies, circumventing for instance Western public opinions' reluctance to deploy troops for humanitarian operations, it appears problematic on constitutional and moral grounds.<sup>148</sup>

Man kunde i detta fall fråga sig ifall stater ens vill reglera de privata militär- och säkerhetsföretagen på ett sätt som ökar transparensen och minskar på ansvarsklyftan? Ser staterna dessa företag som fungerande verktyg för utförandet av handlingar som inte har ett brett politiskt stöd i hemlandet och som inte kunde utföra av statens egna trupper? Även om frågorna inte kan besvaras i denna avhandling fungerar de i bakgrunden då kontrollen av företagen diskuteras. Som redan nämnts, är denna diskussion delvis paradoxal. Å ena sidan krävs kontroll av staten då tillskrivandet av statsansvar för icke-statliga aktörers handlingar diskuteras, medan å andra sidan hävdas det att staten tappar sin kontroll av bruket på våld då den utlokaliserar sina militära uppgifter. Utgående från den ovan nämnda diskussionen kan man konstatera att då staten anlitar privata militär- och säkerhetsföretag är kontroll som ett sätt att tillskriva ansvar komplicerat och mångfacetterat. Paradoxen som beskrivits skapar en intressant situation. Komplexiteten av kontroll och frågan gällande handlingarnas privata eller offentliga karaktär beskrivs av Harel nedan.

Even when private entities are (as a matter of fact) effectively controlled by the State, i.e., they carry out decisions made by the State, they are not always to be regarded as executing or implementing these decisions. More particularly acts that are carried out in accordance with public decisions by private entities ought sometimes be understood as private rather than public acts and the private agents who comply with the state's decisions ought not be regarded as executing or implementing a state decision. Instead, they ought be regarded as executing or implementing their own decisions on the basis of their own private judgments that simply happen to conform to the State's decision.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Se Hurst, 2011, s. 468, på engelska används uttrycket *plausible deniability*.

<sup>148</sup> Cusumano, 2009, s. 18.

<sup>149</sup> Harel, 2011, s. 407.

### 3.5 Delaktighet som grund för tillskrivandet av ansvar

Även om denna avhandling strävar efter att analysera hur folkrätten förhåller sig till tillskrivandet av ansvar för privata aktörers handlingar, *lege lata*, bör Lanovoy's alternativa och kompletterande idé om delaktighet som en grund för tillskrivandet av ansvar tas upp. Lanovoy förhåller sig kritiskt framför allt till den höga tröskeln på krav av effektiv kontroll som rådande rättspraxis skapat. Lanovoy hävdar att praxis skapat en situation där folkrättskommissionens artiklar har en begränsad funktion då samarbetet mellan staten och den privata aktören är mindre intensivt eller systematiskt. Som en alternativ och kompletterande metod presenterar Lanovoy delaktighet, baserat på statens vetenskap om att dess hjälp eller assistans bidrar till folkrättsstridiga handlingar, som grund för tillskrivandet av ansvar för privata handlingar.<sup>150</sup>

Diskussionen beträffande kritiken för ICJ:s tolkning om kravet av effektiv kontroll och dess inverkan på doktrinen fungerar delvis som utgångspunkt för Lanovoy's argument.<sup>151</sup> Lanovoy ifrågasätter användbarheten av testet för graden av kontroll vid situationer där ett tydligt mönster av samarbete mellan en stat och privat aktör inte existerar. Beskrivande för det rådande läget är att enighet om doktrinen (kravet på effektiv kontroll) korrekthet inte existerar, vilket bidrar till att skapa ett läge där staterna kan undvika ansvar, även om de är delaktiga i privata aktörers handlingar. White tydliggör problematiken på följande sätt. "disputes in international legal dissention about the nature of the control test for the attribution of acts of private actors are set to continue and reflect the failure of international law to keep pace with changes in the structure of states and organizations"<sup>152</sup> Som redan tidigare nämnts har icke-statliga aktörer i dagens läge större möjligheter och färdigheter att verka transnationellt, vilket även påverkar frågan om tillskrivandet av ansvar. ICJ: tolkning (och därmed även etablerad rättspraxis<sup>153</sup>) har skapat en situation där en icke-statlig aktör som får finansiellt eller materiellt stöd av en stat inte förvandlas till ett *de facto* organ av den bidragande staten. Situationer där den icke-statliga aktören inte kan anses vara ett *de facto* organ av staten kan ändå innefatta ett så starkt samarbete mellan parterna att frågan gällande delaktighet blir aktuell.

---

<sup>150</sup> Lanovoy, 2017, s. 566-567. På engelska används ordet *complicity*

<sup>151</sup> Se diskussionen under kapitel 3.4 gällande de olika testerna för graden av kontroll.

<sup>152</sup> White, 2012, s. 239. Se även fotnoterna 138-139 och Casseses kritik mot ICJ:s sätt att tillämpa testerna för kontroll

<sup>153</sup> Se *Nicaragua, Genocide* och *Armed Activities*.

Skapandet av folkrättskommissionens artiklar föregicks av diskussioner som uppmärksammade ökade krav på reglering av frågor beträffande scenarion där samarbetet mellan stater, och mellan stater och icke-statliga aktörer, inte skulle passa inom ramen av due diligence-skyldigheter eller inom det snäva konceptet av ett *de facto* organ.<sup>154</sup> Folkrättskommissionens artikel 16 stadgar om staters ansvar vid situationer där den bistår en annan stat med hjälp eller assistans vid en folkrättsstridig handling. Denna hjälp eller assistans tolkas som delaktighet och termen kan anses vara etablerad inom folkrätten.<sup>155</sup>

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.<sup>156</sup>

Artikel 16 reglerar mellanstatliga förhållanden och tar inte icke-statliga aktörer i beaktande. Ansvar som skapas för den bistående staten genom Artikel 16 härrör från den folkrättsstridiga handlingen som den mottagande staten utför. Artikeln innehåller en så kallad mental element i och med att bistående staten bör ha vetskap om den folkrättsstridiga karaktären av den mottagande statens handlingar.<sup>157</sup> En djupare analys av innehållet och innebörden av Artikel 16 kommer inte att ges, utan istället behandlas Lanovoys tanke om delaktighetens betydelse vid situationer där den mottagande parten är en icke-statlig aktör. Lanovoy framhäver rättspraxisens betydelse och grundar sitt argument på ICJ:s sätt att tillämpa Artikel 16 i *Genocide*-fallet. I *Genocide* tillämpades Artikel 16 även om den andra parten (Republika Srpska) tekniskt sätt var en icke-statlig aktör. ICJ:s ståndpunkt gällande Artikel 16 var följande. ”Although this provision, because it concerns a situation characterized by a relationship between two States, is not directly relevant to the present case, it nevertheless merits consideration...”<sup>158</sup> Enligt Lanovoy skapar detta förarande en möjlighet att använda delaktighet som grund för tillskrivande av ansvar även vid situationer där den andra delaktiga parten är en icke-

---

<sup>154</sup> Crawford, First Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/490/Add. 5, 22 July 1998, paras. 192-218.

<sup>155</sup> Crawford, 2013, s. 399.

<sup>156</sup> Folkrättskommissionens artiklar, Art. 16.

<sup>157</sup> Se Crawford, 2013, s.399-410 och Kommentrar till Folkrättskommissionens artiklar, Art. 16, paras. 1-6.

<sup>158</sup> *Genocide*, para. 420. Se även Lanovoy, 2017, s. 582.



statlig aktör. Grundläggande för Lanovoys idé är att delaktigheten ses som en självständig handling vid tillsrivandet av ansvar.<sup>159</sup>

Lanovoys artikel skiljer inte på de olika icke-statliga aktörerna och behandlar delaktigheten vid situationer där bruk av våld sker. I detta fall går tankarna lätt till olika slags gerillatrupper eller terroristorganisationer. Lanovoy använder sig bl.a. av exempel från kriget i Syrien där olika stater stött icke-statliga aktörer och diskurerar delaktighetens betydelse i dessa fall.<sup>160</sup> Ur Lanovoys exempel på rättsfall där delaktighet fungerat som grund för tillskrivande av ansvar är det afrikanska fallet *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria* av stor betydelse då paralleller till de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar och delaktighetens betydelse sökes.<sup>161</sup> Parallellerna i fallet grundar sig på den icke-statliga aktörens bolagsform och kan därmed direkt jämföras med de privata militär- och säkerhetsföretagen och deras förhållande till den anlåtande staten.

The government of Nigeria facilitated the destruction of the Ogoniland. Contrary to its Charter obligations and despite such internationally established principles, the Nigerian government has given the green light to private actors, and the oil companies in particular, to devastatingly affect the well-being of the Ogonis.<sup>162</sup>

Grundprincipen gällande delaktighet grundar sig på vetskapen om den folkrättstridiga karaktären av den mottagande partens handlingar.<sup>163</sup> Med tanke på de privata militär- och säkerhetsföretagens dåliga rykte och deras inblandning i skandaler där grova överträdelser av både humanitärrätten och de mänskliga rättigheterna skett, kunde man tänka sig att staternas kännedom och vetskap av handlingarnas karaktär i många fall varit sådan att delaktighet kunde åberopas.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> Lanovoy, 2017, s. 582, ...*construing complicity as an additional ground of attribution of conduct.*

<sup>160</sup> *Ibid.*, s. 580

<sup>161</sup> *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria*, [2001] AHRLR 60.

<sup>162</sup> *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria*, [2001] AHRLR 60, para. 58. Notera även den färiska rapporten från Sydsudan av FN:s råd för mänskliga rättigheter, UN Doc. A/HRC/40/69 där oljebolagens delaktighet i grova människorättsbrott pekas ut. Bolagen har dock assisterat statliga trupper och inte tvärtom (sic!).

<sup>163</sup> Se diskussion om Artikel 16 och dess innebörd ovan.

<sup>164</sup> Se bl.a. Minow, 2008, Singer, 2008 och Chesterman 2009 (a) som behandlar de uppmärksammade skandalerna i Abu Ghraib och den så kallade Nisour Square-incidenten där Blackwaters personal sköt provocerat ihjäl flera civiler i Iraq.

Eftersom tröskeln för att effektiv kontroll skall kunna uppstå är hög och därmed även de situationer då privata militär- och säkerhetsföretagen kunde ses som *de facto* organ av staten är få, blir frågan om delaktighet något som borde tas i beaktande då förhållandet mellan företaget och staten analyseras. Samtidigt bör man fråga sig vad den egentliga nyttan av att tillämpa delaktighet som grund för tillskrivandet av ansvar är och ifall detta skapar mervärde för ansvarsdiskussionen? Lanovoy hävdar att delaktighet skulle komplettera och stärka due diligence-skyldigheter, men framför även skillnader som talar för delaktighet och möjligheterna som delaktigheten skulle skapa inom statsansvarsrätten. Då due diligence-skyldigheter skapas primärt via statens underlåtenhet är däremot delaktighet en följd av handlingar eller en kombination av handling och underlåtenhet.<sup>165</sup> Lanovoy försetter med att jämföra skyldigheten att förebygga (vilket kräver någon form av kontroll) som skapas genom due diligence till delaktighetens betydligt lägre krav på vetskapen om folkrättsstridigheten och kausaliteten mellan hjälp eller assistans och folkrättsstridigheten. Medan positiva skyldigheter skapas separat i förhållande till den icke-statliga aktörens handlingar eller underlåtenhet skulle den icke-statliga aktörens handlingar skapa delaktighet redan genom statens vetskap och kausala hjälp eller assistans som underlättar handlingen.<sup>166</sup> Delaktighet kunde alltså skapa en lägre standard för tillskrivandet av ansvar, enligt Lanovoy någonstans mellan tröskeln för *Nicaragua* och *Tadić*.<sup>167</sup> Lanovoy summerar sitt resonemang på följande sätt.

It would require that the assisting state merely possess knowledge of the circumstances in which its aid or assistance is being used by the non-state actor for the commission of an internationally wrongful act, rather than the need to exercise any specific degree of control over that non-state actor.<sup>168</sup>

Hjälp och assistans kan lätt ses som något som endast berör staters förhållande till exempelvis paramilitära trupper eller gerillatrupper. Det är ändå klart att stater kan bistå med hjälp och assistans även till företag. Många av de privata militär- och säkerhetsföretagen har en väldigt nära länk till staten och dess försvarsmakt och stöder sig på många sätt på den anlåtande staten.<sup>169</sup> I dessa situationer kunde man hävda att

---

<sup>165</sup> Lanovoy, 2017, s. 584.

<sup>166</sup> *Ibid.*, s. 584.

<sup>167</sup> *Ibid.*, s. 584-585.

<sup>168</sup> *Ibid.*, s. 584-585.

<sup>169</sup> Se kap. 3.2 och 3.3 för en diskussion om företagens förhållande till den anlåtande staten.

kriterierna som Lanovoy räknar upp för skapandet av delaktighet kunde uppfyllas. En bidragande orsak till detta är det dåliga ryktet som somliga företag haft och stater vilja att anlita dessa företag även om deras rykte och historia inte varit fläckfri. Stater har alltså vetskap om att de privata militär- och säkerhetsföretagen är och har varit inblandade i kontroverser, men anlitar dem ändå. Givetvis är detta inte samma sak som en enskild handling där staten är delaktig, men åtminstone borde stater varningsklockor ringa då privata militär- och säkerhetsföretag anlitas. Delaktighet som ett sätt att tillskriva stater ansvar kunde därmed även ha en preventiv roll.

#### **4. STATSANSVAR GENOM POSITIVA SKYLDIGHETER**

##### **4.1 De positiva skyldigheternas karaktär**

Kapitel 3 identifierade brister i tillämpbarheten av folkrättskommissionens artiklar vid situationer där staten hyr ut sina militära uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen. Därmed är frågan gällande en eventuell ansvarsklyfta fortfarande öppen. Statsansvarsrätten har dock olika dimensioner och i detta kapitel kommer de positiva skyldigheternas roll att analyseras. Även om det privata militär- och säkerhetsföretaget inte handlar som en del av staten, inte utför statliga befogenheter eller inte handlar enligt den anlåtande statens instruktioner, styrning eller kontroll, kan de positiva skyldigheterna fungera som en alternativ metod för påförande av statsansvar. Genom att analysera de positiva skyldigheternas roll och betydelse inom doktrinen strävar detta kapitel till att presentera en parallell metod för påförandet av ansvar inom folkrätten. De positiva skyldigheterna kommer att behandlas både ur humanitærrättens och de mänskliga rättigheternas vinkel i och med att båda rättsområdena berörs av företagens handlingar. Innan de specifika skyldigheterna som skapas inom enskilda rättsområden kan diskuteras, kommer en övergripande diskussion om de positiva skyldigheterna och deras karaktär att äga rum.

Fastän privata aktörers folkrättsstridiga handlingar inte kunde hänföras till staten och på detta sätt skapa statsansvar kan stater tillskrivas ansvar via så kallade due diligence-skyldigheter.<sup>170</sup> Dessa skyldigheter skapar ett krav på att staten bör vidta nödvändiga

---

<sup>170</sup> Skribenten har valt att använda det engelskspråkiga uttrycket i brist på en etablerad svenskspråkig term.

åtgärder gällande vissa handlingar som sker inom staten och att staten bör se till att lag och rätt efterföljs. Ifall staten inte följer sina due diligence- skyldigheter skapas underlåtenhet. Due diligence-skyldigheterna har existerat en lång tid inom folkrätten och bland annat i det så kallade *Alabama Claims*-fallet från 1871 tillämpades principer gällande due diligence i förhållande till statens skyldighet att förhindra dess medborgare från att bryta mot statens neutralitet i samband med en pågående väpnad konflikt.<sup>171</sup> De mest relevanta skyldigheterna som klassas inom ramen för due diligence berör skyldigheten att förebygga samt skyldigheten att bestraffa.<sup>172</sup> Denna praxis bekräftas i *Corfu Channel*-fallet.<sup>173</sup> Crawford tar ställning till folkrättskommissionens artiklar och artiklarnas och statsansvarsrättens förhållningssätt till due diligence-skyldigheter. Diskussionen utgår från skyldigheten att förebygga och karaktären av denna skyldighet. Det centrala inom denna diskussion är att skyldigheten att förebygga kan ses som en skyldighet som kräver handling eller en skyldighet som kräver resultat.<sup>174</sup> Crawfords diskussion klargör problematiken och skillnaden mellan skyldigheter som kräver handling och skyldigheter som kräver resultat där skyldigheter som kräver handling ses som så kallade ”best effort measures”.<sup>175</sup> I detta sammanhang bör även *Genocide*-fallet nämnas i och med skyldigheten att förebygga låg som grund för hela fallet.

Anmärkningsvärt i *Genocide* var att ICJ framhävde att skyldigheten varierar beroende på vilket instrument är i fråga, vilka de primära reglerna är och att ICJ inte i detta fall hade som avsikt att skapa en allmän praxis som skulle vara tillämpbar för alla skyldigheter att förebygga.<sup>176</sup> Beskrivande för problematiken beträffande statsansvarsrättens kodifiering är att skyldigheten att förebygga fanns ursprungligen med i artikelutkastet för folkrättskommissionens artiklar, men slopades slutligen.<sup>177</sup> Folkrättskommissionens

---

<sup>171</sup> *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871.

<sup>172</sup> Tonkin, 2011, s. 59-63. Vierucci, 2009, s. 24.

<sup>173</sup> Se *Corfu Channel*

<sup>174</sup> Crawford, 2013, s. 231. Se även Tonkins analys om skillnaderna mellan skyldigheter som kräver handling och skyldigheter som kräver resultat, Tonkin, 2011, s. 60-64.

<sup>175</sup> Crawford, 2013, s.226-232. Se även Kommentar till Folkrättskommissionens artiklar, Art. 14, para. 14.

<sup>176</sup> *Genocide*, paras. 428-431, se även Crawford, 2013, s.230.

<sup>177</sup> Crawford, 2013, s. 230. Artikel 23 av utkastet behandlade denna skyldighet.

artiklar nämner skyldigheten att förebygga i artikel 14 (3) som berör situationer där folkrättsstridiga handlingen fortfarande pågår.

The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.<sup>178</sup>

Utgångsläget vid diskussionen om due diligence-skyldigheterna inom ramen för de privata militär- och säkerhetsföretagen kretsar kring värdstaten och dess skyldighet att effektivt kontrollera privata aktörers handlingar inom statens gränser.<sup>179</sup> Situationer där privata militär- och säkerhetsföretag är verksamma kännetecknas ofta som situationer där värdstatens möjligheter att utöva kontroll är starkt begränsade och att statsapparaten inte är funktionsduglig. Det typiska exemplet är pågående väpnad konflikt. Detta skapar ett läge där man bör fråga sig ifall de positiva skyldigheterna sträcker sig längre än enbart till värdstaten och har den anlitanade staten positiva skyldigheter i förhållande till den privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar? White anser att förekomsten av ett avtal och det avtalsmässiga förhållandet mellan staten och företaget är redan ett tillräckligt starkt samband för att positiva skyldigheter skall uppstå.<sup>180</sup>

Även om innehållet i de olika människorättskonventionerna, deras tolkningar och gällande rättspraxis skapat en stark grund för due diligence-skyldigheterna och bidragit stort till skapandet av doktrinen för positiva skyldigheter bör även FN-stadgan och dess innehåll lyftas fram i diskussionen. De Schutter hänvisar till FN-stadgans nionde kapitel som stadgar om internationellt ekonomiskt och socialt samarbete. Artikel 55 stadgar om att FN skall främja "...allmän aktning för och respekterande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla utan åtskillnad med avseende på ras, kön, språk eller religion." Vidare stadgas det i artikel 56 att "Alla medlemmar förbinda sig att såväl samfällt som var för sig vidtaga åtgärder i samarbete med organisationen för att uppnå i artikel 55 angivna ändamål."<sup>181</sup> De Schutter understryker FN-stadgans hierarkiska status och dess universella tillämpbarhet som rättskälla. Genom denna tolkning skapas alltså en

---

<sup>178</sup> Folkrättskommissionens artiklar, Art. 14 (3).

<sup>179</sup> Se t.ex. Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria, 2001, AHRLR 60 och Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits), 29 July 1988, IACtHR Ser. C No. 4

<sup>180</sup> White, 2012, s. 244

<sup>181</sup> FN-stadgan, Art. 55 och 56, se även De Schutter, 2009, s.34-35.

situation där stater har en universell skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder och tillsammans bidra till att uppnå de mål som är stadgade i FN-stadgan.<sup>182</sup> De positiva skyldigheterna fungerar alltså inte i ett vakuum och tanken om att statens skyldigheter skulle enbart beröra situationer som sker inom statens gränser eller gällande statens medborgare är inte hållande. Due diligence-skyldigheterna har därmed en extraterritoriell karaktär. Due diligence-skyldigheter existerar på en rad olika områden inom folkrätten och har en central betydelse då staters ansvar analyseras. Centralt för due diligence-skyldigheter och deras funktion är att skyldigheten härstammar från kravet på att vidta nödvändiga åtgärder. Folkrättsstridiga handlingen (i det här fallet den privata aktörens) är inte grunden till att ansvar skapas, utan istället statens oförmåga att vidta nödvändiga åtgärder. Tonkin summerar funktionen och betydelsen av detta på följande sätt.

If a state fails to take the requisite positive steps and the prohibited private activity takes place, the state's failure will constitute an international wrong giving rise to state responsibility. Although it is the prohibited PMSC activity that triggers state responsibility in such cases, it is the state's own failure to take adequate measures of prevention (or punishment) that in fact constitutes the basis for the state's responsibility, and not the PMSC activity itself.<sup>183</sup>

Due diligence-skyldigheterna utgör därmed en separat doktrin som har följder för staten då den utlokaliserar sina militära funktioner till privata militär- och säkerhetsföretag.

#### **4.2 Positiva skyldigheter inom humanitärätten**

De positiva skyldigheternas roll inom olika rättsområden varierar. För att identifiera dessa måste intresset vändas till hur innehållet av konventioner tolkats och om hurdan sedvana och praxis som existerar inom rättsområdet.<sup>184</sup> Frågan gällande positiva skyldigheter och dess förhållande till den humanitära rätten är inte heller entydig och åsikterna beträffande due diligence-skyldigheternas tillämpning och tolkning går delvis isär. Nedan kommer de positiva skyldigheternas roll i förhållande till humanitärätten att analyseras.

---

<sup>182</sup> De Schutter, 2009, s. 35.

<sup>183</sup> Tonkin, 2001, s. 63.

<sup>184</sup> Se diskussionen under kapitel 4.1 samt Genocide, paras. 428-431.

Som grund för de positiva skyldigheternas uppkomst inom humanitärrätten fungerar Genèvekonventionen och dess gemensamma artikel 1. Artikeln lyder enligt följande. ”De höga fördragsslutande parterna förbinda sig att under alla förhållanden iakttaga denna konvention och sörja för att den iakttages.”<sup>185</sup> Tolkningen av artikelns betydelse och dess användbarhet då staters positiva skyldigheter i förhållande till privata aktörers handlingar diskuteras är intressant och kräver närmare analys. Både Tonkin och Hoppe argumenterar för artikelns användbarhet även om artikeln som sådan är vag. Hoppe identifierar tre olika skyldigheter som kunde hänföras från innehållet i gemensamma artikel 1. Den anlitande staten bör se till att personalen som anlitas har genomgått adekvata bakgrundskontroller och fått tillräcklig utbildning. Den anlitande staten bör även skapa detaljerade regler för insatsen som är enhetliga med humanitärrätten och dessutom bör den anlitande staten säkra sig om att möjliga brott mot humanitärrätten rapporteras.<sup>186</sup> Hoppe ger exempel på situationer där due diligence-skyldigheter kunde hänföras från gemensamma artikel 1 och skyldigheten att sörja för att konventionen iakttages. Då de privata militär- och säkerhetsföretagen utför vissa tvångsuppgifter som t.ex. skydds- eller stridsuppgifter och deras handlingar är eller kommer att vara i strid med humanitärrätten, kunde soldater av statens försvarsmakt ha en skyldighet att försöka hindra handlingarna.<sup>187</sup>

Tonkin argumenterar för tillämpbarheten av gemensamma artikel 1 och klargör även för artikelns extraterritoriella funktion. Som redan nämnts, kretsar diskussionen om due diligence-skyldigheterna kring värdstatens roll och man utgår från att staten där handlingarna sker har den primära skyldigheten att förebygga handlingarna.<sup>188</sup> På grund av detta lyfter Tonkin fram karaktären av gemensamma artikel 1 och gör en jämförelse mellan FN:s Folkmordskonvention och dess artikel 1.<sup>189</sup> Båda artiklarna skapar en

---

<sup>185</sup> Genèvekonventionens gemensamma artikel 1, hädanefter gemensamma artikel 1.

<sup>186</sup> Hoppe, 2009, s. 4. Notera att regler för insatser fungerar som en översättning av den väletablerade engelskspråkiga termen, *Rules of Engagement* (ROE).

<sup>187</sup> Hoppe, 2009, s. 4. Se dock Minow, 2005, som diskuterar privatiseringens verkan på försvarsmaktens professionalism och om förhållandet mellan försvarsmakten och de privata aktörerna. Intressant är ifall denna skyldighet skulle erkännas av staten. Man bör fråga sig ifall staten snarare tolererar de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar istället för att försöka hindra dessa. Även Dunigan, 2011 för ett liknande resonemang.

<sup>188</sup> Se kapitel 4.1

<sup>189</sup> Tonkin, 2011, s. 188 och Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951, 78 UNTS 277. Art.1. Se även Genocide, para. 183 där konventionens extraterritoriella tillämpbarhet togs i beaktande och beskrevs på följande sätt. ”The substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question.”

situation som inte begränsar deras tillämpning territoriellt. vilket bör understrykas då den anlåtande statens skyldigheter analyseras. Tonkins jämförelse är som sådan intressant och saknaden av en territoriell begränsning för tillämpningen av gemensamma artikel 1 kan anses påverka den anlåtande staten då den anlitar privata militär- och säkerhetsföretag. Det är även skäl att påpeka den extraterritoriella tillämpbarheten betydelse då de positiva skyldigheterna som härstammar från humanitärätten jämförs med de juridisktionellt mer begränsade skyldigheterna som härstammar från de mänskliga rättigheterna.<sup>190</sup>

Då man betraktar skyldigheterna som skapas genom due diligence bör statens kapacitet och möjlighet att utöva inflytande på individen tas i beaktande. Detta bekräftas i *Genocide*.<sup>191</sup> Skyldigheten för staten blir strängare ju närmare individen den kommer och genom detta ökar även statens möjlighet att påverka individen.<sup>192</sup> I många fall är staten väldigt nära det privata militär- och säkerhetsföretaget och därmed skapas även skyldigheter genom due diligence. Statens kapacitet att utöva inflytande på ett privat militär- och säkerhetsföretag kan nämligen härledas från att ett speciellt förhållande mellan dessa två parter existerar. Tonkin illustrerar detta på följande sätt.

The requirement that a state have the ‘capacity to influence effectively’ a PMSC translates the universal and somewhat vague terms of Common Article 1 into a concrete obligation on particular states to take positive action in relation to particular PMSCs. The hiring state of a PMSC has a clear means of influencing company behaviour through the contract of hire, even where the company operates overseas, and it follows that Common Article 1 obliges the hiring state to take positive action to ensure that the PMSC complies with IHL.<sup>193</sup>

Det är även skäl att komma ihåg staternas dubbla roller. I somliga fall kan staten samtidigt vara både anlåtande stat och hemstat, eller t.o.m. anlåtande stat och värdstat, vilket stärker förhållandet och förtydligar dess due diligence-skyldigheter.<sup>194</sup>

För övrigt är Tonkins analys om skyldigheterna som gemensamma artikel 1 skapar liknande med Hoppes analys. Dessa skyldigheter kodifieras även i Montreux-

---

<sup>190</sup> Tonkin, 2011, s. 188-189. Se en skild diskussion om de mänskliga rättigheternas roll under kapitel 4.3.

<sup>191</sup> *Genocide*, para. 430.

<sup>192</sup> Tonkin, 2011, s. 71.

<sup>193</sup> *Ibid.*, s. 189.

<sup>194</sup> *Ibid.*, s. 71.



dokumentets andra del.<sup>195</sup> Innehållet i Montreux-dokumentet är mer detaljerat och skyldigheterna som härstammar från gemensamma artikel 1 är skrivna ner i mer specifik och nyanserad stil. Bland annat klargör dokumentets andra del givandet av adekvat utbildning till de privata militär- och säkerhetsföretagen som en konkret skyldighet för den anlitande staten.<sup>196</sup> Den anlitande staten bör alltså se till att personalen av de privata militär- och säkerhetsföretagen har en tillräcklig förståelse och kunskap om humanitärrettens regler och funktioner. Tonkin nämner skandalen i Abu Ghraib som ett extremt exempel av en situation där statens skyldighet att garantera en tillräcklig nivå av utbildning försumrats.<sup>197</sup>

Vagheten av gemensamma artikel 1 har dock skapat en situation där åsikterna om de skyldigheter som artikeln skapar går isär. Även om tolkningarna som detta kapitel presenterat kan anses vara liberala förekommer även mer konservativa åsikter. Lehnardt anser att artikeln snarare bör tolkas som en allmän bas och inte som något som skapar specifika skyldigheter för stater i förhållande till privata aktörer. Lehnardt grundar sitt argument på att due diligence som koncept främst diskuterats inom andra rättsområden och att bristen på rättspraxis skapat en situation där due diligence-skyldigheterna eventuellt inte kan ses som allmänna folkrättsliga principer.<sup>198</sup> Rättspraxis som haft betydelse för diskussionen har skapats genom fallet *Armed Activities*<sup>199</sup> där ICJ fann Kongo skyldig för dess ”lack of vigilance in preventing the violation of human rights and humanitarian law and not to tolerate such violence by a third party”.<sup>200</sup> Vikten av *Armed Activities*-fallet är betydande och innebär att positiva skyldigheterna sträcker sig till den

---

<sup>195</sup> The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, 17 September 2008), UN Doc. A/63/467-S/2008/636, hädanefter Montreux-dokumentet, Art. 3. Dokumentet är skapat på initiativ av Schweiz och den Internationella Rödakorskommittén (ICRC) och anses återspegla *opinio juris* hos staterna som varit med om att utarbeta dokumentet. För en närmare diskussion om Montreux-dokumentet och dess betydelse, se kapitel 5.

<sup>196</sup> Montreux-dokumentet, del 2. Montreux-dokumentets karaktär som soft law bör dock uppmärksammas då den tas i beaktande inom denna diskussion.

<sup>197</sup> Tonkin, 2011, s. 193. Se även Fay, 2004, Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade. Ungefär 35 procent av personalen av de privata militär- och säkerhetsföretagen som utförde förhörsuppgifter saknade formell utbildning för uppgiften och varken företaget eller staten hade gjort tillräckliga bakgrundskontroller vid rekrytering. Doswald-Beck, 2007, stöder även tanken om att gemensamma artikel 1 skapar en positiv skyldighet att utbilda personalen.

<sup>198</sup> Lehnardt, 2007, s. 152-155. Lehnardt betonar dock betydelsen av due diligence-skyldigheterna som skapats genom rättspraxis inom de olika människorättsorganen och förbiser inte deras värde.

<sup>199</sup> Se, *Armed Activities*..

<sup>200</sup> *Armed Activities*, para. 178.

humanitära rättens sfär och bör tas i beaktande även om deras roll inom andra delar av folkrätten må vara betydligt större.

Den anlåtande statens skyldighet att iakttaga, dvs. respektera den humanitära rätten, som härstammar från innehållet i gemensamma artikel 1, kunde genom ett stort tolkningsutrymme fungera som ett sätt att öka på den anlåtande statens skyldigheter i förhållande till det privata militär- och säkerhetsföretagets folkrättsstridiga handlingar. Denna tolkning kunde märkbart minska den redan tidigare nämnda ansvarsflyktan som existerar mellan stater som använder sig av sina egna trupper, och stater som utlokaliserat sina militära funktioner till privata aktörer. Tonkin framför en mer generell tanke om att det stora tolkningsutrymmet av gemensamma artikel 1 kunde bidra till att skapa en slags miniminivå som skapar de redan ovan nämnda skyldigheterna för de anlåtande staterna och existerar parallellt med mer specifika skyldigheter. Inom denna diskussion drar Tonkin paralleller till gemensamma artikel 3 och dess funktion i skapandet av en slags miniminivå i regleringen av humanitärätten.<sup>201</sup>

### **4.3 Positiva skyldigheter inom de mänskliga rättigheterna**

Positiva skyldigheter och frågor gällande due diligence har en central roll inom tillämpningen av de mänskliga rättigheterna. Som den ovan nämnda diskussionen redan påpekat, kan de olika rättsområdena inte behandlas i ett vakuum och de positiva skyldigheterna kan härledas från olika rättsområden. Därmed är det även skäl att analysera den anlåtande statens positiva skyldigheter inom de mänskliga rättigheterna och deras förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar. Analysen utgår från den gemensamma grundidéen gällande de positiva skyldigheterna och strävar till att exemplifiera situationer och handlingar där den anlåtande staten kunde tillskrivas ansvar p.g.a. försummelse av dess positiva skyldigheter inom ramen för de mänskliga rättigheterna. Det är skäl att påpeka att de positiva skyldigheterna existerar parallellt med statsansvarsrättsreglerna och att frågan gällande tillskrivande av ansvar är separat. Med andra ord kan dessa skyldigheter skapas även om den privata handlingen inte tillskrivs staten.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> Tonkin, 2011, s.196-197 och Genèvekonventionens gemensamma artikel 3.

<sup>202</sup> Hoppe, 2009, s. 1. För en allmän diskussion om de positiva skyldigheternas karaktär se kap. 4.1

Innan de olika positiva skyldigheterna som de olika människorättskonventionerna och rättspraxisen fastställer samt exempel som utgår från dessa kan diskuteras, bör den bakomliggande problematiken uppmärksammas. Frågan om människorättskonventionernas extraterritoriella tillämpbarhet är av stor betydelse då den anlitande statens positiva skyldigheter analyseras. De privata militär- och säkerhetsföretagen är dessutom verksamma i områden där väpnad konflikt pågår, vilket skapar en situation där förhållandet mellan humanitärätten och de mänskliga rättigheterna måste tas i beaktande.

Frågan berörande extraterritorialiteten samt humanitärrettens och de mänskliga rättigheternas förhållande sinsemellan har inom ramen för denna avhandling ett tätt samband. Då väpnad konflikt pågår och staten handlar utanför sina gränser kretsar den grundläggande frågan kring hur långt de människorättsliga skyldigheterna som härstammar från de olika människorättskonventionerna sträcker sig.<sup>203</sup> Frågan om extraterritorialitet är inte separat i detta fall i och med att den väpnade konflikten skapar en situation där även humanitärrettens regler tillämpas. Tolkningarna av de olika människorättskonventionerna går isår. Konsensus gällande de mänskliga rättigheternas tillämpbarhet och relation till humanitärätten under väpnade konflikter existerar inte.<sup>204</sup> Problematiken gällande extraterritorialiteten kretsar i stort sett kring jurisdiktionella frågor eftersom jurisdiktionen som utgångspunkt är territoriellt begränsad.<sup>205</sup>

Då extraterritoriella tillämpbarheten av människorättskonventionerna och därmed även möjligheten att åberopa statsansvar genom due diligence-skyldigheter diskuteras är det viktigt att förstå de mekanismer som ligger bakom den extraterritoriella tillämpningen av de olika konventionerna. Frågan om statens möjlighet att utöva kontroll över individer extraterritoriellt är central. Även om folkrättskommissionens artiklar (art. 8) kräver en hög nivå av kontroll för att statsansvar skall kunna uppstå är kravet på kontroll vid frågan

---

<sup>203</sup> Se t.ex. Hoppe, 2008, s. 994-995, De Schutter, 2009, s.33-36, Tonkin, 2011, s.202-207

<sup>204</sup> För en grundlig analys om den extraterritoriella tillämpbarheten av de mänskliga rättigheterna, se Milanovic, 2011. Milanovic förespår de mänskliga rättigheternas tillämpbarhet även under väpnade konflikter. För en avvikande åsikt, se Dennis, 2005. Dennis ståndpunkt och tolkning stöds i praktiken av USA och Israel.

<sup>205</sup> Tonkin, 2011, s. 202-203. Se t.ex. ICCPR Art. 2(1).

om de olika människorättskonventionernas extraterritoriella tillämpbarhet inte bunden till statsansvarsrättsdoktrinen. Det är alltså frågan om två separata frågor, även om frågorna i praktiken kan överlappa varandra.<sup>206</sup> Rättspraxis som uppstått genom tolkningar av den Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR) har gett upphov till en situation där staterna bör garantera de rättigheter som stadgas i och respektera för efterlevnaden av, både inom och utanför statens gränser då individerna är under statens effektiva kontroll.<sup>207</sup> Även den Europeiska människorättsdomstolens (ECtHR) tolkning av den Europeiska människorättskonventionens (ECHR) extraterritoriella tillämpbarhet har efter det konservativa och kontroversiella domslutet i fallet *Bankovic* ändrats mot en mer tolerant linje som utgått från att kontroll som utövas utanför statens gränser skapar skyldigheter i enlighet med konventionen och att extraterritoriell jurisdiktion därmed skapas.<sup>208</sup>

Frågan berörande extraterritorialiteten samt humanitärrettens och de mänskliga rättigheternas förhållande är inte de enda utmaningarna då den anlita statens positiva skyldigheter i förhållande till den privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar analyseras. Än en gång kommer bolagsformen och dess påverkan fram. Hur förhåller sig de mänskliga rättigheterna till företag och påverkar bolagsformen diskussionen om due diligence-skyldigheterna? White närmar sig frågan genom att analysera John Ruggies Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework som godkändes 2011 av FN:s råd för mänskliga rättigheter.<sup>209</sup> Ruggies principer grundar sig på tre pelare där den första pelaren står för statens due diligence-skyldigheter i förhållande till tredje parter så som företag och korporationer ("protect pillar"). Den andra pelaren står för företagens

---

<sup>206</sup> Hoppe, 2008, s. 995.

<sup>207</sup> Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966, samt Allmänna kommentar nr. 31 av FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *Nature of the General Legal Obligations Imposed on State Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, (2004) para. 10 där kommittén betonade följande. "a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party". Se även *Armed Activities*, paras, 206-207, 216 och 220.

<sup>208</sup> Tonkin, 2011, s.210-213. Se också *Bankovic v. Belgium* (App.No.52207/99), Inadmissibility Decision, ECHR, 12 December 2001. För domslut där konventionen tillämpats extraterritoriellt se t.ex. *Ilascu v. Moldova and Russia* (App. No. 48787/99), ECHR, 8 July 2004 och *Issa v. Turkey* (App. No. 31821/96), ECHR, 16 November 2004. För en gedigen genomgång av rättspraxis gällande due diligence-skyldigheter, se Hoppe 2009.

<sup>209</sup> UN Doc. A/HRC/17/31, 2011, hädanefter *Ruggies principer*.

skyldighet att respektera de mänskliga rättigheterna ("respect pillar") och baseras sig på det så kallade konceptet av Corporate Social Responsibility. Den tredje pelaren står för tillgång till rättsmedel ("remedy pillar").<sup>210</sup> White summerar Ruggies principer på följande sätt

In effect, Ruggie's approach could be summed up in simple terms of state's being required to fulfil their due diligence obligations under human rights law to ensure that corporations within their jurisdiction, with whom they contract or otherwise control, operate with due diligence to avoid violating human rights and other applicable international laws.<sup>211</sup>

White diskuterar den anlåtande statens due diligence-skyldigheter och understryker vikten av privatiseringens följder. White argumenterar för att privatiseringen redan i sig är en handling som skapar ett så starkt samband mellan staten och företaget att den anlåtande staten därmed berörs av de positiva skyldigheterna. Även Ruggies principer stöder denna tanke. I kommentaren för princip 5 klargörs detta på följande sätt. "States do not relinquish their international human rights law obligations when they privatize the delivery of services that may impact upon the enjoyment of human rights."<sup>212</sup> Principerna 5 och 6 stöder sig på samma grundidé. Enligt princip 5 bör stater "...exercise adequate oversight in order to meet their international human rights obligations when they contract with ...business enterprises to provide services that may impact upon the enjoyment of human rights." och vidare stadgar princip 6 att "States should promote respect for human rights by business enterprises with which they conduct commercial transactions."<sup>213</sup> Karaktären av Ruggies principer bör tas i beaktande i och med att de representerar soft-law. Därmed skapar principerna inte direkta skyldigheter för staterna.

De positiva skyldigheterna som uppstår ur de olika människorättskonventionerna kan indelas i skyldigheten att förebygga, lagstifta, undersöka, åtala samt att bestraffa. Även om de olika konventionerna kan ha olika slags betraktelsesätt gällande positiva skyldigheter, ingår dessa element i de olika konventionerna.<sup>214</sup> Nedan kommer exempel i förhållande till situationer som kunde beröra de privata militär- och säkerhetsföretagen

---

<sup>210</sup> Ruggies principer och White, 2012, s. 241-243.

<sup>211</sup> White, 2012, s. 243.

<sup>212</sup> Ruggies principer, kommentar till princip 5

<sup>213</sup> Ruggies principer, princip 5 och 6.

<sup>214</sup> Hoppe, 2009, s. 1-2.

och de positiva skyldigheterna att presenteras. Exempelen utgår från att de berörda konventionerna kan tillämpas extraterritoriellt och tar inte ställning till diskussionen gällande humanitärrettens och de mänskliga rättigheternas förhållande.

Skyldigheten att förebygga är central och lägger grunden till de positiva skyldigheterna. ICCPR stadgar till exempel om rätten till liv och om förbudet mot tortyr eller grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.<sup>215</sup> Detta skapar en situation där staten är skyldig att vidta nödvändiga och tillräckliga åtgärder för att skydda individer från de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar. Detta innebär att den anlitaende staten bör vidta lämpliga försiktighetsåtgärder så att den privata aktörens handlingar inte är i strid med rätten till liv. Detta sker i form av korrekt tillsyn av aktören och genom adekvat planering av operationerna där den privata aktören handlar.<sup>216</sup> Den europeiska människorättsdomstolens tolkning av ECHR:s artiklar 2 och 3 gällande rätten till liv samt förbud mot tortyr har fastställt flera specifika positiva skyldigheter beträffande förebyggande och gott om praxis förekommer.<sup>217</sup> Artikel 3 är av stor betydelse i och med att de privata militär- och säkerhetsföretagen i många fall sköter om uppgifter gällande förhör och häktning. ECtHR:s praxis gällande frihetsberövande och tolkningen av artikel 3 tillsammans med artikel 1 skapar klart positiva skyldigheter för den anlitaende staten. De förhörsmetoder som privata aktörer i Abu Ghraib utövat på de häktade skulle med högsta sannolikhet strida mot ECtHR:s tolkning. Situationer där staten håller individer häktade utanför statens gränser och anlitar privata aktörer för att sköta om häktningen är bland de tydligaste exemplen av situationer där staten har positiva skyldigheter i förhållande till den privata aktörens handlingar. Statens kontroll över individerna vid dessa situationer är ett obestridligt faktum.<sup>218</sup>

De positiva skyldigheterna sträcker sig längre än enbart till skyldigheten att förebygga. Som en följd av rätten till liv och förbudet mot tortyr samt rätten till en rättvis rättegång skapas positiva skyldigheter. Dessa skyldigheter är skyldigheten att lagstifta och skyldigheten att undersöka, väcka åtal samt att bestraffa. Centralt för efterlevnaden för

---

<sup>215</sup> Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, 1966, paras. 6.1, 7.

<sup>216</sup> Hoppe, 2009, s. 2.

<sup>217</sup> Europeiska människorättskonventionen, 1950. Art. 2 och 3.

<sup>218</sup> Hoppe, 2009, s. 5-6, Tonkin, 2011, s. 205. Se även diskussionen under kapitel 4.2 gällande försummelserna i Abu Ghraib.

dessa skyldigheter är rätten till en rättvis rättegång.<sup>219</sup> FN:s kommitté för mänskliga rättigheter har i sin allmänna kommentar nummer 31 hävdad att stater bör "...adopt legislative, judicial, administrative, educative and other appropriate measures in order to fulfil their legal obligations."<sup>220</sup> De positiva skyldigheterna har alltså en stark grund i tolkningspraxis.

Skyldigheten att lagstifta skapar en situation där den anlidade staten bör införa adekvat lagstiftning som bidrar till att de privata militär- och säkerhetsföretagen kan effektivt åtalas vid kränkningar av de mänskliga rättigheterna. I fall den anlidade staten misslyckas med att tillhandahålla mekanismer som säkrar att den privata personalen som kränkt rätten till liv eller förbudet mot tortyr inte blir föremål för straffrättsliga påföljder har skyldigheten att lagstifta kränkts.<sup>221</sup>

Skyldigheten att undersöka, väcka åtal samt att bestraffa stöds av ett liknande resonemang som vid skyldigheten att lagstifta. I sin allmänna kommentar nummer 31 har FN:s kommitté för mänskliga rättigheter tagit ställning till dessa skyldigheter och hävdar att administrativa mekanismer bör skapas för att effektiva undersökningar skall kunna ske och att statens misslyckande i att väcka åtal kan ses som en kränkning av konventionen.<sup>222</sup> Då dessa skyldigheter tas i beaktande i förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagens personal bör den anlidade staten ha adekvata mekanismer för att undersöka och vid behov väcka åtal samt bestraffa personalen då rätten till liv eller förbud mot berörs. Stater berörs därmed av positiva skyldigheter under doktrinen för de mänskliga rättigheterna som har betydelse då de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar analyseras och utvärderas.<sup>223</sup>

Då personalen till de privata militär- och säkerhetsföretagen handlar i strid med den humanitära rätten eller de mänskliga rättigheterna kan statsansvar uppstå för den anlidade staten, ifall den anlidade staten inte lyckats förebygga eller på andra sätt adekvat svara på handlingen. De positiva skyldigheterna har därmed stor betydelse för

---

<sup>219</sup> Hoppe, 2009, s. 7.

<sup>220</sup> UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, (2004) para. 7.

<sup>221</sup> Hoppe, 2009, s. 9.

<sup>222</sup> UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, (2004) paras. 8, 15, 18.

<sup>223</sup> Hoppe, 2009, s. 9-10, 15-18.

den doktrinära diskussionen gällande den eventuella ansvarsklyftan mellan handlingar som är utförda av de privata militär- och säkerhetsföretagen och handlingar som är utförda av statens försvarsmakt. Det är dock skäl att påminna om problematiken kring den extraterritoriella tillämpningen av de olika människorättskonventionerna och somliga staters praxis att inte erkänna de mänskliga rättigheternas tillämpbarhet under pågående väpnad konflikt.

## **5. AVTALET OCH MARKNADEN SOM REGLERARE AV DE PRIVATA MILITÄR- OCH SÄKERHETSFÖRETAGEN**

### **5.1 Om marknadens roll vid privatisering av militära uppgifter**

Så här långt har denna avhandling analyserat existerande folkrättsliga ansvarsmekanismer och deras tillämpbarhet till situationer där staten hyr ut delar av sina militära uppgifter till privata militär- och säkerhetsföretag. Analysen stöder inte tanken om att ett vakuum gällande den folkrättsliga regleringen av dessa företag och deras handlingar skulle existera. Det bör dock påpekas att tillämpningen av redan existerande regler och normer kan vara krävande. Många frågor har uppstått då de existerande ansvarsmekanismerna diskuterats och en del av dessa frågor har upprepats under de olika kapitlen i avhandlingen. Vad som varit centralt inom analysen så här långt är de privata militär- och säkerhetsföretagens bolagsform och dess inverkan på relationen till den folkrättsliga regleringen i allmänhet, och statsansvarsrätten i synnerhet. Detta återspeglas i diskussionen om de privata militär- och säkerhetsföretagens karaktär och status inom folkrätten<sup>224</sup>, statsansvarsrättens tillämpbarhet på handlingar utförda av icke-statliga aktörer<sup>225</sup> och statens due diligence-skyldigheter i samband med privata aktörers handlingar.<sup>226</sup>

Beskrivande för regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen och privat bruk av våld är att den i hög grad varit ett, eller flera steg efter den privata militär- och säkerhetsindustrins utveckling. Istället för att regleringen skulle ha styrt industrins utveckling och givit verksamheten linjer har den varit tvungen att reagera till olika

---

<sup>224</sup> Se diskussionen under kapitel 2.

<sup>225</sup> Se diskussionen under kapitel 3.

<sup>226</sup> Se diskussionen under kapitel 4.



skandaler och kriser som industrin skapat. Under utdragna regleringsprocesser har sedan industrin omvandlats och regleringen har i värsta fall varit inadekvat redan då den tagits i bruk.<sup>227</sup> Percy hävdar att detta lett till att tryck från marknaden istället haft en stor betydelse då den privata militär- och säkerhetsindustrins utveckling tas i beaktande. De privata militär- och säkerhetsföretagen har genom tiderna skiftat sitt fokus beroende på rådande läget inom marknaden och lyckats erbjuda och skapa tjänster som marknaden varit i behov av.<sup>228</sup> Marknaden har alltså i många fall dikterat verksamheten och skapar förändring inom industrin.

Grundproblematiken gällande regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen, och även statsansvarsrättens tillämpbarhet på den anlåtande staten, är starkt förknippad till bolagsformen och de olika dimensionerna som bolagsformen skapar. Därmed är det skäl att ta marknaden och dess mekanismer i beaktande då regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen och den anlåtande statens ansvar analyseras.

Genom att skåda marknadens mekanismer i samband med utlokalisering av statens militära uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen kan även en ökad förståelse av fenomenet bildas. Att enbart stöda sig på den historiska utvecklingen av industrin eller analysera folkrättens ståndpunkt och förhållande till företagens roller och ansvar i allmänhet är inte ändamålsenligt inom ramen för denna avhandling. På grund av detta kommer Cockaynes tankar och idéer om tillämpningen av den så kallade huvudman-agent-teorin att presenteras nedan.<sup>229</sup> Existensen av de privata militär- och säkerhetsföretagen har skapat en situation där stater kan välja att utlokalisera sina militära uppgifter, istället för att själv sköta dessa uppgifter. Följden av att de privata militär- och säkerhetsföretagen erbjuder sina tjänster till stater är skapandet av en marknad där företaget säljer sina tjänster och där staten är köparen av dessa tjänster. Detta förhållande kan teoriserats genom huvudman-agent-teorin och Cockayne erbjuder denna teori som ett

---

<sup>227</sup> Percy, 2012, s. 944. Se även Huskey, 2012. Diskussionen gällande definitionen och regleringen av legosoldater beskriver detta fenomen väl. För närmare diskussion se kapitel 2.

<sup>228</sup> Percy, 2012, s. 949-950.

<sup>229</sup> Cockayne, 2007. Notera den engelskspråkiga termen *principal-agent theory*. För en djupare analys av marknadens roll och om tillämpningen av olika marknadsteorier och deras förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagens verksamhet, se Bruce 2015.

analysunderlag som strävar till att öka förståelsen för marknadens roll och uppgift inom regleringsdiskussionen.

Huvudman-agent-teorin utgår från att en stor del av de ekonomiska transaktionerna sker under situationer av osäkerhet och informationsasymmetri. Detta tvingar huvudmannen att bevilja agenten en viss nivå av frihet som garanterar agenten möjligheten att fatta självständiga beslut. Detta skapar i sin tur en situation där agenten har möjlighet att driva sina egna intressen istället för huvudmannens. Därmed bör huvudmannen se till att agentens handlingsutrymme inte tillåter agenten att kringgå huvudmannens vilja och mål. Huvudman-agent-teorin handlar i hög grad om att utvärdera hur en hierarkisk organisation fungerar som format för att tillhandahålla tjänster och vidare om identifieringen av situationer där konsumenten väljer mellan att skapa tjänsten själv eller istället köpa tjänsten utifrån.<sup>230</sup> För att konkretisera teorins samband till de privata militär- och säkerhetsföretagen och deras inverkan på marknaden kan man börja med att koppla tanken om agentens egna vilja i förhållande till huvudmannens, till Machiavellis tankar.<sup>231</sup> Man bör fråga sig ifall agenten (i det här fallet det privata militär- och säkerhetsföretaget) kan i somliga fall bli för inflytelserikt och starkt i förhållande till huvudmannen (i det här fallet den anlitaende staten)?

Av större vikt är ändå teorins förmåga att klargöra för utlokaliseringens för- och nackdelar. Tanken om att staten gynnas ekonomiskt bland annat genom minskade administrationskostnader och ökad effektivitet hör till de traditionella argumenten som talar för privatisering. Huvudmannen har alltså ett incitament för att låta agenten handla istället för huvudmannen. Idén om att huvudmannen bör till en viss grad kunna kontrollera agentens handlingar skapar däremot kostnader för huvudmannen. Kontrollmekanismer som stater använder sig av i förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagen är bland annat granskning av personalen och institutionerna, övervakning av verksamheten och sanktionsmekanismer. Dessa kontrollmekanismer utgör grunden för analysen av de privata militär- och säkerhetsföretagens reglering genom marknadens mekanismer.<sup>232</sup> Cockayne lyfter fram en viktig poäng som berör

---

<sup>230</sup> Cockayne, 2007, s. 197-198. Se även Singer 2008.

<sup>231</sup> Notera diskussionen om Machiavellis idéer under kap. 3.4.2.

<sup>232</sup> Cockayne, 2007, s.198-199.

huvudmannen och dess roll. Vad som gör huvudmannen till huvudman vid situationer där staten utlokaliserar sina militära uppgifter till det privata militär- och säkerhetsföretaget är statens utövande av sina bindande rättsliga befogenheter även om agenten är den som utför dessa handlingar. Därmed underlättas tillämpningen av huvudman-agent-teorin. Ingen tvekan råder om huvudmannens roll och status. Denna sorts förhållande existerar alltid då staten utlokaliserar verksamhet som i vanliga fall tillhör den. Det unika med statens utlokaliseringen av sin verksamhet till de privata militär- och säkerhetsföretagen är verksamhetens karaktär och det potentiella bruket av våld, som i dessa fall kommer att tolkas som privat.

Som redan flera gånger diskuterats i denna avhandling, är det privata bruket av våld något som går tvärt emot det så kallade våldsmonopolet som staterna åtnjuter och väcker många frågor, inte minst gällande regleringen av de privata aktörerna.<sup>233</sup> Cockayne argumenterar för att stater inom doktrinen för bruk av våld har strävat till att använda sig av de regleringsmekanismer som marknaden skapat. Staterna har genom dessa mekanismer valt ut privata militär- och säkerhetsföretag som dess agenter, samtidigt som de begränsat agentens autonomi som aktör inom verksamheten. Väsentligt för denna avhandling och den fortsatta diskussionen är de regleringsmekanismer som skapas som en följd av huvudmannens behov att kontrollera agenten.

Av de regleringsmekanismer som kännetecknas som en del av marknads mekanismer är avtalet i en central position. Alla de kontrollmekanismer som Cockayne nämner kan kopplas ihop med frågor berörande avtalet och dess innehåll. Innan analysen flyttar till avtalet och dess potential i regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen bör marknaden och dess roll diskuteras på ett mer allmänt plan. För det första kunde man fråga sig ifall det över huvud taget är väsentligt att diskutera marknads roll i denna avhandling. Är inte statsansvarsrätten och tillämpningarna av dess regler redan tillräckliga verktyg för att reglera icke-statliga aktörer och kan en för stark betoning på marknads mekanismer hämma folkrättens ställning inom doktrinen för regleringen av de privata aktörerna och privat bruk av våld? En intressant och viktig del av denna diskussion är hur folkrätten ställer sig till hur stater skall organisera sina funktioner där

---

<sup>233</sup> Cockayne, 2007, s. 199-202.

bruk av våld förekommer. Traditionellt har folkrätten lämnat beslutet för hur dessa funktioner sköts till staten och staten har med andra ord själv fått bestämma ifall den köper dessa tjänster eller producerar dem själv.<sup>234</sup> Historien präglas av en tradition av kommersiellt bruk av våld och legosoldatskap.<sup>235</sup> Det bör påpekas att stater genom tiderna inte förbjudit de kommersiellt organiserade militära aktiviteterna, utan istället försökt på olika sätt reglera och begränsa denna aktivitet. Ofta har reglerna och tillvägagångssätten utvecklats som en följd av social och teknologisk utveckling inom samhället. Kodifieringen av statsansvarsrätten och folkrättskommissionens artiklar kan anses återspegla detta fenomen.<sup>236</sup> Detta har även betydelse för diskussionen i dagens läge.

I samband med diskussionen om marknadens roll och marknadsmekanismernas funktion bör även de grundläggande offentlighetsrättsliga principernas existens understrykas. Även om marknadens roll diskuteras i denna avhandling kan de offentlighetsrättsliga principerna gällande överföring av förvaltningsuppgifter på andra än myndigheter inte förbises. Då offentlig makt anförtros till andra än myndigheter bör garantierna för god förvaltning gälla även den delegerade verksamheten.<sup>237</sup> Mäenpää behandlar de så kallade förvaltningsavtalen som är avtal som hör till myndigheternas behörighet och gäller skötseln av offentliga förvaltningsuppgifter eller utövning av offentlig makt. De grundläggande avtalsrättsliga principerna berör även förvaltningsavtalen.<sup>238</sup> Den offentliga rätten är ständigt närvarande vid situationer där stater anlitar privata militär- och säkerhetsföretag och dess betydelse bör understrykas.

Denna avhandling har hittills identifierat problem gällande statsansvarsrättens tillämpbarhet vid situationer där staten utlokaliserat sina militära funktioner till privata militär- och säkerhetsföretag. Tanken om att de redan existerande ansvarsutkrävande mekanismerna inte skulle vara tillräckliga och att regleringen av de privata aktörerna skulle vara ett, eller flera steg efter de privata aktörerna utveckling leder till att fokus kunde riktas mot marknaden och dess mekanismer. De privata militär- och

---

<sup>234</sup> Cockayne, 2007, s. 200. Se även t.ex. Singer 2008 och Kinsey 2006

<sup>235</sup> Se kapitel 2

<sup>236</sup> Cockayne, 2007, s. 200. Om processen kring statsansvarsrättens kodifiering, se Crawford 2015 och Tahvanainen 2002.

<sup>237</sup> Mäenpää, 2011, s. 67-68.

<sup>238</sup> Mäenpää, 2003, s. 137-142.

säkerhetsföretag som är verksamma idag är en produkt av samhällelig förändring och deras reglering kan kräva alternativa metoder, som inte tidigare använts eller uppmärksammats. Dickinson hävdar att privatisering av statliga uppgifter, och även bruk av våld, är redan ett så utbrett fenomen att man inte längre kan blunda för den. Istället bör man kunna begränsa och kontrollera privatiseringen och fenomen kring den på ett adekvat sätt.<sup>239</sup> Nedan kommer avhandlingen att behandla avtalet och dess potential som regleringsmekanism. Så här långt har detta kapitel strävat till att klargöra för marknadens roll i analysen och exemplifiera statens och företagens marknadsmässiga förhållande genom huvudman-agent-teorin. Genom detta har en grund för den fortsatta analysen skapats.

## **5.2 Avtalet och dess potential i regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen**

### **5.2.1 Allmänt om avtalet och dess funktion**

Existensen av ett avtalsmässigt förhållande mellan den anlitaende staten och det privata militär- och säkerhetsföretaget är något som inte kan förbises då regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen och deras handlingar diskuteras. Dickinson anser att avtalet och möjligheterna som ett avtal skapar inte fått tillräckligt utrymme inom den akademiska diskussionen och att fokus istället varit på bland annat frågor om reformering av redan existerande traktat och industrins självreglering.<sup>240</sup> Vad som inte uppmärksammats är att avtalet i själva verket fungerar som en motor för privatiseringen och att avtalet kan erbjuda staten nya slags former av överseende och ansvarsutkrävande i förhållande till den privata aktören.<sup>241</sup> Tillämpningen av huvudman-agent-teorin på situationer där staten hyr ut sin militära verksamhet till privata militär- och säkerhetsföretag identifierade huvudmannens behov av att kontrollera agenten. Kontrollmekanismerna som huvudmannen vill använda sig av kan förhandlas om i samband med att avtal ingås mellan staten och företaget. Avtalet fungerar alltså som ett sätt för huvudmannen att kontrollera agenten.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Dickinson 2012, s. 524.

<sup>240</sup> Dickinson, 2007, 217-218.

<sup>241</sup> Dickinson, 2005, s. 166 och 2007, s.218-219.

<sup>242</sup> Se kaptiel 5.1.

Avtalsrättens karaktär eller principer kommer inte att behandlas specifikt i samband med denna analys. Analysen utgår från avtalets ömsesidighet och beaktar dess för- och nackdelar då avtalets potential som regleringsmekanism diskuteras. Det är även skäl att understryka den grundläggande tanken bakom argumentet för avtalet och dess roll i denna avhandling. Avtalet är ingen ny skapelse och avtal mellan staten och företag har ingåtts och ingås. Det väsentliga är att med stöd från bland annat Dickinsons argument lyfta fram behovet av att reformera avtalet och kräva ändringar i dess innehåll, vilket skulle stöda och öka kraven på de privata militär- och säkerhetsföretagens efterlevnad enligt folkrättens principer. Detta kan illustreras genom Dickinsons gedigna analys av de för allmänheten tillgängliga avtalen mellan USA och privata militär- och säkerhetsföretag under kriget i Irak 2003. Genom att analysera innehållet av dessa avtal identifierar Dickinson flera områden där regleringen kunde stärkas och förbättras enbart med hjälp av mer detaljerade kontrakt.<sup>243</sup> Då avtal och deras roll diskuteras bör de vaga och i många fall bristfälliga avtalen mellan staten och de privata militär- och säkerhetsföretagen uppmärksammas.<sup>244</sup> Möjligtvis på grund av detta har inte avtalet setts som en effektiv regleringsmekanism. Idén om behovet av att reformera avtalet och därmed öka dess vikt som en alternativ regleringsmekanism är bärande i den kommande analysen.

### **5.2.2 Hur folkrättsliga frågor kunde tas i beaktande då avtal ingås**

För att avtalet och dess potential som regleringsmekanism över huvud taget skall kunna analyseras är det skäl att fråga sig, ifall avtalet som sådant kan bli föremål för folkrättslig reglering och ifall det finns en folkrättslig dimension i kravet på att reformera avtalet och dess innehåll i samband med att stater utlokaliserar sina militära uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen? I samband med detta bör avtalets koppling till frågor som berör statens ansvar och skyldigheter understrykas. Vilka är statens skyldigheter då staten ingår avtal med de privata militär- och säkerhetsföretagen och har staten skyldighet att inkludera specifika krav i avtalen? Genom att finna analogier ur folkrätten kan folkrättens koppling till avtalet stärkas. Tillsammans med Dickinsons idé om avtalets betydelse kommer Montreux-dokumentet och dess innehåll berörande avtalet att diskuteras nedan.

---

<sup>243</sup> Dickinson 2006. Dessa delområden kommer att behandlas under kap. 5.2.2.

<sup>244</sup> Se Minow, 2005, s. 993.

Montreux-dokumentet som är skapat på initiativ av Rödakorskommittén och Schweiz bidrar till att klargöra de privata militär- och säkerhetsföretagens roll inom det internationella planet och innehåller en uppsättning av principer som berör så väl stater som de privata militär- och säkerhetsföretagen. Förordet till dokumentet lyder enligt följande.

Yet it was only with the Montreux Document of September 2008, the fruit of a joint initiative by the Swiss Government and the International Committee of the Red Cross (ICRC), that the discussion around PMSCs was carefully brought to a first conclusion. The Swiss Initiative brought together 17 governments from various regions of the world and drew widely on the knowledge of industry representatives, academic experts and non-governmental organizations. For the first time, an intergovernmental statement clearly articulates the most pertinent international legal obligations with regard to PMSCs and debunks the prevailing misconception that private contractors operate in a legal vacuum.<sup>245</sup>

Även om Montreux-dokumentet representerar soft-law kan de folkrättsliga analogierna som härstammar ur dokumentet utnyttjas då avtalet och dess funktion diskuteras.<sup>246</sup> Hurst hävdar att staternas närvaro i inrättandet av dokumentet syns i dokumentet och dess form på ett positivt sätt. Formen liknar de folkrättsliga traktaten.<sup>247</sup> Montreux-dokumentet innehåller bestämmelser för den anlåtande staten, som liknar de mekanismer som Dickinson efterlyser i sin diskussion. Bestämmelserna är starkt bundna till avtalet och behandlar statens skyldigheter vid ingåendet av avtal med privata militär- och säkerhetsföretag. Denna koppling är av betydelse då de folkrättsliga anknytningarna till avtalet diskuteras.

Dickinson grundar sitt resonemang på den akademiska diskussionen som uppstått som en följd av privatiseringen av offentliga uppgifter på det nationella planet i USA.<sup>248</sup> Oron över att privatisering av offentliga uppgifter tär på grundläggande offentlighetsvärden har varit central.<sup>249</sup> Utgående från den nationella debatten har Dickinson

---

<sup>245</sup> Montreux-dokumentet, s. 5.

<sup>246</sup> ”The good practices do not have legally binding effect and are not meant to be exhaustive. It is understood that a State may not have the capacity to implement all the good practices, and that no State has the legal obligation to implement any particular good practice, whether that State is a Contracting State, a Territorial State, or a Home State...”, Montreux-dokumentet, s.16.

<sup>247</sup> Hurst, 2011, s. 460.

<sup>248</sup> Dickinson, 2006, s. 383-384.

<sup>249</sup> Se Metzger, 2003.

identifierat liknande problematik som berör situationer där privatiseringen sker inom områden där verksamheten är internationell och gränsöverskridande. I detta fall frågar sig Dickinson ifall privatiseringen som sker på det internationella planet tär på de folkrättsliga värdena? Parallellerna till denna diskussion har alltså dragits från den offentlighetsrättsliga diskussionen som skapats som en följd av privatisering av offentliga uppgifter inrikes.<sup>250</sup> Dickinson drar paralleller mellan den existerande praxisen som skapats inom privatiseringen av bland annat fångvård, hälsovård och utbildning i USA och tillämpar denna praxis på situationer där staten utlokaliserat sina militära uppgifter. Tanken om avtalet och dess potential baserar sig på Freemans idé om avtalets centrala betydelse vid privatisering av offentliga uppgifter.<sup>251</sup> Freeman redogör själv för avtalets roll på följande sätt.

Literally, contract is an increasingly important governing tool. In an era of contracting out, it behooves administrative law scholars to pay closer attention to contract as a vehicle for the exercise of authority and as an instrument of regulation. In both contexts, contract represents a potentially crucial mechanism for imposing accountability on both public and private actors, providing an important component of a system of aggregate accountability. As a metaphor for how governance actually works, moreover, contract captures the idea that all of the participants in a particular context - government agencies together with a wide variety of nongovernmental actors - negotiate over policy and its implementation. Contract therefore offers a valuable heuristic, a way for us to reimagine the nature of what we now call governance.<sup>252</sup>

Dickinson hävdar att avtalets potential inom den folkrättsliga debatten inte fått tillräckligt med utrymme och understryker vikten av det avtalsmässiga förhållandet som skapas vid privatisering av statliga uppgifter. Folkrättens tillämpning i samband med icke-statliga aktörers handlingar kan, så som denna avhandling hittills visat, i många fall vara krävande. Kategoriseringen av de icke-statliga aktörerna är bred och varierar allt mellan gerillasoldat och de anställda i ett privat militär- och säkerhetsföretag. Den stora skillnaden i det här fallet är existensen av ett avtalsmässigt förhållande och följderna av detta. Att kunna utnyttja detta förhållande och dess potential är den centrala tanken då avtalet som en alternativ regleringsmekanism diskuteras.<sup>253</sup> På ett mer allmänt plan bör

---

<sup>250</sup> Dickinson, 2006, s. 384-385.

<sup>251</sup> Dickinson, 2005, s. 160, 166, 177-179 och 2006, s. 386-387. Se även Freeman, 2000 och 2003.

<sup>252</sup> Freeman, 2000, s. 549.

<sup>253</sup> Dickinson, 2006, s. 388-389.



man kunna ta i beaktande alternativa mekanismer som kunde stärka implementeringen av folkrättsliga värden till de privata aktörernas verksamhet.

Vilka är då de element som ett avtal borde innehålla för att folkrätten skulle tas i beaktande då staten utlokaliserar sina militära uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen? Genom att tillämpa olika exempel som berör privatiseringen av offentliga uppgifter, som skett inrikes, skapar Dickinson en modell för vad ett avtal mellan den anlitaende staten och det privata militär- och säkerhetsföretaget kunde innehålla.<sup>254</sup> Dickinsons modell kommer att diskuteras parallellt med innehållet i Montreux-dokumentet.

För att kunna skapa en situation där folkrättens principer och normer tas i beaktande och respekteras av de privata militär- och säkerhetsföretagen bör staten genom avtalet kräva laglydighet av företaget. Konkret betyder detta att avtalet kunde innehålla bestämmelser där företaget och dess anställda skulle likställas med den statliga aktören och dess juridiska ansvar beträffande relevant lagstiftning, i detta fall folkrätten och dess olika rättsområden som har relevans beträffande funktionerna som företaget och staten avtalat om. Dickinsons resonemang utgår från att genom detta förfarande skulle man kunna undvika det på många sätt problematiska kravet på företagets utövande av statliga befogenheter.<sup>255</sup> Istället skulle de normer och regler som är tillämpbara på statliga aktörer vara en del av avtalets villkor och kunde tillämpas på det privata militär- och säkerhetsföretaget, oberoende av om statliga befogenheter utövas eller inte. Detta argument stöds av praxis från den privatiserade fängsvården i USA, där flera delstater kräver av den privata aktören, som en del av avtalets villkor, efterlevnad enligt de principer som grundlagen, federala lagen, och delstatens lagar förutsätter.<sup>256</sup> Även Montreux-dokumentet innehåller liknande bestämmelser och nämner både den nationella rätten, humanitärätten samt de mänskliga rättigheterna.<sup>257</sup> Tanken om att inte kräva lydighet av relevanta lagar då statliga funktioner privatiseras låter som omöjlig tanke, men tyvärr har vaga och dåligt formulerade avtal varit någonting som den privata militär-

---

<sup>254</sup> Dickinson 2006, s. 401-402. Freeman, 2000, s. 634.

<sup>255</sup> Se diskussionen om de statliga befogenheterna under kapitel 3.

<sup>256</sup> Dickinson, 2005, s. 199 och 2006, s. 403.

<sup>257</sup> Montreux-dokumentet, Del 2, Art. 2.2.

och säkerhetsindustrin kännetecknats av. Dickinson påpekar att ingen av de 60 för allmänheten tillgängliga avtalen, som slutits mellan USA och diverse privata militär- och säkerhetsföretag i samband med Irak-kriget, innehöll specifika bestämmelser eller krav på att respektera de mänskliga rättigheterna.<sup>258</sup>

Avtalet kunde även innehålla specifika utbildningskrav för de privata militär- och säkerhetsföretagens anställda. Genom att i avtalet implementera krav på en viss nivå av utbildning inom t.ex. humanitärätten och dess tillämpning i praktiska situationer kunde staten garantera att folkrättsliga principer tas i beaktande av de privata militär- och säkerhetsföretagen. Bland de anställda kunde dessutom skapas en känsla och kultur där folkrättsliga frågor prioriteras och där dessa frågor är närvarande även i den dagliga verksamheten. Dickinson exemplifierar utbildningskravet och dess tillämpning genom att hänvisa till avtal som ingåtts mellan delstater och privata företag som sköter den privatiserade fångvården. Ett återkommande krav bland dessa avtal är kravet på att de anställda i företaget erbjuds utbildning som kan jämföras med utbildningen som de anställda bland statliga aktörerna erbjuds.<sup>259</sup> Även i detta fall förekommer exempel där privata militär- och säkerhetsföretag anlitas av stater, utan att de anställda haft tillräcklig utbildning och där avtalet saknat klara linjer för krav på utbildning.<sup>260</sup> Montreux-dokumentet innehåller detaljerade bestämmelser över innehållet av utbildning som den anlitaende staten bör ta i beaktande och dokumentet hänvisar till folkrätten, bland annat genom att kräva utbildning i frågor som är relaterade till bruk av våld och humanitärrettens tillämpning.<sup>261</sup>

Diskussionen om krav på utbildning och tanken om att avtalet kunde skapa en kultur där folkrätten prioriteras och beaktas bland de privata militär- och säkerhetsföretagen skapar en situation där organisatoriska strukturer och kulturer samt deras inverkan bör tas i beaktande. Militärens tradition av att beakta juridiken i sin verksamhet och traditionen av att använda sig av juridisk rådgivning på fältet är något som saknas bland de privata militär- och säkerhetsföretagen. En auditör har traditionellt varit en del av försvaret och

---

<sup>258</sup> Dickinson, 2006, s. 402-403.

<sup>259</sup> Dickinson, 2006, s. 404-405.

<sup>260</sup> Se t.ex. Fay, 2004, Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade.

<sup>261</sup> Montreux-dokumentet, Del 2, Art. 3.10.

även i dagens läge är jurister i uniform en del av den moderna försvarsmakten. Bolagsformen har skapat annorlunda krav på juridisk rådgivning och de privata militär- och säkerhetsföretagen berörs alltså inte av liknande organisatoriska strukturer och kulturer som statens försvarsmakt.<sup>262</sup> Även om detta kan låta som en detalj i denna analys stärker den kravet på att avtala om utbildning. Ifall företaget saknar en organisatorisk kultur som känner igen och betonar vikten av folkrätten bör detta kunna krävas av företaget. För övrigt är kravet på utbildning starkt kopplad till de positiva skyldigheterna som redan analyserats. Genom denna parallell kunde man tänka sig att avtalet stärker och lyfter fram redan existerande normer. Montreux-dokumentets roll bör uppmärksammas i detta sammanhang. Fastän dokumentet inte är bindande bidrar den till att framhäva och synliggöra frågor som staten bör ta i beaktande då den ingår avtal med privata militär- och säkerhetsföretag.<sup>263</sup>

Det avtalsmässiga förhållandet mellan den anlittande staten och det privata militär- och säkerhetsföretaget skapar även en situation där den anlittande staten bör kunna övervaka och ha översikt över företaget och dess handlingar. Fungerande översikt bidrar till att öka på statens kontroll över företaget och minskar på risken för att företaget skulle handla i strid med folkrätten. Då privatisering av statliga uppgifter diskuteras är en av de grundläggande frågorna: Sköter den privata aktören det som staten och företaget avtalat om? För att den anlittande staten skall kunna säkra sig om att det avtalade arbetet sköts på ett adekvat sätt och att bedrägeri, överfakturering och annan misskötsel inte sker, skapas ett behov för stark och fungerande översikt och övervakning.<sup>264</sup> Dickinson påpekar att avtalen gällande privatisering av utrikesärenden generellt varit sämre övervakade och översikten inom dessa varit begränsad i jämförelse med privatiserade uppgifter inrikes. Då avtalen inom områden som berörts av privatisering på det nationella planet analyseras, kan man identifiera en klar struktur för mekanismerna beträffande översikt och . Översikten av företagen sköts genom särskilda avtalsövervakare som är utnämnda av staten<sup>265</sup> och kompletteras med ombudsmän inom området, som i sin tur stöds av

---

<sup>262</sup> Dickinson, 2012, s. 534-535.

<sup>263</sup> I de ovan nämnda exemplen används orden *"to take into account"* då anlittandet av företag och innehållet av deras utbildning behandlas. Detta skapar inte en direkt skyldighet vilket bör uppmärksammas.

<sup>264</sup> Minow, 2005, s. 1004-1005. Dickinson, 2012, s. 530.

<sup>265</sup> Notera den engelskspråkiga termen *government contract monitors*.

självständiga utomstående grupper.<sup>266</sup> Bristen på dessa övervakare och deras bristfälliga resurser har hittills varit ett problem som kännetecknat den dåliga översikten av de privata militär- och säkerhetsföretagen. Dickinson nämner till och med en situation där dessa funktioner utlokaliseras (sic!). Enligt Dickinson har dessutom fokus gällande översikten av avtal snarare kretsat kring ekonomiska frågor, så som företagets ställning till bedrägeri och tagandet av mutor, och inte på folkrättsliga frågor och t.ex. respekten för de mänskliga rättigheterna.<sup>267</sup> Montreux-dokumentet tar ställning till övervakning och översikt och innehåller bestämmelser som den anlitande statens berörs av. Bland annat nämner dokumentet ett krav på att den anlitande statens tjänstemän bör kunna övervaka företagets verksamhet på plats och ort.<sup>268</sup> Utgående från denna diskussion är det klart att fungerande översikt av det privata militär- och säkerhetsföretaget och dess handlingar kunde även påverka positivt respekten för folkrätten.

Det ovan nämnda kravet på översikt är förknippat med den anlitande statens behov av att lägga ut klara riktlinjer och kräva resultat av det privata militär- och säkerhetsföretaget. Ifall staten inte har en klar vision över vad den önskar att åstadkomma genom anlitaandet av företaget, minskar även översiktens betydelse och roll. En grundtanke som är kopplad till avtalen och privatiseringen är att avtalet, i idealfall, innehåller klara riktlinjer och en tydlig formulering av det önskade slutresultatet, medan den privata aktören borde ges frihet att välja metoderna för verkställandet av uppgifterna.<sup>269</sup> Även i detta fall jämför Dickinson avtalen inom den privatiserade fångvården, där riktlinjer och krav på önskade resultat förekommer, med avtalen som slutits med privata militär- och säkerhetsföretag i samband med kriget i Irak. Avsaknaden av riktlinjer och målsättningar bland dessa avtal är utbrett. Vagheten och förekomsten av enbart abstrakta målsättningar kan delvis bero på uppgifternas karaktär.<sup>270</sup> Säkerhetsfrågor och en hög nivå av sekretess kan ändå inte fungera som enda förklaringen för avtalens vaghet. Genom att företaget via avtalet tilldelas tydliga krav och målsättningar, som skulle styra dess handlingar, kunde även kränkningar av folkrätten undvikas.

---

<sup>266</sup> Dickinson, 2006, s. 406.

<sup>267</sup> Dickinson, 2006, s. 407-408. Se även Harris 2006.

<sup>268</sup> Montreux-dokumentet, Del 2, Art. 5.21

<sup>269</sup> Dickinson 2006, s. 409-410 och 2007, s. 222-223.

<sup>270</sup> Dickinson, 2006, s. 411-412.

Ett verktyg som är starkt bunden till privatisering och som använts för att reglera de olika aktörerna som tagit över skötseln av offentlig verksamhet är ackreditering. Genom att självständiga organisationer där sakkunniga inom området evaluerar och klassar de privata aktörerna och deras verksamhet kan staterna sedan kräva att den privata aktören tillhandahåller en viss nivå under dessa ackrediteringsmekanismer.<sup>271</sup> Avtalet kunde alltså innehålla ett krav på att det privata militär- och säkerhetsföretaget är delaktigt i en ackrediteringsprocess. Gott om exempel gällande ackreditering av privata aktörer förekommer inom bland annat hälsovården, där olika slags kvalitetskontroller förekommit en lång tid.<sup>272</sup> Även om processen kring Montreux-dokumentet och dess skapande inte motsvarar direkt den traditionella synen på ackreditering bör den ändå uppmärksammas i detta sammanhang. Tanken om att utomstående aktörer (ICRC och Schweiz) skapar i samarbete med stater, industrins representanter och andra sakkunniga ett dokument som samlar ihop staternas folkrättsliga skyldigheter och god praxis i förhållande till de privata militär- och säkerhetsföretagen i ett skilt dokument är inte långt ifrån den tanke som berör ackreditering.<sup>273</sup> I själva verket har Dickinson kallat Montreux-processen för ett ackrediteringsförfarande.<sup>274</sup> Percy förhåller sig till Montreux-dokumentet på följande sätt.

The Montreux Document also represents perhaps the only possible international agreement at this stage. The abject failure of anti-mercenary law has led to a lack of confidence in international control efforts. Powerful states, such as the UK and the US, have an interest in continuing to use PSCs and, in the case of the latter, rely on them to the extent that war without contractors is probably impossible. Accordingly, creating a wider regulatory discussion might limit the flexibility of states to use PSCs, and so the Montreux Process proved desirable. Because the Montreux Document restates existing law, it is a very low-cost solution for states. They are not required to agree to anything that they have not previously agreed to; they are just required to consider it in a new context.<sup>275</sup>

Ur Percys resonemang bör idén om skapandet av en bredare regleringsdiskussion lyftas fram. Så väl diskussionen gällande avtalets roll, ackreditering och Montreux-dokumentet kan anses återspegla denna idé. Även om denna avhandling inte behandlar

---

<sup>271</sup> Dickinson, 2012, s. 532.

<sup>272</sup> Freeman 2000, s. 618-619.

<sup>273</sup> Se Montreux-dokumentet.

<sup>274</sup> Dickinson, 2012, s. 532. Se även Hurst, 2011, s. 460-461.

<sup>275</sup> Percy, 2012, s. 954.

sjävregleringen inom industrin och dess inverkan, bör fenomenet kring industrins inrättande av egna uppförandekoder som hänvisar till bland annat flera folkrättsliga dokument nämnas.<sup>276</sup> Normativa effekten av dessa dokument kan givetvis ifrågasättas, men en koppling till folkrätten och de ovan beskrivna ackrediteringsprocesserna är ändå välkommen.

Slutligen bör avtalens uppsägningsbestämmelser och statens möjligheter att delvis överta den utlokaliserade verksamheten vid eventuella avtalsbrott behandlas. Dickinson hävdar att praxis där avtalen innehåller enbart direkta uppsägningsbestämmelser skapat en paradoxal situation, där den direkta uppsägningen av avtalet blivit en så extrem lösning att den inte tillämpas i praktiken och därmed inte heller har disciplinerande effekt på den privata aktören.<sup>277</sup> Istället borde uppsägningsbestämmelserna kompletteras med gradvisa sanktioner, som till exempel möjligheten för staten att ta över delar av den utlokaliserande verksamheten. Tröskeln för att tillämpa denna sorts sanktioner vore lägre än det extrema valet att säga upp hela avtalet och användbarheten av denna mekanism skulle sätta mera press på den privata aktören. Övertagandet av delar av den utlokaliserade verksamheten som sanktionsmekanism har använts bland annat inom hälsovården, där syftet varit att öka på översikten.<sup>278</sup> Montreux-dokumentet innehåller bestämmelser med koppling till uppsägningsbestämmelser. Dessa behandlas i Artikel 5.20 där även andra avtalsmässiga sanktioner, så som bland annat finansiella sanktioner för avtalsbrott nämns.<sup>279</sup> Dickinson exemplifierar problematiken av uppsägningsbestämmelserna genom att se på händelserna i Abu Ghraib. Även om personalen av det privata militär- och säkerhetsföretaget CACI var delaktiga i de folkrättstridiga handlingarna som skedde under skandalen i Abu Ghraib valde USA att inte säga upp avtalet mellan CACI och staten.<sup>280</sup> Sanktioner i form av delvis övertagande av verksamheten kunde sporra de privata militär- och

---

<sup>276</sup> Se t.ex. International Stability Operations Association, ISOA Code of Conduct. Se även diskussion om dessa uppförandekoder och deras roll, Hurst, 2011, s. 480-482. Percy är däremot kritisk till tanken om att en industri där dödlig bruk av våld potentiellt används, kunde idka självreglering, se Percy 2012, s. 955-956. Även konceptet Corporate Social Responsibility låter paradoxalt i detta sammanhang.

<sup>277</sup> Dickinson 2006, s. 417.

<sup>278</sup> Dickinson, 2006, s. 418 och Freeman, 2000, s. 608. Liknande mekanismer användes av Valvira då de grova missförhållandena inom den privatiserade åldringsvården kom fram under vårvintern 2019. Se pressmeddelande från Valvira 25.1.2019.

<sup>279</sup> Montreux-dokumentet, Del 2, Art. 5.20.

<sup>280</sup> Dickinson, 2006, s. 418. Om händelserna i Abu Ghraib, se Fay, 2004, Investigation of the Abu Ghraib Detention Facility and 205th Military Intelligence Brigade. Notera även Liu, 2015, s. 202-204.

säkerhetsföretagen att se över sina handlingsmönster och vetskapen om att avtal sägs upp vid kränkningar av folkrätten torde ha inverkan på företagets handling.

### 5.2.3 Kritik mot avtalet som ett verktyg för ökad reglering

Det vore naivt att påstå att avtalet skulle kunna fylla alla de luckor som existerar inom regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen, eller att de ovan nämnda förslagen för reformeringen av innehållet av avtalen skulle tas emot med öppna armar. Fenomenet kring privat bruk av våld och den privata militär- och säkerhetsindustrin är komplext, vilket återspeglas i diskussionen om avtalet och dess roll. Kritiska röster har höjts och tanken om att marknadsmekanismerna kunde fungera som regleringsmekanism delar åsikter.

Liu förhåller sig kritiskt till avtalet och avtalsträttens roll som regleringsmekanism för de privata militär- och säkerhetsföretagen. Liu utgår från att betoningen på avtalet och dess roll leder till att det privata militär- och säkerhetsföretaget ses som vilket som helst bolag och att fokus på den unika våldsbrukande karaktären av företaget åsidosätts.<sup>281</sup> Liu analyserar avtalsrättens karakteristiska drag och lyfter fram dess inåtriktade karaktär. Tanken om att avtalet grundar sig på ömsesidighet och att bara det som avtalats om bör tas i beaktande stämmer dåligt överens med till exempel de mänskliga rättigheternas universella karaktär. Liu ifrågasätter idén om att staten och företaget kunde avtala horisontellt om folkrättsliga skyldigheter som staten berörs av och exemplifierar detta genom att påpeka att syftet och meningen av till exempel de mänskliga rättigheterna och deras universalitet skulle försvinna, ifall dessa skulle ses enbart som en del av avtalet.<sup>282</sup> Liu fortsätter sitt resonemang med att understryka horisontalitetens och ömsesidighetens följder. Genom avtalet skapas ett jämlikt förhållande mellan avtalsparterna. Enligt Liu tappar staten då en del av sin makt, medan det privata militär- och säkerhetsföretagets ökar på sin makt. Spänningen mellan de olika rättskällorna är alltså något som bör tas i beaktande och kan inte förbises.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Liu, 2015, s. 194.

<sup>282</sup> Liu, 2015, s. 196-200.

<sup>283</sup> Liu, 2015, s. 206.

Dickinsons resonemang och grundidén bakom behovet av att reformera avtalets innehåll är starkt beroende på vad avtalsparterna sist och slutligen vill åstadkomma genom avtalet. Rädslan för ökade kostnader som skapas som en följd av ökade krav på utbildning, översikt och annan reglering dominerar då kritik mot starkare reglering av de privata aktörerna som sköter om offentliga uppgifter som privatiserats diskuteras. Den bärande tanken är att besparingarna som skett genom privatiseringen suddas ut och att nyttan av privatiseringen försvinner. Dickinson argumenterar själv för att ökad reglering leder till att olika slags skandaler och misskötsel undviks och att den ökade regleringen i själva verket är kostnadseffektivt.<sup>284</sup>

Den intressanta frågan inom ramen för denna avhandling är ändå statens (och även företagets) vilja då avtalet och dess potential som regleringsmekanism analyseras. Alla de ovan presenterade mekanismerna som kunde tillämpas genom avtalet kräver vilja av staten. Vill staten alltså implementera alla dessa mekanismer i avtalet och är de privata militär- och säkerhetsföretagen villiga att ingå dessa avtal med staterna? Problematiken kretsar delvis kring statens två olika roller i detta sammanhang. Staten är nämligen samtidig kund och reglerare, vilket skapar en intressekonflikt. Samtidigt har bristen på transparens, som grundar sig på verksamhetens karaktär, dessutom lett till att allmänheten inte haft kännedom av de privata militär- och säkerhetsföretagens verksamhet.<sup>285</sup> Denna kombination får en att fråga sig ifall avtalen på flit varit vaga och ifall staterna konsekvent försökt undvika statsansvar genom att anlita privata militär- och säkerhetsföretag, istället för att använda sig av sin egen militär?<sup>286</sup> Även Cusumano tar upp marknadens roll och staternas dubbla roller i sin analys. Cusumano påpekar att staten i egenskap av kund kan påverka regleringen av företagen och att staten kan skapa tryck på företagen via marknadsmekanismerna. Denna tanke utgår från att staterna är bland de största kunderna för den privata militär- och säkerhetsindustrin, vilket skapar ett läge där de privata militär- och säkerhetsföretagen inte har råd med att bli uteslutna ur processerna kring staters utlokalisering av sin verksamhet och att företagen därmed är villiga att anpassa sig till ökad reglering.<sup>287</sup> Detta kunde ske genom de mekanismer som

---

<sup>284</sup> Dickinson, 2007, s. 225-228.

<sup>285</sup> Hurst, 2011, s.464-468, 473.

<sup>286</sup> Notera det liknande resonemanget av Hoppe, 2008.

<sup>287</sup> Cusumano, 2009, s. 9-11.



presenterats i samband med detta kapitel. Även i detta fall är statens vilja central. Möjligheten att reglera och kontrollera företaget och dess handlingar finns, men fortfarande bör man fråga sig ifall staten har vilja att öka regleringen.

Lius kritiska förhållande till avtalet och avtalsrättens mekanismer för analysen tillbaka till grundproblematiken och avhandlingens frågeställning. Avtalet är inte en folkrättslig rättskälla och avtalsrätten och folkrätten representerar väldigt olika rättsdiscipliner. Därmed kan heller inte avtalet anses lösa de problem som är förknippade med ansvarsfrågor och regleringen av de privata militär- och säkerhetsföretagen. Detta framförs även av Dickinson som påpekar att avtalet är bara ett av de många alternativa metoderna som kunde tillämpas.<sup>288</sup> Dickinsons argument kunde snarare tolkas som ett ställningstagande och ett krav på en reform av avtalen och innehållet i avtalen. Att avtalen sedan kunde föra fram folkrättens normer och värden i samband med privatiseringen av militära uppgifter är ett bevis på att alternativa och innovativa metoder kan krävas i och med att fenomenet runt det privatiserade bruket av våld är så mångfacetterat och komplext. Montreux-dokumentets roll bör uppmärksammas i detta sammanhang. Även om Montreux-dokumentet representerar soft-law skapar dokumentet konkreti då avtalets folkrättsliga mening diskuteras. Dokumentets form och staternas medverkande i processen samt dess starka fokus på avtalet och dess innehåll kan inte förbises, även om dokumentet inte har bindande verkan på staterna.

## 6. SLUTSATS

Sättet hur folkrätten påför ansvar till stater vid situationer där staten utlokaliserar sina militära uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen kännetecknas av komplexitet. Argumentet om att de privata militär- och säkerhetsföretagen skulle handla i ett juridiskt vakuum är inte hållbart, men kan heller inte förbises. Denna avhandling har identifierat ett behov av innovativa och liberala tolkingar av de redan existerande ansvarsmekanismerna inom folkrätten. Samtidigt har avhandlingen även identifierat folkrättens komplexa förhållande till icke-staliga aktörer i allmänhet, och bolag i synnerhet. Karaktären av de handlingar som de privata militär- och säkerhetsföretagen

---

<sup>288</sup> Dickinson, 2006, s. 425-426, 2007, s. 218.

sköter har dessutom skapat ett läge där den suveräna staten, som den enda aktören med tillstånd att legitimt bruka våld delvis åsidosätts.

Argumentet om att de privata militär- och säkerhetsföretagen skulle handla i ett juridiskt vakuum bottenar i diskussionen om den nuvarande folkrättens otillräcklighet vid situationer där bruket av våld är privat. Det går inte att blunda för detta argument och även denna avhandling har identifierat brister inom folkrätten. Beskrivande för folkrättens otillräcklighet är de dysfunktionella definitionerna för legosoldater, vilket bidragit till att öka på kritiken beträffande förekomsten och verksamheten av de privata militär- och säkerhetsföretagen. Att folkrättsliga instrument som är framtagna för att reglera det privata bruket av våld inte i dagsläget kan tillämpas berättar om de problem som folkrätten handskas med då de privata militär- och säkerhetsföretagens reglering diskuteras.

De privata militär- och säkerhetsföretagens bolagsform har präglat starkt utgångsläget för denna avhandling och även dess syfte och frågeställning. Fenomenet kring privatisering av offentliga uppgifter har skapat en situation där multinationella bolag kan idka verksamhet inom områden som tidigare ansetts tillhöra offentliga makten. Även om denna avhandling inte har gett en djuplodande analys av privatiseringen som fenomen, har privatiseringen av staters offentliga uppgifter ändå fungerat som bakgrundskraft för analysen och resonemanget under hela avhandlingens lopp. Den, i detta fall åsidosatta, weberianska tanken om statens monopol på bruket av våld berör flera olika vetenskapsområden och har givit upphov till långvarig debatt. Ett av de otaliga frågorna som skapats genom privatiseringen berör ansvaret. Vem bär ansvaret för den privata aktörens handlingar? Kan en stat undvika ansvar genom att privatisera sina offentliga uppgifter? Ur folkrättens perspektiv har situationen varit speciell på många sätt. Folkrättens traditionella synsätt där staterna står i centrum är starkt närvarande både inom statsansvarsrätten och humanitärätten. De privata militär- och säkerhetsföretagens frammarsch och staters ökade benägenhet att anlita dessa företag har rubbat det traditionella betraktelsesättet av bruk av våld. Förekomsten av privat bruk av våld och staters sedvana att hyra ut sina militära uppgifter till privata militär- och säkerhetsföretag har utmanat den folkrättsliga doktrinen om statsansvarsrätten och skapat en akademisk

debatt som pågått redan en längre tid. Av intresse har varit frågan berörande de existerande ansvarsmekanismernas tillräcklighet.

Statsansvarsrättens tillämpbarhet till situationer där staten utlokaliserar sina militära uppgifter till privata militär- och säkerhetsföretag är bara ett av de otaliga situationer där icke-statliga aktörers handlingar och förhållande gentemot staten utmanar den existerande doktrinen. Den i denna avhandling analyserade situationen är alltså en del av ett övergripande folkrättsligt dilemma, nämligen den gällande de icke-statliga aktörernas status inom folkrätten. Folkrättens möjligheter att anpassa sig till nya aktörers närvaro och till de doktrinella förändringar som närvaron skapar är av stor vikt och har fungerat som bas för denna avhandling. Staters sedvana att utlokalisera delar av sina militära uppgifter till de privata militär- och säkerhetsföretagen utmanar statsansvarsrättsdoktrinen och man bör fråga sig ifall nya tolkningar och en expansion av de redan existerande reglerna är tillräckliga, eller finns det ett behov av att skapa nya mekanismer och regler? Denna sorts resonemang är universell och kan även förknippas med andra fenomen som berör folkrätten.

Bolagsformen och dess inverkan har varit ständigt närvarande under hela avhandlingens lopp. Framför allt de multinationella korporationernas ställning och roll globalt har väckt mycket debatt inom folkrätten. Regleringen av företagen och folkrättens tillämpning vid situationer som är förknippade med närvaro av företag är inte enkel. Beskrivande för det rådande läget inom ramen för denna avhandling är de dysfunktionella legosoldatskonventionerna och företagens benägenhet att vara steget före industrins reglering.<sup>289</sup>

Tanken om att nya tolkningar och en expansion av redan existerande regler kan krävas för att kunna tillskriva ansvar till den anlitade staten, vid situationer där staten anlitat privata militär- och säkerhetsföretag har varit central för denna avhandling. Innovativa tolkningar av folkrättskommissionens artiklar och framhävandet av de handlingar och handlingarnas karaktär som företagen sköter kan krävas för att statsansvarsrätten kan tillämpas på ett adekvat sätt vid dessa situationer. Hoppes tanke om att de privata militär-

---

<sup>289</sup> Se kapitel 2.

och säkerhetsföretagen kunde i somliga fall klassas som en del av statens väpnade styrkor i enlighet med Genevèkonventionen samt Tonkins sätt att se på företagets enskilda operationer och inte på hela företaget vid frågor gällande effektiv kontroll fungerar som exempel på innovativa tolkningar av redan existerande regler och normer.<sup>290</sup> Samtidigt bör även behovet av att utveckla redan existerande normer ges utrymme. Detta kan exemplifieras med Lanovoys idé om delaktighetens betydelse inom doktrinen.<sup>291</sup> Kombinationen och tillämpningen av folkrättskommissionens artiklar och staters positiva skyldigheter skapar en god grund för att statsansvar skall kunna tillskrivas till staten då den utlokaliserat sina militära funktioner till de privata militär- och säkerhetsföretagen och företaget handlar i strid med folkrätten.

De tolkningar som presenterats och analyserats löser dock inte alla problem och kan inte anses vara tillräckliga. Företagens verksamhet och staternas förhållningssätt till företagen och deras handlingar har tyvärr visat tydliga tecken på bristande omdöme och tolerans för folkrättsstridigheter. Detta är i sin tur en del av ett större fenomen där statsansvarsrätten och tillämpningen av dess regler inte dominerar diskussionen. Privatiseringen av statliga uppgifter och dess samhällliga följder bör tas i beaktande då de privata militär- och säkerhetsföretagens handlingar och verksamhet analyseras. Privatisering av statliga uppgifter är en följd av politiska beslut och statens vilja att använda sig av tjänster som erbjuds av privata aktörer på den fria marknaden. Nyliberala tankesättets påverkan på samhället och därmed även synen på statens grunduppgifter påverkar även folkrätten och tillämpbarheten av dess regler och normer. Alla följder av privatiseringen kan så klart inte regleras av folkrätten och man bör förstå att de fenomen som skapas som en följd av privatiseringen kan kräva nya och alternativa tankesätt som på sitt eget sätt bidrar till ökad reglering. Denna ståndpunkt har exemplifierats genom att presentera Dickinsons idé om avtalet och dess potential som regleringsmekanism.<sup>292</sup> Marknadsmekanismerna spelar en stor roll då statliga uppgifter privatiseras och bör tas i beaktande. Detta betyder ändå inte att man kan förbise de folkrättsliga reglerna eller att marknaden, och i detta fall framför allt avtalet, kunde fungera som någon slags genväg till ökad reglering och kontroll av det privata bruket av våld. Snarare tydliggör analysen om avtalets roll behovet av en

---

<sup>290</sup> Se kapitel 3.2 och 3.4.1.

<sup>291</sup> Se kapitel 3.5.

<sup>292</sup> Se kapitel 5.

kombination av olika mekanismer som tillsammans bidrar till fungerande reglering. Tanken om en mångskiktad reglering genom en kombination av olika metoder känns i det rådande läget som det mest relevanta alternativet. Inget instrument eller ingen mekanism tycks i dagens läge ensamt kunna lösa de problem som förekommer.

Analysen gällande marknadens roll tydliggör även politikens roll i detta sammanhang, vilket bör uppmärksammas. Som redan nämnts, är privatiseringsbeslutet politiskt och fungerar som ett bevis på att staten har en vilja att utlokalisera delar av sina statliga uppgifter. Beslutet att utlokalisera delar av statens militära uppgifter berättar däremot inte om bakgrunderna till denna vilja. Diskussionen om vilka uppgifter som till sin natur är statliga konkretiserar problematiken som berör privatiseringen av statliga uppgifter. För att kunna fatta privatiseringsbeslut borde staten först klargöra vilka uppgifter den är redo att privatisera och vilka inte. Tyvärr är inte situationen i dagens läge sådan och detta har givetvis skapat problem. Vad staten vill uppnå genom privatiseringen kan i många fall förbli diffust. Politiska motiv kan givetvis ha andra dimensioner och handlar inte enbart om statsansvar eller kostnadseffektivitet. Kutymen att inte räkna de privata militär- och säkerhetsföretagens stupade personal med i samma statistik som försvarsmaktens stupade är i hög grad politisk och fungerar som ett exempel i detta sammanhang.

Frågan om statens kontroll har varit återkommande under avhandlingens lopp. Machiavellis tanke om att anlitanandet av legosoldater slutligen leder till tyranni har relevans även i dagens läge. Vissa stater har blivit beroende av de privata militär- och säkerhetsföretagens tjänster och detta påverkar även frågan om kontroll. En stat som är beroende av företagets tjänster kan knappast utöva full kontroll över företaget. Den privata militär- och säkerhetsindustrins vilja är av stor betydelse då regleringen av industrin och även frågor om ansvar diskuteras. Hur vill industrin bli reglerad och hurdana villkor kan skapas tillsammans med stater och internationella organisationer? Montreux-dokumentet återspeglar det rådande läget och ger en bild av de mål och visioner som stater och industrin tillsammans på initiativ av Rödakorskommittén kommit överens om. Dokumentets karaktär som soft-law är beskrivande för situationen. Mycket arbete återstår och en kombination av olika verktyg, med sina egna brister, tycks för tillfället vara sättet

Yrjö-Pekka Halme

hur de privata militär- och säkerhetsföretagens verksamhet regleras. Det rådande läget är alltså allt annat än idealt och kännetecknas av komplexitet.

## KÄLLOR

### MONOGRAFIER OCH ARTIKLAR

Aman, Alfred C, Private prisons and the democratic deficit, i Chesterman, Simon, och Fisher, Angelina, (red), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, s. 86-106, 2009.

Aman, Alfred C, Privatisation, Prisons, Democracy and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law, i De Feyter, Koen, och Gómez Isa, Felipe (red), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Antwerp - Oxford, Intersentia, s. 91-128, 2005.

Avant, Deborah, *The Market for Force: The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Ballard, Kyle M, The Privatization of Military Affairs: A Historical Look into the Evolution of the Private Military Industry, i Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, s. 37-54, 2007.

Ballesteros Moya, Vanessa, The Privatization of the Use of Force Meets the Law of State Responsibility, i *American University International Law Review*, Vol. 30, s. 795-838, 2015.

Bruce, Stanley E, *Outsourcing Security : Private Military Contractors and U.S. Foreign Policy*, Potomac Books, 2015.

Cassese, Antonio, The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia, i *European Journal of International Law*, Vol. 18, s. 649-668, 2007.

Chesterman, Simon (a), 'We Can't Spy ... If We Can't Buy!': The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions', EUI Working Papers AEL 2009/2, 2009.

Chesterman, Simon (b), Intelligence services, i Chesterman, Simon, och Fisher, Angelina, (red), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, s. 184-204, 2009.

Chesterman, Simon, och Fisher, Angelina, (red), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, 2009, Oxford, Oxford University Press

Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, 2007, Oxford, Oxford University Press

Cockayne, James, Make or buy? Principal-agent theory and the regulation of private military companies, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 196-216, 2007.

Crawford, James, *State Responsibility – The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Cusumano, Eugenio, Regulating Private Military and Security Companies: A Multifaceted and Multilayered Approach, EUI Working Papers AEL 2009/11, 2009.

De Feyter, Koen, och Gomez Isa, Felipe (red), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Antwerp - Oxford, Intersentia, 2005.

Dennis, Michael J, Non-application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict, i *Israel Law Review*, Vol. 40, s. 453-502, 2007.

De Schutter, Olivier, The responsibility of states, i Chesterman, Simon, och Fisher, Angelina, (red), *Private Security, Public Order: The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, s. 25-45, 2009.

Dickinson, Laura A, Outsourcing Covert Activities, i *Journal Of National Security Law & Policy*, Vol. 5, s. 521-537, 2012.

Dickinson, Laura A, Public Law Values in a Privatized World, i *Yale Journal Of International Law*, Vol. 31, s. 383-426, 2006.

Dickinson, Laura A, Contract as a tool for regulating private military companies, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 239-250, 2007.

Dickinson, Laura A, Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability under International Law, i *William & Mary Law Review*, Vol. 47, s. 135-237, 2005.

Doswald-Beck, Louise, Private military companies under international humanitarian law, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 115-138, 2007.

Drews, Inke-Ilse, Private Military Companies: The New Mercenaries? – An International Law Analysis, i Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, s. 331-344, 2007.



Dunigan, Molly, *Victory for Hire : Private Security Companies' Impact on Military Effectiveness*, Palo Alto, Stanford University Press, 2011.

Ettinger, Aaron, Neoliberalism and the rise of the private military industry, i *International Journal*, Vol. 66, s. 743-764, 2011.

Freeman, Jody, Extending Public Law Norms through Privatization, i *Harvard Law Review*, Vol. 116, s. 1285-1352, 2003.

Freeman, Jody, The Private Role in the Public Governance, i *New York University Law Review*, Vol. 75, s. 543-675, 2000.

Francioni, Francesco, Private Military Contractors and International Law: An Introduction, i *European Journal of International Law*, Vol 19, s. 961–964, 2008.

Gómez Isa, Felipe, Globalisation Privatisation and Human Rights, i De Feyter, Koen, och Gómez Isa, Felipe (red), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Antwerp - Oxford, Intersentia, s. 9-31, 2005.

Graham, Cosmo, Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services, i De Feyter, Koen, och Gómez Isa, Felipe (red), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Antwerp - Oxford, Intersentia, s. 33-56, 2005.

Gylling, Heta & Rauho, Marianna, Jean-Jacques Rousseau yhteisöllisyyden korostajana, i Tontti, Jarkko, Mäkelä Kaisa, Gylling, Heta, (red), *Filosofien oikeus I*, Helsingfors, Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 187-201, 2001.

Harel, Alon, Outsourcing violence?, i *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 5, s. 394-413, 2011

Hoppe, Carsten, Passing the Buck: State Responsibility for Private Military Companies, i *European Journal of International Law* 2008, Vol 19, s. 989-1014, 2008.

Hoppe, Carsten, Positive Human Rights Obligations of the Hiring State in Connection with the Provision of Coercive Services by a PMSC, EUI Working Papers AEL 2009/19, 2009.

Hurst, Stephanie M, Trade in Force, The Need for Effective Regulation of Private Military and Security Companies, i *Southern California Law Review*, Vol. 84, s. 447-486, 2011.

Huskey, Kristine A, Accountability for Private Military and Security Contractors in the International Legal Regime, i *Criminal Justice Ethics*, Vol. 31, s. 193-212, 2012.

Häyry, Matti, John Locke ja yksityinen omaisuus, i Tontti, Jarkko, Mäkelä Kaisa, Gylling, Heta, (red), *Filosofien oikeus I*, Helsingfors, Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. 123-131, 2001.

Isenberg, David, A government in search of cover: Private military companies in Iraq, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 82-94, 2007.

Jones, Owen, *The Establishment – And How They Get Away With It*, London, Allen Lane, 2014.

Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007.

Jäger, Thomas & Kümmel, Gerhard, PMSC:s: Lessons Learned and Where to Go from Here, i Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, s. 457-462, 2007.

Kinsey, Christopher, *Corporate Soldiers and International Security*, Oxford, Routledge, 2006.

Kramer, Daniel, Does History Repeat Itself? A Comparative Analysis of Private Military Entities, i Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, s. 23-36, 2007.

Lanovoy, Vladyslav, The Use of Force by Non-State Actors and the Limits of Attribution of Conduct, i *European Journal of International Law*, Vol. 28, s. 563-585, 2017.

Leander, Anna, Regulating the role of private military companies in shaping security and politics, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 49-64, 2007.

Lehnardt, Chia, Private military companies and state responsibility, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 139-157, 2007.

Liu, Hin-Yan, *Law's Impunity: Responsibility and the Modern Private Military Company*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

Metzger, Gillian E, Privatization as Delegation, i *Columbia Law Review*, Vol. 103, s. 1367-1502, 2003.

Milanovic, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Yrjö-Pekka Halme

Minow, Martha, Outsourcing Power: How Privatizing Military Efforts Challenges Accountability, Professionalism, Democracy, i *Boston College Law Review*, Vol. 46, s. 989-1026, 2005.

Mäenpää, Olli, *Grunderna för god förvaltning*, Helsingfors, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, 2011.

Mäenpää, Olli, *Hallinto-oikeus*, Helsingfors, WSOY Lakitieto, 2003.

Ortiz, Carlos (a), Overseas Trade In Early Modernity and the Emergence of Embryonic Private Military Companies, i Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, s. 11-22, 2007.

Ortiz, Carlos (b), The Private Military Company: An Entity at the Center of Overlapping Spheres of Commercial Activity and Responsibility, i Jäger, Thomas och Kümmel, Gerhard, (red), *Private military and security companies : chances, problems, pitfalls and prospects*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, s. 55-68, 2007.

Percy, Sarah, Regulating the private security industry: a story of regulating the last war, i *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, s. 941-960, 2012.

Percy, Sarah, Morality and regulation, i Chesterman, Simon, och Lehnardt, Chia, (red), *From Mercenaries to Market: the Rise and Regulation of Private Military Companies*, Oxford, Oxford University Press, s. 11-28, 2007.

Singer, Peter Warren, *Corporate warriors : the rise of the privatized military industry*, Updated Edition, Ithaca, Cornell University Press, 2008.

Singer, Peter Warren, War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law, i *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, s. 521-550, 2004.

Tahvanainen, Annika, *Statsansvar för allvarliga förbrytelser mot förpliktelser gentemot det internationella samfundet i sin helhet*, Åbo, Åbo Akademi Rättsvetenskapliga institutionen, 2002.

Tonkin, Hannah, *State control over private military and security companies in armed conflict*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2011.

Vierucci, Luisa, Private Military and Security Companies in Non-International Armed Conflicts: Ius ad Bellum and Ius in Bello Issues, EUI Working Papers AEL 2009/14, 2009.

White, Nigel D, Due Diligence Obligations of Conduct: Developing a Responsibility Regime for PMSCs, i *Criminal Justice Ethics*, Vol. 31, s. 233-261, 2012.

White, Nigel D, Institutional Responsibility for Private Military and Security Contractors, EUI Working Papers AEL 2009/26, 2009.

## **MELLANSTATLIGA FÖRDRAG**

1989 International Convention against Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, New York, 4.12.1989, i kraft 20.10.2001, 1 UNTS 37789.

1977 Tilläggsprotokoll I till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter, 8.6.1977, Genève, i kraft 7.12.1978, 1125 UNTS 3, FördrS 81-82/1980.

1966 Internationell konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, New York, 16.12.1966, i kraft 23.3.1976, 999 UNTS 171, FördrS 7-8/1976.

1950 Konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom, i kraft 3.9.1953, ETS No. 5, FördrS 18-19/1990.

1949 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9.12.1948, i kraft 12.1.1951, 78 UNTS 277.

1949 Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 angående förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält (GC I), Genève, 12.8.1949, i kraft 21.10.1950, 75 UNTS 31, FördrS 7-8/1955.

1949 Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 angående förbättrande av behandlingen av sårade, sjuka och skeppsbrutna tillhörande stridskrafterna till sjöss (GC II), Genève, 12.8.1949, i kraft 21.10.1950, 75 UNTS 31, FördrS 7-8/1955.

1949 Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 angående krigsfångars behandling (GC III), Genève, 12.8.1949, i kraft 21.10.1950, 75 UNTS 31, FördrS 7-8/1955.

1949 Genèvekonventionen den 12 augusti 1949 angående skydd för civilpersoner under krigstid (GC IV), Genève, 12.8.1949, i kraft 21.10.1950, 75 UNTS 31, FördrS 7-8/1955.

1945 Förenta Nationernas stadga, San Francisco, 26.6.1945, i kraft 24.10.1945, 1 UNTS xvi, FördrS 1/1956.

## **INTERNATIONELLA RÄTTSFALL**

2007 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, (Merits, 26 February 2007) ICJ Reports 2007.

2006 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, (Merits, 19 December 2005) ICJ Reports 2006.

Yrjö-Pekka Halme

2004 *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, European Court of Human Rights, Judgment of 8 July 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004–VII.

2004 *Issa and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 16 November 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004.

2002 The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, OAU doc. ACHPR/COMM/A044/1 of 27 May 2002.

2001 *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, European Court of Human Rights, Judgment of 12 December 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001–XII.

1999 *Prosecutor v. Tadic*, 15 July 1999, ICTY Appeals Chamber, Case no. IT-94-1-A, 15 July 1999

1988 *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Merits, Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 29 July 1988, Series C, No. 4.

1986 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits 27 June 1986), ICJ Reports 1986

1949 *The Corfu Channel case (United Kingdom v Albania)*, (Merits, 9 April, 1949), ICJ Reports 1949.

1871 *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871, tillgänglig på [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXIX/125-134.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf), besöktes 14.4.2019.

## **MATERIAL FRÅN INTERNATIONELLA ORGANISATIONER**

FN:s råd för mänskliga rättigheter, Report of the Commission on Human Rights in South Sudan, UN Doc. A/HRC/40/69, 12.3.2019.

FN:s råd för mänskliga rättigheter, Report of the Open-Ended Intergovernmental Working Group to Consider the Possibility of Elaborating an International Regulatory Framework on the Regulation, Monitoring and Oversight of the Activities of Private Military and Security Companies on Its Second Session, UN Doc. A/HRC/22/41, 24.12.2012

FN:s råd för mänskliga rättigheter, Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, UN Doc. A/HRC/17/31, 21.3.2011.

Yrjö-Pekka Halme

FN:s råd för mänskliga rättigheter, Report of the Working Group on the Use of Mercenaries As a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of People to Self-determination, UN Doc. A/HRC/7/7 9.1.2008..

Folkrättskommissionen, First report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur, UN Doc A/CN.4/490, april-augusti,1998

Generalförsamlingen, Rapport av Generalsekreteraren, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies, UN Doc. A/62/62, 1.2.2007

Generalförsamlingen, Rapport av Generalsekreteraren, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Comments and Information Received from Governments, UN Doc. A/62/63, 9.3.2007.

Generalförsamlingen, FN:s folkrättskommissions artikelutkast om statsansvar för folkrättsstridiga handlingar, 12.12.2001, UN Doc. A/RES/56/83.

Generalförsamlingen, Report of the Ad Hoc Committee on the Drafting of an International Convention Against the Recruitment, Use, Financing, and Training of Mercenaries, UN Doc. A/44/43, 3.3.1989.

Generalförsamlingen, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24.10.1970, UN Doc. A/RES/2625.

ICRC and the Government of Switzerland, The Montreal Document - On pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict, Montreux, 17.9 2008.

UN Human Rights Committee, General comment no. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26.5.2004

## ÖVRIGT MATERIAL

Commission on Wartime Contracting in Iraq and Afghanistan, *Transforming Wartime Contracting – Controlling Costs, Reducing Risks*, Final Report to Congress, 2011, tillgänglig på, [https://cybercemetery.unt.edu/archive/cwc/20110929213820/http://www.wartimecontracting.gov/docs/CWC\\_FinalReport-lowres.pdf](https://cybercemetery.unt.edu/archive/cwc/20110929213820/http://www.wartimecontracting.gov/docs/CWC_FinalReport-lowres.pdf), besöktes 25.1.2019.

Fay, George R, Investigation of 205th Military Intelligence Brigade's Activities in Abu Ghraib Detention Facility, 2004, tillgänglig på, <https://www.thetorturedatabase.org/document/fay-report-investigation-205th-military-intelligence-brigades-activities-abu-ghraib>, besöktes, 22.3.2019.

Yrjö-Pekka Halme

Harris, Shane, *AID Plans To Contract Out Oversight of Iraq Contracts*, GOVEXEC.COM, 20.5.2003, tillgänglig på, <https://www.govexec.com/defense/2003/05/aid-plans-to-contract-out-oversight-of-iraq-contracts/14139/>, besöktes, 25.3.2019

International Stability Operations Association, ISOA Code of Conduct, 20.10.2011, tillgänglig på, [https://cdn.ymaws.com/stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s\\_800\\_13\\_en\\_t\\_-\\_code\\_of\\_cond.pdf](https://cdn.ymaws.com/stability-operations.org/resource/resmgr/docs/s_800_13_en_t_-_code_of_cond.pdf), besöktes 15.4.2019.

Valvira, pressmeddelande, 25.1.20019, tillgänglig på, <https://www.valvira.fi/web/sv/-/verksamheten-vid-esperi-varnhem-ulrika-har-avbrutits>, besöktes 15.4.2019.