

Remissvar till Promemoria Utvidgade möjligheter att utreda förlisningen av passagerarfartyget Estonia

Stiftelsen önskar framföra följande synpunkter med anledning av förslaget till ändring av L.1995:732:

1. L.1995:732 är, oavsett ändringsförslaget, i konflikt med Havsrättskonventionen (Unclos). Konflikten har påtalats i tidigare sammanhang och är enligt Stiftelsen ett etablerat juridiskt faktum. Sverige, som i folkrättsligt hänseende är bundet av Havsrättskonventionens bestämmelser, kan inte i nationell lagstiftning införa stadganden i konflikt med konventionen. Konsekvensen blir, att L.1995:732 är en juridisk nullitet.
2. Oavsett ovanstående, och i ett läge där L.1995:732 ändå är i kraft som nationell lagstiftning, anser Stiftelsen att ändringsförslaget bör införas eftersom syftet med ändringsförslaget är att möjliggöra dykarundersökning av vraket för utredning av olycksorsaken. Stiftelsen har i otaliga sammanhang konsekvent hävdad att förlisningsförloppet inte trovärdigt utretts.
3. Stiftelsen har med artikelförfattarens tillstånd fått tillgång till professor Henrik Ringboms manuskript till artikeln "Dykningar vid m/s Estonias vrak". Artikeln kommer att publiceras i upplaga 1/2021 av Nordens äldsta rättsvetenskapliga publikation, tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, JFT. Jur.dr. Ringbom är professor i sjö rätt vid Åbo Universitet och forskningschef vid Åbo Akademi. Ringbom är en internationellt erkänd auktoritet i fråga om havsrätten.
4. Stiftelsen åberopar Ringboms artikel till stöd för sin uppfattning vad avser de folkrättsliga aspekterna i anslutning till L.1995:732.
5. Ringbom tar även i sin artikel ställning i frågan om vilka normer som skall gälla vid en ny undersökning av förlisningsförloppet, dvs. reglerna vid förlisningstidpunkten år 1994, eller idag gällande regelverk. Trots att denna fråga inte berörs av ändringsförslaget, anser Stiftelsen, att det på grund av frågans stora allmänna intresse är viktigt att frågeställningen ges tillbörlig uppmärksamhet.
6. Som framgår av artikeln överensstämmer inte heller L.1995:732 med det internationella avtalet som ingicks med Estland och Finland. Där framgår att de avtalsslutande parterna åtar sig att i enlighet med sina nationella förfaranden införa lagstiftning som syftar till att kriminalisera all verksamhet som stör offrens sista vilorum, särskilt dykning eller annan verksamhet i syfte att ta upp offren eller egendom från vraket eller havsbotten. Således att skydda vraket från plundring. I nuläget kan estniska medborgare, i motsats till svenska och finska medborgare, utföra undervattensaktiviteter för att undersöka vraket utan att straffas.

Med vänliga hälsningar

Lennart Berglund, ordförande
Stiftelsen Estoniaoffren och Anhöriga SEA
Norra Uppfartsvägen 9, 783 32 Säter
0225-504 26 070-645 37 42

Bilaga
-artikelutkast Henrik Ringbom

Bilaga

Dykningar vid m/s *Estonias* vrak

Henrik Ringbom

Utkast till artikel för publicering i JFT nr 1/2021

Manuskript inskickat den 27.1.2021

1 Inledning	1
2 Gravfriden	3
2.1 Havsrättsliga utgångsläget för Estoniavraket	3
2.2 1995-års avtal	7
2.3 Nationell lagstiftning	13
2.4 Sammanfattning	18
3 Olycksutredningar	19
3.1 Allmänt	19
3.2 Nya regler och gamla olyckor	21
3.3 Skyldigheter och koordinering	23
3.4 Sammanfattning	24
4 Konklusion	25

1 Inledning

Juridiken kring dykningar vid vraket till m/s *Estonia* är på tapeten igen, på flera olika sätt. Dels har den "gamla" frågan om privatpersoners rätt att dyka vid vraket och den nationella straffrättens tillämplighet på sådana dykningar nyligen fått ny aktualitet. De första rättsprocesserna om gravfridsbrott vid vraket inleddes i januari 2021 i Sverige som en följd av dykningar som gjordes i syfte att göra en dokumentärfilm om olyckan.¹ Dels har en helt ny fråga så småningom vuxit fram, som också är högaktuell för närvarande. Den frågan, som är temat för den här artikeln, gäller myndighetsledda dykningar och särskilt dykningar gjorda i avsikt att få mer information om orsakerna bakom olyckan. I synnerhet Estland har under de senaste åren visat ett ökande intresse för den typens undersökningar av vraket, medan Sverige och Finland har ställt sig mer avvaktande till frågan, bl.a. med hänvisning till juridiska argument knutna till gravfriden som råder på platsen. För närvarande utreder både Sverige och Finland om lagändringar behövs för att tillåta sådana dykningar. Den här artikeln analyserar frågan ur flera olika rättsliga perspektiv och konkluderar att Estland inte är juridiskt förhindrat att utföra sådana dykningar. De övriga staternas samtycke till dykningarna är önskvärt men inte juridiskt nödvändigt.

Kort efter att ro-ro passagerarfartyget m/s *Estonia* sjönk den 28 september 1994 under en resa från Tallinn till Stockholm, kom statsministrarna i Estland, Finland

Forskningsledare, Docent, Åbo Akademi; Professor i sjörätt, Åbo Universitet; Professor II, Nordiskt institut för sjörätt, Universitetet i Oslo. Ett särskilt tack riktas till pensionerade advokaten Henrik Gahmberg som gav idén till att författa artikeln och som på olika sätt varit behjälplig under skrivandets gång. Tack också till Dr. Alexander Lott som varit till stor hjälp med att finna fram i synnerhet estniskt material. Alla synpunkter som framförs är författarens egna.

¹ De första rättsprocesserna kring denna fråga inleddes i januari 2021 vid Göteborgs Tingsrätt mot Henrik Evertsson och Linus Andersson, de två svenska medborgare som var ombord på dykfartyget i området i september 2019.

2

och Sverige överens om att bilda en gemensam utredningskommission (JAIC) som undersökte olyckan. Ända sedan förlisningen har det spekulerats om orsakerna till att fartyget sjönk och olika brister med JAIC:s slutrapport har påtalats ända sedan dess publicering i december 1997.²

Både privata och offentliga dykningar på platsen har företagits. Antalet dykningar är inte känt, men som närmare beskrivs i avsnitt 2 nedan har både

nationell och internationell lagstiftning antagits för att säkerställa gravfriden på vrakplatsen.

Under de senaste åren har i synnerhet Estland också på myndighetshåll uttryckt en önskan om att företa vidare dykningar till vraket för att reda ut olycksorsaken. Frågan har diskuterats av både regeringar och domstolar och resulterade i att Estlands justitieminister i januari 2020, på uppdrag av regeringen, tillsatte en expertgrupp som skulle ta ställning om en behovet av en ny utredning av olyckan.³

Under hösten 2020 gavs spekulatioerna om orsakerna bakom olyckan ny fart i.o.m. en norsk-svensk Tv-dokumentär, 'Estonia - Fyndet som ändrar allt'. Här visades bl.a. ett tidigare odokumenterat hål på fartygets styrbordssida som eventuellt har haft en avgörande betydelse för sjunkningsförloppet. Efter Tvserien följde en intensifierad debatt och nya krav på fortsatta undersökningar av vraket för att få reda på mer om orsakerna bakom förlisningen.

Den 2 oktober 2020 beslöt Estlands olycksutredningsmyndighet, som representant för fartygets flaggstat, att inleda en preliminär bedömning av det nya materialet och bjöd in sina svenska och finska motsvarigheter (Statens haverikommission och Olycksutredningscentralen) att bistå i arbetet, vilket de accepterade. Under arbetets gång under hösten 2020 har diskussioner mellan främst Estlands och Sveriges regeringar ägt rum angående vad som bör utredas och i vilken form. Den svenska responsen har i huvudsak förhållit sig avvaktande till aktiviteter som innebär undersökningar på bl.a. hänvisande till juridiska orsaker och särskilt behovet att respektera gravfriden på området.⁴

Läget ändrades i viss mån nyligen i.o.m. att de tre utredningsmyndigheterna den 18 december 2020, gemensamt fastslog att vidare undersökningar av fartygets skrov och huvuddäck är nödvändiga för att kunna slutföra den preliminära

² För ett sammandrag, se www.estoniasamlingen.se/content.aspx?idx=6&sub=1&ex=n

³ Detta föregicks bl.a. av en rapport från år 2006 av en expertkommission ledd av dåvarande statsåklagare Margus Kurm, som konkluderade att nya undersökningar av vraket var nödvändiga för att få klarhet i olycksförloppet. I en dom från oktober 2019 ansåg förvaltningsdomstolen i Tallinn att Estlands justitieministerium inte hade reagerat tillbörligt på en förfrågan om en ny utredning som gjorts av anhöriga tre år tidigare och beordrade regeringen att ge ett sakligt svar. Se A. Lott, 2020 'The MS Estonia Shipwreck Revisited: A Case for the Establishment of a Contiguous Archaeological Zone around the Mass Grave', opublicerat manuskript för artikel i *Nordic Journal of International Law*, 2021.

⁴ Se t.ex. brevväxlingen mellan utrikesminister Urmas Reinsalu och inrikesminister Mikael Damberg som publicerats på www.aftonbladet.se/nyheter/a/aPwaBE/estland-pressarregeringen-om-estonia-gor-nya-dykningar-snabbt.

3

bedömningen.⁵ Man konstaterade samtidigt att "utredningsmyndigheterna är medvetna om att det nuvarande rättsläget förhindrar undervattensundersökningar i närheten av vraket och har med anledning av flaggstaten Estlands beslut informerat sina respektive regeringar om situationen. Ändringar av lagstiftningen eller av tolkningen av den ska göras i enlighet med internationell rätt." ⁶ Den svenska haverikommissionen gjorde samtidigt en framställan till regeringen om att ändra Sveriges lagstiftning för att tillåta specifika (uppräknade) utredningsåtgärder på plats samt att säkerställa att åtgärderna inte är straffbara i andra stater.⁷ Som en omedelbar respons svarade regeringen att man kommer att se över hur lagen behöver anpassas för att möjliggöra de sådana undersökningar, men att man inte har planer på att upphäva gravfriden.⁸

I den här artikeln diskuteras de rättsliga aspekterna av dykningar vid vraket av m/s *Estonia*, särskilt frågan hur myndigheter i Estland, Finland och Sverige enligt gällande rätt kan företa dykningar vid vraket avsedda att få mer information om förloppet. Avsnitt 2 utreder i vilken mån dagens internationella och nationella regelverk som strävar till att skydda gravfriden förhindrar myndigheters undervattensverksamhet på platsen, medan avsnitt 3 behandlar regelverket kring olycksutredningar som i huvudsak tillkommit efter m/s *Estonias* förlopp och dess betydelse för ansvaret för fortsatta utredningar.

2 Gravfriden

2.1 Havsrättsliga utgångsläget för Estoniavraket

Staters jurisdiktion att företa olika aktiviteter till havs regleras av 1982 års FN:s havsrättskonvention (UNCLOS) som betraktas som en 'havens grundlag' och är omfattande ratificerad av 167 stater, inklusive alla östersjöstater, samt av den Europeiska Unionen. UNCLOS trädde ikraft den 16.11.1994, och de regler i den som är relevanta här betraktas allmänt också som ett uttryck för internationell sedvanerätt.

UNCLOS delar in havet enligt havsområden, skilt för havsbotten och vattenkolumnen, och reglerar staters rätt och skyldighet att företa olika aktiviteter i dessa områden, skilt för var sin zon, och skilt gällande lagstiftnings- och verkställighetsjurisdiktion. Huvudprincipen är att havszoner följer

landområdets geografi och att kuststaternas jurisdiktion ökar ju närmare deras
⁵ Gemensamt uttalandet av de tre utredningsmyndigheterna av den 18.12.2020. Tillgängligt, t.ex., på www.havkom.se/assets/reports/S-200_20-SHK-Pressmeddelande-18-december-2020.pdf
⁶ *Ibid.*

⁷ Statens haverikommission, Framställan till regeringen, 18.12.2020, Diariennr. A-154/20. Det är oklart om den finska olycksutredningscentralen gjort motsvarande begäran i Finland. Det enda beskedet om saken på centralens hemsida lyder: "Skulle undervattensundersökningar bedömas vara nödvändiga för att kunna slutföra den preliminära bedömningen kommer en begäran om detta att göras av flaggstaten", vilket alltså är en annan text i det gemensamma uttalandet än det som publicerats i Sverige (not 5 ovan). <https://turvallisuustutkinta.fi/sv/>

⁸ <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2020/12/statens-haverikommission-begarnodvandiga-andringar-av-gravfridslagen-gallande-ms-estonia/>

4

landområdet ifrågavarande havszon befinner sig. Varken vrak eller dykningar regleras uttryckligen i UNCLOS.⁹

Havsområdet där m/s *Estonia* sjönk klassades på den tiden som finsk fiskezon, där Finland hade särskilda fiskerättigheter, men området i övrigt var att betrakta som fritt hav.¹⁰ Området har sedermera kommit att omfattas av den finska ekonomiska zonen som inrättades år 2005.¹¹ Ändringen innebar bl.a. att Finlands jurisdiktion i området utökades till att omfatta ett antal specifikt uppräknade aktiviteter, som innefattar bl.a. uppförande och användande av "anläggningar och konstruktioner", skydd och bevarande av den marina miljön samt marinvetenskaplig forskning.¹² Kuststaten ges vidare suveräna rättigheter över levande och icke levande naturtillgångar på området.¹³ Dessa nya rättigheter inskränker dock inte fartygs rätt att navigera på området och möjliggör därför inte en begränsning av utländska fartygs rätt att färdas, vistas eller syssla med undervattensverksamhet på området.

Bortsett från rättigheterna som är specifikt uppräknade i UNCLOS är den ekonomiska zonen m.a.o. att betrakta som fritt hav, där frihet till sjöfart samt andra friheter råder.¹⁴ Dykning är inte specifikt uppräknat bland havens friheter i artikel 87(1), men listan är inte uttömmande. Utgångspunkten är att "det fria

havet är öppet för alla stater" och att dess frihet "utövas i enlighet med de villkor som fastställs i denna konvention och övriga folkrättsliga regler. Den omfattar ... *bland annat..* frihet till sjöfart..." (min kursivering) och är således inte begränsad till särskilt uppräknade aktiviteter. Bland de "övriga folkrättsliga regler" som begränsar havens frihet vad gäller dykningar på Estoniavraket märks i synnerhet 1995-års avtal som diskuteras närmare i avsnitt 2.2 nedan.¹⁵ Utöver detta är den enda generella begränsningen av havens frihet att den ska utövas "med vederbörlig hänsyn" till andra staters intressen och deras motsvarande rättigheter.¹⁶ Motsvarande hänsyn för stater som åtnjuter sina rättigheter på den ekonomiska zonen skall tas till kuststatens (Finlands) rättigheter och skyldigheter, i detta fall med tillägget att de också skall "iaktta de lagar och andra

⁹ N. Gaskell & C. Forrest, *The Law of Wreck*, Informa Law from Routledge, Oxon, 2019, s. 306.

¹⁰ L 839/1974 om Finlands fiskezon, ersattes sedermera av L 1058/2004 om Finlands ekonomiska zon.

¹¹ L 1058/2004 om Finlands ekonomiska zon, not 10 ovan.

¹² UNCLOS artikel 56(1)b). Se också L om Finlands ekonomiska zon, not 10 ovan, särskilt 2, 7 §§ och 4 kapitlet.

¹³ UNCLOS artikel 56(1)(a). Se också L om Finlands ekonomiska zon, not 10 ovan, 6 §.

¹⁴ Artikel 58(2) lyder: "Artiklarna 88-115 och andra folkrättsliga regler äger tillämpning på den ekonomiska zonen, i den mån de inte är oförenliga med denna del.

¹⁵ Under 2000-talet har två multilaterala konventioner antagits som strävar till att fylla det regelvakuum som ofta råder kring vrak på internationellt vatten. Ingen av dessa är emellertid tillämplig på m/s *Estonias* vrak. 2001-års UNESCO-konvention om skydd för kulturarvet under vatten omfattar endast vrak som är äldre än 100 år (art. 1(1)) och är inte ratificerad av något av de tre länderna. Nairobi-konventionen om borttagning av vrak, som antogs av IMO år 2007, reglerar i huvudsak redarens och staternas ansvar för att föra bort och/eller sanera vrak och ersätta kostnaderna för det. Den är ikraft och ratificerad av samtliga tre stater, men omfattar bara incidenter som inträffar efter regelverkets ikraftträdande. Se t.ex. H. Ringbom, 'Wrecks in International Law', och andra artiklar i H. Rak & P. Wetterstein (red.) *Shipwrecks in International and National Law - Focus on Wreck Removal and Pollution Prevention*, Åbo Akademi, Åbo, 2008.

¹⁶ UNCLOS artikel 87(2)

5

författningar som antagits av kuststaten i enlighet med bestämmelserna i denna konvention samt andra folkrättsliga regler, i den mån dessa inte är oförenliga med denna del."¹⁷

Gällande jurisdiktionen över fartyg är den havsrättsliga utgångspunkten att flaggstaten har jurisdiktion över sina fartyg på samtliga havsområden, och att denna jurisdiktion är exklusiv på det fria havet, såvida inte uttryckliga undantag stadgas i UNCLOS eller andra internationella fördrag.¹⁸ Det är oklart hur långt flaggstatsjurisdiktionen sträcker sig i tid gällande förlista fartyg. Frågan har vanligen uppkommit i samband med fartyg som åtnjuter statsimmunitet, och det råder ingen enighet om bland staterna. I många fall anses flaggstatsjurisdiktionen och immuniteten vara för evigt.¹⁹ För handelsfartygsvrak²⁰ som m/s *Estonia* är jurisdiktionsläget ännu otydligare. Frågan har varit föremål för relativt lite juridisk forskning, trots att ny teknik möjliggör lokalisering av vrak i betydligt högre grad än tidigare, vilket har lett till att antalet vrak med oklar status i detta avseende har ökat.²¹ Faktorer som inverkar på bedömningen är förutom vrakets ålder också flaggstatens intressen i och agerande i förhållande till vraket samt relationen till kuststatens intressen.²² I fallet *Estonia*, finns det knappast några skäl att anta att Estlands status som flaggstat har urholkats under åren som gått sedan förlisningen. Däremot har exklusiviteten i jurisdiktionen inte kunnat hävdats för vrakets del, inte minst på grund av att vraket, som diskuteras nedanför, ligger på finsk kontinentalsockel.

Gällande privaträtten och de äganderättens varaktighet i förhållande till sjunkna fartyg och last är den juridiska situationen motsvarande oklar och beroende av omständigheterna i enskilda fall,²³ men i fallet *Estonia* har privaträttsliga krav inte varit aktuella och rederiet har uttryckligen av sagt sig alla krav i förhållande till vraket.²⁴

¹⁷ UNCLOS artikel 58(3)

¹⁸ UNCLOS artikel 92(1)

¹⁹ Gaskell & Craig, not 9 ovan, ss. 290-294, S. Dromgoole, 'The Legal Regime of Wrecks of Warships and other State-Owned Ships in International Law: The 2015 Resolution of the Institut de Droit International', 25 *Italian Yearbook of International Law*, ss. 181-200.

²⁰ Statsimmunitetsartiklarna i UNCLOS, särskilt artiklarna 32 (territorialhavet) och 96 (fria havet), hänvisar till "statsfartyg, som nyttjas i icke-kommersiellt syfte" respektive "fartyg, som ägs eller drivs av en stat och endast nyttjas i icke-kommersiell statlig tjänst" och omfattar således inte m/s *Estonia*.

²¹ S. Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage and International Law*, Cambridge University Press, 2013, s. 19.

²² Se t.ex. Dromgoole, not 21 ovan, ss. 258-259.

²³ Dromgoole, not 21 ovan, ss. 102-111. I ett nordiskt och finskt perspektiv, se särskilt P. Wetterstein, 'Vrak och gamla skatter', *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, häfte 5/2000.

²⁴ Svenska regeringens proposition 1994/95: 190, s. 7: "Bolaget har den 20 januari 1995 tillskrivit de estniska och svenska regeringarna med anledning av de berörda regeringarnas planer på att tillse att vraket blir en skyddad gravplats. Därvid har bolaget förklarat att det står regeringarna fritt att, i den mån de så önskar eller anser nödvändigt, överta eller utöva de rättigheter i förhållande till vraket som bolaget har som ägare. Bolaget har vidare förklarat att det godtar en övertäckning av vraket för att hindra plundring."

6

Havsbottnen, där m/s *Estonias* vrak ligger är - nu liksom år 1994 - finsk kontinentalsockel. ²⁵ På denna har Finland har suveräna rättigheter över havsbottnens naturtillgångar, vilket inte utsträcker sig till vrak.²⁶ Däremot har Finland enligt UNCLOS artikel 80 exklusiv rätt att uppföra och reglera anläggningar och konstruktioner. Denna exklusiva rätt innefattar inte bara konstruktionerna för särskilt angivna ekonomiska ändamål, ²⁷ utan också "anläggningar och konstruktioner som kan hindra kuststatens utövande av rättigheter i zonen."²⁸ Eftersom en konstruktion som täcker in vraket mycket väl kunde tänkas hindra Finland att ekonomiskt utnyttja resurserna i havsbottnen eller den ekonomiska zonen, följer att Finland i utgångspunkt har exklusiv rätt att bestämma om sådana konstruktioner.²⁹

I tillägg till detta reglerar UNCLOS artikel 33 en s.k. 'angränsande zon'. Denna kan uppgå till max 24 nautiska mil från baslinjen och här kan kuststaten utöva "nödvändig kontroll" inom ramen för tullar, skatter, invandring eller hälsovård. Zonen är allmänt taget av ganska begränsad betydelse idag, men bör nämnas här eftersom den hänvisas till i artikel 303(2) som ger kuststaten viss jurisdiktion att skydda föremål av arkeologiskt och historiskt intresse på havsbottnen inom denna zon. Det angivna maxavståndet skulle räcka för att täcka området där Estoniavraket ligger, men Finland har i dagens läge ingen sådan zon, bara ett tullområde som sträcker sig 2 nautiska mil utanför territorialhavet och därmed inte når ut till vraket.³⁰ Det har föreslagits att Estoniavraket i framtiden kunde skyddas med hjälp av att Finland använder sig av denna jurisdiktion i kombination med senare tiders statspraxis gällande historiska undervattensobjekt, bl.a. i Estland.³¹

Sammanfattningsvis är det havsrättsliga utgångsläget att dykningar på området omfattas av havens frihet och därmed kan företas fritt. Begränsningarna utgörs

av plikten att ta "vederbörlig hänsyn" till andra staters intressen och rättigheter (art. 87(2)). Estland har en särskild status i egenskap av fartygets flaggstat, medan Finland är kuststat i förhållande kontinentalsockeln och - numera - den ekonomiska zonen, ersattes sedermera av L 1058/2004 om Finlands ekonomiska zon, not 10 ovan.

²⁶ Se t.ex. S. Dromgoole, not 21 ovan, s. 260 och *id.*, 'The International Agreement for the Protection of the Titanic: Problems and Prospects', 37(1) *Ocean Development & International Law*, 2006, s. 17.

²⁷ Art 56(1) nämner bland annat utvinning av naturtillgångar, energiutvinning och annan ekonomisk exploatering, men också "andra rättigheter och skyldigheter enligt denna konvention." Det är m.a.o. inte helt klart om Finland enligt regelverket har en exklusiv rätt att uppföra en sådan anläggning eller konstruktion kring Estoniavraket, t.ex. för att bevaka vraket elektroniskt. Denna möjlighet kunde i så fall också innefatta tillhörande jurisdiktion att inrätta generella säkerhetszoner runt anläggningen enligt artikel 60(4)-(7).

²⁸ Art. 60(1)(c). Se också L 1058/2004 om Finlands ekonomiska zon, not 10 ovan, 7 § 1 mom., enligt vilken statsrådets samtycke krävs för "övriga anläggningar och konstruktioner som kan störa utövandet av de rättigheter som Finland enligt folkrätten har i den ekonomiska zonen".

²⁹ Så också H. Tiberg, 'Why Cover the Wreck of a Sunken Ship', 39 *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, 2000, s. 487.

³⁰ Tullagen 304/2016, 2 § 5 mom.

³¹ Lott, not 3 ovan. UNCLOS definierar inte närmare begreppet "arkeologiskt eller historiskt intresse", men det anses allmänt att UNESCO-konventionen som nämndes i not 15 ovan utgör en vidareutveckling av UNCLOS artikel 303. Den konventionen inför om en åldersgräns på minst 100 år.

7

ekonomiska zonen, och har därmed en särställning i.o.m. den jurisdiktion och de exklusiva rättigheter som gäller på dessa områden. UNCLOS ger mycket diffus vägledning om hur dessa intressen ska balanseras mot varandra i händelse av konflikt.³² De svenska intressena, som i huvudsak består i att den största delen av de omkomna var svenska medborgare, att färjan var i reguljär trafik till Sverige samt av ett svenskt delägarskap i rederiet, ger däremot i sig inte upphov till havsrättslig jurisdiktion över vraket.³³

2.2 1995-års avtal

Det allmänna havsrättsliga rättsläget som beskrivits ovan regimen betraktades som otillfredsställande för att säkra gravfriden för de omkomna och för att hindra plundring av vraket. Ett avtal som var avsett att trygga dessa intressen, och samtidigt justera den rättsliga balansen gällande vraket för de tre mest inblandade staterna utarbetades under det första halvåret efter förlisningen. Överenskommelse mellan Konungariket Sverige, Republiken Estland och Republiken Finland om m/s Estonia (nedan: '1995-års avtal') undertecknades av Estland, Finland och Sverige i Tallinn den 23 februari 1995.³⁴

För att utsträcka tillämpligheten av avtalet till andra stater än de tre avtalsparterna uppgjordes den 23 april 1996 ett protokoll som tillåter andra länder att ansluta sig till 1995-års avtal.³⁵ Protokollet har ratificerats av de övriga Östersjöländerna utom Tyskland, samt av Storbritannien.

1995-års avtalet är unikt i ett internationellt perspektiv. Det var veterligen det första multilaterala avtalet ägnat att beskydda ett enskilt vrak.³⁶ Senare har ett avtal ingåtts för skyddet av vraket av RMS *Titanic*, men det är i första hand ett avtal ämnat att säkra vrakets kulturhistoriska status och att hindra plundringar av vrakgods med hjälp av särskilda villkor för dyktillstånd.³⁷

³² UNCLOS artikel 59 ger en mycket vag vägledning om hur intressekonflikter mellan stater på den ekonomiska zonen bör lösas i frågor gällande 'icke-attribuerad' jurisdiktion, dvs frågor som inte uttryckligen regleras i UNCLOS: "I de fall då kuststaten eller andra stater inte genom denna

konvention tilldelas rättigheter eller jurisdiktion i den ekonomiska zonen och tvist uppstår mellan kuststatens och en annan stats eller andra staters intressen, skall tvisten lösas på grundval av skälighet och i ljuset av alla relevanta omständigheter med hänsyn tagen till den betydelse som berörda intressen har såväl för respektive parter som för hela det internationella samfundet."

³³ Se också ett tidigt fall i Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter om den svenska Estonianhanteringen, som avvisades som ogrundat: "As the Government pointed out in its brief ..., Sweden had no original jurisdiction over the area where the Estonia had sunk and has later assumed such jurisdiction in conjunction with Finland only for purposes of the three country Agreement". Application no. 31653/96 *Bendréus v. Sweden*, 29 Sept. 1997.

³⁴ SÖ 1995:36 samt finska FördrS 49/1995. Avtalet trädde ikraft 26 augusti 1995.

³⁵ SÖ 1997:52

³⁶ Se också Gaskell & Forrest, not 9 ovan, ss. 284-285, 345-346, som också diskuterar några bilaterala avtal om sjunkna krigsfartyg.

³⁷ 2003 Agreement Concerning the Shipwrecked RMS Titanic. Avtalet ratificerades år 2019 av USA och Storbritannien och trädde därmed ikraft. Enligt avtalets preambel har det tre syften: "to prevent the disturbance of human remains; to protect the integrity of the wreck and its artifacts for "the benefit of present and future generations," and to ensure that any artifacts recovered after entry into force of the Agreement are kept together as "project collections" in a manner

8

Avtalet är kort och dess artiklar kan citeras i sin helhet.

Artikel 1

Vraket efter m/s ESTONIA och kringliggande område såsom det definieras i artikel 2 skall betraktas som ett sista vilorum för olycksoffren och skall som sådant visas tillbörlig respekt.

Artikel 2

Det område som utgör offrens sista vilorum skall vid tillämpning av överenskommelsen begränsas av de räta linjer från punkt nr. 1 genom punkterna nr, 2, 3 4 och tillbaka till punkt nr. 1:

Punkt nr. 1 (Övre vänstra) 59° 23,500" N och 21° 40,000" E

Punkt nr. 2 (Övre högra) 59° 23,500" N och 21° 42,000" E

Punkt nr. 3 (Övre vänstra) 59° 22,500" N och 21° 40,000" E

Punkt nr. 4 (Övre högra) 59° 22,500" N och 21° 42,000" E

Samtliga positioner angivna med geografiska koordinater i World Geodetic System 1984 (WGS 84).

Artikel 3

De avtalsslutande parterna överenskommer härmed att m/s ESTONIA inte skall lyftas.

Artikel 4

1. De avtalsslutande parterna åtar sig att i enlighet med sina nationella förfaranden införa lagstiftning som syftar till att kriminalisera all verksamhet som stör offrens sista vilorum, särskilt dykning eller annan verksamhet i syfte att ta upp offren eller egendom från vraket eller havsbotten.

2. De avtalsslutande parterna åtar sig att göra det möjligt att bestraffa brott i enlighet med punkt 1 i denna artikel med fängelse.

3. Utan hinder av ovannämnda bestämmelser får en avtalsslutande part vidta åtgärder för att täcka över vraket eller för att förhindra förorening av den marina miljön från vraket.

Artikel 5

Varje avtalsslutande part åtar sig att informera en annan avtalsslutande part om förestående eller pågående verksamhet som har kriminaliserats i enlighet med artikel 4 och i vilken ett fartyg som för denna avtalsslutande parts flagg är inblandat.

Artikel 6

Denna överenskommelse träder ikraft trettio dagar efter den dag då de avtalsslutande parterna skriftligen har underrättat de andra avtalsslutande parterna om att de nödvändiga konstitutionella förfarandena för dess ikraftträdande har fullgjorts.

Den mest relevanta artikeln för frågan om dykrättigheter är artikel 4.1 som ålägger parterna att kriminalisera "all verksamhet som stör offrens sista vilorum, särskilt dykning eller annan verksamhet i syfte att ta upp offren eller egendom

från vraket eller havsbotten". Stadgandet innebär m.a.o. inte ett absolut dykförbud i området. Dykning eller annan verksamhet som *inte* bedöms störa offrens sista vilorum är inte kriminaliserat och det finns inga närmare definitioner av vad som faller in under dessa begrepp. Hänvisningen till "that can provide for public access and the curation of such project collections in perpetuity." Se S. Dromgoole, not 26 ovan, s. 1.

9

verksamhet i syfte att lyfta offren eller egendom från vraket tyder på att avtalet i första hand är avsett att hindra privatpersoner från dykningar på området, och i synnerhet att kriminalisera plundringar av vraket. Språkligt sätt torde det vara uppenbart att formuleringen "dykning *eller annan verksamhet*" innebär att avgränsningen till upptagande av offren eller egendom gäller *både* dykning *och* annan verksamhet, d.v.s. att dykning för andra syften därmed inte inkluderas i denna precisering.³⁸

Förbudet i artikel 4.1 gäller m.a.o. all verksamhet som stör offrens sista vilorum, medan kriteriet enligt artikel 1 är att "tillbörlig respekt" visas offrens sista vilorum. Dessa är oklara begrepp som är öppna för olika tolkningar. Den huvudsakliga vägledningen är preciseringen "särskilt dykning ... i syfte att ta upp offren eller egendom", som å ena sidan tyder på att alla former av dykningar inte nödvändigtvis är störande, men å andra sidan att åtminstone dykningar som görs i det syftet bör förbjudas. I vilken mån en viss typ av dykning anses vara störande eller respektlös, och därmed bör förbjudas enligt avtalet, måste därmed bedömas av staterna som implementerar avtalet, antingen generellt i lagstiftningen eller från fall till fall.

Samma resonemang gäller i utgångspunkt också myndighetsledda dykningar. Huruvida sådana anses störa gravfriden eller i övrigt vara i strid med avtalets ändamål och syfte, måste också bedömas från fall till fall snarare än generellt. För dessa gäller vissa ytterligare vägledningar kopplade till syftet med dykningarna. Å ena sidan följer det av artikel 3 att myndighetsdykningar som syftar till att lyfta vraket (eller förberedelser för det) knappast är enlighet med avtalet. Å andra sidan visar undantagen listade i artikel 4.3 att gravfriden kan åsidosättas, utan att kränka den tillbörliga respekt som hänvisas till i artikel 1, vid betydande samhällsintresse, förutsatt att aktiviteterna utförs av - eller på uppdrag av - myndigheterna i någon av de tre staterna.³⁹ Vidare undersökningar av vraket i syfte att få mer klarhet om olycksorsakerna avhandlas inte i avtalet. Rent textmässigt är undantagen i artikel 4.3 formulerade i uttömmande ordalag, men i.o.m. att huvudregeln i artikel 4.1 inte inför ett absolut dykförbud är detta inte avgörande.

Sammantaget klargör avtalstexten således å ena sidan att det inte införs ett totalt dykförbud på området och å andra sidan att myndighetsledda dykningar uttryckligen kan utgöra lagliga undantag från förbudet att störa gravfriden.⁴⁰ Dykningarnas effekt måste bedömas enligt hur störande eller respektlösa de bedöms vara - men också balanseras mot syftet med dykningarna. Dykningar som utförs av myndigheter med liten påverkan på vraket och som utförs i syfte

³⁸ Dykning kan göras för många andra syften än att ta upp offren eller egendom. En tydlig separering av aktiviteterna hade krävt en annan formulering, t.ex., "särskilt dykning *och* verksamhet i syfte att ta upp offren eller egendom".

³⁹ Se också vid not 62 nedan för ett exempel på där Sveriges regering har accepterat en motsvarande analog tolkning av avtalets artikel 4.3 för att tillåta myndighetsledda dykningar för andra ändamål.

⁴⁰ Betonandet av avtalstexten och dess ändamål och syfte här följer av Artikel 31(1) i

Wienkonventionen om traktaträtt, enligt vilken huvudregeln vid traktattolkning är att en traktat "skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte."

10

att bevaka ett bredare samhällsintresse ligger särskilt väl an att godtas i en sådan bedömning. Därifrån är steget kort att konkludera att myndighetsledda dykningar som utförs i syfte att få fram mer information om olycksorsakerna inte är förbjudna enligt avtalet. Dykningar för detta ändamål, som för närvarande handlar om att dokumentera skrovet och havsbotten och eventuellt bärgning av mindre delar för analys,⁴¹ kan knappast anses vara mer störande för gravfriden än åtgärder för att förhindra förorening eller täcka över vraket. Vad gäller graden av allmänintresse är utredandet av olycksorsaken knappast heller mindre relevant än föroreningar förorsakade av vrakets bunkerolja. Tvärtom verkar rådande osäkerhet kring orsakerna bakom förlisningen ha skapat ett betydande samhällligt intresse för att bringa möjligast stor klarhet i olycksorsaken. Slutligen innebär myndighetsledda dykningar som avser att undersöka händelseförloppet för en olycka att en helt ny kategori rättsregler träder in i bilden, dvs regelverket för olycksutredningar som diskuteras i avsnitt 3 nedan.

Å andra sidan är det också klart att 1995-års avtalet inte *förbjuder* en mer vittgående tillämpning av bestämmelserna på nationell nivå. Om en stat anser att *all* dykverksamhet skall betraktas som störande, inklusive dykningar för att få fram mer information om olycksorsakerna, finns det inget i artikel 4 som hindrar staten att tillämpa en sådan regel nationellt. Inte heller havsrätten eller den allmänna folkrätten hindrar stater från att neka deras medborgare, eller andra personer över vilka de har jurisdiktion, rättigheter som de annars hade åtnjutit enligt folkrätten.⁴² Dessa nationella regler gäller då för den egna nationens medborgare eller fartyg, och för övriga i den mån de kan tillämpas internationellt enligt nationell och internationell rätt.⁴³

Att det finns olika tolkningar av avtalet leder till frågan om huruvida åtgärder kring vraket förutsätter enhällighet mellan avtalsparterna, eller om det står parterna fritt att verkställa sin egen tolkning. Frågan är särskilt relevant i.o.m. att parterna i dagens läge verkar ha olika uppfattningar om möjligheten att utföra myndighetsledda dykningar på området.

1995-års avtal reglerar inte frågan om beslutsfattande överhuvudtaget. Avtalet förpliktar staterna att kriminalisera vissa verksamheter, men reglerar inte hur man hanterar verksamheter som fortfarande bedöms vara tillåtna. Inte ens för de verksamheter som uttryckligen tillåts i avtalets artikel 4.3, klargör texten beslutsgången. Även om det ideellt sett är önskvärt med en samsyn bland avtalsparterna, tyder avsaknaden av särskilda för konsensusbeslut på parterna står fria att individuellt vidta åtgärder i den mån de tillåts enligt de underliggande allmänna havsrättsliga reglerna och enligt 1995-års avtal. I

⁴¹ Haverikommissionens framställan, not 7 ovan.

⁴² Detta gäller dock självfallet inte om stater därmed bryter mot andra folkrättsliga skyldigheter att garantera individers rättigheter, t.ex. gällande mänskliga rättigheter.

⁴³ Se avsnitt 2.3 nedanför. Det framgår inte klart av avtalet om kriminaliseringen endast gäller brott som gjorts av det landets egna medborgare, eller fartyg, eller om det omfattar alla tre staters medborgare eller mer generellt oavsett nationalitet. Skyldigheten i artikel 5 om att informera inblandade flaggstater, antyder dock att man i första hand sett det som flaggstatens roll att ingripa i eventuella olagligheter. Se också svenska regeringspropositionen 1994/95:190, ss 9-10. Detta stöds också av 1996-års protokoll till avtalet som omnämns vid not 35 ovan.

avsaknad av uttryckliga stadganden följer knappast att 1995-års avtal har gett övriga stater ett veto över de andra staternas aktiviteter på skyddsområdet som, trots allt, fortfarande är internationellt vatten.

Också motsatsen har emellertid hävdats, dvs att avtalet förbjuder dykningar, inklusive myndighetsledda dykningar, om inte alla tre stater är överens om att utföra sådana.⁴⁴ I ett utlåtande från 2006, som i detalj publicerades i estniskt press,⁴⁵ anser den estnische folkrättsprofessorn Lauri Mälksoo att även om frågan inte uttryckligen regleras i avtalstexten, följer det av en teleologisk och systematisk tolkning av avtalet, d.v.s. i ljuset av avtalets syfte och systematik, att sådana dykningar kräver enhällighet bland parterna. Mälksoo ger dock ytterst knapphändigt med förklaringar till hur han kommer till den konklusionen. Motiveringarna som anges, utan vidare hänvisningar eller resonemang, är att 1) utan ett sådant förbud skulle artikel 4 bli meningslös⁴⁶ och 2) det följer av avtalets övergripande syfte (eller "ideologi") att man agerar gemensamt i frågan om vraket.⁴⁷

Båda motiveringarna är tveksamma. Artikelns huvudsyfte, att få staterna att kriminalisera olovlig undervattensverksamhet i sin nationella rätt, är inte beroende av enhälliga beslut om statliga dykningar. Mälksoo själv accepterar att huvudsyftet med avtalet är att hindra privatpersoner att dyka vid vraket. Det syftet kvarstår oförändrat och både artikeln och avtalet förblir meningsfyllda även om nationella myndighetsledda dykningar för att få mer information om olycksorsaken skulle tillåtas.

Vad gäller myndighetsledda dykningar ger inte avtalet möjligheter till att utläsa något särskilt syftemål, annat än att vissa specifika undantag i artikel 4.3 visar att sådana dykningar åtminstone i vissa fall är undantagna aktivitetsförbudet vid vraket, och därmed kan förväntas bli föremål för en skild bedömning vad gäller både graden av störning av gravfriden och det samhällliga syftet bakom sådana dykningar.

Vid avvägningen om huruvida en ensidig myndighetsledd dykning strider mot avtalets ändamål och syfte måste rimligtvis också *dykningens* ändamål och syfte vägas in. Denna fråga ägnas ingen uppmärksamhet i Dr. Mälksoos utlåtande, som drar alla statliga dykningar över samma kam. Som noterades ovan ter sig avtalets syfte olika beroende på om avsikten är att förbereda en lyftning av vraket eller att få klarhet i olycksorsaken. Att med hänvisning till avtalets ändamål och syfte hävda att konsensusbeslut krävs också i det senare fallet låter förstå att avtalets ändamål och syfte inbegriper syftet att hindra stater från att få

⁴⁴ Enligt uppgift har även svenska regeringen åtminstone tidigare försvarat denna hållning. Se t.ex. www.delfi.ee/news/paevauudised/eesti/rootsi-valmis-alustama-estonia-hukuurimist?id=12585921.

⁴⁵ Lauri Mälksoo, utlåtande till Estlands regering angående om 1995 års MS Estonia avtal, daterat 9 juni 2006, <<https://www.delfi.ee/news/paevauudised/eesti/kurm-hauarahuleping-ei-keelaoigetel-eesmarkidel-vraki-juurde-sukeldumist?id=91191397>> (bakom betalmur).

⁴⁶ *Ibid.*, punkt 1: "Vastasel korral muutuksid lepingu Artikkel 4 sätted sisuliselt möttetuks."

⁴⁷ *Ibid.*: "Lepingu peamiseks ideoloogiaks on Eesti Vabariigi, Soome Vabariigi ja Rootsi Kuningriigi otsus tegutseda uppunud laeva käsitlemisel ühiselt, koos."

mer information om olyckan, vilket måste anses vara högst tveksamt och är i vart fall inget som kan utläsas från själva avtalet.

Avsaknaden av beslutsregler i 1995-års avtal, t.o.m. för de fall där myndighetsdykningar uttryckligen tillåts enligt artikel 4.3, kan sannolikt långt

förklaras av den speciella kontexten i vilket avtalet uppgjordes. För det första uppgjordes avtalet i en osedvanligt rask takt. Startskottet till förhandlingarna utgjordes av regeringens beslut av den 15 december 1994 om att inte bärga vraket och att platsen skall betraktas som en gravplats och att vraket skall täckas över.⁴⁸ Den 16 januari beslöts att ett internationell överenskommelse skulle ingås för att ange ramarna för den nationella lagstiftningen om vrakskyddet. Arbetet med överenskommelsen slutfördes redan några veckor senare, den 7 februari 1995.⁴⁹

För det andra, som framgår av ovanstående, hade man under denna tid, åtminstone från svensk sida, en uttalad avsikt att täcka över vraket.⁵⁰ Avtalet var därmed avsett att säkra vrakfriden och hindra dykningar för en begränsad period, tills övertäckningen var slutförd. Avtalet var således avsett att reglera ett närmast tillfälligt problem som vrakplundrare och privatpersoner utgjorde tills övertäckningen var slutförd.⁵¹ Efter att övertäckningsarbetet stoppades i juni 1996 blev emellertid avtalet bestående.⁵²

Följaktligen saknar avtalet också regler och procedurer om hur undantag från förbudet skall beviljas och administreras. Sådana element är centrala delar i andra motsvarande regelverk om vrakskydd som är framtagna för att gälla på mer bestående bas.⁵³ Det är således inte orimligt att anta att också 1995-års avtal hade innehållit mer detaljerade regler om tillstånd, undantag och beslutsprocesser, om det hade varit avsett att gälla i flera decennier och komma att tillämpas på frågor som den nu aktuella frågan om vidare olycksutredningar. Både själva texten i avtalet och flera andra grunder som diskuterats ovan ger m.a.o. grund att konkludera att avtalet inte utesluter den typens myndighetsledda undersökningar som är i fråga här. En sådan inskränkning av rättigheter som stater annars åtnjuter, både gällande de materiella rättigheterna att utföra dykningarna och beslutsproceduren för att verkställa dem, hade förutsatt tydliga begränsningar i avtalet. Myndighetsledda dykningar i syfte att utreda olycksorsakerna strider inte heller mot avtalets övergripande syfte, dvs

⁴⁸ Prop. 1994/95:190, s. 6

⁴⁹ Prop. 1994/95:190, s. 7

⁵⁰ Not 48 ovan.

⁵¹ På denna punkt, se också J. Schelin, 'Noterat- Nya dykningar och Estonialagen, Sjärrättsbiblioteket, No. 3/2020, s. 10 (www.sjorattsbiblioteket.se) och K.G. Scherman, 'Gravfriden - inget hinder att undersöka Estonia', Fokus 2.20.2020 (www.fokus.se/2020/10/gravfriden-inget-hinder-for-att-undersoka-estonia/)

⁵² Enligt information i *Bendréus v. Sweden*, not 33 ovan, beslöt Sveriges regering att stoppa övertäckningen tillsvidare den 19 juni 1996, bl.a. med hänvisning till den pågående haveriutredningen.

⁵³ Se t.ex. engelska Protection of Military Remains Act 1986, särskilt sektionerna 4 och 5 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/35>) eller Titanicavtalet som hänvisades till i not 37, i synnerhet artikel 4.

13

att skydda gravfriden och hindra vrakplundring, i ljuset av de sannolikt begränsade effekter som en sådan dykning skulle ha på vraket och vrakfriden, i synnerhet när det vägs gentemot allmänintresset som ligger i att få möjligast stor klarhet i orsaken bakom förlisningen. Det är ett allmänintresse i sig att myndigheterna tar på sig att utreda olycksförloppet och därmed bidrar till att skapa ro i frågan, både genom att minska trycket på framtida illegitima dykningar på området och genom att undvika ett regelbundet återkommande offentligt ifrågasättande av - och ryktesspridning om - orsakerna bakom m/s

Estonias öde. Det verkar därför inte finnas juridisk grund till att hävda att avtalet hindrar staterna från att vidta sådana åtgärder eller att åtgärderna kräver enhällighet av alla avtalsparter.

2.3 Nationell lagstiftning

Innehåll

Kort efter att 1995-års avtal hade undertecknats antogs nationella lagar som implementerade avtalet på nationell nivå. Sveriges Lag (1995:732) om skydd för gravfriden vid vraket efter passagerarfartyget *Estonia* (hädanefter *Estonialagen*) antogs den 8 juni 1995, medan Finlands Lag 1995/903 om fredning av vraket efter passagerarfartyget *Estonia* antogs den 30 juni 1995. I bägge länder trädde lagarna ikraft den 1 juli 1995. I Estland stiftades ingen motsvarande lag, men avtalet utgör del av estnisk rätt och den estniska strafflagens §§ 148-149 om brott mot griftefrid anses gälla vraket.⁵⁴ På basen av 1996-års protokoll har ytterligare åtminstone Danmark också infört en särskild lag om vraket, som långt påminner om de svenska och finska lagarna.⁵⁵

Både den svenska och den finska lagen går längre än 1995-års avtal vad gäller omfattningen av begränsningarna av undervattensaktiviteter i området. Bägge länders lagar inför ett generellt dykförbud i området. Den svenska *Estonialagens* relevanta paragraf lyder:

2 § Dykning och annan undervattensverksamhet får inte bedrivas i vraket efter passagerarfartyget *Estonia* eller inom det område som anges i 1 § andra stycket. Förbudet gäller dock inte verksamhet som avser att täcka över eller skydda vraket eller att förhindra förorening av den marina miljön från vraket, om verksamheten bedrivs av en myndighet i Estland, Finland eller Sverige eller på uppdrag av en sådan myndighet.

I Finska lagen är motsvarande text snarlik:

⁵⁴Lott, not 3, avsnitt 2.2. Enligt estnisk rätt är internationella avtals giltighet i den nationella rättsordningen inte beroende av särskild lagstiftning. Se också H. Vallikivi, 'Status of International Law in the Estonian Legal System under the 1992 Constitution', VI *Juridica International*, 2001 (www.juridicainternational.eu/?id=12549) som konkluderar att Estland följer en 'modifierad monistisk' doktrin, som innefattar en del oklarheter gällande hierarkisk status och direkt effekt, men inte själva giltigheten i internationella avtal.

⁵⁵Lov nr 823 af 25/11/1998 om beskyttelse af gravfreden ved vraket efter passagerskibet 'M/S *Estonia*', vars 2 § lyder: "Inden for det område, der er nævnt i § 1, stk. 2, er dykning og anden undervandsvirksomhed forbudt. Forbudet ... gælder dog ikke virksomhed, som en myndighed i Estland, Finland eller Sverige forestår med henblik på at tildække vraket eller for at hindre forurening af det maritime miljø fra vraket."

14

3 § Dykning på det fredade området är förbjudet. På det fredade området får åtgärder inte heller vidtas för att ta upp omkomna eller föremål från vraket eller havsbotten eller friden vid vraket på annat sätt störas.

4 § Utan hinder av vad som stadgas i 3 § får myndigheterna täcka över vraket eller förhindra förorening av miljön från vraket.

Vad gäller straffskalan går den svenska lagen längre än den finska i.o.m. att max fängelsestraffet är två år, istället för ett år i Finland. Skillnaden sammanfaller med straffskalan för brott mot griftefrid i de två länderna.⁵⁶

Det framgår av lagtexterna ovan att länderna förbjuder något olika verksamheter i området. Medan Sverige och Danmark likställer dykning med annan undervattensverksamhet, och förbjuder bägge, gör Finland en tydlig åtskillnad mellan de två. Endast dykning är totalt förbjuden i Finland, medan övrig verksamhet tillåts i den mån den inte avser ta upp omkomna eller föremål eller annars stör vrakfriden.⁵⁷

Åtskillnaden mellan dykning och annan undervattensverksamhet har nyligen fått en mer praktisk relevans i.o.m. att den svenska inrikesministern i januari 2021

informerade att framtida dykningar vid vraket skall ske enbart med hjälp av fjärrstyrda undervattensfarkoster, snarare än manuellt utförda fysiska dykningar, bl.a. med hänvisning till respekt för gravfriden.⁵⁸ Distinktionen är knappast föranledd av juridiska orsaker, eftersom regeringarnas uppdrag var att anpassa juridiken till dykbehoven, inte tvärtom. Dessutom är den juridiskt omotiverad, särskilt i Sverige, då varken 1995-års avtal eller svensk lagstiftning gör någon åtskillnad mellan dykning och andra undervattensaktiviteter. Åtskillnaden är dock osäker i sak (är en fjärrstyrd undervattensfarkost nödvändigtvis mindre störande för gravfriden än en mänsklig dykare?) och en sådan begränsning av undersökningen blir därför svår att motivera i den mån den innebär försämrade möjligheter att utreda olyckan.

Förarbetena

Varken de svenska eller finska förarbetena klagör orsakerna till att den nationella lagstiftningen överskrider det internationella avtalets ordalydelse vad gäller dykbegränsningarna.⁵⁹ Bägge länders regeringspropositioner betonar att

⁵⁶ Finska StraffL 17 kap 12 §, Sveriges Brottsbalk 16 Kap, 10 §.

⁵⁷ Den finska regeringspropositionen 10/95 rd, ss. 2-3, ger några exempel på verksamheter som avses: "Förbudet är för det första all slags dykning på det fredade området. Likaså förbjuds andra åtgärder i syfte att ta upp omkomna eller föremål från vraket eller havsbotten, t.ex. användning av en lyftkran för detta ändamål från ett fartyg. För att friden vid vraket skall vara fullständig förbjuds ännu annat störande av friden vid vraket. På denna grund är det t.ex. förbudet att med en ubåt göra utflykter till vraket."

⁵⁸ Se informationen given till riksdagen av inrikesminister Mikael Damberg den 14.1.2021 som rapporteras om i bl.a. www.dn.se/sverige/andring-i-estonias-gravfrid-pa-gang-kan-skedykningar-till-sommaren/ och www.hs.fi/ulkomaat/art-2000007739313.html?share=709bc9afe2e390c4d6d987a32cc5e84d.

⁵⁹ I den svenska regeringspropositionen, 1994/95:190, s. 8, konstateras, utan hänvisning till avtalets motsvarande regler, kort att "utgångspunkten för regleringen bör vara att i princip all undervattensverksamhet i det skyddade området stör gravfriden där." För den finska situationen, se dock not 57 ovan.

15

den föreslagna lagen (vars ordalydelse på denna punkt är identisk med den slutgiltiga lagen) utgör en implementering av 1995-års avtal.⁶⁰

Vidare hänvisar förarbetena till motsvarande nationella strafflagar som gäller traditionell griftefrid, men griftefridslagarna är inte heller absoluta i meningen att *all* verksamhet som försiggår vid graven är brottslig.⁶¹ Till skillnad från gravar på land, är ett vrak ute i det öppna havet förvisso en miljö som är svår att övervaka liksom att säkra verkställigheten av olika regler och förbud. Detta kunde eventuellt motivera en mer svepande regel gällande gravfrid till havs på ett mer allmänt plan, men motiveringen kan rimligtvis inte användas som ett argument för att begränsa myndigheternas egna dykningar.

De svenska förarbetena antyder slutligen att de två undantagen som uppräknas gällande myndighetsledda dykningar inte nödvändigtvis är exklusiva.

Regeringen uppger sig vara av uppfattningen "också verksamhet som avser att skydda vraket bör undantas eftersom det kan bli aktuellt att installera någon form av bevakningsutrustning".⁶² Vad gäller övriga aktörer konstaterar regeringen att ägaren inte har några anspråk på vraket och därför inte behöver undantag. "Inte heller i övrigt erfordras ytterligare undantag från förbudet", konstaterar man kort.⁶³

Extra-territoriell tillämpning

Mycket av den akademisk-juridiska diskussionen kring 1995-års avtal har handlat om huruvida avtalet ger möjlighet att omfatta tredje länders medborgare

(och fartyg flaggade i tredje länder) i kriminaliseringen av brott mot gravfriden.⁶⁴ Denna diskussion ska inte behandlas i detalj här, eftersom dykningar utförda av privatpersoner väcker andra frågor än de som är i fokus här. Det verkar dock allmänt accepterat att tillämpning av avtalet på tredje stats medborgare och fartyg är behäftat med stora juridiska utmaningar, både folkrättsligt⁶⁵ och enligt nationell svensk och finsk straffrätt.⁶⁶

⁶⁰ Nedan hänvisas främst till den svenska regeringspropositionen, eftersom det är uppenbart att den finska propositionen i huvudsak bygger på den svenska. Detta bekräftas också i den finska regeringspropositionen 10/95 rd, s. 2.

⁶¹ Griftefridsstraffen (i noten ovan) öppnar möjligheten att en verksamhet i gravars närhet kan vara tillåten. Den svenska Brottsbalken utdömer straff till den som "obehörigen flyttar, skadar eller skymfligen behandlar lik eller avlidens aska, öppnar grav eller eljest gör skada eller ofog på kista, urna, grav eller annat de dödas vilorum eller på gravvård", medan den finska lagen bl.a. omfattar personer som "olovligen öppnar en grav eller ur denna tar ett lik eller en likdel, en kista eller en urna" (mina kursiveringar).

⁶² Prop. 1994/95:190, s. 9. I sammanhanget betonar regeringen också att undantagen bara bör gälla verksamhet som bedrivs av någon av de tre stater som är parter i 1995-årsavtal.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Se särskilt M. Jacobsson & J. Klabbars, 'Rest in Peace? New Developments Concerning the Wreck of the M/S Estonia', 69 *Nordic Journal of International Law*, 2000, ss. 317-332 med vidare hänvisningar.

⁶⁵ Inte minst p.g.a. *pacta tertiis* principen, enligt vilken ett traktat varken kan skapa rättigheter eller skyldigheter för icke-parter (Wienkonventionen om traktaträtt, artikel 34) och en rad frågor relaterade till folkrättens (oklara) regler om extra-territoriell jurisdiktion som kort beskrivs nedanför.

16

Att vraket är beläget utanför alla länders territorium innebär inte i sig ett hinder för implementeringen av de nationella lagarna för landets egna medborgare.⁶⁷ Men detta i kombination med att den tillämpas på utländska medborgare skapar flera jurisdiktionella hinder, också de tre avtalsparterna emellan eftersom verkställigheten på övriga avtalsparters medborgare inte regleras i avtalet.⁶⁸ Folkrättslig jurisdiktion förutsätter både lagstiftnings- och verkställighetsjurisdiktion. Verkställighet förutsätter att staten har maktmedel över personen som utfört brottet, typiskt att den befinner sig i, eller annars har starka band till, den verkställande staten, eventuellt endast tillfällig sådan i.o.m. att personen eller fartyget senare kommer till staten i fråga. Men även om så vore fallet krävs alltså en (preskriptiv) jurisdiktion för att aktiviteten överhuvudtaget ska kunna bli föremål för den nationella lagstiftningen. Extraterritoriell tillämpning (dvs tillämpning av nationella lagar på utländska rättssubjekt för aktiviteter som skett utanför landets eget territorium) kan baseras på vissa relativt väletablerade, men oskrivna och vagt definierade, folkrättsliga principer.⁶⁹ S.k. universell jurisdiktion begränsas vanligen till mycket allvarliga brott, som innebär allvarliga hot eller risker för världssamfundet som helhet.⁷⁰ I övrigt fordras en tydlig koppling till staten i fråga, t.ex. i form av att aktiviteten utgör ett hot mot landets säkerhet eller skadar dess medborgare.⁷¹ En slags sammantagen generisk enda jurisdiktionsprincip som på senare tid verkar vinna acceptans, åtminstone på akademiskt håll, är att det skall finnas en 'genuin koppling' mellan sakfrågan och rimliga intressen ifrågavarande stat.⁷² Statens jurisdiktionskrav bör också balanseras med övriga staters konkurrerande krav på jurisdiktion, t.ex. staten vars nationalitet personerna har eller fartygets flaggstat. Medan det möjligen kunde argumenteras att Sveriges intressen att skydda vrakfriden över de många

svenska omkomna enligt denna princip om genuin koppling kunde motivera

⁶⁶ Se t.ex. Jacobsson & Klabbars, not 64 ovan. Både svenska Brottsbalken (1962:700), 2 kap, 7 §, och finska Strafflagen (39/1889) 1 kap, 15 §, preciserar vidare att deras tillämplighet är beroende av folkrättsliga avtal och allmänna principer.

⁶⁷ Nationalitet är den äldsta och minst omtvistade av de folkrättsliga jurisdiktionsbaserna. Se t.ex. C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2015, avsnitt 4.2. Det är också en huvudregel enligt svenska Brottsbalken (1962:700), 2 kap, 2 § och finska Strafflagen (39/1889) 1 kap, 6 §.

⁶⁸ En relevant omständighet är vidare att samtliga tre stater är EU-medlemmar och därmed bundna av EU:s regler och principer samt samarbete på straffrättens område, inkluderande bestämmelser för jurisdiktionskonflikter, Europeisk arresteringsorder, utlämnande av brottslingar och erkännande av domar. EU:s samarbete inom dessa områden behandlas inte här. För en översikt, se t.ex. www.eurojust.europa.eu.

⁶⁹ Ryngaert note 67 ovan, kapitel 4. Se också R. Jennings & A. Watts (red.), *Oppenheim's International Law Ninth Edition, Volume I Peace, Introduction and Part 1*, Longman, London, 1992, s. 82. som noterar att en vanlig presumtion inom folkrätten är att stater *inte* reglerar andra staters medborgare utanför sitt eget territorium.

⁷⁰ Ett klassiskt exempel inom havsrätten är sjöröveri. Se också SOU 2002:98 (Internationella brott och svensk jurisdiktion), t.ex. diskussionen i del B, ss. 212ff.

⁷¹ Sådana principer kan t.ex. basera sig den s.k. skyddsprincipen, passiv personalitet eller, mer kontroversiellt, på basen av effekten av den extra-territoriella handlingen i staten ifråga. Se Ryngaert, not 67 ovan, ss. 110-119.

⁷² J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 9th ed., Oxford 2019, s. 441. Se också Jennings & Watts (red.), not 67 ovan, ss. 457-458, 468.

17

extra-territoriell jurisdiktion över utlännningar som företar vrakplundringar på området, är det betydligt mer tveksamt om det samma kan sägas gälla dykningar som uttryckligen är begränsade till insamlande av information om olycksorsakerna.

Protokollet som tillåter andra länder att ansluta sig till 1995-års avtal (se ovan avsnitt 2.2) är ett implicit erkännande av svårigheterna att tillämpa 1995-års avtal på tredje länders medborgare eller fartyg,⁷³ och någon rättspraxis där nationella lagarna skulle ha tillämpats på icke-medborgare finns inte heller. Gällande *myndighetsledda* dykningar förstärks de juridiska utmaningarna ytterligare av att dykningarna i fråga utförs av - eller på uppdrag av - en stat, vilket inte bara ger en tvist i ärendet en utpräglad mellanstatlig karaktär, men också rubbar den ovannämnda balansen mellan jurisdiktionsintressena hos de inblandade staterna. Inte heller denna fråga kan utredas i detalj här, men det är uppenbart att tillämpningen av nationell gentemot främmande stater är behäftat med flera stora utmaningar, kopplade till både rättskällor och statsimmunitet. Mellanstatliga relationer regleras med hjälp av folkrättsliga avtal och stater omfattas i utgångspunkt inte av andra staters nationella lagstiftning.⁷⁴ Nationella lagar är ingen rättskälla i folkrätten, inte ens om det handlar om lagar som implementerar ett folkrättsligt avtal. ⁷⁵ Vad gäller juridiska processer är utgångspunkten vidare att stater - och personer som utför uppdrag för staters räkning - är immuna mot juridiska processer i andra stater, såvida inte annat särskilt kommits överens om.⁷⁶

Det är således folkrätten, och i detta fall särskilt 1995-års avtal, snarare än nationell lagstiftning, som reglerar lagligheten i dykningar ledda av övriga avtalsparter. Som redan konstaterades i avsnitt 2.2 innehåller 1995-års avtal inga regler om att utöva jurisdiktion över övriga avtalsparters medborgare. Tvärtom verkar både avtalet i sig och det senare uppgjorda protokollet förutsätta att staterna själva verkställer brott mot reglerna som har företagits av

sina egna rättssubjekt. Det finns heller ingen praxis på att tillämpa, eller ens försöka tillämpa avtalet på andra än det egna landets medborgare.⁷⁷

⁷³ Se t.ex. M. Jacobsson & J. Klabbers, not 64 ovan, och H. Rotkirch, 'Estonia-sopimus laajemmaksi', *Helsingin Sanomat*, 19.8.2000, s. A5.

⁷⁴ Se t.ex. *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, International Court of Justice, 1957, s. 132.

⁷⁵ Stadgan för den internationella domstolen, artikel 38(1). Se också Jennings & Watts, not 67 ovan, s. 83.

⁷⁶ Även om den tidigare regeln om absolut immunitet för stater har luckrats upp, är huvudregeln fortfarande att stater har åtalsimmunitet i andra staters domstolar såvida inte annat är överenskommet eller verksamheten gäller en kommersiell aktivitet. Ett försök att kodifiera sådana kommersiella aktiviteter finns i 2004 års FN konvention om Jurisdictional Immunities of States and their Property, del III (artiklarna 10-17). Se också J Crawford, 'International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions', 54 *British Yearbook of International Law*, 1983 s 89. Vraket i sig åtnjuter däremot ingen (flaggstats)immunitet, eftersom m/s *Estonia* var i kommersiell drift. Se not 20 ovan.

⁷⁷ Den första rättsprocessen kring dykförbudslagstiftningen är den som refereras till i not 1 ovan.

18

2.4 Sammanfattning

Det finns en tydlig skillnad mellan hur strikt gravfriden regleras i 1995-års avtal och i de nationella reglerna i Sverige och Finland. De senare utfärdar ett generellt dykförbud, med ett par uttryckliga undantag, medan avtalet utöver undantagen lämnar dörren öppen för dykningar som inte innebär störande verksamhet.

Denna skillnad innebär att det generella dykförbudet är en nationell konstruktion i svensk och finsk lagstiftning och bör behandlas som en sådan.⁷⁸ Avtalet i sig utesluter inte fortsatta dykningar vid vraket, särskilt inte gällande myndighetsdykningar för vilka graden av störning på området också bör vägas mot dykningarnas bredare syfte. Avtalet ger inte heller övriga parter möjlighet att hindra en parts rätt att utföra sådana dykningar där rätten finns enligt 1995-års avtal och gällande havsrätt. Ståndpunkten att avtalet förbjuder ytterligare myndighetsdykningar eller förutsätter alla parters samtycke till sådana finner varken stöd i avtalets ordalydelse eller kontextuella sammanhang. Det är naturligtvis önskvärt, och i viss mån t.o.m. folkrättsligt begrundat,⁷⁹ att avtalstillämpning bör ske i nära samarbete med övriga avtalsparter, men om Estlands regering vill företa vidare dykundersökningar, eller hyra in någon som gör det för dess räkning, ger avtalet inte Finland eller Sverige en möjlighet att förhindra det. Inte heller medför det allmänna havsrättsliga utgångsläget som diskuterades i avsnitt 2.1 möjlighet för de två länderna att hindra sådana undervattensaktiviteter på området, om än Finlands jurisdiktion över kontinentalsockeln och särskilda aktiviteter på ekonomiska zonen ger landet möjligheter att ställa vissa villkor på verksamheten.

Också tesen om att myndighetsledd dykverksamhet (eller annan undervattensverksamhet) på området strider mot de *nationella* reglerna i Sverige och Finland kan ifrågasättas. Framför allt kontextuella argument kunde framföras för att möjliggöra en flexiblare tolkning, särskilt för dykningar avsedda att utreda olycksorsaken. Lagarna var i första hand avsedda att reglera hot mot gravfriden av andra än de tre staternas myndigheter. De uppgjordes också för vad man trodde var ett tidsmässigt begränsat problem och tog därför inte ställning till denna typ av undersökningar. I och med avsaknaden av diskussion i förarbetena om varför man utsträcker reglerna längre än avtalet saknar utvidgningen av förbudet också en trovärdig motivering, i synnerhet vad gäller myndighetsledda dykningar. Lagarnas väldigt täta koppling till 1995-års avtal,

som inte utesluter sådana dykningar, i kombination med myndigheternas särställning i lagen, som i förarbetena också accepteras gå utanför de uppräknade undantagen, är tillräckliga element för att kunna godta myndighetsledda dykningar i området för särskilda välavgränsade syften också inom ramen för nuvarande lagtext.⁸⁰

⁷⁸ Distinktionen är också tydlig i Statens haverikommissionens framställan till regeringen (not 7 ovan), där man konstaterar att ett antal av de uppräknade behövliga utredningsåtgärderna "strider mot 1995 års lag i sin nuvarande lydelse. Vissa åtgärder kan även strida mot den internationella överenskommelsen om gravfrid eller lagstiftning i andra länder." (Min kursivering).

⁷⁹ Se t.ex. FN-stadgan, artikel 1(3) eller UNCLOS artikel 197.

⁸⁰ Schelin, n 51 ovan, s. 10, går ett steg längre genom att konkludera att "varken den internationella överenskommelsen eller den nuvarande Estonialagen lägger hinder i vägen för att staten låter företa undersökningar av det nyligen upptäckta hålet i skrovet ... Det är ... inte möjligt att med juridiska argument motivera varför det skulle saknas skäl att företa ytterligare

19

Denna tolkning verkar dock inte omfattas av de två ländernas regeringar, som har förespråkat en ändring av de nationella reglerna för att tillåta nya dykningar. ⁸¹ Ett tydliggörande av lagstiftningen på denna punkt skulle naturligtvis öka klarheten i lagen, vilket vore välkommet - om än kanske inte strikt nödvändigt - samtidigt som en lagändring också innebär en möjlighet för en bredare politisk uppslutning kring nya myndighetsledda dykningar. Sammanfattningsvis kan således Estland, som inte har motsvarande totala dykförbud i sin lagstiftning, bestämma sig för att företa icke-störande dykundersökningar i syfte att reda ut olycksorsakerna oberoende av framtida lagändringar i Sverige och Finland. Att flaggstaten tar initiativet till en sådan undersökning vore naturligt även i ljuset av den havsrättsliga utgångspunkten som diskuterades i avsnitt 2.1,⁸² och regelverket kring olycksutredningar som diskuterats i avsnitt 3. Det synes också vara hur arbetet för närvarande planeras.⁸³ Inget hindrar att Estland i detta arbete tar hjälp och nödvändig expertis utomlands ifrån, eller ens att undersökningen gemensamt planeras och bekostas gemensamt av de tre staterna.

Det är vidare skäl att poängtera att de här aktuella förbuden uttryckligen gäller dykning och eventuell övrig undervattensverksamhet. Det finns inga motsvarande lagstiftningshinder till att delta i de övriga momenten av en utredning. Huruvida de nationella dykförbuden i svensk och finsk lagstiftning hindrar dessa länders medborgare och myndigheter från att delta i dykmomentet av utredningsarbetet måste länderna ta ställning till individuellt, men konklusionen är alltså att ett beslut om att *inte* delta i dykningen inte skulle hindra att dykningarna sker i estnisk regi (vid behov med hjälp av utnämnd internationell expertis) och att de svenska och finska utredarna deltar i all övrig utredningsverksamhet.

3 Olycksutredningar

3.1 Allmänt

Att de här aktuella dykningarna uttryckligen utförs i syfte att klargöra orsakerna bakom m/s *Estonias* förlisning gör också staternas skyldigheter och rättigheter gällande dykningar vid vraket kan granskas utgående från regelverket om utredningar av fartygsolyckor. Huvudregeln finns i UNCLOS artikel 94(7):⁸⁴ dykningar. I stället för att gömma sig bakom juridiken måste politikerna sätta ner foten och avgöra om det är värt att lägga ner ytterligare resurser på att utreda orsaken till förlisningen."

⁸¹ Not 7 ovan.

⁸² Verkar också stödas i kryptisk press release fr Finland. 18.12.2020

⁸³ Finlands press release 18.12.2020 "Skulle undervattensundersökningar bedömas vara nödvändiga för att kunna slutföra den preliminära bedömningen kommer en begäran om detta att göras av flaggstaten.", också SHK, not 1.

⁸⁴ För undersökningar av miljöbrott, se även artikel 217(5).

20

Varje stat skall låta en eller flera sakkunniga personer utreda varje sjöolycka eller navigeringsincident på det fria havet som ett fartyg som för dess flagg är inblandat i och som förorsakar förlust av människoliv eller allvarlig skada på medborgare i annan stat eller allvarlig skada på fartyg eller anläggningar tillhörande annan stat eller på den marina miljön. Flaggstaten och den andra staten skall samarbeta vid alla utredningar som görs av denna andra stat om varje sådan sjöolycka eller sådan navigeringsincident. Flaggstatens har m.a.o. det primära ansvaret för utredningarna, men den sista meningen antyder att övriga berörda stater också kan utreda olyckan, och att de då skall samarbeta med flaggstaten. Utöver detta stadgande fanns vissa - relativt vaga - skyldigheter för flaggstaten reglerade i de centrala IMO konventionerna, såsom SOLAS regel I/21, och MARPOL artikel 12,⁸⁵ men någon generell skyldighet att undersöka alla allvarligare olyckor existerade inte. Dessa regler kompletterades av (icke-bindande) IMO-riktlinjer om utförande av olycksfallsutredningar. De riktlinjer som gällde vid m/s *Estonias* förlisning var från 1989.⁸⁶

Regelverket har sedermera stärkts både globalt och på EU-nivå, både gällande skyldigheterna att företa olycksfallsutredningar, och sättet på vilka de ska utföras, inklusive samarbetskyldigheterna mellan flera inblandade stater. Som ett resultat av flera ro-ro passagerarfartygsolyckor i början av 1990-talet, inklusive *Estonia*, reviderades IMO:s (icke-bindande) riktlinjer år 1997,⁸⁷ och dessa gjordes senare delvis bindande på EU-nivå år för just ro-ro passagerarfartyg och höghastighetsfartyg i ett direktiv som fick effekt den 1 december 2000.⁸⁸

En ny regel i SOLAS kap XI-1, regel 6, som trädde i kraft 2010 ger delarna I och II av en (omarbetad) internationell olycksutredningskod tvingande.⁸⁹ Koden syftar till att skapa en gemensam tillnärmning till olycksutredningar och samordna en metodologi för ändamålet. Utredningarna är ämnade att stärka säkerheten till sjöss och skall inte utmäta skuld för någon inblandad.⁹⁰ De skall vara oberoende av utredningar för andra mål (t.ex. gällande straffrättsligt eller civilrättsligt ansvar), och skall inte ersätta sådana utredningar.⁹¹

I EU styrs regelverket idag av Direktiv 2009/18 om grundläggande principer för utredning av olyckor i sjötransportsektorn. EU-reglerna baserar sig på IMO-

⁸⁵ Reglerna gällde en skyldighet för flaggstaten att undersöka allvarligare olyckor som väckte behov att ändra regelverket eller gav upphov till allvarliga mljöskador, samt att informera IMO om resultatet. Konventionernas namn på svenska är: 1974 års internationella konvention om säkerheten för människoliv till sjöss (SOLAS) samt 1973 års internationella konvention till förhindrande av förorening från fartyg (MARPOL).

⁸⁶ IMO Resolution A.637(16) Co-operation in Maritime Casualty Investigations.

⁸⁷ Code for the investigation of marine casualties and incidents adopted by the IMO by means of Assembly Resolution A.849(20) of 27 November 1997

⁸⁸ Direktiv 1999/35, art. 12.

⁸⁹ Code of the international standards and recommended practices for a safety investigation into a marine casualty or marine incident (Casualty Investigation Code) (IMO resolution MSC.255(84), nedan 'IMO koden'). Se också IMO resolution A.1075(28) (2013) (Guidelines to assist investigators in the implementation of the Casualty Investigation Code).

⁹⁰ IMO koden, para. 1.1

⁹¹ IMO koden, para. 1.3.

regelverket men går längre i flera avseenden, t.ex. genom mer detaljerade krav på ett permanent, opartiskt och oberoende organ som ska utföra utredningarna.⁹² Direktivet är också tydligare än IMO koden gällande relationen till utredningar för andra ändamål än att utreda olycksorsaken eller främja sjösäkerheten.⁹³ Det har vidare kompletterats med två tilläggsdirektiv antagits om själva tillvägagångssättet vid utredningarna, som inte diskuteras närmare här.⁹⁴

Med tanke på en eventuell ny Estoniautredning är det två huvudfrågor som är av särskild relevans och som nedan behandlas kort var för sig:

- 1) Omfattas en ny olycksutredning av nugällande regelverk om olycksutredningar?
- 2) Utgåendet från svaret på 1), vilka är de inblandade staternas roll och ansvar för utredningen?

3.2 Nya regler och gamla olyckor

Det internationella regelverket som gällde under m/s *Estonias* förlisning innebar inte strikta krav på olycksfallsutredningen. Den reglerades i stället av nationella regler på området, såsom svenska Lag 1990:712 om undersökning av olyckor och finska Lag 373/1985 om undersökning av storolyckor.

Redan dagen efter olyckan kom statsministrarna i Estland, Finland och Sverige överens om att bilda en gemensam utredningskommission (JAIC) för att utreda orsakerna till olyckan och föreslå regler för att förhindra liknande olyckor i framtiden. Redan från början slogs fast att kommissionen skulle agera enhetligt och komma med gemensamma slutsatser. De enskilda parterna i kommissionen kunde dock utföra sina egna undersökningar utan krav på att rapportera till kommissionen. En gemensam slutrapport publicerades i december 1997.

En eventuell ny utredning av olycksorsakerna till m/s *Estonias* förlisning väcker frågan om huruvida utredningen bör omfattas av de nu gällande kraven på olycksutredningar.

Varken IMO eller EU regler klara om vilka utredningar som omfattas rent tidsmässigt (*ratione temporis*). Frågan är huruvida regelverkets tillämplighet styrs av tidpunkten för olyckan eller för själva utredningsarbetet. Praxisen vid EU:s sjösäkerhetsmyndighet verkar stöda den tidigare uppfattningen,⁹⁵ men frågan har veterligen inte ställts på sin spets. I vanliga fall handlar skillnaden

⁹² Direktiv 2009/18, artikel 8(1).

⁹³ Direktiv 2009/18, artiklarna 1(2) och 4. Artikel 4(1)(a) förutsätter uttryckligen att utredningarna "är oberoende av straffrättsliga eller andra parallella utredningar som genomförs för att avgöra ansvar eller skuld".

⁹⁴ Direktiv 651/2011 och direktiv 1286/2011

⁹⁵ Första olyckan som rapporteras om i den europeiska olycksdatabasen EMCIP skedde den 20 juni 2011, vilket nära sammanfaller med datumet i artikel 25 för direktivets införlivande i nationell rätt (17 juni 2011).

22

mellan olycksdatum och en färdig utredning om månader eller ett fåtal år, men i detta fall är differensen flera decennier.

En utgångspunkt är att direktivet och IMO-koden reglerar utredningar, inte olyckor. Detta, i kombination med faktumet att tiden som passerat sedan olyckan i fråga inte begränsas på något vis i regelverken, skulle tyda på att alla olycksfallsutredningar som utförs efter att reglerna har blivit tillämpliga omfattas av regelverket. Alla tre inblandade stater är parter till SOLAS samt EU medlemmar och är sålunda bundna av både IMO- och EU-regelverket och har

medverkat till dess tillkomst, synbarligen utan att ha avgett avvikande åsikt i fråga om deras tillämplighet *ratione temporis*.

Utgångspunkten stöds också av att det ter sig oändamålsenligt att senare utredningar skulle utföras enligt föråldrade regler, som redan i ett decennium har ersatts av nya regler och nya institutioner ägnade att förbättra deras utredningarnas tillförlitlighet i att analysera olyckor, fastställa olycksorsaker och föreslå förbättringar.⁹⁶ Det kan vidare noteras att förbud mot retroaktiv tillämpning av regler vanligtvis bottenar i ett skydd för individen mot tillbakaverkande straff- och civilrättsligt ansvar, d.v.s. frågor som uttryckligen *inte* berörs av detta regelverk.⁹⁷ I stället handlar reglerna främst om metodologifrågor och administrativt samarbete som svårligen kan sägas innebära risker relaterade till retroaktivitet.

En framtida utredning av m/s *Estonias* förlisning väcker också frågan om huruvida den ovannämnda juridiska utgångspunkten förändras om utredningen karaktäriseras som en "uppdatering" eller "revidering" av den tidigare utredningen (som inte omfattades av utredningsregelverket) i stället för som en ny utredning.⁹⁸ Trots att IMO-regelverket uttryckligen uppmuntrar till återöppnande av äldre utredningar och revidering av slutsatser i ljuset av ny information,⁹⁹ nämner ingetdera regelverk något om reglernas tillämplighet i sådana fall. De ovannoterade hänsynen gäller emellertid också i detta fall, vilket talar emot att man ett sådant förfarande kunde godkännas t.ex. på EU-nivå. Vidare ter det sig problematiskt om regelverket för utredningar skulle avgöras av hur en viss utredningsverksamhet benämns, särskilt i avsaknad av vägledning för vilken typ av ändringar eller tillägg som kan betraktas som en uppdatering eller revision. Att hävda att man inte önskar följa regelverk som uttryckligen syftar till öppna, opartiska och tillförlitliga utredningar är vidare behäftat med

⁹⁶ Direktiv 2009/18, artikel 1(1).

⁹⁷ Se i synnerhet Direktivets 2009/18 artikel 4, delvis citerad i not 93 ovan.

⁹⁸ Se t.ex. inrikesminister M. Dambergs svar på brev från förening för Estoniaanhöriga, 19.11.2020: "Den preliminära bedömningen syftar till att överväga om den nya informationen ger anledning att revidera de slutsatser som drogs i 1997 års haverirapport, om nya utredningsåtgärder bör vidtas och i så fall vilka slags åtgärder." Brevet är tillgängligt på www.seainfo.se/files/Brevsvar-advokat-från-inrikesminister-Mikael-Damberg-begäran-omutredning-Estonia-201119.pdf.

⁹⁹ Se kapitel 26 i den (icke-bindande) del III av IMO koden: "Marine safety investigating State(s) which have completed a marine safety investigation, should reconsider their findings and consider re-opening the investigation when new evidence is presented which may materially alter the analysis and conclusions reached".

23

uppenbara politiska problem, inte minst i ljuset av den kritik som riktats mot 1997 års JAIC rapport på just dessa punkter.

Sammanfattningsvis verkar både juridiska och politiska omständigheter tala för att myndigheterna tillämpar det nya regelverket om olycksfallsutredningar i en framtida utredning av Estoniaförlisningen. Eftersom ändamålet med de nya reglerna är bidra till seriösa och trovärdiga utredningar finns det ingen orsak att låta bli att tillämpa dem, samtidigt signaler om att man försöker undgå dem innefattar betydande politiska risker.

Myndigheterna i de tre staterna verkar åtminstone delvis ha anpassat planerna på en ny/kompletterande utredning till nugällande regelverk, i.o.m. att man har klargjort att fortsatta undersökningar ska företas av en eller fler av de tre oberoende permanenta olycksundersökningsmyndigheter som sedermera

upprättats, snarare än av en fortsättning den tidigare JAIC.¹⁰⁰ Skillnader i hur utredningen tekniskt sett bör utföras beroende på vilket regelverk som tillämpas, faller utanför ramen för denna artikel. Med tanke på den pågående diskussionen om rollfördelningen mellan de olika staterna i Estoniautredningen finns det dock skäl att kort analysera vilka skyldigheter regelverket innebär vad gäller lednings- och samarbetsfrågor.

3.3 Skyldigheter och koordinering

Huvudregeln är att flaggstaten är ansvarig för olycksfallsutredningar till sjöss, vilket också klart framgår av UNCLOS artikel 94(7) som citerades ovan. Också enligt IMO och EU reglerna följer en skyldighet att utreda alla allvarliga olyckor.¹⁰¹ Skyldigheten vilar främst på flaggstaten, men kan också falla på kuststat eller andra stater "med väsentligt intresse" i olyckan, vilket bl.a. inkluderar stater vars medborgare dött i olyckan.¹⁰² För att gynna samarbetet på EU-nivå upprättas också en permanent samarbetsstruktur för ändamålet.¹⁰³ Utgångspunkten enligt IMO-koden är att varje mycket allvarlig olycka ska utredas och att skyldigheten i utgångspunkt vilar på flaggstaten.¹⁰⁴ Det finns möjligheter för flaggstater att uppfylla skyldigheten genom att låta en annan "stat med väsentligt intresse" överta ledningen av utredningen i enlighet med vissa regler.¹⁰⁵

Möjligheten att flaggstaten inte utreder eller samarbetar till övriga staters belåtenhet har lett till en möjlighet för stater med väsentligt intresse att utföra egna parallellundersökningar. Bortsett från en mycket allmän hållen

¹⁰⁰ Se t.ex. brev av inrikesminister Damberg i not 98 ovan.

¹⁰¹ Definitionen av en "mycket allvarlig olycka", som ger upphov till en utredningsskyldighet, är gemensam i IMO och EU- regelverken och inkluderar bl.a. olyckor där fartyget eller människoliv gått förlorade. (IMO koden, para. 2(22),

¹⁰² IMO koden para. 2.20, Direktiv 2009/18, artikel 3(2)(f)).

¹⁰³ Direktiv 2009/18, artikel 10

¹⁰⁴ IMO koden para. 6.1 och 6.2.

¹⁰⁵ IMO koden kapitel 7, se också direktivet 2009/18 artikel 7(3).

24

samarbetsskyldighet, ges stora möjligheter för sådana parallellutredningar i IMO regelverket.¹⁰⁶

På den punkten är emellertid EU-rätten betydligt striktare. Direktiv 2009/18 medger stor flexibilitet för de inblandade staterna att avgöra vem som leder utredningen, men förhåller sig avvisande till parallellundersökningar. I direktivet poängteras att "i princip ska varje sjöolycka eller tillbud till sjöss vara föremål för endast en utredning" och att "parallella säkerhetsutredningar av samma sjöolycka eller tillbud till sjöss ska vara strikt begränsade till undantagsfall."¹⁰⁷ Skälen för sådana parallellundersökningar måste meddelas kommissionen.¹⁰⁸ Vidare finns det i artikel 7(4) en specialregel, som bottnar i direktivet från 1999, som också - men på andra grunder - fördelar ansvaret för utredningsarbetet gällande m/s *Estonia* till Estland, tills man gemensamt enats om ansvarsfördelningen:

När ett ro-ro-passagerarfartyg eller ett höghastighetspassagerarfartyg är inblandat i en sjöolycka eller ett tillbud till sjöss, ska säkerhetsutredningen inledas av den medlemsstat på vars territorialhav eller inre vatten enligt definitionen i Unclos olyckan eller tillbudet sker eller, om olyckan eller tillbudet sker på annat vatten, av den medlemsstat som fartyget besökte senast. Denna stat ska vara ansvarig för säkerhetsutredningen och samordningen med övriga medlemsstater med väsentligt intresse till dess att man gemensamt enats om vilken stat som ska ha ansvar för utredningen.

3.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis stöttar både det folkrättsliga, och i synnerhet det EUrättsliga regelverket om olycksutredningar att det är (det opartiska och permanenta utredningsorganet i) Estland som har ansvaret för en framtida utredning av olyckan. Övriga stater med väsentligt intresse, i detta fall särskilt Sverige och Finland, har dock goda möjligheter att fullt ut delta i arbetet enligt de arrangemang man kommer överens om och de garantier som ges.¹⁰⁹ Regelverket tillåter i och för sig att man förhandlar om ansvaret, men i synnerhet EUregelverket förhåller sig avvisande till tanken på att flera utredningar görs parallellt av flera olika medlemsstater. En gemensam undersökning, ledd av Estland, vore således det naturligaste tillvägagångssättet, både enligt UNCLOS, IMO-regelverket och EU-direktivet.

Det kan slutligen tilläggas att i den mån det bedöms finnas konflikter mellan EUregelverket

och nationell lagstiftning på detta område kommer EU-lagstiftningen att ges företräde, oavsett formen av den nationella lagstiftningen.¹¹⁰ Det samma gäller eventuella konflikter mellan EU-rätten och 1995-års avtal.¹¹¹ Detta

¹⁰⁶ IMO koden, para. 9.1 och 9.2.

¹⁰⁷ Direktiv 2009/18, artikel 7(1)

¹⁰⁸ Direktiv 2009/18, artikel 7(1)(3), som dock inte verkar ge kommissionen en möjlighet att invända mot förfarandet.

¹⁰⁹ Se t.ex. Direktiv 2009/18, artikel Art 7(1)(2): Inom ramen för denna överenskommelse ska andra stater med väsentligt intresse ha samma rättigheter och tillgång till vittnen och bevis som den medlemsstat som leder säkerhetsutredningen. De ska också ha rätt att få sin ståndpunkt beaktad av den medlemsstat som ansvarar för utredningen.

¹¹⁰ Mål 6/64 *Costa v ENEL* 1964 ECR1203, Mål 106/77 *Simmentahl* 1978 ECR 629.

¹¹¹ EU-domstolen har slagit fast att det följer av Artikel 351 i TFEU att EU-reglerna har företräde och att folkrättsliga avtal mellan två eller flera medlemsstater som har tidigare förpliktelser

25

innebär att om EU regelverket skulle anses ge Estland rätt att utreda olyckan utan Finlands och Sveriges medverkan, skulle 1995-års avtal inte hindra det även om avtalet uttryckligen hade krävt ett konsensusbeslut om saken.

4 Konklusion

Det finns m.a.o. flera olika sorters juridiska hinder i vägen för att de övriga avtalsparterna skall kunna förhindra eller ställa villkor på estniskledda dykningar i syfte att skaffa mer information om orsakerna bakom Estoniaolyckan.

Sådana hinder är att det gäller en 1) utländsk aktörs verksamhet 2) utanför något lands territorium. Denna verksamhet är 3) inte begränsad i folkrätten generellt, och heller 4) inte förbjuden i det särskilda avtal som reglerar vraket eller 5) (sannolikt) i statens vars nationalitet personerna som utför arbetet har. I tillägg utförs aktiviteten 6) på uppdrag av en stat, som 7) inte förbjuder aktiviteten i sin nationella lagstiftning och som 8) har drabbats hårt av olyckan och har ett betydande och genuint intresse av att få fram mer information händelseförloppet. 9) Aktiviteten syftar enbart till att få fram mer information om olyckan och företräder därmed ett betydande allmänintresse, samtidigt som den 10) inte innebär en stor fysisk åverkan på vraket. Härtill stöder uttryckligen både 11) havsrättsliga och 12) EU-rättsliga regler principen om att det är Estland som tar initiativet till och har huvudansvaret för dylika olycksutredningar. Utmaningarna är ännu större i Sverige än i Finland, eftersom vrakets lokalisering på finsk kontinentalsockel och ekonomisk zon ger Finland en viss - låt vara begränsad - "kvasi-territoriell" jurisdiktion i området.

Det är dock värt att betona att den ovan förda juridiska diskussionen om juridiken kring dykningar i syfte att få mer information om olycksförloppet i huvudsak är ny, trots att orsakerna bakom Estoniatragedin har debatterats i årtionden. Tidigare har initiativ till sådana dykningar tagits av privata personer eller organisationer, som förhållandevis klart har kunnat hanteras under de nationella gravfridslagarna. Det som på ett avgörande sätt förändrar den juridiska utgångspunkten i nuvarande situation är att initiativet till fortsatta undersökningar nu tagits av en regering i en av de tre parterna till 1995-års avtal.

Den därvid uppkommande mellanstatliga karaktären av diskussionen innebär att en ökad vikt faller på de folkrättsliga källorna för att avgöra rättsläget, på bekostnad av nationella lagar. Dessutom inverkar den estniska regeringens önskan av fortsatta undersökningar också betydligt på avvägningen av de olika gentemot varandra i folkrättsliga avtal, trots att denna fråga inte specifikt regleras i artikeln. Motsvarande tillämpas på områden som inte har tillhört EU-kompetens då avtalet ingåtts men snare blivit sedermera övergått till EU-kompetens. Avtalet ska således inte tillämpas mellan medlemsstater om de inte är förenliga med EU-rätten. Se t.ex. Mål C-478/07 *Budejovický Budvar*, ECLI:EU:C:2009:521, punkter 98-99 med vidare referenser. Se också A. Rosas & L. Armati, *EU Constitutional Law - An Introduction*, Hart Publishing, 2010, s. 212 och H. Ringbom, *The EU Maritime Safety Policy and International Law*, Brill, 2008, ss 129-131.

26

staternas intressen i frågan, vilket i sin tur påverkar hur regelverket tolkas och tillämpas.

Sammantaget visar genomgången ovan m.a.o. att det inte finns juridiska hinder, varken folkrättsligt eller EU-rättsligt, för Estland att utföra en utredning om olycksorsakerna, även om den skulle innefatta dykningar och annan undervattensverksamhet i det skyddade området i syfte att skaffa fram material för utredningen.

Trots att Finland och Sverige inte har någon (veto)rätt att avgöra huruvida dykningar i estnisk regi ska utföras för detta ändamål, förväntas de, och har goda förutsättningar att involvera sig tätt i utredningen. Om man i dessa länder trots allt anser att de nationella lagarna hindrar medverkan i dykningsfasen, kan man antingen ändra lagen innan dykningarna inleds eller överlåta undervattensdelen av undersökningen till utnämnda experter som inte hindras av sådan nationell lagstiftning. Det finns inga hinder alls i vägen för ett aktivt deltagande av Finland och Sverige i de övriga delarna av utredningsarbetet.

Idealiskt sett skulle förstås alla tre stater samarbeta tätt kring utredningen, inklusive dykarbetet. I avsaknad av sådana idealiska förhållanden framstår det som en betydligt förnuftigare lösning att Estland utför ett grundligt dykarbete på egen hand, med hjälp av behövlig extern expertis och i nära konsultation med de övriga staterna, än att arbetet förblir ogjort eller ofullständigt utfört. Särskilt olyckligt skulle det vara om fullständiga dykningar i området för att utreda olycksorsaken skulle motarbetas på diffusa juridiska grunder som inte visar sig tåla närmare granskning.

Den gemensamma hållning i ärendet som för närvarande verkar vara under uppbyggnad mellan de tre staterna är därför mycket välkommen, av juridiska såväl som av politiska skäl. Det ger staterna möjlighet att en gång för alla och tillsammans utföra en möjligast noggrann utredning av vraket, som i sin tur möjliggör en möjligast trovärdig utredning av orsakerna till den största tragedin i östersjösjöfartens historia. Juridiken bör inte ligga i vägen för en sådan

utredning och avsikten med denna artikel är att visa att den inte heller gör det.