

SEKTION FYRA

MÅLET JONES OCH ANDRA MOT STORBRIANNIEN

(Ansökningar nr. 34356/06 och 40528/06)

DOMSLUT

STRASBOURG

14 januari 2014

SLUTLIG

02/06/2014

Denna dom har vunnit laga kraft enligt artikel 44 § 2 i konventionen. Den kan komma att revideras redaktionellt.

I målet Jones och andra mot Storbriannien

avkunnar Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (sektion fyra), i egenskap av en kammare bestående av:

Ineta Ziemele, *ordförande*,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Vincent A. De Gaetano,

Paul Mahoney, *domare*,

och Françoise Elens-Passos, *sektionsregistrator*,

efter enskilda överläggningar den 10 december 2013

följande dom, vilken fastställdes detta datum:

FÖRFARANDE

1. Målet hade sitt ursprung i två ansökningar (nr. 34356/06 och 40528/06) mot Förenade konungariket Storbriannien och Nordirland inlämnade till domstolen enligt artikel 34 i konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ("konventionen"). I den första är sökanden Ronald Grant Jones, en brittisk medborgare född 1953. Hans ansökan lämnades in den 26 juli 2006. I den andra är sökandena Alexander Hutton Johnston Mitchell, William James Sampson och Leslie Walker. De är också brittiska medborgare och är födda 1955 respektive 1959 och 1946. Sampson har också kanadensiskt medborgarskap. Deras ansökan lämnades in den 22 september 2006.

2. Jones företrädde av G. Cukier, en advokat med praktik i London hos Kingsley Napley LLP. Mitchell, Sampson och Walker, som hade fått rättshjälp, företrädde av T. Allen, en advokat med praktik i London hos Bindmans LLP. Storbrianniens regering ("regeringen") företrädde av sitt ombud, J. Grainger, från utrikes- och samväldesministeriet.

3. Sökandena hävdade framför allt att beviljandet av immunitet i civilrättsliga förfaranden till Konungariket Saudiarabien i Jones mål och till de enskilda svarandena i båda målen utgjorde ett oproportionerligt intrång i deras rätt till tillgång till domstolen enligt artikel 6 i konventionen.

4. Den 15 september 2009 meddelades regeringen om ansökningarna. Man beslutade också att fälla utslag om ansökningarnas tillåtlighet och grunder samtidigt (artikel 29 § 1).

5. Redress Trust ("REDRESS"), Amnesty International, International Centre for the Legal Protection of Human Rights ("INTERIGHTS") och JUSTICE ("tredjepartsintervenienterna") fick tillstånd av kammarens

ordförande att delta i det skriftliga förfarandet (artikel 36 § 2 i konventionen och regel 44 § 2). De ingav gemensamma skriftliga kommentarer.

6. Sökandena begärde ett muntligt förhör, men den 29 november 2011 beslutade kammaren att inte hålla något förhör i målet.

FAKTA

I. OMSTÄNDIGHETERNA I MÅLET

A. Anklagelser om tortyr och förfaranden inledda av Jones

7. Den 15 mars 2001, då han bodde och arbetade i Konungariket Saudiarabien, skadades Jones lätt när en bomb exploderade utanför en bokhandel i Riyadh. Han hävdar att han dagen efter fördes bort från sjukhuset av företrädare för Saudiarabien och hölls olagligt inspärrad i 67 dagar. Under denna tid blev han torterad av en viss överstelöjtnant Abdul Aziz. Han hävdar i synnerhet att han blev slagen med en käpp på sina handflator, fötter, armar och ben, blev örfilad och slagen i ansiktet, blev upphängd i armarna under långa perioder, blev belagd med bojor runt fotlederna, utsattes för sömntortyr och fick sinnesförändrande droger.

8. Jones återvände till Storbritannien, där man vid en hälsoundersökning fann att han hade skador som stämde med hans berättelse och där han fick diagnosen svårt posttraumatiskt stressyndrom.

9. Den 27 maj 2002 inledde Jones förfaranden i överdomstolen mot "Konungariket Saudiarabiens inrikesministerium" och överstelöjtnant Abdul Aziz, och krävde skadestånd för bland annat tortyr. I den närmare redogörelsen för kravet nämnde han överstelöjtnant Abdul Aziz som en tjänsteman eller företrädare för Saudiarabien. Delgivning begärdes från Saudiarabien via dess dåvarande juridiska ombud, men de juridiska ombuden klagade att de inte hade befogenhet att acceptera delgivning av kravet mot överstelöjtnant Abdul Aziz.

10. Den 12 februari 2003 begärde Saudiarabien att kravet skulle annulleras på grundval av att landet och dess tjänstemän och företrädare hade immunitet och att de engelska domstolarna inte var behöriga. Jones ansökte om tillstånd att delge överstelöjtnant Abdul Aziz kravet på annat sätt. I sitt domslut den 30 juli 2003 fastslog en biträdande domare i överdomstolen att Saudiarabien hade immunitet enligt avsnitt 1(1) i 1978 års lag om statlig immunitet ("1978 års lag": se stycke 39 nedan). Han fastslog dessutom att även överstelöjtnant Abdul Aziz hade immunitet enligt denna lag och nekade tillstånd att medge delgivning på annat sätt. Jones överklagade till appellationsdomstolen.

B. Anklagelser om tortyr och förfaranden inledda av Mitchell, Sampson och Walker

11. Mitchell och Sampson arresterades i Riyadh i december 2000, och Walker arresterades där i februari 2001. Samtliga tre sökande hävdade att de medan de hölls i förvar utsattes för utdragen och systematisk tortyr, inklusive slag mot fötter, armar, ben och huvud samt sömntortyr. Sampson hävdade att han utsattes för anal våldtäkt. Sökandena släpptes fria och återvände till Storbritannien den 8 augusti 2003. Var och en av dem fick medicinska rapporter där det slogs fast att deras skador stämde med deras berättelser.

12. Sökandena beslutade sig för att inleda förfaranden i högsta domstolen mot de fyra personer de ansåg vara ansvariga: två poliser, den ställföreträdande chefen för det fängelse där de hölls i förvar samt den inrikesminister som påstods ha godkänt tortyren. De begärde därför tillstånd att delge de fyra personerna sitt krav utanför jurisdiktionen. Den 18 februari 2004 avslogs begäran av samma biträdande domare som hade tagit emot Jones krav, på grundval av hans tidigare utslag om Jones. Men den biträdande domaren erkände att han hade kunnat dra nytta av en mer omfattande diskussion än för ansökningarna gällande Jones krav, och sade:

"/.../ [Om] jag hade fått ärendet som en fristående ansökan utan att jag hade fattat beslut i målet *Jones* /.../ hade jag kanske varit frestad att medge delgivning utanför jurisdiktionen på grundval av att jag efter att ha hört argumenten är benägen att anse att det finns grund för ett förfarande mot dessa svarande gällande huruvida dessa domstolar har domsrätt över dem."

13. Sökandena överklagade till appellationsdomstolen med tillstånd av den biträdande domaren.

C. Domslutet i appellationsdomstolen

14. De två målen förenades, och den 28 oktober 2004 publicerade appellationsdomstolen sitt domslut. Den avvisade enhälligt Jones överklagande av den biträdande domarens beslut att neka tillstånd att delge Saudiarabien utanför jurisdiktionen. Dock tillstyrkte den överklagandena om nekandet i varje mål att delge de enskilda svarandena.

15. I fråga om Saudiarabiens immunitet vägrade dock Lord Justice Mance, med instämmande av Lord Phillips och Lord Justice Neuberger, att frångå denna domstols utslag i *Al-Adsani mot Storbritannien* [GC], nr. 35763/97, ECHR 2001-XI. Han fann vidare att artikel 14(1) i FN:s tortyrkonvention (se stycke 63 nedan), som ålägger en fördragsslutande stat att se till att ett tortyroffer får gottgörelse, inte kunde tolkas som ett åläggande av en förpliktelse för en stat att ge gottgörelse för tortyrhandlingar när dessa handlingar har begåtts av en annan stat i denna andra stat.

16. I fråga om de enskilda svarandenas immunitet beaktade Lord Justice Mance rättspraxis i de nationella domstolarna och domstolar i andra jurisdiktioner, som erkände statlig immunitet *ratione materiae* i fråga om handlingar utförda av statens företrädare. Han påpekade dock att inga av dessa mål handlade om beteenden som skulle betraktas som liggande utanför all lämplig utövning av suverän makt eller om internationell brottslighet, än mindre om systematisk tortyr. Han accepterade inte att definitionen av tortyr i artikel 1 i tortyrkonventionen som en handling "av eller på anstiftan av eller med medgivande av eller genom passivitet från en offentlig tjänsteman eller annan person i offentlig ställning" (se stycke 59 nedan) kullkastade sökandenas krav:

"71. /.../ Det verkar tvivelaktigt att frasen 'i offentlig ställning' inskränker hänvisningen till 'offentlig tjänsteman'. De typer av syften i vilka smärta eller lidande måste tillfogas /.../ framstår som utgörande en tillräcklig begränsning i fråga om en offentlig tjänsteman. Hur det än må vara med den saken gör kravet på att smärtan eller lidandet tillfogas av en offentlig tjänsteman enligt min mening föga mer än att identifiera upphovsmannen och det offentliga sammanhang i vilket upphovsmannen måste agera. Det varken förlänar själva tortyrhandlingarna någon officiell eller regeringsrelaterad karaktär eller natur eller innebär att det på något sätt kan ses som en officiell funktion att tillfoga, eller att en tjänsteman kan ses som företrädare för staten vid tillfogandet av, detta slags smärta eller lidande. Det antyder ännu mindre att den tjänsteman som tillfogar smärtan eller lidandet kan få skydd i form av statlig immunitet /.../ Tortyrkonventionens hela innebörd är att betona statliga tjänstemäns enskilda ansvar för tortyrhandlingar /.../"

17. Lord Justice Mance ansåg det inte vara av någon betydelse att överstelöjtnant Abdul Aziz hade beskrivits i Jones krav som en "tjänsteman eller företrädare" för Saudiarabien. Han accepterade inte heller att allmänna skillnader mellan straff- och civilrätt berättigade en åtskillnad mellan tillämpningen av immunitet i de två sammanhangen. Han påpekade att överhuset i *Pinochet (nr. 3)* (se stycke 44–56 nedan) hade ansett att det inte kunde finnas någon immunitet mot rättegång för en enskild officer som hade utfört tortyr utomlands i ett officiellt sammanhang. Det var inte lätt att förstå varför civilrättsliga förfaranden mot en påstådd torterare kunde sägas utgöra ett större intrång i en främmande stats interna angelägenheter än brottmålsprocesser mot samma person. Det var också orimligt att en påstådd torterare om han var inom forumstatens jurisdiktion skulle bli åtalad enligt artikel 5(2) i tortyrkonventionen (se stycke 62 nedan) och ingen immunitet skulle kunna hävdas, men offret för den påstådda tortyren skulle inte kunna ställa några civilrättsliga krav. Vidare fanns det ingen grund för att anta att en stat i civilrättsliga förfaranden kunde fastslås vara skyldig att gottgöra eller på annat sätt stödja en av sina tjänstemän som bevisligen hade utfört systematisk tortyr.

18. Mance LJ ansåg att frågan om huruvida krav kunde ställas i engelska domstolar mot enskilda personer inte lämpligast borde avgöras med avseende på immunitet, utan med avseende på om det var lämpligt för de

engelska domstolarna att utöva domsrätt. Ett antal faktorer var relevanta för bedömningen av denna fråga, bland annat det känsliga i de frågor som behandlades och de engelska domstolarnas allmänna befogenhet att neka domsrätt på grundval av att England var ett olämpligt forum för rättsprocessen.

19. Vid bedömningen av effekten av artikel 6 fann Lord Justice Mance viktiga distinktioner mellan en stats hävdande av immunitet *ratione personae*, som det handlade om i *Al-Adsani*, och en stats hävdande av immunitet *ratione materiae* för sina tjänstemän, som det handlade om i de aktuella målen. För det första ansåg han att det var omöjligt att identifiera någon etablerad internationell princip som gav staten rätt att hävda immunitet mot krav riktade mot en tjänsteman snarare än mot staten eller dess statschef eller diplomater. Han ansåg att Förenta staternas lagstiftning och rättspraxis (se stycke 112–125 nedan) stred starkt mot varje sådan etablerad princip och intog en motsatt hållning. Sätillvida som regeringens ombud sade sig hänvisa till bevis på etablerad praxis noterade Mance LJ att den rättspraxis han hänvisade till gällde antingen själva statens immunitet eller immunitet för enskilda tjänstemän vid påstådd misskötsamhet som inte hade någon relation i sak eller allvarsgrad till systematisk tortyr som internationellt brott. Han ansåg att utlåtandena i det särskilda yttrandet från domarna Higgins, Kooijmans och Buergenthal om domslutet i Internationella domstolen i *arresteringsordermålet* (se stycke 84–85 nedan) gav ytterligare bekräftelse på att det inte fanns någon etablerad internationell praxis på detta område.

20. Mance LJ förklarade att då i enlighet med artikel 14 i tortyrkonventionen en stat hade skapat ett nationellt rättsmedel för tortyr i den stat där denna tortyr utfördes kunde andra nationella domstolar förväntas vägra att utöva domsrätt. Men då det inte fanns något lämpligt rättsmedel i den stat där den systematiska tortyren skedde kunde det ses som oproportionerligt att allmänt vägra tillgång till tvistemålsdomstolarna i en annan jurisdiktion. Han erkände att domstolarna i en stat inte utan vägande skäl skulle besluta om en annan stats inre angelägenheter, men ansåg att det fanns många omständigheter, särskilt gällande mänskliga rättigheter, under vilka nationella domstolar måste överväga och komma fram till en uppfattning om andra staters ståndpunkter eller handlingar.

21. Lord Justice Mance slog fast att ett medgivande av allmän effekt för ett annat lands anspråk på statsimmunitet *ratione materiae* med avseende på en statstjänsteman som påstås ha utfört systematisk tortyr skulle kunna göra rätten till tillgång till en domstol enligt artikel 6 meningslös i ett mål där tortyroffret inte kunde förvänta sig att kunna vända sig till den stat vars tjänstemän utförde tortyren. Han tillstyrkte därför sökandenas överklaganden med avseende på de enskilda svarandena, vidarebefordrade dem för vidare diskussion och fastslog följande:

"96. /.../ [S]om jag ser det måste ett kategoriskt synsätt på immunitet i alla fall inför påståenden om systematisk tortyr få stå tillbaka till förmån för en mer nyanserad eller proportionerlig hållning. Som det nu förhåller sig, med avseende på [Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna], räcker det att besluta om detta överklagande, oavsett om frågor om statlig immunitet behandlas eller inte behandlas som teoretiskt åtskilda från frågor om domsrätt i engelsk lagstiftning, att tillåtligheten, lämpligheten och proportionaliteten i utövandet av domsrätt borde fastslås på en och samma gång. En sådan slutsats är ett uttryck för den vikt man i världen av i dag och i nuvarande internationell begreppsbildning och rättspraxis fäster vid erkännandet och den effektiva verkställigheten av enskilda mänskliga rättigheter. Den stämmer väl överens med det ställningstagande som redan gjorts om brottmålsprocesser. Den tar hänsyn till vår skyldighet enligt artikel 6 i [konventionen] att inte neka tillgång till våra domstolar, under omständigheter då det annars skulle vara lämpligt att utöva domsrätt genom tillämpning av nationella domsrättsprinciper, om det inte skulle tjäna ett legitimt syfte och vara proportionerligt att göra detta."

22. I sitt instämmande domslut instämde Lord Phillips i Mance LJ:s slutsatser gällande både kravet gentemot Saudiarabien och kraven gentemot de enskilda tjänstemännen. I synnerhet ansåg han att domslutet i *Pinochet (nr. 3)* (se stycke 44–56 nedan) hade visat att tortyr inte längre kunde ingå i en statstjänstemans tjänsteplikter. Av detta följde att om civilrättslig talan väcktes mot enskilda personer för tortyrhandlingar under omständigheter där staten var immun mot talan kunde man inte utgå från att staten skulle vara principalansvarig: det var de enskilda personernas ansvar, inte statens, som saken gällde.

23. Om denna domstols hållning gjorde han följande kommentar:

"134. Om den stora kammaren hade bedömt ett krav på statsimmunitet i relation till talan väckt mot enskilda personer tror jag inte att det hade funnits en majoritet för uppfattningen att detta utgjorde en berättigad begränsning av rätten till tillgång till en domstol enligt artikel 6(1). Om domstolen hade haft tillgång till de slutsatser som vi har dragit om detta överklagande skulle den ha kommit fram till att det inte fanns någon erkänd regel i folkrätten som gav sådan immunitet. Om den hade dragit slutsatsen att det fanns en sådan regel bedömer jag att den sannolikt hade ansett att det inte skulle vara proportionellt att tillämpa regeln för att förhindra att civila rättsmedel användes mot enskilda."

D. Domen i överhuset

24. Saudiarabien överklagade appellationsdomstolens beslut till överhuset gällande de enskilda svarandena, och Jones överklagade appellationsdomstolens beslut gällande hans talan mot Saudiarabien. Den 14 juni 2006 tillstyrkte överhuset enhälligt Saudiarabiens överklagande och avslog överklagandet från Jones.

25. Lord Bingham ansåg att det fanns "starka belägg" i Storbritannien och på annat håll för att påstå att en stat fick kräva immunitet för sina tjänstemän eller företrädare och att statens rätt till immunitet inte kunde kringgås genom att man stämde dem i stället. I vissa gränsfall kunde det råda tvivel om huruvida en enskild persons handlingar, även om denne var

en tjänsteman eller företrädare, hade tillräcklig koppling till en stat för att den skulle ha rätt att kräva immunitet för dennes handlingar. Enligt hans mening var dessa fall dock inte gränsfall. Överstelöjtnant Abdul Aziz blev föremål för rättsliga åtgärder som en av Saudiarabiens tjänstemän eller företrädare, och det fanns inget som sade att hans handlingar inte utfördes under ansvarsbefrielse eller påstådd ansvarsbefrielse från hans plikter. De fyra svarandena i det andra målet var offentliga tjänstemän och de påstådda handlingarna utfördes i offentliga lokaler under en förhørsprocess.

26. Vidare, med hänvisning till International Law Commissions Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts ("artikelutkastet om det statliga ansvaret för internationellt olagliga handlingar": se stycke 107–109 nedan), sade Lord Bingham: "folkrätten kräver inte, som ett villkor för en stats rätt att kräva immunitet för sin tjänstemans eller företrädares handlingar, att den senare skulle ha handlat i enlighet med sina anvisningar eller sin befogenhet". Det faktum att handlingen var olaglig eller betänklig utgjorde inte i sig självt en grund för att neka immunitet.

27. För att sökandena skulle kunna ställa sitt krav enligt konventionen förklarade Lord Bingham att de måste bevisa tre påståenden. För det första måste de visa att artikel 6 i konventionen gällde genom beviljandet av immunitet; Lord Bingham var beredd att anta, baserat på denna domstols domslut i *Al-Adsani*, som anförts ovan, att den gjorde det. För det andra måste de visa att beviljandet av immunitet berövade dem tillgång till domstol; Lord Bingham var övertygad om att det tydligt skulle göra det. För det tredje måste sökandena visa att begränsningen inte hade ett legitimt syfte och var oproportionerlig.

28. Lord Bingham instämde inte i sökandenas påstående att tortyr inte kunde vara en regeringshandling eller officiell handling eftersom tortyr enligt artikel 1 i tortyrkonventionen måste utföras av eller med tyst medgivande från en offentlig tjänsteman eller annan person i offentlig ställning (se stycke 59 nedan). Trots att sökandena hänvisade till omfattande belägg som visade att domstolarna i Förenta staterna inte brukade erkänna handlingar utförda av enskilda tjänstemän som utförda i offentlig ställning med avseende på immunitet om dessa handlingar stred mot ett *jus cogens*-förbud fann Lord Bingham att det inte var nödvändigt att undersöka dessa belägg eftersom de bara var av betydelse i så måtto som de uttryckte principer som vanligen omfattades av och följdes i andra stater. Som domarna Higgins, Kooijmans och Buergenthal hade sagt i sitt instämmande yttrande i *arresteringsordermålet* hade dock USA:s "unilaterala" hållning inte vunnit "allmänt gillande bland andra stater" (se stycke 84 nedan).

29. I fråga om sökandenas bruk av rekommendationen från Förenta nationernas kommitté mot tortyr av den 7 juli 2005 gällande Kanada, kommentarerna i domslutet i Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien i *Furundzija* samt domslutet i den italienska

kassationsdomstolen i *Ferrini mot Tyskland* (se stycke 66 respektive 82 och 140 nedan) ansåg Lord Bingham att det första hade viss juridisk betydelse, att det andra var ett *obiter dictum* och att det tredje inte var ett korrekt uttryck för folkrätten.

30. Lord Bingham identifierade fyra argument som anförts av Saudiarabien som han ansåg var "kumulativt oavvisliga". För det första måste sökandena mot bakgrund av slutsatsen i Internationella domstolen i *arresteringsordermålet* acceptera att statlig immunitet *ratione personae* kunde krävas för en sittande utrikesminister anklagad för brott mot mänskligheten. Av detta följde att förbudet mot tortyr inte automatiskt åsidosatte folkrättens alla andra regler. För det andra möjliggjorde artikel 14 i tortyrkonventionen inte universell civil domsrätt. För det tredje medgav Förenta nationernas konvention om immunitet för stater och deras egendom från 2004 ("FN:s immunitetskonvention": se stycke 75–80 nedan) inte något undantag från immuniteten mot civilrättsliga krav baserat på tortyrhandlingar; även om ett sådant undantag övervägdes av en arbetsgrupp i International Law Commission nåddes ingen överenskommelse om detta (se stycke 79 nedan). Lord Bingham noterade i fråga om detta att även om vissa kommentatorer hade kritiserat FN-konventionen för att den inte innehöll något undantag för tortyr så accepterade de ändå att detta område inom folkrätten var "obestämt" och påstod inte att det fanns ett internationellt samförstånd till förmån för ett sådant undantag. Slutligen fanns det inga bevis för att stater hade erkänt eller hävdats något folkrättsligt åtagande att utöva universell domsrätt över krav som härrörde ur påstådda brott mot absoluta normer i folkrätten, och det rädde inte heller något rättsligt eller fackmässigt samförstånd om att de borde göra det. Av dessa skäl höll Lord Bingham med appellationsdomstolen om att den talan som Jones väckt mot Saudiarabien skulle avvisas.

31. I fråga om de enskilda svarandena fann han att appellationsdomstolens slutsats om kraven gällande tortyr inte kunde godkännas. Han ansåg att appellationsdomstolen felaktigt hade avvikit från ställningstagandet i sitt tidigare utslag i *Propend* att statliga tjänstemäns handlingar skulle anses vara handlingar utförda av staten själv (se stycke 42–43 nedan). Han förklarade:

"30. /.../ [D]et fanns inget principiellt skäl till denna avvikelse. En stat kan bara handla via tjänstemän och företrädare, deras officiella handlingar är statens handlingar, och statens immunitet när det gäller dem är grundläggande för principen om statlig immunitet. Detta fel fick till följd att medan konungariket ansågs vara immunt och inrikesministeriet i egenskap av regeringsdepartement ansågs vara immunt så gällde detta inte inrikesministern (den fjärde svaranden i det andra målet), en mycket slående oegentlighet.

32. Lord Bingham förklarade att detta första fel hade fört domstolen in i ett andra: dess slutsats att ett civilrättsligt krav mot en enskild torterare inte

indirekt involverade staten i något mer betänkligt avseende än ett brottmål. Han påpekade:

"31. /.../ En stat är inte straffrättsligt ansvarig enligt folkrätten eller enligt engelsk lag, och kan därför inte direkt dras in i brottmålsprocesser. Ett åtal mot en tjänsteman eller företrädare för en tortyrhandling enligt artikel 1 i tortyrkonventionen är grundat på ett uttryckligt undantag från den allmänna regeln om immunitet. Det står dock klart att en civilrättslig talan mot enskilda torterare baserad på handlingar av officiell tortyr indirekt involverar staten eftersom deras handlingar kan tillskrivas den. Om dessa yrkanden mot de enskilda svarandena skulle genomföras och godkännas skulle kungadömetns intressen uppenbarligen påverkas, även om det inte är en namngiven part."

33. Enligt Lord Bingham's mening berodde båda felen på en feltolkning av *Pinochet* (nr. 3) (se stycke 44–56 nedan), som gällde endast brottmålsprocesser. Distinktionen mellan brottmålsprocesser (vilka var föremål för universell domsrätt) och civilrättsliga förfaranden (vilka inte var det) var, sade han, "grundläggande" och kunde inte "undanröjas genom önsketänkande".

34. Slutligen påpekade Lord Bingham att appellationsdomstolen hade funnit att domsrätten bör vägledas av "lämplig användning eller utveckling av diskretionära principer". Han ansåg att detta var en missuppfattning av den statliga immunitetens beskaffenhet. I förekommande fall var statlig immunitet ett absolut preliminärt hinder och en stat var antingen immun mot en utländsk domstols domsrätt eller inte, så det fanns inget tolkningsutrymme.

35. Lord Hoffmann, som instämde i domen, ansåg att det inte fanns någon automatisk konflikt mellan *jus cogens*-förbudet mot tortyr och lagen om statlig immunitet: Statlig immunitet var en processregel och Saudiarabien rättfärdigade genom sitt hävdande av immunitet inte tortyr utan invände bara mot de engelska domstolarnas domsrätt att besluta om man hade använt tortyr eller inte. Han anförde med bifall påpekandet från Hazel Fox QC (*The Law of State Immunity* (2004), s. 525) att statlig immunitet inte "stred mot förbudet i en *jus cogens*-norm utan bara förflytta[de] ett brott mot den till en annan metod för avgörande". För Lord Hoffmann kunde en konflikt bara uppstå om förbudet mot tortyr hade gett upphov till en underordnad processregel som genom undantag från statlig immunitet tillät en stat att utöva civilrättslig domsrätt över andra stater. Liksom Lord Bingham fann han att de anförda källorna inte gav något stöd i folkrätten för en sådan regel.

36. I fråga om tillämpningen av statlig immunitet på enskilda svarande påpekade Lord Hoffman att det för att man skulle kunna fastställa att beviljandet av immunitet för en tjänsteman skulle göra intrång i den rätt till tillgång till en domstol som garanteras av artikel 6 i konventionen var nödvändigt, liksom vid immunitet för själva staten, att visa att folkrätten inte krävde att immunitet mot civilrättslig talan gavs för tjänstemän som påstods ha utfört tortyr. Han ansåg att det återigen var omöjligt att hitta

något sådant undantag i ett fördrag. Han redogjorde relativt detaljerat för de omständigheter under vilka en stat skulle vara ansvarig för en tjänstemans handling i folkrätten och ansåg att det var tydligt att en stat skulle bli ansvarig enligt folkrätten om en av dess tjänstemän "under föregiven auktoritet" torterade en medborgare från en annan stat, även om handlingarna var olagliga och obemyndigade. Han sade:

"78. /.../ Att med avseende på statlig immunitet hävda att [tjänstemannen] inte handlade i offentlig ställning skulle leda till en brist på symmetri mellan reglerna för ansvar och immunitet.

79. Vidare skulle det i fråga om tortyr råda en än mer slående brist på symmetri mellan tortyrkonventionen och reglerna för immunitet om det skulle hävdas att samma handling var offentlig med avseende på definitionen av tortyr men inte med avseende på immunitet /.../"

37. Lord Hoffman ansåg att Mance LJ:s slutsats att tortyrkonventionens definition av tortyr inte förlämnar tortyrhandlingar någon offentlig karaktär var otillfredsställande, och förklarade:

"83. /.../ Tortyrhandlingarna är antingen offentliga handlingar eller inte. Tortyrkonventionen 'förlämnar' dem inte en offentlig karaktär; de måste vara offentliga för att alls omfattas av konventionen. Och om de är tillräckligt offentliga för att omfattas av konventionen förstår jag inte varför de inte är tillräckligt offentliga för att ges immunitet."

38. Han ansåg också att appellationsdomstolens förslag till metod för utövandet av domsrätt var olämpligt, på grundval av att statlig immunitet inte var en självpåtagen begränsning utan "infördes genom folkrätten utan åtskillnad mellan olika stater". Han slog fast att det skulle vara "extremt olyckligt om regeringens rättsliga gren skulle ha rätt att besluta att den kommer att tillåta utredning av påståenden om tortyr gentemot tjänstemän i en utländsk stat men inte gentemot dem i en annan".

II. RELEVANT NATIONELL LAGSTIFTNING OCH PRAXIS

A. 1978 års lag om statlig immunitet

39. Del I av 1978 års lag handlar om omfattningen av statlig immunitet i civilrättsliga förfaranden. Avsnitt 1 stadgar följande:

"1(1) En stat har immunitet mot Storbritanniens domstolars domsrätt med undantag för vad som anges i de följande föreskrifterna i denna del av lagen.

(2) En domstol ska tillämpa den immunitet som ges enligt detta avsnitt även om staten inte deltar i de aktuella förhandlingarna."

40. I återstoden av del I av lagen identifieras undantag från immunitet inklusive följande: efterlevnad av domsrätten (avsnitt 2), kommersiella transaktioner och kontrakt som ska fullgöras i Storbritannien (avsnitt 3), anställningsavtal (avsnitt 4), personskador och egendomsskada "som

orsakats av en handling eller underlåtenhet i Storbritannien" (avsnitt 5), ägande, innehav och användning av egendom (avsnitt 6), patent, varumärken osv. (avsnitt 7), medlemskap för juridiska personer (avsnitt 8), skiljedomar (avsnitt 9), fartyg som används i kommersiellt syfte (avsnitt 10) samt moms, tullar osv. (avsnitt 11).

41. Avsnitt 14 stadgar följande:

"14(1) De immuniteter och privilegier som ges enligt denna del av denna lag är tillämpliga på alla utländska stater eller samväldesstater utöver Storbritannien, och hänvisningar till en stat inkluderar hänvisningar till:

(a) statschefen eller ett annat statsöverhuvud i den aktuella staten i dennes offentliga funktion

(b) den aktuella statens regering

(c) ett departement i den aktuella regeringen

men inte till en instans (som nedan kallas en 'separat instans') som är åtskild från de verkställande organen i statens regering och kan åtala eller åtalas.

(2) En separat instans har immunitet mot Storbritanniens domstolars doms rätt endast i följande fall:

(a) om förfarandena avser något den utfört i utövningen av suverän makt och

(b) om omständigheterna är sådana att en stat /.../ skulle ha haft sådan immunitet."

B. Propend Finance Ltd mot Sing och en annan [1997] ILR 611 ("Propend")

42. I *Propend* prövade appellationsdomstolen tillämpningen 1978 års lag på chefen för Australiens federala polismyndighet. Domstolen ansåg att svaranden hade statlig immunitet, och förklarade:

"Det skydd som ges genom 1978 års lag till stater skulle undermineras om anställda [eller] tjänstemän /.../ kunde åtalas som enskilda personer för statliga handlingar för vilka den stat de arbetade åt hade immunitet. Avsnitt 14(1) måste tolkas som att den ger enskilda anställda eller tjänstemän i en utländsk stat samma skydd som staten som sådan."

43. Domstolen påpekade att detta omdöme hade omfattande stöd i samväldesjurisdiktioner och utländska jurisdiktioner, och anförde mål från Tyskland, Kanada och USA.

C. Regina mot Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate och andra, ex parte Pinochet Ugarte (nr. 3) [2000] 1 AC 147 ("Pinochet (nr. 3)")

44. *Pinochet (nr. 3)* gällde en begäran från Spanien om utlämning av senator Augusto Pinochet från Storbritannien för att han skulle ställas inför rätta för brott, inklusive tortyr, som begåtts främst i Chile medan han var

statschef där. Senator Pinochet och Chiles regering hävdade att senatorn hade immunitet *ratione materiae* mot de påstådda förseelserna. Överhuset avkunnade sin dom i mars 1999 och ansåg enhälligt att svaranden inte hade immunitet mot åtal i fråga om anklagelserna om tortyr.

45. Lord Browne-Wilkinson påpekade att om svaranden inte hade immunitet i fråga om tortyrhandlingarna skulle det vara första gången som en lokal nationell domstol hade vägrat att ge ett tidigare statsöverhuvud immunitet på grundval av att ingen immunitet kunde ges mot åtal för vissa internationella brott. Han förklarade att antagandet av tortyrkonventionen syftade till att möjliggöra ett internationellt system inom vilket torteraren inte kunde finna någon fristad. Han noterade följande viktiga punkter: (1) "tortyr" kunde i detta sammanhang bara utföras av en offentlig tjänsteman eller en annan person som handlade i offentlig ställning, vilket inkluderade ett statsöverhuvud, (2) order från överordnade utgjorde inget försvar, (3) det fanns universell straffrättslig domsrätt, (4) det fanns ingen uttrycklig bestämmelse som avsåg statlig immunitet, (5) Chile, Spanien och Storbritannien hade alla undertecknat konventionen och var därför bundna av dess föreskrifter.

46. När det gällde fakta i målet sade han:

"Den fråga som sedan måste besvaras är om det påstådda organiserandet av statlig tortyr av senator Pinochet (om detta bevisas) skulle utgöra en handling utförd av senator Pinochet som en del av hans officiella funktioner som statsöverhuvud. Det räcker inte att säga att det inte kan ingå i statsöverhuvudets funktioner att begå ett brott. Handlingar som är olagliga enligt den lokala lagstiftningen kan ändå ha utförts officiellt och därför ge immunitet *ratione materiae*. Målet måste analyseras noggrannare.

47. Han ansåg att det fanns starka skäl att påstå att användningen av tortyr enligt definitionen i tortyrkonventionen inte kunde vara en statlig funktion, även om han tvivlade på om, innan tortyrkonventionen trädde i kraft, förekomsten av det internationella brottet tortyr som *jus cogens* var tillräcklig för att rättfärdiga slutsatsen att organiserandet av statlig tortyr inte kunde utgöra fullgörandet av en officiell funktion när det gäller immunitet. Han fortsatte:

"/.../ Inte förrän det fanns någon form av universell domsrätt för bestraffning för tortyrbrott skulle man kunna kalla det ett fullständigt definierat internationellt brott. Men enligt min uppfattning tillförde tortyrkonventionen det som saknades: en världsomfattande universell domsrätt. Vidare krävde den att alla medlemsstater förbjöd och kriminaliserade tortyr: Artikel 2. Hur kan det med avseende på folkrätten utgöra en officiell funktion att göra något som är förbjudet och kriminaliserat enligt själva folkrätten?"

48. Lord Browne-Wilkinson ansåg att om genomförandet av ett tortyrprogram var en offentlig funktion som gav immunitet *ratione materiae* så ledde det till märkliga resultat. Eftersom sådan immunitet omfattade alla statstjänstemän som deltog i fullgörandet av statens funktioner, och eftersom det internationella brottet tortyr enligt tortyrkonventionen bara kan

begås av en tjänsteman eller någon i offentlig ställning skulle alla som utfört tortyr ha rätt till immunitet. Av detta skulle följa att det inte kunde finnas något mål utanför Chile i vilket ett framgångsrikt åtal mot svaranden för tortyr kunde genomföras om inte Chile var berett att avstå från immunitet. Han fastslog följande:

"/.../ Därför är hela den detaljerade strukturen för universell domsrätt över tortyr som utförs av tjänstemän ofullgånge, och ett av huvudmålen med tortyrkonventionen – att skapa ett system inom vilket det inte finns någon fristad för torturerare – kommer att ha omintetgjorts. Enligt min åsikt visar alla dessa faktorer tillsammans att tanken om kontinuerlig immunitet för före detta statsöverhuvuden är oförenlig med föreskrifterna i tortyrkonventionen."

49. Lord Hope of Craighead tog upp frågan om huruvida begreppet officiella funktioner inkluderade handlingar av det slag som anförs i målet, handlingar som inte var privata utan utfördes vid utövning av statlig auktoritet. Han sade:

"/.../ Jag bedömer att svaret på den är väl etablerat i internationell sedvanerätt. Grunden för bedömningen är huruvida de var privata handlingar å ena sidan eller regeringshandlingar utförda i utövningen av hans befogenhet som statsöverhuvud å den andra. Den är huruvida handlingen utfördes för att främja statens intressen – oavsett om det gjordes för hans egen vinning eller tillfredsställelse eller gjordes för staten /.../ Det faktum att handlingar utförda för staten har inbegripit olagliga handlingar undanröjer inte immuniteten /.../

Det kan hävdas att det inte ingår i ett statsöverhuvuds funktioner att begå handlingar som är brottsliga enligt lagarna och konstitutionerna i hans egen stat eller ses som olagliga enligt internationell sedvanerätt. Men jag anser att detta sätt att se på frågan är principiellt oriktigt. Principen om immunitet *ratione materiae* skyddar alla handlingar som statsöverhuvudet har utfört i utövningen av regeringsfunktionerna. Det syfte i vilket de utfördes skyddar dessa handlingar från all vidare analys. Det finns bara två undantag från detta synsätt som har erkänts i internationell sedvanerätt. Det första gäller brottsliga handlingar som statsöverhuvudet utförde under föregiven auktoritet som statsöverhuvud men som i realiteten utfördes för hans egen tillfredsställelse eller vinning /.../ Det andra gäller handlingar för vilka förbudet har fått status enligt internationell rätt som *jus cogens* /.../"

50. Lord Hope slog fast att det efter antagandet av tortyrkonventionen inte längre var möjligt för någon stat som hade skrivit under den att återöppna immunitet *ratione materiae* vid påståenden om systematisk eller omfattande tortyr, vilken utgjorde ett internationellt brott, som utförts efter detta datum. Han förklarade:

"Jag skulle inte se detta som ett fall av avstående. Jag skulle inte heller acceptera att det var ett underförstått villkor i tortyrkonventionen att tidigare statsöverhuvuden skulle berövas sin immunitet *ratione materiae* med avseende på alla handlingar av officiell tortyr enligt definitionen i artikel 1. Det är befogat att de förpliktelser som erkändes i internationell sedvanerätt vid sådana allvarliga internationella brott det datum då Chile ratificerade konventionen är så pass tungt vägande att de åsidosätter alla invändningar enligt detta på grundval av immunitet *ratione materiae* mot utövningen av domsrätten över brott som begåtts efter detta datum som Storbritannien hade gett."

51. Lord Hutton slog fast att det tydliga syftet med tortyrkonventionen var att en tjänsteman i en stat som hade utfört tortyr skulle åtalas om denne fanns i en annan stat. Han ansåg därför att svaranden inte kunde hävda att order om tortyrhandlingar efter konventionens ikraftträdande var funktioner för statsöverhuvudet. Även om de tortyrhandlingar som påstods ha utförts av svaranden utfördes under förevändning av hans ställning som statsöverhuvud kunde de inte ses som funktioner för ett statsöverhuvud enligt internationell rätt när den internationella rätten uttryckligen förbjöd tortyr som en åtgärd som en stat kunde vidta under vilka omständigheter som helst och hade gjort den till ett internationellt brott.

52. Lord Saville of Newdigate instämde i att det efter tortyrkonventionens ikraftträdande inte var möjligt för statlig immunitet *ratione materiae* för tortyrhandlingar att samexistera med dess villkor. Av detta följde därför att en överenskommelse om ett undantag från den allmänna regeln om statlig immunitet *ratione materiae* fanns mellan Spanien, Chile och Storbritannien från och med det datum då de tre staterna undertecknade denna konvention.

53. Lord Millett ansåg att definitionen av tortyr i tortyrkonventionen var helt oförenlig med förekomsten av en plädering för immunitet *ratione materiae*. Han fastslog följande:

".../ Republiken Chile hade undertecknat tortyrkonventionen och måste anses ha samtyckt till införandet av en förpliktelse för utländska nationella domstolar att anta och utöva straffrättslig domsrätt när det gäller offentlig användning av tortyr. Jag anser inte att den därmed har avstått från sin immunitet. Enligt min åsikt fanns det ingen immunitet att avstå. Lagöverträdelsen är en som bara skulle kunna begås under omständigheter som normalt skulle ge upphov till immuniteten. Det internationella samfundet hade skapat en lagöverträdelse för vilken immunitet *ratione materiae* inte kunde ges. Den internationella rätten kan inte förutsättas ha etablerat ett brott som har beskaffenheten av en *jus cogens* och samtidigt ha gett en immunitet som har samma utsträckning som den förpliktelse den avser att införa."

54. Han såg en skillnad mellan civil- och brottmålsprocesser, och förklarade:

".../ Jag ser inget som är ologiskt i eller strider mot den allmänna rättsordningen i att neka offren för statsstödd tortyr rätten att dra den lagöverträdande staten inför en utländsk domstol och samtidigt låta andra stater (och till och med kräva av andra stater att de ska) döma och straffa de enskilda personer som är ansvariga om den lagöverträdande staten vägrar vidta åtgärder. Detta var själva målet med tortyrkonventionen. Det är viktigt att betona att senator Pinochet inte påstås vara straffrättsligt ansvarig för att han var statsöverhuvud när andra ansvariga tjänstemän utförde tortyr för att hålla honom kvar vid makten. Han påstås inte vara principalansvarig för sina underordnades lagbrott. Han påstås ha blivit direkt straffrättsligt ansvarig för sina egna handlingar när han beordrade och ledde en kampanj av terror som inbegrep användning av tortyr /.../"

55. Lord Phillips of Worth Matravers kommenterade också att principerna för den immunitetslag som var tillämpliga på en civil rättsprövning inte nödvändigtvis skulle vara tillämpliga på ett brottmål. Han

sade att om *Pinochet*-förhandlingarna hade varit civila till sin beskaffenhet så kunde Chile ha hävdats att det var indirekt involverat, men detta argument var inte aktuellt då förhandlingarna avsåg brottmål och då saken gällde svarandens personliga ansvar och inte Chiles. Angående den fråga som ställdes i detta mål ansåg Lord Phillips liksom Lord Saville att statlig immunitet *ratione materiae* inte kunde samexistera med begreppet internationella brott. Eftersom de enda handlingar som omfattades av tortyrkonventionen när det gällde tortyr var handlingar som skulle ge immunitet *ratione materiae* om den var tillämplig så var konventionen oförenlig med tillämpligheten för sådan immunitet.

56. Lord Goff of Chieveley, som reserverade sig, ansåg det tydligt att om statlig immunitet gällande tortyr uteslöts i målet så kunde detta bara ha åstadkommit genom själva tortyrkonventionen. Han ansåg inte att den väletablerade principen om att en stats avstående från immunitet måste vara uttryckligt kunde kringgås genom att man fann att tortyr inte ingick i en stats funktioner och att ingen immunitet *ratione materiae* därför var tillämplig på sådana handlingar. Han betonade att det inte fanns några bevis för att man hade beaktat ett avstående från statlig immunitet i de förhandlingar som ledde fram till tortyrkonventionen. Han påpekade vidare att om immunitet *ratione materiae* uteslöts så skulle tidigare statsöverhuvuden och högre offentliga tjänstemän bli tvungna att vara försiktiga med att resa utomlands, av rädsla för att utsättas för ogrundade anklagelser från stater med en annan politisk övertygelse. Han fastslog därför att statlig immunitet var tillämplig.

D. Delgivning av krav utanför jurisdiktionen

57. Del 6 i de civilprocessrättsliga reglerna för England och Wales reglerar delgivning av krav utanför jurisdiktionen. Vid den aktuella tiden måste enligt reglerna 6.20 och 6.21 en sökande för att få tillstånd till delgivning utanför jurisdiktionen visa att det fanns rimliga utsikter till framgång i kravet, för att övertyga domstolen om att det var ett lämpligt mål som bör hanteras enligt eget gottfinnande för att möjliggöra delgivning och för att visa att England och Wales var den lämpliga jurisdiktionen för att ta upp kravet.

E. Ersättning i brottmålsprocesser

58. I enlighet med avsnitt 130 i Powers of Criminal Courts Sentencing Act 2000 har en brottmålsdomstol befogenhet att tilldöma gottgörelse för personskada, förlust eller skada som är resultatet av en straffbelagd gärning. Tilldömandet är avsett för enkla och okomplicerade mål där gottgörelsebeloppet enkelt kan fastställas och där domaren har det

nödvändiga bevismaterialet. Det är inte avsett att efterlikna skadestånd, för vilka det kan vara svårt att storleksbestämma förlusten.

III. RELEVANT INTERNATIONELLT LAGSTIFTNINGSMATERIAL

A. Förbud mot tortyr

59. Storbritannien, Saudiarabien och 151 andra stater har undertecknat FN:s tortyrkonvention från 1984. Artikel 1 stadgar följande:

"1. I denna konvention avses med begreppet tortyr varje handling genom vilken allvarlig smärta eller svårt lidande, fysiskt eller psykiskt, medvetet tillfogas någon antingen för sådana syften som att erhålla information eller en bekännelse av honom eller en tredje person, att straffa honom för en gärning som han eller en tredje person har begått eller misstänks ha begått eller att hota eller tvinga honom eller en tredje person eller också av något skäl som har sin grund i någon form av diskriminering, under förutsättning att smärtan eller lidandet åsamkas av eller på anstiftan eller med samtycke eller medgivande av en offentlig tjänsteman eller någon annan person som handlar såsom företrädare för det allmänna. Tortyr innefattar inte smärta eller lidande som uppkommer enbart genom eller är förknippade med lagenliga sanktioner.

2. Denna artikel får ej åberopas gentemot internationella instrument eller nationell lagstiftning som innehåller eller kan innehålla bestämmelser som går längre."

60. I artikel 2(1) i konventionen krävs att stater ska vidta "effektiva legislativa, administrativa, rättsliga eller andra åtgärder för att förhindra tortyrhandlingar inom varje territorium under dess jurisdiktion".

61. I artikel 4 krävs att stater ska säkerställa att alla tortyrhandlingar, inklusive försök att utöva tortyr samt av någon person vidtagen handling som utgör medverkan till eller deltagande i tortyr, utgör brott enligt dess strafflag.

62. Artikel 5 stadgar följande:

"1. Varje konventionsstat skall vidta sådana åtgärder som kan vara nödvändiga för att hävda egen domsrätt i fråga om de i artikel 4 avsedda brotten i följande fall:

(a) när brottet begås inom något territorium under dess jurisdiktion eller ombord på fartyg eller luftfartyg som är registrerat i den staten;

(b) när den påstådde förövaren är medborgare i den staten;

(c) när offret är medborgare i den staten, om denna stat anser detta vara lämpligt.

2. Varje konventionsstat skall likaledes vidta de åtgärder som kan vara nödvändiga för att domstolsprövning skall kunna förekomma beträffande sådana brott i fall att den påstådde förövaren uppehåller sig inom något territorium under dess jurisdiktion och den inte i enlighet med artikel 8 utlämnar honom till någon av de i punkt 1 i denna artikel nämnda staterna.

3. Denna konvention utesluter inte lagföring för brott i enlighet med inhemsk lag."

63. Artikel 14 stadgar följande:

"1. Varje konventionsstat skall i sitt rättssystem säkerställa att offret för en tortyrhandling erhåller upprättelse och erhåller en verkställbar rätt till en rimlig och adekvat gottgörelse, varmed även förstås medel för ett så fullständigt återvinnande av hälsa som möjligt. Om offret skulle avlida till följd av en tortyrhandling, skall de personer som han underhåller vara berättigade till gottgörelse.

2. Ingenting i denna artikel skall påverka offrets eller andra personers rätt till gottgörelse enligt nationell lag."

64. När tortyrkonventionen ratificerades reserverade sig Förenta staterna och redogjorde för sin uppfattning att artikel 14 krävde att en statspart skulle bevilja en privat rätt till skadestandsprocess endast för tortyrhandlingar som utförts i territorium inom denna statsparts jurisdiktion.

65. I sina slutsatser och rekommendationer av den 12 juni 2002 angående den periodiska rapport som ingetts av Saudiarabien (CAT/C/CR/28/5) ansåg kommittén mot tortyr att det var bekymmersamt att man i Saudiarabien uppenbarligen inte kunde tillhandahålla effektiva mekanismer för att utreda klagomål på brott mot tortyrkonventionen och att gottgörelse trots att mekanismer för att ge gottgörelse för handlingar som stred mot konventionen hade införts i praktiken sällan tilldelades, så att det fulla åtnjutandet av de rättigheter som garanterades av konventionen därmed var begränsat.

66. I sina slutsatser och rekommendationer av den 7 juli 2005 gällande periodiska rapporter som ingetts av Kanada (CAT/C/CR/34/CAN) ansåg kommittén att det var bekymmersamt att det i Kanada saknades effektiva åtgärder för att ge civilrättsligt skadestånd till tortyroffer i samtliga fall. Även om det gick att få skadestånd för tortyr som utförts i Kanada gick det inte att få det om tortyren hade utförts någon annanstans. Kommittén rekommenderade att Kanada skulle "granska sin ståndpunkt enligt artikel 14 i konventionen för att säkerställa tillhandahållandet av skadestånd genom dess civilrättsliga domsrätt till alla tortyroffer".

67. I sin allmänna kommentar nr. 3 (2012) behandlade kommittén tillämpningen av artikel 14 av statsparter. Angående omfattningen av rätten till gottgörelse kommenterade den bland annat:

"22. Enligt konventionen måste statsparter åtala eller utlämna alla som påstås ha utfört tortyr när de konstateras befinna sig i något territorium inom dess jurisdiktion samt anta nödvändiga lagar för att göra detta möjligt. Kommittén anser att tillämpningen av artikel 14 inte är begränsad till offer som skadats inom statspartens territorium eller av eller gentemot statspartens medborgare. Kommittén har uppmanat statsparter att vidta åtgärder för att ge skadestånd till offer som utsatts för tortyr eller misshandel utanför deras territorium. Detta är särskilt viktigt när ett offer inte kan utöva de rättigheter som garanteras enligt artikel 14 i det territorium där övergreppet skedde. Enligt artikel 14 måste statsparter se till att alla offer för tortyr och misshandel kan få tillgång till rättsmedel [sic] och få gottgörelse."

68. Om frågan om statlig immunitet och hinder för rätten till gottgörelse sade kommittén följande:

"42. På ett liknande sätt står givandet av immunitet, i strid mot internationell rätt, till en stat eller dess företrädare eller till icke-statliga aktörer för tortyr eller misshandel, i direkt konflikt med förpliktelsen att ge gottgörelse till offer. När straffrihet är tillåten enligt lag eller existerar *de facto* hindrar den offer att söka full gottgörelse eftersom den låter förövarna förbli ostraffade och berövar offren den fullständiga garanti som de har enligt rättigheterna som anges i artikel 14. Kommittén slår fast att argument om rikets säkerhet under inga omständigheter får användas för att beröva offer gottgörelse."

69. I *Åklagaren mot Furundzija* (1999) 38 ILM 317, fastslog Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien ("Icty") att förbudet mot tortyr var *jus cogens*, vilket var ett uttryck för uppfattningen att förbudet hade blivit en av de mest grundläggande normerna i det internationella samfundet. Liknande uttalanden gjordes i *Åklagaren mot Delacic och andra* (16 november 1998, mål nr. IT-96-21-T) och i *Åklagaren mot Kunarac* (22 februari 2001, mål nr. IT-96-23-T och IT-96-23/1).

B. Immunitet för stater

1. Europakonventionen om immunitet för stater 1972 ("Baselkonventionen")

70. Baselkonventionen har skrivits under av nio medlemsstater i Europarådet och har ratificerats av åtta, bland annat av Storbritannien 1979.

71. I enlighet med artikel 15 i konventionen har de fördragsslutande staterna immunitet mot en annan fördragsslutande stats domstols domsrätt om inte processerna omfattas av artiklarna 1 till 14 i konventionen. Artikel 27 stadgar att uttrycket "fördragsslutande stat" inte inkluderar en juridisk person i en fördragsslutande stat som är avgränsad och kan åtala och åtalas, även om denna instans har anförtrots offentliga funktioner.

72. Artiklarna 1 till 14 inkluderar processer gällande anställningsavtal (artikel 5), delaktighet i företag eller andra gemensamma instanser (artikel 6), kommersiella transaktioner (artikel 7), immateriella och industriella rättigheter (artikel 8), ägande, innehav och användning av egendom (artikel 9), personskador och egendomsskada som orsakats av en handling eller underlåtenhet inom forumstatens territorium (artikel 11) samt skiljeavtal (artikel 12).

73. Artikel 24 gör det möjligt för en stat att tillkänna att dess domstolar oaktat föreskrifterna i artikel 15, i mål som inte omfattas av artiklarna 1 till 13 får inleda förfaranden mot andra medlemsstater i samma utsträckning som de får göra det mot stater som inte är parter i konventionen. Sex stater, bland andra Storbritannien, har gjort ett sådant tillkännagivande.

2. *Förenta nationernas konvention om immunitet för stater och deras egendom från 2004 ("FN:s immunitetskonvention")*

74. År 1991 antog International Law Commission ("ILC") artikelutkastet om staters domsrättsimmunitet.

75. FN:s immunitetskonvention, baserad på artikelutkastet, antogs 2004. Fjorton stater är parter i konventionen och ytterligare arton stater har undertecknat den. Den har ännu inte trätt i kraft eftersom trettio ratificeringar krävs för detta. Storbritannien har undertecknat men inte ratificerat och Saudiarabien anslutit sig till konventionen den 1 september 2010.

76. Artikel 5 anger som allmän princip att en stat har immunitet mot en annan stats domstolars domsrätt. I artikel 2(1)(b)(iv) definieras "stat" som inkluderande representanter för staten som handlar i denna roll. ILC förklarar i sin kommentar till föreskriften i 1991 års artikelutkast (där den ingick som artikel 2(1)(b)(v)):

"(17) Den femte och sista kategori som ges statlig immunitet inbegriper alla de fysiska personer som är behöriga att företräda staten i alla dess inkarnationer, enligt vad som omfattas av de första fyra kategorier som anges i stycke 1 (b) (i) till (iv). Därmed skulle statschefer och statsöverhuvuden i sina offentliga roller inkluderas i denna kategori liksom i den första kategorin, då de i allmän bemärkelse är organ i statens regering. Andra företrädare inkluderar regeringschefer, ministeriechefer, ambassadörer, beskickningschefer, diplomatiska företrädare och konsulära tjänstemän, i deras representantroller. Omnämmandet i slutet av stycke 1(b)(v) av 'i denna roll' syftar till att klargöra att detta slags immunitet ges till deras representantroll *ratione materiae*."

77. I artikel 6(1) i FN:s immunitetskonvention stadgas att en stat ska tillämpa statlig immunitet genom att avstå från att utöva domsrätt i ett förfarande inför sina domstolar mot en annan stat. Enligt artikel 6(2) ska ett förfarande inför en domstol i en stat anses ha inletts mot en annan stat om denna andra stat anges som en part i detta förfarande eller om den inte anges som en part men målet med förfarandet i praktiken är att påverka denna andra stats egendom, rättigheter, intressen eller aktiviteter.

78. I del III i konventionen anges förfaranden i vilka statlig immunitet inte kan åberopas. Dessa inkluderar kommersiella transaktioner (artikel 10), anställningsavtal (artikel 11), personskador och egendomsskada som orsakats av en handling eller underlåtenhet helt eller delvis inom forumstatens territorium (artikel 12), ägande, innehav och användning av egendom (artikel 13), immateriella och industriella rättigheter (artikel 14), delaktighet i företag eller andra gemensamma instanser (artikel 15), fartyg som ägs eller drivs av en stat (artikel 16) samt skiljeavtal (artikel 17).

79. FN:s immunitetskonvention innehåller inget undantag från statlig immunitet baserat på ett påstått brott mot *jus cogens*-normer ("*jus cogens*-undantag"). Vid sitt femtioförsta möte, 1999, inrättade ILC en arbetsgrupp för immunitet för stater och deras egendom i enlighet med

generalförsamlingens resolution 53/98 om vad som då var artikelutkast. I sin resolution uppmanade generalförsamlingen ILC att presentera sina eventuella preliminära kommentarer till olösta viktiga frågor rörande artikelutkast, med beaktande av senare statlig praxis och andra faktorer efter antagandet av artikelutkast. Arbetsgruppen utredde därför bland annat senare praxis för domsrättsimmunitet på detta område. Den noterade senare tids utveckling i statlig praxis och lagstiftning och nämnde att det fanns visst stöd för uppfattningen att statstjänstemän inte skulle kunna hävda immunitet för tortyrhandlingar som utförts i deras egna territorier i både civil- och brottmål. Ingen ändring av artikelutkast föreslogs innan konventionen antogs 2004.

80. Tre stater gjorde uttalanden vid ratificeringen av konventionen. Norge och Sverige konstaterade att konventionen inte påverkade en framtida internationell utveckling gällande skyddet för mänskliga rättigheter. Schweiz ansåg att artikel 12 inte reglerade frågan om ekonomisk ersättning för allvarliga brott mot mänskliga rättigheter som påstods kunna tillskrivas en stat och begåtts utanför forumstaten. Landet konstaterade därför i likhet med Norge och Sverige att konventionen inte påverkade en utveckling inom internationell rätt i detta avseende.

3. Relevant rättspraxis i de internationella domstolarna

(a) Åklagaren mot Blaškić (1997)110 ILR 607

81. I *Blaškić*, i sin bedömning av om statstjänstemän var personligt ansvariga för olagliga handlingar, förklarade Ictys överklagandekammare:

"38. Överklagandekammaren avfärdar möjligheten att den internationella domstolen tar upp stämningar av statstjänstemän som handlar i sin offentliga ställning. Sådana tjänstemän är bara redskap för en stat och deras officiella handlingar kan bara tillskrivas staten. De kan inte bli föremål för påföljder eller straff för handlingar som inte är privata utan utförs för en stats räkning. Med andra ord kan inte statstjänstemän ta konsekvenserna av olagliga handlingar som inte kan tillskrivas dem personligen utan den stat för vars räkning de handlar: de har så kallad 'funktionell immunitet'. Detta är en väletablerad regel i internationell sedvanerätt som går tillbaka till sjutton- och artonhundratalet och har upprepats många gånger sedan dess. På senare tid har Frankrike tagit ställning baserat på denna regel i *Rainbow Warrior*-målet. Regeln formulerades också tydligt av Israels högsta domstol i *Eichmann*-målet.

/.../

41. /.../ Det är välkänt att den internationella sedvanerätten ger skydd för varje självständig stats inre organisation: den ger varje självständig stat rätten att bestämma sin inre struktur och i synnerhet att utse de enskilda personer som agerar som statens företrädare eller organ. Varje självständig stat har rätt att ge anvisningar till sina organ, både till dem som är verksamma på den inre nivån och till dem som är verksamma inom internationella relationer, och dessutom att fastställa påföljder eller andra rättsmedel om dessa anvisningar inte följs. Följden av denna exklusiva befogenhet är att varje stat har rätt att kräva att handlingar eller transaktioner som utförs av ett av dess organ i dess offentliga ställning ska tillskrivas staten, så att det

enskilda organet inte kan hållas ansvarigt för dessa handlingar eller transaktioner." (fotnoter utelämnade)

(b) Åklagaren mot Furundzija

82. I *Furundzija* tog Icty inte direkt upp frågan om immunitet, men behandlade torterarnas personliga ansvar och möjligheterna att inleda förfaranden om tortyr:

"155. Det faktum att tortyr är förbjuden genom en absolut norm i den internationella rätten får andra effekter på mellanstatlig och individuell nivå. På den mellanstatliga nivån har den funktionen att internationellt rättsligt motverka alla lagstiftande, administrativa eller rättsliga handlingar för att godkänna tortyr. Det skulle vara oförnuftigt att å ena sidan hävda, på grundval av *jus cogens*-värdet i förbudet mot tortyr, att fördrag eller sedvaneregler avseende tortyr skulle vara ogiltiga från början, och sedan bortse från att en stat till exempel vidtar nationella åtgärder för att godkänna eller överse med tortyr eller låter förövarna slippa undan genom en amnestilag. Om en sådan situation skulle uppstå skulle de nationella åtgärderna, i strid med den allmänna principen och eventuella konventionsförfordningar, få de rättsliga effekter som diskuterats ovan och skulle dessutom inte få internationellt rättsligt erkännande. Förfaranden skulle kunna inledas av möjliga offer om de hade *locus standi* inför ett behörigt internationellt eller nationellt rättsligt organ i utsikt att uppmåna det att betrakta den nationella åtgärden som internationellt olaglig, eller så skulle offret kunna starta en civilrättslig process om skadestånd i en utländsk domstol, som därför skulle uppmånas att bland annat bortse från det rättsliga värdet i den nationella godkännande lagen. Vad som är än viktigare är att torterare som handlar på grundval av eller drar nytta av dessa nationella åtgärder ändå kan hållas straffrättsligt ansvariga för tortyr, oavsett om det är i ett annat land eller i deras eget land under en senare regim. Kort sagt, trots lagstiftande eller rättsliga organs möjliga nationella godkännande av brott mot principen om förbud mot tortyr, förblir enskilda personer skyldiga att följa denna princip. Som det formulerades av den internationella militärdomstolen i Nürnberg: 'enskilda personer har internationella skyldigheter som går utöver de nationella förpliktelser om åtlydnad som påtvingas av den enskilda staten'." (fotnoter utelämnade)

(c) Demokratiska republiken Kongo mot Belgien [2002] ICJ Rep 3 ("arresteringsordermålet")

83. Belgien utfärdade en arresteringsorder gällande den sittande utrikesministern i Demokratiska republiken Kongo för grova brott mot Genève-konventionen och brott mot mänskligheten. Internationella domstolen ("ICJ") fann att man genom utfärdandet och den internationella spridningen av ordern hade underlåtit att respektera den immunitet mot straffrättslig domsrätt och den okränkbarhet som utrikesministern hade enligt internationell rätt. Den betonade att målet endast gällde immunitet mot straffrättslig domsrätt och okränkbarhet för en sittande utrikesminister. Den immunitet som gavs en sådan person skyddade honom mot all myndighetsutövning från en annan stat som skulle hindra honom att utföra sina plikter. Ingen åtskillnad kunde göras mellan handlingar som utfördes av en utrikesminister i en "officiell" roll och de som påstods ha utförts i en "privat roll". Domstolen tillade:

"59. Det bör vidare beaktas att föreskrifter som reglerar nationella domstolars domsrätt måste hållas åtskilda från dem som reglerar domsrättsimmunitet: domsrätt är inte detsamma som avsaknad av immunitet och avsaknad av immunitet är inte detsamma som domsrätt. Därmed påverkar inte – trots att olika internationella konventioner om förhindrande av och straff för vissa allvarliga brott ålägger stater förpliktelser om åtal eller utlämning och därigenom ålägger dem att utvidga sin straffrättsliga domsrätt – en sådan utvidgning av domsrätten på något sätt immunitet enligt internationell sedvanerätt, inklusive den för utrikesministrar /.../"

84. I sitt gemensamma särskilda yttrande påpekade domarna Higgins, Kooijmans och Buergenthal att immunitet och domsrätt är två olika normer i internationell rätt men att de var "oupplösligt förknippade med varandra". Om domsrätt sade de följande:

"I civilrättsliga ärenden ser vi redan början på en mycket bred form av utomterritoriell domsrätt. Enligt Alien Tort Claims Act har Förenta staterna på grundval av en lag från 1789 hävdad domsrätt både för brott mot mänskliga rättigheter och för grova brott mot internationell rätt begångna av utländska medborgare utomlands. Sådan domsrätt, med möjlighet att besluta om betalning av skadestånd, har utövats i fråga om tortyr som utförts i många olika länder (Paraguay, Chile, Argentina, Guatemala), och i fråga om andra grova brott mot mänskliga rättigheter i andra länder. Trots att detta fullgörande av funktionen som försvarare av internationella värderingar har kommenterats flitigt har det inte vunnit allmänt gillande bland andra stater."

85. Gällande immunitet såg de en tendens till avvisande av straffrihet för grova internationella brott, till ett bredare hävdande av domsrätten och till att tillgången till immunitet som skydd blev mer begränsad. De tillade:

"Det hävdas nu alltmer i litteraturen /.../ att allvarliga internationella brott inte kan betraktas som officiella handlingar eftersom de varken är normala statliga funktioner eller funktioner som endast en stat (i motsats till enskild person) kan fullgöra /.../ Detta synsätt understryks av den växande insikten om att statsrelaterade motiv inte är det rätta kriteriet för att fastställa vad som utgör offentliga statliga handlingar. Samma synsätt kommer också alltmer till uttryck i statlig praxis, vilket framgår av rättsbeslut och -åsikter."

(d) Angående vissa frågor rörande ömsesidig hjälp i brottsärenden (Djibouti mot Frankrike), 4 juni 2008 ("Djibouti mot Frankrike")

86. Målet gällde immunitet mot lagföring i Frankrike av *procureur de la République* och chefen för den nationella säkerhetstjänsten i Djibouti. ICJ kommenterade:

"194. /.../ [D]et finns inga grunder i den internationella rätten för att säga att de aktuella tjänstemännen hade rätt till personlig immunitet, då de inte var diplomater i betydelsen av Wienkonventionen om diplomatiska förbindelser från 1961 och då konventionen om särskilda uppdrag från 1969 inte var tillämplig i detta mål."

87. I fråga om förekomsten av immunitet *ratione materiae* förklarade den:

"196. Varken de franska domstolarna (inför vilka ifrågasättandet av domsrätten kunde förväntas ske) eller denna domstol har vid något tillfälle informerats av Djiboutis regering om att de handlingar som Frankrike klagade på var dess egna

handlingar, och att *procureur de la République* och chefen för den nationella säkerhetstjänsten var dess organ, instanser eller hjälpmedel för att utföra dem.

Den stat som önskar hävda immunitet för ett av sina statliga organ förväntas meddela myndigheterna i den andra berörda staten. Detta skulle göra det möjligt för domstolen i forumstaten att säkerställa att den inte underlåter att ta hänsyn till en eventuell rätt till immunitet och skulle därmed kunna medföra ansvar för denna stat. Vidare tar den stat som meddelar en utländsk domstol att domstolsförfarandet av immunitetsskäl inte ska inledas mot dess statliga organ på sig ansvaret för alla aktuella internationellt olagliga handlingar som utförts av sådana organ."

(e) Domsrättsimmunitet för staten (Tyskland mot Italien), 3 februari 2012

88. Fallet hade sin grund i ett klagomål ingivet av Tyskland efter en serie domar i de italienska domstolarna där det slogs fast att den tyska staten inte hade immunitet mot anklagelser om brott mot internationell människorättslagstiftning begångna av Tyskland i Italien under andra världskriget samt att Tyskland skulle betala skadestånd. Italiens regering gjorde två sakframställningar: den första var att doktrinen om statlig immunitet medgav ett undantag om de olagliga handlingarna begicks på territoriet i den stat där klagomålet ingavs ("territorieprincipen för skadeståndsberättigande kränkningar") och den andra var att det var tillåtet enligt internationell rätt att neka statlig immunitet om kravet inbegrep ett internationellt brott mot *jus cogens* för vilket ingen annan form av gottgörelse fanns ("människorättsundantaget").

89. Rätten till statlig immunitet som mellan Tyskland och Italien var härledd från internationell sedvanerätt. ICJ utredde därför om det fanns en "etablerad praxis" tillsammans med *opinio juris* gällande förekomsten av immunitet. Den ansåg att regeln om statlig immunitet hade antagits som en allmän regel inom internationell sedvanerätt och hade en viktig funktion inom internationell rätt och internationella förbindelser.

90. Domstolen avvisade den territorieprincip för skadeståndsberättigande kränkningar som åberopades av Italiens regering. I fråga om människorättsundantaget ansåg domstolen att detta utgjorde ett logistiskt problem då det krävde en utredning av grunderna för att man skulle kunna avgöra frågan om domsrätt. Bortsett från detta problem påpekade domstolen att det nästan inte fanns någon statlig praxis som skulle kunna anses ge stöd för påståendet att en stat berövades sin rätt till immunitet i ett sådant fall, och något sådant undantag fanns inte heller i Baselkonventionen eller FN:s immunitetskonvention (se stycke 70–73 respektive 75–80 ovan). Den hänvisade också till slutsatserna från ILC-arbetsgruppen 1999 och till det faktum att inga ändringar av 1991 års artikelutkast hade föreslagits innan antagandet 2004 av FN-konventionen (se stycke 79 ovan).

91. Å andra sidan påpekade ICJ att det fanns en omfattande statlig praxis som visade att man i den internationella sedvanerätten inte behandlade en stats rätt till immunitet som beroende av allvarsgraden i den handling den

anklagades för eller den absoluta beskaffenheten av den regel som den påstods ha brutit mot, och hänvisade till domar i nationella domstolar i Kanada, Frankrike, Slovenien, Nya Zeeland, Polen och Storbritannien. Den såg domslutet i *Pinochet (nr. 3)* som utmärkande på grundval av att målet gällde ett tidigare statsöverhuvuds immunitet mot straffrättslig domsrätt och inte immunitet för själva staten i förfaranden som syftade till att fastställa dess skadeståndsansvar. Domstolen pekade vidare på domen i denna domstol i *Al-Adsani*, som anförts ovan, och det följande beslutet i *Kalogeropoulou och andra mot Grekland och Tyskland (dec.)*, nr. 59021/00, ECHR 2002-X, där man inte hade funnit någon tydlig grund för att dra slutsatsen att en stat med avseende på internationell rätt inte längre hade immunitet mot civilrättsliga processer i mål där anklagelser gjordes om tortyr.

92. ICJ konstaterade därför att en stat enligt den internationella sedvanerätten vid tidpunkten för dess domslut inte berövades immunitet på grund av det faktum att den anklagades för grova brott mot internationell människorättslagstiftning eller den internationella lagstiftningen om väpnade konflikter. Den fortsatte:

"91. /.../ Då domstolen dragit denna slutsats måste den betona att den syftar endast på immunitet för själva staten mot domsrätten för domstolar i andra stater; frågan om huruvida och i vilken eventuell omfattning immunitet kan vara tillämplig i brottmålsprocesser mot en statstjänsteman behandlas inte i det aktuella målet."

93. När det gäller förhållandet mellan *jus cogens* och regeln om statlig immunitet fann domstolen att det inte fanns någon konflikt. De två regeluppsättningarna avsåg olika frågor: reglerna om statlig immunitet var processinriktade och var begränsade till att fastställa om domstolarna i en stat kunde utöva domsrätt gällande en annan stat, de gällde inte frågan om huruvida de handlingar som talan väcktes om var lagliga eller olagliga. Vidare fanns det ingen grund för påståendet att en regel som inte hade statusen *jus cogens* inte kunde tillämpas om detta skulle förhindra verkställigheten av en *jus cogens*-regel. I fråga om detta hänvisade domstolen bland annat till sitt domslut i *arresteringsordermålet* (se stycke 83 ovan), överhusets domslut i det aktuella målet och denna domstols domslut i *Al-Adsani*.

94. Slutligen avvisade domstolen argumentet att immunitet kunde nekas då alla andra försök att få ersättning hade misslyckats. Denna fann ingen grund i statlig praxis för att hävda att den internationella rätten hade gjort en stats rätt till immunitet beroende av förekomsten av effektiva alternativa sätt att säkerställa gottgörelse. Den påpekade vidare de praktiska svårigheter som ett sådant undantag skulle leda till.

4. *Arbetet i International Law Commission om statstjänstemäns immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt*

95. År 2007 beslutade ILC att inkludera ämnet "Statstjänstemäns immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt" i sitt arbetsprogram och utsåg Roman Kolodkin till särskild rapportör. Kolodkin ingav tre rapporter, i vilka han fastställde de gränser inom vilka ämnet lämpligen skulle behandlas, analyserade ett antal väsentliga frågor som hade att göra med statstjänstemäns immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt och utredde de procedurfrågor som var relaterade till denna typ av immunitet. Hans rapporter behandlades av ILC och av det sjätte utskottet i FN:s generalförsamling 2008 och 2011. Den 22 maj 2012 utsågs Escobar Hernández till särskild rapportör som efterträdare till Kolodkin, som inte längre var medlem i ILC. Hernández ingav en preliminär rapport om statstjänstemäns immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt, som ILC behandlade 2012. Hon ingav en andra rapport 2013.

96. I sin andra rapport behandlade Kolodkin de olika synsätten på statstjänstemäns immunitet mot utländsk domsrätt. Han förklarade:

"18. Även om det finns ett annat synsätt i doktrinen är det ganska allmänt erkänt att immunitet mot utländsk domsrätt är normen, det vill säga den allmänna regeln, normaltillståndet, och avsaknanden av den i enskilda fall är undantaget från denna regel. Det viktiga är att om ett mål berör högre tjänstemän, andra sittande tjänstemän eller handlingar utförda av tidigare tjänstemän då de var i tjänst, i en officiell roll, så är det förekomsten av en dispens från eller ett undantag från denna norm, det vill säga frånvaron av immunitet som måste bevisas, och inte förekomsten av denna norm och följaktligen förekomsten av immunitet. Eftersom immunitet är baserad på allmän internationell rätt kan avsaknaden av den /.../ framgå antingen genom förekomsten av en särskild regel eller förekomsten av praxis och *opinio juris*, vilket anger att undantag från den allmänna regeln har uppstått eller håller på att uppstå /.../"

97. Om frågan om tillämpligheten av *ratione materiae*-immunitet på olagliga handlingar sade han:

"31. /.../ Påståendet att immunitet inte omfattar sådana handlingar gör själva tanken om immunitet meningslös. Frågan om utövningen av straffrättslig domsrätt över personer, utländska tjänstemän inräknade, uppstår bara när det finns misstankar om att dennes handlingar är olagliga och dessutom straffrättsligt straffbara. Följaktligen är det just i sådana fall som immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt är nödvändig /.../"

98. Kolodkin redogjorde också för debatten om möjligheten till ett *jus cogens*-undantag, och gjorde följande uttalande:

"56. Behovet av undantag från immunitet förklaras framför allt genom kraven på att skydda de mänskliga rättigheterna mot de allra mest flagranta och storskaliga brotten och på att bekämpa straffrihet. Debatten handlar här om behovet av att skydda hela det internationella samfundets intressen, och på motsvarande sätt anger det faktum att dessa intressen liksom behovet att bekämpa grova internationella brott, som oftast begås av statstjänstemän, behovet av att ställa dem till svars för deras brott i vilken stat som helst som har domsrätt. För detta krävs i sin tur att det finns undantag från tjänstemäns immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt.

Undantag /.../ diskuteras på olika sätt. Resonemangen går i huvudsak ut på följande: För det första finns som redan nämnts synsättet att grova brottsliga handlingar begångna av en tjänsteman inte enligt internationell rätt kan anses vara handlingar utförda i en officiell roll. För det andra anses det att eftersom ett internationellt brott begånget av en tjänsteman i en officiell roll tillskrivs inte endast staten utan också tjänstemannen så skyddas han inte av immunitet *ratione materiae* i brottmålsprocesser. För det tredje påpekas att absoluta normer i internationell rätt som förbjuder och kriminaliserar vissa handlingar har företräde framför den norm som avser immunitet och gör immuniteten ogiltig vid tillämpning på detta slags brott. För det fjärde sägs att det i internationell rätt har uppstått en norm i internationell sedvanerätt, som möjliggör ett undantag från immunitet *ratione materiae* i ett fall där en tjänsteman har begått grova brott enligt internationell rätt. För det femte görs en koppling mellan förekomsten av universell domsrätt för de grövsta brotten och ogiltigheten i immunitet som den tillämpas på sådana brott. För det sjätte urskiljs en motsvarande koppling mellan förpliktelsen *aut dedere aut judicare* och ogiltigheten i immunitet som den tillämpas på brott för vilka en sådan förpliktelse finns." (fotnoter utelämnade)

99. Han påpekade att synsättet att grova brott enligt internationell rätt inte kunde anses vara handlingar utförda i en officiell roll, och att immunitet *ratione materiae* därför inte gav skydd mot utländsk straffrättslig domsrätt utövad i samband med sådana brott, hade blivit ganska vanligt. I sin preliminära rapport sammanfattade Hernández ILC:s diskussion av denna sak på följande sätt:

"35. Kommissionens ledamöter gav också uttryck för sina synpunkter på begreppet 'officiell handling' med avseende på dess omfattning och dess förhållande till staters internationella ansvar. Vissa ledamöter ansåg att alla handlingar som hade eller verkade ha utförts av en 'tjänsteman' måste definieras som officiella handlingar för vilka immunitet gällde. Andra ledamöter ställde sig dock bakom en restriktiv definition av en 'officiell handling', och uteslöt handlingar som till exempel skulle kunna utgöra ett internationella brott. Vissa ledamöter förespråkade att man skulle behandla begreppet 'officiell handling' olika beroende på om handlingen tillskrevs staten i fråga om ansvaret eller enskilda personer i fråga om straffrättsligt ansvar och immunitet."

100. I sin andra rapport publicerade Hernández en första grupp artikelutkast, som behandlade definitioner samt omfattningen av immunitet *ratione personae* i brottmålsprocesser. En tredje rapport om immunitet *ratione materiae* i brottmålsprocesser, inklusive en diskussion av begreppet "officiella handlingar" och relevanta artikelutkast, förväntas inges till ILC för behandling vid dess session år 2014.

101. Samtliga fem rapporter är inriktade på immunitet för statstjänstemän mot utländsk civilrättslig snarare än straffrättslig domsrätt.

5. 2009 års resolution från Institute of International Law

102. Institute of International Law grundades 1873 av ledande forskare inom internationell rätt och har som mål att främja den internationella rättens utveckling. Institutet antar normerande resolutioner som görs tillgängliga för myndigheter, internationella organisationer och

forskarsamhället. Institutet strävar på detta sätt efter att uppmärksamma den befintliga lagstiftningens egenskaper för att främja efterlevnaden av den. Ibland gör det prövningar *de lege ferenda* (det vill säga med avseende på framtida lagstiftning) för att bidra till den internationella rättens utveckling.

103. Vid sin Neapel-session 2009 antog Institute of International Law en resolution om immunitet mot domsrätt för staten och statstjänstemän i mål rörande internationella brott. I artikel I definieras "domsrätt" som nationella domstolars straffrättsliga, civilrättsliga och administrativa domsrätt och "internationella brott" som innefattande tortyr.

104. I artikel II i resolutionen anges principerna. Här förklaras att stater enligt fördrag och internationell sedvanerätt är skyldiga att förhindra och stävja internationella brott och att immunitet inte får bli ett hinder för den lämpliga gottgörelse som offer för sådana brott har rätt till. Stater uppmanas att överväga att avstå från immunitet när internationella brott påstås ha begåtts av deras företrädare.

105. I resolutionens artikel III, som har titeln "Immunitet för personer som handlar för en stats räkning", sägs följande:

"1. Ingen immunitet mot domsrätt utöver personlig immunitet i enlighet med internationell rätt är tillämplig med avseende på internationella brott.

2. När tjänsten eller uppdraget för en person som har personlig immunitet har upphört upphör denna personliga immunitet att gälla.

3. De ovannämnda föreskrifterna påverkar inte det följande:

(a) ansvaret enligt internationell rätt för en person som avses i de föregående styckena

(b) tillskrivandet till en stat av en sådan persons handling som utgör ett internationellt brott."

106. I artikel IV, med titeln "Immunitet för stater" sägs följande:

"De ovanstående föreskrifterna gäller oberoende av frågan om huruvida och när en stat har immunitet mot domsrätt inför en annans stats nationella domstolar i civilrättsliga förfaranden gällande ett internationellt brott begånget av en företrädare för den förra staten."

C. Statligt ansvar

107. ILC offentliggjorde artikelutkastet om det statliga ansvaret 2001. I artikel 4 anges statens ansvar för sina organs handlingar:

"1. Handlingar utförda av ett statligt organ ska anses vara handlingar utförda av denna stat enligt internationell rätt, oavsett om organet fullgör lagstiftande, verkställande, rättsliga eller andra funktioner, oavsett vilken ställning det har i statens organisation och oavsett av vilken beskaffenhet det är som ett organ för centralregeringen eller i en territoriell enhet i staten.

2. Som organ räknas varje person eller enhet som har denna status i enlighet med statens interna lagstiftning."

108. I enlighet med artikel 5 ska handlingar utförda av en person eller enhet som inte är ett organ i staten enligt artikel 4 men som "har befogenhet enligt denna stats lagstiftning att utöva delar av regeringsmakten" anses vara handlingar utförda av staten enligt internationell rätt, förutsatt att personen eller enheten "handlar i denna roll" i det aktuella fallet. I artikel 7 anges att statsföreträdares handlingar utöver befogenhet eller i strid mot anvisningar ska anses vara statens handlingar enligt internationell rätt.

109. Slutligen klargörs i artikel 58 ståndpunkten gällande samtidigt enskilt ansvar:

"Dessa artiklar gäller oberoende av alla frågor rörande det enskilda ansvaret enligt internationell rätt för personer som handlar för en stats räkning."

IV. RELEVANT JÄMFÖRANDE LAGSTIFTNINGSMATERIAL

110. Den svarande regeringen önskade kommentarer om omfattningen av den statliga immuniteten enligt nationell rätt från medlemsstaterna i Europarådet. 21 svar inkom (Albanien, Azerbajdzjan, Belgien, Bosnien och Hercegovina, Tjeckien, Danmark, Estland, Frankrike, Tyskland, Grekland, Ungern, Irland, Litauen, "f.d. jugoslaviska republiken Makedonien", Nederländerna, Norge, Polen, Ryssland, Sverige, Schweiz och Turkiet). Svaren visade att det var få stater som i praktiken hade behövt konfronteras med det särskilda problem som rörde frågan om huruvida det enligt nationell eller internationell sedvanerätt fanns immunitet i civilrättsliga förfaranden om tortyr. Ingen av dem hade övervägt den specifika situationen för statstjänstemän. Svaren var därför till stor del hypotetiska och analytiska snarare än faktabaserade. Frågan om domsrätt uppkom också i ett antal svar: flera stater bekräftade att deras domstolar inte skulle ha någon domsrätt i ett mål som inbegrep tortyr utförd utomlands av tredjepartsmedborgare, och därför skulle frågan om huruvida de ansvariga statstjänstemännen skulle ha immunitet inte uppstå i praktiken.

111. Den svarande regeringen, sökandena och tredjepartsintervenienten tillhandahöll också sina jämförelsematerial som visade lagstiftning och praxis i ett antal stater över hela världen. Flera av dem har stiftat lagar om statlig immunitet och flera nationella domstolar har avkunnat domar i civil- och brottmål mot statstjänstemän. Den följande översikten över nationell lagstiftning och rättspraxis är främst inriktad på civilrättsliga mål och är inte uttömmande.

A. Civilrättsliga krav för påstådd tortyr

1. *Förenta staterna*

(a) Domsrätt

112. I Förenta staternas Alien Tort Statute av 1789 ("1789 års stadga") fastställdes federal domsrätt i alla mål där en utlänning står åtalad för ett skadeståndsberättigande brott mot den internationella sedvanerätten eller något av Förenta staternas fördrag.

113. I *Filartiga mot Pena-Irala* (1980) 630 F 2d 876 fann appellationsdomstolen (andra distriktet) att 1789 års stadga gav domsrätt vid ett krav mot en polistjänsteman i Paraguay för tortyr. Av allt att döma togs inte frågan om statlig immunitet upp inför domstolen; trots att svaranden vid överklagandet försökte hävda att om den handling som klagomålet gällde påstods vara en handling utförd av Paraguays regering så var åtalet ogiltigt på grund av doktrinen om statliga handlingar. På detta svarade domstolen:

"Detta argument fördes inte fram nedan, och behandlas därför inte i detta överklagande. Vi påpekar dock i förbigående att vi tvivlar på att handlingar som utförts av en statlig tjänsteman i strid mot Republiken Paraguays grundlag och lagar och helt saknar godkännande från landets regering i egentlig mening kan kallas statliga handlingar /.../ Paraguays avvisande av tortyr som ett legitimt instrument för statlig politik berövar dock inte det skadeståndsberättigande brottet dess beskaffenhet av brott mot internationell rätt, om det faktiskt skedde under föregiven regeringsbefogenhet /.../"

114. Efter denna dom antogs 1991 års lag om skydd för tortyroffer för att fastslå den grund för talan som erkänts i *Filartiga* och utvidga den till att omfatta medborgare i Förenta staterna. I denna stadgas i avsnitt 2(a)(1) att "en enskild person som på grundval av faktisk eller synbarlig behörighet eller lagstiftning, för en utländsk stat /.../ utsätter en enskild person för tortyr ska vara skadeståndsansvarig gentemot denna enskilda person i ett civilrättsligt förfarande".

115. I *Sosa mot Alvarez-Machain* 542 U.S. 692 (2004) behandlade Förenta staternas högsta domstol ett krav ställt enligt 1789 års stadga bland annat mot en mexikansk medborgare för ett bortförande som påstods ha utförts för Förenta staternas regerings räkning. Domstolen avvisade karendens krav eftersom den ansåg att det inte fanns stöd för påståendet att bortförande utgjorde ett "brott mot den internationella sedvanerätten" och att det därmed inte fanns någon domsrätt i målet. Frågan om statlig immunitet uppkom inte, men i sitt instämmande yttrande övervägde domaren Breyer om utövningen av domsrätt enligt 1789 års stadga var förenlig med principen för de internationella relationerna. Han påpekade:

"I dag återspeglar den internationella rätten ibland på likartat sätt inte endast en väsentlig enighet om vissa allmänt fördömda handlingar utan också en procedurrelaterad enighet om att en universell domsrätt finns för att väcka åtal för

vissa av dessa handlingar /.../ I dessa ingår tortyr, folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.

/.../

Det faktum att denna procedurrelaterade enighet finns antyder att erkännandet av universell domsrätt med avseende på en begränsad uppsättning normer är förenlig med principer för internationella relationer. Att låta varje nations domstolar döma i frågor som rör utländska handlingar som inbegriper utländska parter i sådana mål kommer alltså inte i någon betydande omfattning att hota den praktiska harmoni som principer om relationer är ämnade att skydda. Detta samförstånd gäller straffrättslig domsrätt, men samförståndet om universell straffrättslig domsrätt som sådan antyder att en universell domsrätt för skadeståndsberättigande brott inte skulle utgöra något större hot /.../ Detta beror på att brottmålsdomstolarna i många länder kombinerar civilrätts- och brottmålsprocesser, och låter dem som drabbats av brottsliga handlingar representeras och tilldömas skadestånd i själva brottmålsprocessen /.../ Därmed möjliggör en universell straffrättslig domsrätt med nödvändighet även en betydande grad av civilrättslig ersättningsrätt." (hänvisningar utelämnade)

(b) Immuniteter

(i) Immunitet för staten

116. I 1976 års Foreign Sovereign Immunities Act ("FSIA") anges den omfattning i vilken utländska stater kan åtalas i Förenta staternas domstolar. För att få immunitet måste en svarande visa att den är en "utländsk stat" i lagens mening. Termen "utländsk stat" definieras som inbegripande utländska staters politiska indelningar, instanser och hjälpmedel.

117. I ett antal mål slog appellationsdomstolen fast att FSIA inte innefattade ett underförstått undantag från dess allmänna beviljande av suverän immunitet när en utländsk stat anklagades för brott mot *jus cogens*-normer (se *Siderman de Blake mot Argentina* (1992) 965 F.2d 699 (nionde distriktet), *Princz mot Tyskland* (1994) 26 F.3d 1166 (D.C.-distriktet) och *Smith mot Libyen* (1997) 101 F.3d 239 (andra distriktet) samt *Sampson mot Tyskland* (2001) 250 F.3d 1145 (sjunde distriktet)).

(ii) Immunitet *ratione personae* för högre stats tjänstemän

118. I *Ye mot Zemin* (2004) 383 F.3d 620 (sjunde distriktet), överklagade sökandena tingsrättens beslut att Kinas dåvarande president fick immunitet *ratione personae*, på grundval av ett hävdande med denna innebörd av statsöverhuvudet, i ett civilrättsligt krav i vilket det påstods ha begåtts brott mot *jus cogens*-normer. De hävdade att statsöverhuvudet inte hade någon befogenhet enligt internationell sedvanerätt att hävda immunitet vid brott mot *jus cogens*-normer. Appellationsdomstolen påpekade att FSIA inte reglerade immunitet för utländska statsöverhuvuden och att allmän praxis var att acceptera statsöverhuvudets hävdande i fall som dessa. Den hänvisade till sitt konstaterande i *Sampson* (se stycke 117 ovan) att det inte fanns något *jus cogens*-undantag i FSIA, och slog fast att lagstiftarens beslut att ge immunitet inte kunde bestridas i domstolen, och det kunde inte heller

statsöverhuvudets beslut att hävda denna. Den hänvisade till de stora konsekvenserna av ett beslut att ge immunitet för statens relationer med andra länder.

(iii) *Immunitet ratione materiae för andra statstjänstemän*

119. I *Chuidian mot Philippine National Bank och Daza* (1990) 912 F.2d 1095 fann appellationsdomstolen (nionde distriktet) att termen "utländsk stat" där den förekom i FSIA omfattade en enskild person som ingick i ett av statens genomförandeorgan. Den accepterade dock att FSIA inte skulle skydda en tjänsteman som handlade utöver sin befogenhet. På grundval av detta vägrade Förenta staternas federala tingsrätter därefter att ge immunitet till statstjänstemän i *Xuncax mot Gramajo* (1995) 886 F. Supp 162 (ett krav mot en guatemalansk högre arméofficer och försvarsminister för tortyrhandlingar) och *Cabiri mot Assasie-Gyimah* (1996) 921 F. Supp. 1189 (S.D.N.Y.) (ett krav mot en ghanansk säkerhetsrådgivare för tortyr). Domstolarna fällde de respektive kommentarerna att handlingarna i *Xuncax* "överskr[ed] allt som skulle kunna tänkas vara lagligen inom Gramajos officiella befogenhet" och att svaranden i *Cabiri* inte hade hävdats att tortyrhandlingarna var inom hans befogenhet och inte hade hävdats att sådana handlingar inte var förbjudna enligt Ghanas lagar, något han heller inte kunde hävda.

120. I *Belhas mot Ya'alon* (2008) 515 F.3d 1279 (D.C.-distriktet) hävdade de klagande att svaranden hade begått brott mot *jus cogens*-normer vid utövningen av sina plikter som chef för den militära underrättelsetjänsten. Appellationsdomstolen fann att FSIA var tillämplig och att det inte fanns några ej angivna undantag från FSIA (med hänvisning i sitt domslut till *Princz*, se stycke 117 ovan). Svaranden hade därför statlig immunitet.

121. I *Matar mot Dichter* (2009) 563 F.3d 6 (andra distriktet) väckte klaganden talan mot den tidigare chefen för den israeliska säkerhetstjänsten och hävdade brott mot *jus cogens*-normer. Tjänstemannen hävdade att *ratione materiae*-immunitet gällde. Appellationsdomstolen ansåg att även om FSIA inte var tillämplig eftersom svaranden var en tidigare och inte en nuvarande tjänsteman så skulle han ha immunitet enligt sedvanerätten. Den påpekade att domstolarna innan införandet av FSIA underordnade sig den verkställande makten gällande frågan om huruvida man skulle erkänna immunitet för utländska statsöverhuvuden och deras hjälpmedel enligt sedvanerätten. Dessa principer hade funnits kvar efter införandet av FSIA. I fråga om förekomsten av ett *jus cogens*-undantag hänvisade domstolen till sitt konstaterande i *Smith* (se stycke 117 ovan) att det inte fanns något sådant undantag från FSIA samt till konstaterandet i *Ye* (se stycke 118 ovan) att det inte fanns något sådant undantag gällande immunitet för utländska ledare när det gällde sedvanerätten. Den slog fast att kravet inte heller i detta fall kunde godkännas.

122. I *Samantar mot Yousuf* (2010) 130 S. Ct. 2278 slog högsta domstolen enhälligt fast att utländska staters tjänstemän inte omfattades av FSIA och att deras immunitet reglerades av sedvanerätten. Den hänvisade därför till de lägre domstolarna frågan om huruvida utländska staters tjänstemän ändå kunde få någon immunitet enligt sedvanerätten. I tingsrätten och därefter inför appellationsdomstolen hävdade Samanter att han hade både immunitet som statsöverhuvud och som utländsk tjänsteman enligt sedvanerätten. Den 2 november 2012 fann appellationsdomstolen att han inte hade sedvanerättslig immunitet mot civilrättsliga krav med påståenden om tortyr (699 F. 3d 763 (fjärde distriktet)). Den fastslog för det första att domstolarna måste underordna sig uttalanden från den verkställande makten om huruvida en person hade statsöverhuvudsimmunitet (*ratione personae*); den verkställande makten hade här funnit att Samanter inte hade rätt till sådan immunitet. För det andra sade appellationsdomstolen följande om frågan om immunitet för utländska tjänstemän (*ratione materiae*):

"Till skillnad från privata handlingar som inte omfattas av immuniteten för utländska tjänstemän kan *jus cogens*-brott mycket väl begås under förevändning av lagstiftning och i detta avseende utgöra handlingar som utförs inom ramen för den utländska tjänstemannens anställning hos statsöverhuvudet. Med avseende på internationell och nationell lagstiftning är *jus cogens*-brott dock per definition handlingar som inte är officiellt godkända av statsöverhuvudet."

123. Den påpekade att det fanns en allt starkare tendens inom internationell rätt att upphäva immuniteten för utländska tjänstemän för enskilda personer som utfört handlingar, som i övrigt kan tillskrivas staten, som innebar brott mot *jus cogens*-normer. Den ansåg att det fanns ett antal beslut i utländska nationella domstolar som hade visat på en vilja att neka immunitet för officiella handlingar i brottssammanhang för påstådda *jus cogens*-brott, och hänvisade i synnerhet till *Pinochet (nr. 3)* (se stycke 44–56 ovan). Den fortsatte:

"/.../ Vissa utländska nationella domstolar har behandlat frågan om immunitet ingående för att hantera civilrättsliga krav med anklagelser om *jus cogens*-brott, men *jus cogens*-undantaget verkar vara mindre klargjort i civilrättsliga sammanhang. Jämför *Ferrini mot Tyskland* /.../ med *Jones mot Saudiarabien* /.../"

124. Domstolen konstaterade följande:

"Amerikanska domstolar har i allmänhet följt den ovannämnda tendensen, och har kommit fram till att *jus cogens*-brott inte är legitima officiella handlingar och därför inte ger rätt till officiell immunitet, men har samtidigt erkänt att immunitet för statsöverhuvuden, baserad på status, är absolut och gäller till och med mot *jus cogens*-krav /.../ Vi drar slutsatsen att tjänstemän från andra länder enligt internationell och nationell lagstiftning inte har rätt till immunitet för utländska tjänstemän för *jus cogens*-brott, även om handlingarna utfördes i svarandens officiella roll."

125. Käranden har ingett en begäran om infordran av protokoll från underdomstolen till högsta domstolen. Begäran inväntar beslut.

2. Kanada

126. I 1985 års State Immunity Act ("SIA") fastställs den omfattning i vilken utländska stater kan åtalas i kanadensiska domstolar. Den är utformad på ett sätt som liknar Förenta staternas lagstiftning. För att få immunitet måste i synnerhet en svarande visa att den är en "utländsk stat" i lagens mening, och termen "utländsk stat" inkluderar statsöverhuvuden eller andra ledare för den utländska staten, alla regeringar i den utländska staten eller i alla politiska indelningar av den utländska staten, inklusive alla departement och myndigheter i den utländska staten.

127. I *Jaffe mot Miller* 5 O.R. (2d) 133 fastslog Ontarios appellationsdomstol att anställda i en utländsk stat som handlade inom ramen för sin tjänsteutövning omfattades av begreppet "stat" i SIA och därmed hade immunitet. Det faktum att de bestridda handlingarna påstods vara olagliga och illvilliga innebar inte att de inte omfattades av statlig immunitet.

128. I *Bouzari mot Islamiska republiken Iran* (2004) 71 OR (3d) 675 väckte käranden talan mot Iran för att få skadestånd för tortyr han utsatts för i ett iranskt fängelse. Ontarios appellationsdomstol fastställde den lägre domstolens beslut att kravet förhindrades av SIA. Domstolen fann att artikel 14 i tortyrkonventionen (se stycke 63 ovan) inte gav rätt till civilrättsliga rättsmedel mot en utländsk stat för tortyr som utförts utomlands. Samma sak gällde för internationell sedvanerätt: trots *jus cogens*-beskaffenheten av förbudet mot tortyr fanns inget undantag från principen om statlig immunitet i fråga om tortyr.

129. I *Hashemi mot Islamiska republiken Iran och andra* var käranden son till en kvinna med dubbelt medborgarskap i Iran och Kanada som hade torterats i Iran och dött av sina skador. Han försökte väcka civilrättslig talan mot Iran, ayatolla Sayyid Ali Khamenei och två tjänstemän som han namngav som medverkande i tortyren av hans mor. Hans krav avvisades i första instans på grundval av att staten Iran, dess statsöverhuvud och de två tjänstemännen alla hade statlig immunitet enligt SIA.

130. Den 15 augusti 2012 fastställde Quebecs appellationsdomstol domslutet i första instans ((2012) QCCA 1449). Domaren granskade ICJ:s domslut i *Tyskland mot Italien* (se stycke 88–94 ovan) och accepterade på grundval av ICJ:s slutsatser att statlig immunitet kunde gälla till och med i mål som innefattade tortyrhandlingar. Han fann vidare att lagstiftningen i Kanada i motsats till den i Förenta staterna var en fullständig kodifiering av lagen om statlig immunitet.

131. Om frågan om huruvida statlig immunitet också omfattade de två tjänstemännen enligt SIA sade domaren följande:

"[93] Mot bakgrund /.../ av ett antal övertygande rättskällor från andra lagstiftningsområden är jag övertygad om att den ansvarige domaren hade rätt i sin åsikt att SIA är tillämplig på enskilda företrädare för en utländsk stat. Denna fråga har redan utretts grundligt /.../ i *Jaffe*, om vilket beslut fattades av Ontarios

appellationsdomstol 1993. I *Jones*, som avgjordes tretton år senare, ändrade överhuset ett domslut från Englands appellationsdomstol, som hade använt den argumentation som nu framställs av kändarna i detta mål /.../"

132. Med argumentet att beskaffenheten av tjänstemännens handlingar hindrade dem från att kräva att få statlig immunitet sade domaren följande:

"[94] Jag anser återigen att denna sak redan har utretts grundligt av de relevanta myndigheterna, senast i *Jones-målet*."

133. Han ansåg att argumentet var identiskt med det som tidigare använts i *Jaffe* och att det rimmade illa med begreppet tortyr enligt definitionen i olika rättsliga instrument inklusive tortyrkonventionen. Han slog fast att Lord Hoffmans uttalande i överhuset i sökandenas mål utgjorde ett fullständigt och övertygande kullkastande av argumentet att den bestridda behandlingen var "så olaglig att den inte kan betecknas som officiell aktivitet".

134. Tillstånd till prövning i högsta domstolen har getts och ett förhör förväntas hållas i mars 2014.

3. Nya Zeeland

135. Den 21 december 2006 avkunnade högsta domstolen sin dom i *Fang mot Jiang* ([2007] NZAR 420). Kändarna hade sökt tillstånd att väcka talan med anklagelser om bland annat tortyr mot tidigare medlemmar i Kinas regering. De hävdade att statlig immunitet inte skyddade tjänstemän mot civilrättsliga krav gällande tortyr. Domstolen hänvisade i betydande omfattning till överhusets dom i det aktuella målet och till de relevanta internationella instrumenten. Den fastslog att statlig immunitet hade följdverkan att ge immunitet *ratione materiae* för enskilda personer inklusive tidigare statsöverhuvuden och alla andra vars handlingar i utövningen av statens makt senare ifrågasattes. Det fanns inget undantag från statlig immunitet i krav mot enskilda personer för tortyr eftersom tortyrkonventionen angav ett undantag endast för brottmål, FN:s immunitetskonvention innehöll inget undantag för tortyr och nyzeeländsk sedvanerätt återspeglade internationell rätt. Domstolen fastslog följande:

"71. Det kan finnas tillfällen då Nya Zeelands domstolar kan befinna sig i frontlinjen när det gäller att uppmärksamma nya tendenser i internationell rätt men /.../ jag är övertygad om att det skulle vara fullständigt olämpligt om Nya Zeeland intog en hållning som skiljer sig från den som så nyligen intogs i överhuset efter en omfattande granskning av de traditionella källorna för den internationella rätten /.../"

72. Jag är inte heller övertygad om att det skulle vara lämpligt att avvika från överhusets övertygande resonemang i *Jones*, ett mål som jag anser är direkt relevant."

136. Tillstånd att väcka talan gavs därför inte.

4. Australien

137. I 1985 års Foreign States Immunities Act ("immunitetslagen") fastställs den omfattning i vilken utländska stater kan åtalas i australiska domstolar. I avsnitt 9 i immunitetslagen stadgas om immuniteten mot domsrätt och i avsnitt 10–20 anges undantag från avsnitt 9. För att få immunitet måste en svarande visa att den är en "utländsk stat" i lagens mening. I avsnitt 3(3) förtydligas att termen "utländsk stat" inkluderar statsöverhuvudet i en utländsk stat eller i en politisk underavdelning av en utländsk stat i dennes offentliga funktion samt den verkställande regeringen eller en del av den verkställande regeringen i en utländsk stat eller i en politisk underavdelning av en utländsk stat.

138. Den 5 oktober 2010 avkunnade appellationsdomstolen i New South Wales sin dom i *Zhang mot Zemin* ([2010] NSWCA 255), en civilrättslig talan om tortyr väckt mot Kinas tidigare president, ett departement i den kinesiska regeringen och en medlem i det kinesiska kommunistpartiets politbyrå. Den fastslog att enskilda tjänstemän omfattades av immunitetslagen och påpekade att de hade rätt till immunitet enligt sedvanerätten samt att immunitetslagen inte ändrade sedvanerätten i detta avseende. Eftersom immunitetslagens syften inte skulle uppfyllas om civilrättsliga krav kunde ställas på tidigare tjänstemän med avseende på deras handlingar då de innehade sina ämbeten var lagen tillämplig även på tidigare tjänstemän.

139. I fråga om sökandenas argument att det fanns ett *jus cogens*-undantag enligt internationell rätt, inklusive argumentet att handlingar som stred mot *jus cogens* inte kunde utföras i en offentlig eller officiell roll med avseende på immunitet, förklarade domstolen att australiska domstolar måste tillämpa lokala lagar även då de stod i konflikt med internationell rätt. I immunitetslagen gjordes ett tydligt och slutgiltigt utlåtande om den immunitet som gavs och en uttömmande redogörelse för undantagen. Det var inte möjligt att dra slutsatser om ytterligare undantag från internationell rätt.

5. Italien

140. I *Ferrini mot Förbundsrepubliken Tyskland* (beslut nr. 5 044/2004, ILR Vol. 128, s. 658) tillstyrkte den italienska kassationsdomstolen en civilrättslig talan väckt mot Tyskland för krigsförbrytelser begångna 1944–45 och nekade immunitet som hinder för talan. Domstolen fann att principer för statlig immunitet måste tolkas i enlighet med de universella värderingar som kommer till uttryck i normerna för internationella brott och *jus cogens*. Denna domstols dom i *Al-Adsani* utmärkte sig på grundval av att brotten i *Ferrini* påstods ha skett på italienskt territorium. Andra liknande domar godkändes också av italienska domstolar.

141. Den 23 december 2008 inledde Tyskland förfaranden i Internationella domstolen där man påstod att *Ferrini*-domen, följande beslut som fastställde den och olika verkställighetsåtgärder mot tysk egendom i Italien inte följde Tysklands domsrättsimmunitet enligt internationell rätt. Domslutet till Tysklands fördel meddelades 2012 (se stycke 88–94 ovan).

6. Grekland

142. Greklands högsta domstol (*Areios Pagos*) i *Prefekturen Voiotia mot Tyskland*, nr. 11/2000, 4 maj 2000, fann att staten i mål som inbegrep grova brott mot internationell rätt inte hade immunitet mot civilrättsliga processer.

143. Högsta domstolen vägrade senare att verkställa domen mot Tyskland på grundval av att Tyskland hade statlig immunitet. Den hänvisade bland annat till denna domstols dom i *Al-Adsani*. Högsta domstolens dom togs upp i denna domstol men klagomålet förklarades otillåtligt i *Kalogeropoulou*, som anförts ovan.

7. Polen

144. I *Natoniewski mot Tyskland* (ref.-nr. IV CSK 465/09, 29 oktober 2010, översatt till engelska [2010] Polish Yearbook of International Law 299) inledde sökanden civilrättsliga förfaranden för skador som åsamkats på grund av tyska väpnade styrkors handlingar under andra världskriget. Polens högsta domstol avvisade kravet på grundval av att Tyskland hade statlig immunitet. Domstolen förklarade:

"Det specifika i orsakerna till väpnade konflikter tyder på tillämpligheten av statlig immunitet för handlingar som utförs under dessa konflikter. Väpnade konflikter – med mängder av offer och förstörelse och lidande av enorma dimensioner – låter sig inte reduceras till förhållandet mellan staten/förövaren och den skadelidande personen; konflikterna finns främst mellan stater. Normalt ska egendomskrav som uppkommer ur krigshandlingar lösas i fredsfördrag, med syfte att på ett allmänt sätt – på internationell och individuell nivå – reglera konsekvenserna av krig. I sådana fall tillhandahåller domsrättsimmuniteten internationella rättsliga medel för att reglera egendomskrav som är resultat av krigshandlingar. Undantagandet från domstolars behörighet av en mängd civilrättsliga krav (orsakade av kriget) syftar till att motverka situationen, när normaliseringen av relationer mellan stater kan möta hinder som ett resultat av ett stort antal processer inledda av enskilda personer /.../"

145. Om argumentet att statlig immunitet inte gällde när det påstods ha skett ett brott mot *jus cogens*-normer sade domstolen följande:

"/.../ Det verkar finnas en tendens i internationell och nationell lagstiftning att begränsa statlig immunitet vid brott mot mänskliga rättigheter, men denna praxis är på inget sätt allmän."

146. Om överensstämmelsen i beviljandet av immunitet med artikel 6 § 1 sade domstolen följande:

"Enligt etablerad rättspraxis i Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna innebär detta undantag inget intrång i den rätt till tillgång till nationella domstolar som

garanteras av artikel 6 § 1 /.../ Det kan inte sägas att statlig immunitet innebär en oproportionerlig inskränkning av rätten till tillgång till domstolen när sökandena har tillgång till rimliga alternativa sätt att effektivt skydda sina rättigheter (se ECHR:s domslut av den 18 februari 1999 i målet *Waite och Kennedy mot Tyskland*)."

8. Frankrike

147. I *Bucheron mot Tyskland* väckte sökanden civilrättslig talan i arbetsdomstolen för påstått tvångsarbete under andra världskriget. Hans krav avvisades på grundval av att Tyskland hade immunitet. År 2003 fastställde kassationsdomstolen avvisandet av kravet (nr. 02-45961, 16 december 2003). Samma resultat nådde kassationsdomstolen i *Grosz mot Tyskland* (nr. 04-475040, 3 januari 2006) i ett domslut som senare fastställdes av denna domstol i *Grosz mot Frankrike* (dec.), nr. 14717/06, 16 juni 2009.

9. Slovenien

148. I *A.A. mot Tyskland* (nr. IP-13/99, 8 mars 2001) avvisade den slovenska författningsdomstolen en civilrättslig talan väckt om Tysklands handlingar under andra världskriget. Sökanden hade hävdade att det enligt internationell sedvanerätt fanns ett *jus cogens*-undantag från reglerna om statlig immunitet. Domstolen accepterade att det fanns tecken på en tendens till en framtida utveckling av internationell rätt mot en begränsning av statlig immunitet inför utländska domstolar i mål om påstådda brott mot mänskliga rättigheter. Dock tydde dessa tecken inte på att allmän statlig praxis erkändes som lag och därmed gav upphov till en sådan regel i internationell sedvanerätt.

149. I fråga om det specifika klagomålet enligt artikel 6 § 1 i konventionen hänvisade domstolen till denna domstols beslut i *Waite och Kennedy mot Tyskland* [GC], nr. 26083/94, ECHR 1999-I. Den slog fast att begränsningen av sökandens rätt till tillgång till domstolen hade ett legitimt syfte och var proportionerlig, och hänvisade till sökandens möjlighet att väcka civilrättslig talan i Tyskland.

B. Straffrättsliga förfaranden om tortyr

1. Frankrike

150. I brottmålet *Ould Dah* stod svaranden, en mauretansk statstjänsteman, åtalad för och dömdes slutligen av en fransk brottmålsdomstol för tortyrhandlingar utförda i Mauretanien. Ett överklagande om rättsfrågor avvisades senare (nr. 02-85379, 23 oktober 2002). Den 1 juli 2005 tilldömde brottmålsdomstolen skadestånd till de olika civila parterna i målet. Ett liknande resultat nåddes i det följande brottmålet *Khaled Ben Saïd*.

2. *Nederländerna*

151. I målet *Bouterse* hävdade Bouterse immunitet mot straffrättsligt åtal på grundval av att de påstådda tortyrhandlingarna hade utförts medan han var statsöverhuvud i Surinam. Den 20 november 2000 vägrade Amsterdams appellationsdomstol att ge immunitet på grundval av att order om mycket grova brott, vilket var fallet här, inte kunde anses vara en av ett statsöverhuvuds tjänsteplikter.

3. *Schweiz*

152. I ett domslut den 25 juli 2012 i *A. mot statsåklagaren och andra* vägrade den schweiziska federala brottmålsdomstolen att godkänna ett krav på immunitet i en brottmålstalan mot en algerisk medborgare för krigsförbrytelser, inklusive tortyrhandlingar, som utförts i Algeriet. Svaranden hade tidigare varit försvarsminister och hade ingått i den junta som styrde Algeriet vid den aktuella tidpunkten. Målet gällde därför den resterande *ratione materiae*-immuniteten för en enskild person som hade haft *ratione personae*-immunitet under tjänstgöringen. Domstolen förklarade att målet med *ratione materiae*-immunitet var både att skydda tjänstemän mot konsekvenserna av handlingar som tillskrevs den stat för vars räkning de handlade och att på så sätt säkerställa respekten för statens suveränitet.

153. Domstolen hänvisade till överhusets domslut i *Pinochet (nr. 3)* och till den utveckling i riktning mot ett ökande antal undantag från *ratione materiae*-immunitet som var uppenbar i de rättsliga doktrinerna. Den bekräftade sin kännedom om debatten om huruvida olagliga handlingar kunde anses vara officiella handlingar med avseende på denna immunitet. Den slog fast att de rättsliga doktrinerna och rättspraxis inte längre enhälligt bekräftade att resterande *ratione materiae*-immunitet omfattade alla handlingar som utförts under tjänstgöring då anklagelser om allvarliga brott mot mänskliga rättigheter hade gjorts. Det skulle därför vara paradoxalt att bekräfta avsikten att förhindra grova brott mot mänskliga rättigheter och samtidigt acceptera en bred tolkning av regler för statlig *ratione materiae*-immunitet till förmån för statstjänstemän, och därmed förhindra en eventuell utredning av sådana anklagelser.

4. *Belgien*

154. I lagen av den 16 juni 1993 om straff för allvarliga brott mot internationell människorättslagstiftning definieras vissa handlingar, inklusive tortyr och folkmord, som internationella brott som är straffbara i enlighet med lagens föreskrifter. Lagens artikel 5 ändrades 1999 för att uttryckligen ange följande:

"Den immunitet som avser en persons officiella roll ska inte hindra tillämpningen av denna lag."

LAGEN

I. FÖRENING AV ANSÖKNINGARNA

155. Med tanke på ansökningarnas likartade faktamässiga och rättsliga bakgrund beslutar domstolen att de två ansökningarna ska förenas i enlighet med regel 42 § 1 i domstolens arbetsordning.

II. LOCUS STANDI

156. Sökanden Sampson dog i mars 2012, medan målet väntade på att tas upp i domstolen. En av hans närmaste överlevande släktingar och förvaltaren av hans dödsbo, Jane Mayfield, gav uttryck för en önskan att fortsätta med ansökan för hans räkning.

157. Domstolen betonar på nytt att den i ett antal mål där en sökande dött under förhandlingarnas gång har beaktat önsknings från sökandens arvingar eller nära familjemedlemmar om att fortsätta med förfarandet inför domstolen (se till exempel *Dalban mot Rumänien* [GC], nr. 28114/95, § 39, ECHR 1999-VI, *Malhous mot Republiken Tjeckien* (dec.) [GC], nr. 33071/96, ECHR 2000-XII och *Asadbeyli och andra mot Azerbajdzjan*, nr. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 och 16519/06, § 106, 11 december 2012). I det aktuella målet ifrågasatte regeringen inte Mayfields rätt att fortsätta med ansökan för Sampsons räkning. Domstolen påpekar att Sampson dog över fem år efter att hans ansökan hade ingetts till denna domstol och att han under flera år efter att ha varit frihetsberövad i Saudiarabien arbetade med sin civilrättsliga talan och strävade efter att ställa sina påstådda torterare till svars. Domstolen ger därför hans dödsboförvaltare rätt att fortsätta med ansökan för hans räkning. Den kommer att fortsätta att hänvisa till Sampson som sökande i målet.

III. PÅSTÅDD ÖVERTRÄDELSE AV ARTIKEL 6 § 1 I KONVENTIONEN

158. Jones klagade på att beviljandet av immunitet för Konungariket Saudiarabien och de enskilda svarandena i hans mål utgjorde ett oproportionerligt intrång i hans rätt till tillgång till domstolen.

159. De andra sökandena klagade på att beviljandet av immunitet för de enskilda svarandena i deras mål utgjorde ett oproportionerligt intrång i deras rätt till tillgång till domstolen.

160. Sökandena stödde sig på artikel 6 § 1 i konventionen, som säger följande:

"Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter /.../ vara berättigad till en rättvis /.../ rättegång /.../ inför en /.../ domstol /.../"

A. Tillåtlighet

1. Parternas sakframställningar

161. Regeringen betonade att alla stater hade en plikt enligt internationell sedvanerätt att ge andra stater immunitet. Utgångspunkten var att det fanns en allmän regel om immunitet från vilken det fanns vissa undantag. Dessa undantag kom till uttryck i Baselkonventionen och i FN:s immunitetskonvention. Domstolarna i en viss stat fick därför inte ändra immuniteterna som de själva önskade. I 1978 års lag stadgades de förpliktelser som den svarande staten hade mot andra stater enligt folkrätten. Ståndpunkten som intogs i 1978 års lag var tydlig: Saudiarabien hade rätt till immunitet om inte något av de undantag som angavs i avsnitt 2–11 var tillämpligt. Det var här uppenbart att inga av undantagen var tillämpliga.

162. Mot bakgrund av detta uppmanade regeringen domstolen att ompröva sitt beslut i *Al-Adsani* att artikel 6 § 1 gällde i mål som rörde statlig immunitet. Den hävdade att artikel 6 endast kunde avse utövning av domsrätt som medgavs enligt internationell rätt. Den kunde inte tvinga en stat att göra anspråk på en domsrätt som den enligt internationell rätt inte hade. Följaktligen kunde en stat inte anses ha nekat tillgång till en domstol då den inte hade någon tillgång att ge.

163. Sökandena hävdade att artikel 6 § 1 uppenbart gällde under omständigheterna i målet, och stödde sig på denna domstols domslut i *Al-Adsani*, som anförts ovan.

2. Rättens bedömning

164. Domstolen fastslog i *Al-Adsani*, som anförts ovan, §§ 46–49, att artikel 6 § 1 var tillämplig på ett krav mot en stat på skadestånd för personskada. Den fann att beviljandet av immunitet inte berättigade den materiella rättigheten men fungerade som ett procedurrelaterat hinder för de nationella domstolarnas befogenhet att fastställa rättigheten. Det finns inget skäl att fastslå något annat i det nu aktuella målet. Artikel 6 § 1 är följaktligen tillämplig.

165. Domstolen konstaterar vidare att ansökningarna inte är uppenbart ogrundade enligt betydelsen av artikel 35 § 3 (a) i konventionen eller otillåtliga på andra grunder. De måste därför förklaras tillåtliga.

B. Omständigheter

1. Parternas sakframställningar

(a) Sökandena

(i) Jones

166. Jones hävdade att varje inskränkning i hans rätt till tillgång till domstolen måste tjäna ett legitimt syfte och vara proportionerlig. I fråga om det senare betonade han att ju allmännare en immunitet var desto mer övertygande måste den motiveras: för allmänna undantag från civilrättsliga krav krävdes starka skäl (med hänvisning till *Fayed mot Storbritannien*, 21 september 1994, § 65, serie A nr. 294-B). I det aktuella målet var rätten till tillgång till domstolen särskilt viktig eftersom det rörde sig om en civilrättslig talan gällande tortyr, för vilken förbudet var *jus cogens* enligt internationell rätt.

167. Jones ansåg att domstolens synsätt i *Al-Adsani*, som anförts ovan, var felaktigt. Han påpekade att domstolen i *Waite och Kennedy*, som anförts ovan, § 68, hade förlitat sig på det faktum att sökandena hade andra rimliga möjligheter till gottgörelse när den fastslog att den immunitet som beviljades Europeiska rymdorganisationen inte var ett oproportionerligt intrång i sökandenas rätt till tillgång till domstolen. I *Al-Adsani* hade dock domstolen underlåtit att överväga om det fanns alternativa möjligheter till gottgörelse. Därmed var dess resonemang i det målet i grunden bristfälligt. Sökanden var oförmögen *de jure* och *de facto* att väcka talan i Saudiarabien, då han inte kunde återvända till det land där han hade blivit torterad och då domstolarna där varken var oberoende eller opartiska. Han hävdade vidare att den svarande staten var en av de få stater som gav statstjänstemän total immunitet, enligt de uppgifter som tillhandahölls av regeringen, och hävdade att endast Tjeckien, Tyskland, Irland och Ryska federationen verkade ge en liknande nivå av immunitet.

168. Med stöd också i de andra sökandenas sakframställningar fastslog sökanden att det var oproportionerligt att tillämpa en allmän immunitet för att helt blockera det rättsliga avgörandet av en medborgerlig rättighet utan att väga detta mot andra intressen, det vill säga dem som hörde samman med den aktuella immuniteten och dem som hade att göra med arten av det specifika krav som som förfarandena gällde.

(ii) Mitchell, Sampson och Walker

169. Sökandena hävdade att det inte fanns någon regel i den internationella rätten som berättigade beviljandet av immunitet i målet, så majoritetens analys i *Al-Adsani* ledde inte till slutsatsen att ingripandet var proportionerligt. I den mån immunitet kunde identifieras som en regel i internationell rätt var den av en beskaffenhet och status som var otillräcklig

för att utgöra ett proportionerligt intrång i rättigheterna enligt artikel 6 § 1 eftersom det fanns mer nyanserade och proportionerliga sätt att kontrollera och begränsa krav som gjorde det möjligt att hitta en lämplig balans.

170. Sökandena instämde inte i regeringens argument att tjänstemännen omfattades av begreppet "stat" och att sökandena i praktiken ville väcka talan mot Saudiarabien. Definitionen av "stat" i 1978 års lag var inte avgörande för frågan enligt internationell sedvanerätt. De hänvisade till slutsatsen i Förenta staternas högsta domstol i *Samantar* att statstjänstemän inte omfattades av definitionen av "stat" i FSIA, som hade en definition som i sak var identisk med 1978 års lag. De hävdade vidare att artikel 2(1) i immunitetskonventionen, där "representant för staten som handlar i denna roll" inkluderas i begreppet "stat", var ämnad att omfatta representanter för staten som hade immunitet *ratione personae*. De stödde sig i fråga om detta på kommentaren från International Law Commission till stöd för sitt hävdande.

171. Enligt sökandena fanns det ingen symmetri mellan internationella regler för statlig immunitet och statens ansvar. Det faktum att en statstjänstemans handling kunde tillskrivas själva staten med avseende på internationell rätt betydde inte att staten ensam var ansvarig för handlingen med avseende på kommunal rätt. Det fanns många exempel på hur skadeståndskrav för ett skadeståndsberättigande brott i kommunal lag och gottgörelsekrav gentemot en stat för en internationellt olaglig handling hade ställts samtidigt. Antagandet i överhuset verkade ha varit att syftet med lagen om immunitet var att ge ett procedurförsvaret avseende forumstatens utövande av domsrätt över alla handlingar vilka i internationell rätt skulle kunna tillskrivas staten. Detta var en okonventionell och oroväckande motivering för statlig immunitet. Det stod klart enligt artikelutkastet om det statliga ansvaret att definitionen av "stat" endast avsåg tillskrivandet och inget annat. Detta framgick av det faktum att ett statligt organs kontraktsbrott utgör en statlig handling med avseende på statligt ansvar, i enlighet med artikelutkastet, men handlingar relaterade till kommersiella aktiviteter ger i allmänhet inte statlig immunitet i civilrättsliga förfaranden i enlighet med det allmänt accepterade *jure gestionis*-undantaget från denna princip. På liknande sätt gjorde tortyrhandlingar utförda i forumstaten staten ansvarig men omfattades inte av statlig immunitet. Vidare betonade sökandena att stater enligt internationell rätt inte måste följa en dom som korrekt avkunnats mot deras enskilda tjänstemän. Det fanns därför ingen grund för att hävda att en talan mot en tjänsteman under dessa omständigheter indirekt involverade staten själv. Skadestånd som tilldömdes i nationella förhandlingar skulle beaktas av en internationell domstol i dess bedömning av lämplig gottgörelse, för förhindrande av dubbel ersättning.

172. När det väl var accepterat att reglerna för statligt ansvar och statlig immunitet hade helt olika syften var det uppenbart att man inte kunde anta

att definitionen av "officiella handlingar" var densamma i båda sammanhangen. Åtskillnaden gällde inte officiella handlingar gentemot privata handlingar, utan officiella handlingar som gav rätt till statlig immunitet gentemot officiella handlingar som inte gjorde det. Sökandena invände mot påståendet att det fanns en brist på överensstämmelse mellan denna hållning och definitionen av tortyr i tortyrkonventionen: Artikel 1 i konventionen var nyckeln till de primära förpliktelseerna enligt tortyrkonventionen, inte en regel för tillskrivande med avseende på statligt ansvar. Sökandena pekade på en serie mål som gav stöd för påståendet att det då en statlig tjänsteman utförde handlingar som utgjorde brott mot en absolut norm inte fanns någon immunitet mot domsrätt (med hänvisning bland annat till *Prefektura Voiotia*, *Ferrini* och *Furundzija* ovan). Denna hållning var särskilt tydlig i Förenta staterna (med hänvisning bland annat till *Filartiga* och *Samantar* ovan). ICJ:s nyligen avkunnade dom i *Tyskland mot Italien* var endast relevant för krav mot själva staten: den var inte tillämplig på sökandenas krav mot statstjänstemän. I fråga om ICJ:s avvisande av ett *jus cogens*-undantag i det målet kritiserade sökandena domen för bristen på egentligt beaktande av de faktiska bakomliggande principerna för doktrinen om statlig immunitet. De kritiserade också domstolen för dess formalistiska hantering av frågan om den påstådda konflikten mellan *jus cogens*-regler och regeln om statlig immunitet och uppmanade denna domstol att avstå från att följa ICJ:s exempel i sitt beslut om hur man ska hitta balansen mellan de två normuppsättningarna i förhållande till artikel 6.

173. Slutligen hävdade sökandena att distinktionen mellan civil- och brottmålsprocesser var irrelevant och inte motiverade olika sätt att hantera immuniteten för statstjänstemän i civil- respektive brottmål. Brottmålsdomstolar i ett antal länder, bland dem Storbritannien, hade behörighet att tilldela ersättning till offer. Sökandena hänvisade till det franska *Ould Dah*-målet, där civila parter i brottmålsprocesser tilldömdes ersättning och frågan om immunitet inte beaktades. Vidare hävdade sökandena att det skulle vara inkonsekvent att hävda att det straffrättsliga ansvaret upphävdes av tortyrkonventionen men inte det civila. Enligt artikel 4(2) i denna konvention måste stater göra tortyrgärningar straffbara med lämpliga påföljder, som tydligt inbegrep utbetalning av ersättning, och artikel 14 om ersättning var inte territoriellt begränsad. Förslaget under förhandlingarna att begränsa artikel 14 med hänvisning till territorium inom en stats domsrätt hade strukits från den slutliga versionen av texten, och enligt sökandena var den uppenbara följden av detta att ingen territoriell begränsning avsågs. Därmed kunde principer om statlig immunitet inte hindra domstolarna i forumstaten att beordra en utländsk tjänsteman att betala ersättning till offer för tortyr.

(b) Regeringen

174. Regeringen hävdade att det legitima syftet med att bevilja immunitet för staten Saudiarabien i Jones fall var att följa internationell rätt för att främja goda relationer mellan stater genom alla staters respekt för varandras suveränitet. Den hävdade att det fanns ett tolkningsutrymme i fråga om tillgången till domstol, vilket gjorde det möjligt för stater att agera efter eget gottfinnande, förutsatt att detta rimligen var hållbart, i fråga om omfattningen av deras förpliktelser enligt folkrätten. I det aktuella målet kunde det inte sägas att Storbritanniens hållning stred mot allmänna principer för internationell rätt eller att den inte anslöt sig till allmänt accepterade internationella standarder. Regeringen hänvisade till *Waite och Kennedy*, som anförts ovan, i den mån det krävdes utredning av de alternativa möjligheterna till gottgörelse på grundval av att det fanns en viktig skillnad mellan mål som gällde immunitet för internationella organisationer i vilka det inte fanns något alternativt forum och mål gällande statlig immunitet där domsrätten över ett visst krav innehades av en annan stat. En tingsrätt kunde inte i strid mot den internationella sedvanerättens regler skapa ett undantag för statlig immunitet för att avhjälpa den materiella underlåtenheten i en utländsk domstol som hade domsrätt men valde att inte utöva den. Den tillade att den konsulära hjälp som regeringen gav sökandena i Saudiarabien och efter deras frisläppande från fångenskapen inte borde förbises.

175. I fråga om beviljandet av immunitet för statstjänstemännen i båda målen hävdade regeringen främst att det var en väletablerad princip i internationell rätt att en stat hade rätt till samma immunitet för sina tjänstemäns officiella handlingar i mål där den namngivna svaranden i förfarandena var en av dessa tjänstemän som den hade i ett mål där den namngivna svaranden var staten själv. Frågan var därför inte om statlig immunitet omfattade sådana tjänstemän, utan om tjänstemannen var en sådan del av staten att statlig immunitet automatiskt var tillämplig. Handlingar utförda av statstjänstemän som handlade i denna roll kunde inte tillskrivas dem personligen, utan endast staten. Det fanns därför en symmetri mellan den internationella rätt som gällde statlig immunitet och den som gällde statligt ansvar. I 1978 års lag återspeglades de förpliktelser som den svarande staten hade mot andra stater enligt folkrätten. Detta hade stöd i definitionen av "stat" i internationella avtal, inräknat FN:s immunitetskonvention och artikelutkastet om det statliga ansvaret, i nationell lagstiftning och rättspraxis samt i Ictys överklagandekammars beslut i *Blaškić*. Följaktligen skulle, om en handling kunde tillskrivas staten så att staten hade ansvar för den på det internationella planet, samma handling behandlas som statens handling med avseende på den internationella rätten till statlig immunitet i förfaranden i en tingsrätt. Detta återspeglade de faktiska sakförhållandena i situationen. Om statens tjänsteman åtalades i de nationella domstolarna i en annan stat för

handlingar utförda i fullgörandet av tjänstemannens officiella funktioner, så var staten i praktiken indirekt involverad, för det var inte bara så att dess handlingar ifrågasattes, utan den skulle förväntas betala ut eventuella skadestånd och skulle sannolikt vara den enda källa från vilken en sådan utbetalning av skadestånd skulle kunna göras.

176. Regeringen hävdade att både appellationsdomstolen och överhuset med rätta hade avvisat argumentet att det följde av *jus cogens*-statusen för förbudet mot tortyr att stater måste avstå från att ge immunitet i krav mot utländska stater gällande påstådda brott mot detta förbud. Argumentet var ogrundat av flera skäl. För det första gav regeln om statlig immunitet varken en rätt till eller innebar överseende med tortyr och var därför inte oförenlig med förbudet mot tortyr. Den gjorde bara att eventuella brott skulle bedömas på ett annat sätt. För det andra hade argumentet avvisats varje gång det hade tagits upp i en internationell domstol (med hänvisning bland annat till *arresteringsordermålet* och *Al-Adsani*, som anförts ovan). För det tredje hade frågan om huruvida statlig immunitet borde ges för tortyr tagits upp i förhandlingarna om FN:s immunitetskonvention, och man hade beslutat att inget undantag kunde göras, baserat på det aktuella läget i den internationella sedvanerätten. Slutligen hade argumentet avvisats av de flesta nationella domstolar som hade ställts inför frågan (med hänvisning bland annat till *Bucheron*, *Siderman de Blake*, *Princz* och *Bouzari* ovan). Även om vissa nationella domstolar i Grekland och Italien hade accepterat *jus cogens*-argumentet var dessa mål inte övertygande och etablerade inte någon accepterad allmän praxis i internationell rätt. Enstaka domar räckte inte till som stöd för att ändra sedvanerätten. Denna åsikt fick stöd av ICJ i dess domslut i *Tyskland mot Italien*, som var noga övervägt och baserat på en omfattande granskning och analys av statlig praxis. Regeringen tillade att rättspraxis i Förenta staterna där domsrätt hade hävdats för grova brott mot internationell rätt begångna av utländska medborgare utomlands inte var ett uttryck för principer som allmänt omfattades och följdes av andra länder.

177. Regeringen avvisade vidare sökandenas argument att tortyr inte var en "officiell handling" som kunde ge statlig immunitet. Det var uppenbart att anklagelserna om tortyr inte kunde anses avse *jure gestionis*-handlingar då de omfattades av begreppet utövning av suverän makt. Inga källor hade anförts till stöd för påståendet att vissa typer av suverän handling inte gav statlig immunitet. Regeringen påpekade också att det enligt definitionen av tortyr i tortyrkonventionen krävdes att handlingen utfördes av en offentlig tjänsteman eller person som handlade i en officiell roll. Detta kom till uttryck i den internationella rättens regler om statligt ansvar, som angav medförande av statens ansvar då en av dess tjänstemän under föregivande av dess befogenhet torterade en annan stats medborgare.

178. I fråga om den skyldighet att tillhandahålla gottgörelse som stadgas i artikel 14 i tortyrkonventionen ansåg regeringen att den endast angav att stater skulle säkerställa gottgörelse för tortyr som utförts på deras respektive

territorier. Detta synsätt hade stöd i nationell lagstiftning om civilrättslig domsrätt för tortyr och statlig immunitet och i statlig praxis. Utkasttexten till artikel 14 hade förtydligats under förhandlingarna för att återspegla syftet att artikeln skulle begränsas till statens territorium, men av skäl som inte förklarades ströks förtydligandet när utkastet vidarebefordrades. Regeringen ansåg att detta utelämnande var ett misstag, och den hänvisade med avseende på detta till USA:s uttalande om tortyrkonventionen gällande dess tolkning av den territoriella omfattningen av artikel 14.

179. Regeringen bekräftade att statstjänstemännen i fråga kunde åtalas i Storbritannien för sitt handlande. Dock fanns goda skäl att göra skillnad mellan straffrättsliga och civilrättsliga förfaranden i detta sammanhang. För det första innehöll tortyrkonventionen en uttrycklig bestämmelse enligt vilken statsparterna måste väcka åtal mot utländska staters tjänstemän för tortyrhandlingar utförda utanför forumstaten; det fanns ingen jämförbar bestämmelse för civilrättsliga förfaranden. För det andra anförde i *Pinochet (nr. 3)* majoriteten av överhuset att det inte fanns någon immunitet mot straffrättsligt åtal för tortyr på grundval av tortyrkonventionen samt det faktum att alla de tre länder som var inblandade i det målet var parter i tortyrkonventionen. För det tredje ingick den enskilda personens straffrättsliga ansvar inte med avseende på internationell rätt i statens ansvar, utan var åtskilt från detta ansvar. Slutligen var det civilrättsliga ansvaret för handlingar utförda i en officiell roll med nödvändighet kopplat till själva statens ansvar – i praktiken kunde staten förväntas följa eventuella domar om skadestånd mot tjänstemannen och tilldelningen av ett sådant skadestånd skulle i sin tur påverka statens skyldighet att ge ersättning i eventuella processer mot den. Det var beaktansvärt att ICJ också hade gjort tydlig skillnad mellan civil- och brottmålsprocesser i sitt domslut i *Tyskland mot Italien*, med hänvisning till domslutet i *Pinochet (nr. 3)*.

(c) Tredjepartsintervenienterna

180. REDRESS, Amnesty International, INTERIGHTS och JUSTICE ingav gemensamma skriftliga tredjepartscommentarer till frågan om statlig immunitet för tjänstemän.

181. Intervenienterna betonade att ett särskilt avgörande av varje immunitet krävdes när talan väcktes mot en stat och dess tjänstemän då de inte var identiska. Deras olika ändamål och syften innebar att statens tjänstemän inte med nödvändighet hade immunitet även om staten hade det.

182. Tortyr gav upphov till både enskilt och statligt ansvar enligt internationell rätt. Kravet mot en tjänsteman för hans roll i beordrandet av tortyr kunde inte sägas vara den praktiska motsvarigheten till en talan mot själva staten, som stöd för påståendet att själva staten var direkt involverad. Ett sådant krav handlade om tjänstemannens personliga ansvar och en följande tilldelning av ersättning skulle bara kunna verkställas

gentemot den enskilde personen och inte gentemot staten eller dess tillgångar.

183. Intervenienterna hävdade att *ratione materiae*-immunitet, som det aktuella målet gällde, inte var tillämplig då anklagelsen gällde tortyr. De påpekade att syftet med tortyrkonventionen var att utkräva ansvar och förhindra straffrihet för tortyr, och hävdade att beviljandet av immunitet för statstjänstemän i mål som rörde tortyr var oförenligt med detta syfte, särskilt då det inte fanns några alternativa möjligheter till gottgörelse. Det fanns tydliga belägg för statlig praxis att neka statlig immunitet för både nuvarande och tidigare tjänstemän anklagade för brott enligt internationell rätt i Frankrike, Italien, Nederländerna och Spanien. Det fanns ingen tydlig skiljelinje mellan civil- och brottmålsprocesser: i ett antal av Europarådets medlemsstater fick domstolar driva civilrättsliga krav i ett *action civile* i brottmål. Det fanns flera exempel på att franska domstolar hade dömt utländska tjänstemän för tortyr eller andra brottsliga gärningar och tilldömt gottgörelse till offer som hade påstått sig vara *parties civiles*.

184. I mål där statlig immunitet gavs till tjänstemän i civilrättsliga förfaranden som gällde anklagelser om tortyr hävdade intervenienterna att begränsningen av tillgången till domstolen inte tjänade ett legitimt syfte och inte var proportionerlig. Statlig immunitet bidrog i detta sammanhang inte till statens korrekta funktion, och då staten inte var involverad aktualiserades inte de argument som användes för att motivera statlig immunitet här. Syftet med *ratione materiae*-immunitet var att förhindra talan mot statstjänstemän när de inte ådrog sig något oberoende ansvar utan bara agerade som statens företrädare. Detta syfte var inte tillämpligt då anklagelsen gällde tortyr, då detta omfattades av tjänstemannens personliga ansvar. Den enda roll beviljandet av *ratione materiae*-immunitet hade i detta fall var att förhindra att tjänstemannen ställdes till svars, vilket inte kunde anses vara ett legitimt syfte enligt artikel 6 § 1.

185. Intervenienterna betonade att ju allmänare en immunitet var desto mer övertygande måste den motiveras (med hänvisning till *Kart mot Turkiet* [GC], nr. 8917/05, § 83, ECHR 2009 (utdrag)). Domstolen hade använt en snäv tolkning av immunitet i mål som rörde parlamentarisk immunitet. Den hade också påpekat att det inte skulle vara förenligt med rättssäkerheten i ett demokratiskt samhälle om en stat utan domstolens begränsning eller kontroll kunde undanta en mängd civilrättsliga krav från domstolarnas domsrätt eller ge kategorier av personer immunitet (se *Fayed*, som anförts ovan, § 65 och *Cordova mot Italien (nr. 1)*, nr. 40877/98, § 58, ECHR 2003-I). Beskaffenheten av den orätt för vilken tillgång till domstolen söktes – nämligen tortyr – krävde en restriktivare hållning gällande eventuella införda begränsningar. Det var också relevant för proportionaliteten om det fanns alternativa möjligheter till gottgörelse; i sökandenas mål fanns inga sådana. I synnerhet fanns det inget effektivt rättsmedel – enligt kraven i artikel 14 i tortyrkonventionen – i Saudiarabien

för anklagelser om tortyr eftersom tortyr inte var ett definierat brott enligt saudisk lag och det inte fanns något särskilt straff angivet. Kommittén mot tortyr hade funnit att det inte fanns några effektiva mekanismer för att utreda påståenden om tortyr i Saudiarabien. Diplomatskt skydd kunde inte utgöra ett effektivt rättsmedel: även om den svarande regeringen hänvisade till dess tillgänglighet i *Al-Adsani* fanns inga bevis för att det någonsin hade gett Al-Adsani sådant skydd. Det diplomatiska skyddet låg helt och hållet inom medborgarstatens bestämmanderätt och regeringen kunde inte tvingas ta sig an ett krav för sina medborgares räkning.

2. Rättens bedömning

(a) Allmänna principer för tillgång till en domstol i fråga om statlig immunitet

186. Artikel 6 § 1 skyddar allas rätt till att få en rättslig tvist ("*contestation*" i den franska texten i artikel 6 § 1) om sina medborgerliga rättigheter och skyldigheter behandlad i domstol. Rätten till tillgång till en domstol är dock inte absolut. Det kan finnas begränsningar för den eftersom det ligger i själva sakens natur att rätten till tillgång behöver regleras av staten. I fråga om detta har de fördragsslutande staterna ett visst tolkningsutrymme, även om det slutgiltiga avgörandet om efterlevnaden av konventionens krav ligger hos domstolen. Den måste vara övertygad om att de begränsningar som görs inte hindrar eller minskar den tillgång som den enskilde personen får på ett sådant sätt eller i en sådan utsträckning att själva innebörden av rättigheten inskränks. Vidare kommer en begränsning inte att vara förenlig med artikel 6 § 1 om den inte tjänar ett legitimt syfte och om det inte finns något rimligt proportionalitetsförhållande mellan de medel som används och det avsedda syftet (se *Fogarty mot Storbritannien* [GC], nr. 37112/97, §§ 32–33, ECHR 2001-XI (utdrag), *McElhinney mot Irland* [GC], nr. 31253/96, §§ 33–34, ECHR 2001-XI (utdrag), *Al-Adsani*, som anförts ovan, §§ 52–53, *Kalogeropoulou och andra*, som anförts ovan, *Manoilescu och Dobrescu mot Rumänien och Ryssland* (dec.), nr. 60861/00, §§ 66 och 68, ECHR 2005-VI, *Cudak mot Litauen* [GC], nr. 15869/02, §§ 54–55, ECHR 2010 och *Sabeh El Leil mot Frankrike* [GC], nr. 34869/05, §§ 46–47, 29 juni 2011).

187. Konventionsrättigheterna måste garanteras på ett sätt som är praktiskt och effektivt, särskilt när det gäller tillgång till en domstol med tanke på hur viktig rätten till en rättvis rättegång är i ett demokratiskt samhälle. Det skulle därför inte vara förenligt med rättssäkerheten i ett demokratiskt samhälle eller med den grundläggande principen bakom artikel 6 § 1 – nämligen att civilrättsliga krav måste kunna överlämnas till en domare för avgörande – om en stat utan begränsning eller kontroll från de organ som har ansvar för konventionens verkställighet kunde undanta en mängd civilrättsliga krav från domstolarnas domsrätt eller ge kategorier av

personer immunitet. I mål där tillämpningen av principen om statlig immunitet mot domsrätt förhindrar åtnjutandet av rätten till tillgång till en domstol måste domstolen följaktligen fastställa om omständigheterna i målet motiverade ett sådant förhållande (*Al-Adsani*, som anförts ovan, §§ 47–48, *Cudak*, som anförts ovan, §§ 58–59 och *Sabeh El Leil*, som anförts ovan, §§ 50–51).

188. Domstolen har tidigare förklarat att suverän immunitet är ett begrepp inom internationell rätt, som utvecklats ur principen *par in parem non habet imperium*, i kraft av vilken en stat inte kan bli föremål för en annan stats domsrätt. Beviljandet av suverän immunitet för en stat i civilrättsliga förfaranden har det legitima syftet att följa internationell rätt för att främja goda relationer mellan stater genom respekt för en annan stats suveränitet (se *Fogarty*, som anförts ovan, § 34, *McElhinney*, som anförts ovan, § 35, *Al-Adsani*, som anförts ovan, § 54, *Kalogeropoulou och andra*, som anförts ovan, *Cudak*, som anförts ovan, § 60 och *Sabeh El Leil*, som anförts ovan, § 52).

189. I fråga om proportionaliteten i begränsningen har behovet av att så långt det är möjligt tolka konventionen i harmoni med andra regler i den internationella rätt där den ingår, inräknat dem som gäller beviljandet av statlig immunitet, fått domstolen att dra slutsatsen att statligt vidtagna åtgärder som återspeglar allmänt erkända regler i folkrätten om statlig immunitet i princip inte kan betraktas som införande en oproportionerlig begränsning av rätten till tillgång till en domstol enligt vad som avses i artikel 6 § 1. Domstolen förklarade att på samma sätt som rätten till tillgång till domstolen är en väsentlig del av garantin om en rättvis rättegång i artikel 6 § 1 måste vissa begränsningar också ses som väsentliga, och ett exempel på detta är de begränsningar som är allmänt accepterade av världssamfundet som en del av doktrinen om statlig immunitet (se *McElhinney*, som anförts ovan, § 36–37, *Fogarty*, som anförts ovan, §§ 35–36 *Al-Adsani*, som anförts ovan, §§ 55–56, *Kalogeropoulou och andra*, som anförts ovan, *Manoilescu och Dobrescu*, som anförts ovan, §§ 70 och 80, *Cudak*, som anförts ovan, §§ 56–57 och *Sabeh El Leil*, som anförts ovan, §§ 48–49).

(b) Tillämpning av principerna i tidigare mål om statlig immunitet

190. Domstolen har utrett efterlevnaden av rätten till tillgång till en domstol enligt artikel 6 § 1 med avseende på beviljandet av statlig immunitet i ett antal olika civilrättsliga mål, inklusive tvister om anställning vid ambassader (*Fogarty*, *Cudak* och *Sabeh El Leil*, som alla anförts ovan), personskada som åsamkats i forumstaten (*McElhinney*, som anförts ovan), personskada som åsamkats som ett resultat av tortyr utomlands (*Al-Adsani*, som anförts ovan), brott mot mänskligheten begångna i krigstid (*Kalogeropoulou och andra*, som anförts ovan), delgivningsbeslut (*Wallishauser*, som anförts ovan) och påstått civilrättsliga klagomål (*Oleynikov mot Ryssland*, nr. 36703/04, 14 mars 2013). Vart och ett av

dessa mål gällde den utsträckning i vilken det tidigare absoluta begreppet statlig immunitet hade ersatts av en mer begränsad form av immunitet. Domstolen utredde särskilt om den svarande statens handlingar "inte [anslöt] sig till allmänt accepterade internationella standarder" (*Fogarty*, som anförts ovan, § 37 och *McElhinney*, som anförts ovan, § 38), var "oförenliga med [de] begränsningar som är allmänt accepterade av världssamfundet som en del av doktrinen om statlig immunitet" (*Al-Adsani*, som anförts ovan, § 66 och indirekt *Kalogeropoulou och andra*, som anförts ovan) eller potentiellt stred mot ett undantag från statlig immunitet som etablerats genom en regel i internationell sedvanerätt som gällde (*Cudak*, som anförts ovan, § 67, *Sabeh El Leil*, som anförts ovan, § 58, *Wallishauser*, som anförts ovan, § 69 och *Oleynikov*, som anförts ovan, § 68).

191. I *Al-Adsani* (som anförts ovan), som avgjordes 2001, fann domstolen att det inte hade fastställts att det ännu fanns acceptans i internationell rätt för påståendet att stater inte hade rätt till immunitet mot civilrättsliga krav på skadestånd som gällde påstådd tortyr som utförts utanför forumstaten. Det hade därför inte skett någon överträdelse av artikel 6 § 1 då de nationella domstolarna hade annullerat sökandens krav mot Kuwait på skadestånd för tortyr i tillämpningen av reglerna för statlig immunitet i 1978 års lag. Samma slutsats nåddes 2002 i *Kalogeropoulou och andra*, som anförts ovan, gällande den grekiske justitieministerns vägran att ge sökandena tillstånd att expropriera tysk egendom i Grekland efter en dom till deras fördel gällande brott mot mänskligheten som begåtts 1944. Domstolen påpekade dock att dess beslut i *Al-Adsani* inte förhindrade en utveckling av den internationella sedvanerätten i framtiden.

192. I ett antal senare mål om statlig immunitet konstaterade domstolen en överträdelse av artikel 6 § 1 på grundval av att föreskrifterna i FN:s immunitetskonvention var tillämpliga på den svarande staten enligt internationell sedvanerätt och att beviljandet av immunitet inte var proportionellt då det antingen inte var förenligt med regeln i den internationella sedvanerätten eller gjordes utan lämpligt övervägande i de nationella domstolarna av den aktuella regeln (*Cudak*, som anförts ovan, §§ 67–74, *Sabeh El Leil*, som anförts ovan, §§ 58–67, *Wallishauser*, som anförts ovan, §§ 69–72 och *Oleynikov*, som anförts ovan, §§ 68–72).

(c) Bör tillvägagångssättet i *Al-Adsani* användas på nytt?

193. Sökandena hävdade att domstolen bör avvika från den stora kammarens tillvägagångssätt i *Al-Adsani* i den omfattning den senare hade underlåtit att göra en bedömning av materiell proportionalitet, inklusive en bedömning av omständigheterna och grunderna i det enskilda målet, och i synnerhet bedöma om det fanns alternativa möjligheter till gottgörelse.

194. I *Al-Adsani* var den avgörande frågan vid bedömningen av åtgärdens proportionalitet om de immunitetsregler som tillämpats av de

nationella domstolarna återspeglade allmänt erkända regler i folkrätten om statlig immunitet (som anförts ovan, §§ 55–56 och 66–67). Även om domstolen inte formellt måste följa sina tidigare domslut är det viktigt med tanke på rättssäkerheten, förutsebarheten och likheten inför lagen att den inte utan goda skäl avviker från prejudikat som fastställts i tidigare mål (se till exempel *Christine Goodwin mot Storbritannien* [GC], nr. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI, *Scoppola mot Italien (nr. 2)* [GC], nr. 10249/03, § 104, 17 september 2009 och *Sabri Güneş mot Turkiet* [GC], nr. 27396/06, § 50, 29 juni 2012). Då det aktuella prejudikatet är ett relativt nyligen fastställt och omfattande domslut i den stora kammaren, som i det aktuella målet, bör en kammare som inte är beredd att följa det etablerade prejudikatet föreslå att det mål den behandlar överlämnas till den stora kammaren. Ingen av parterna i det aktuella målet har föreslagit ett överlämnande till den stora kammaren och det skulle under alla förhållanden vara kammarens uppgift att besluta hur en sådan begäran skulle hanteras (se till exempel *Hartman mot Tjeckien*, nr. 53341/99, § 8 *in fine*, ECHR 2003-VIII (utdrag) och *Kuznetsova mot Ryssland*, nr. 67579/01, § 5, 7 juni 2007).

195. Med hänsyn till det prejudikat som etablerats genom *Al-Adsani* och den noggranna utredningen i det domslutet av de relevanta rättsliga frågorna med hänvisning till denna domstols rättspraxis och internationell rätt anser domstolen att det inte är lämpligt att överlämna det aktuella målet till den stora kammaren. Vid genomförandet av det relevanta testet enligt artikel 6 § 1 i sitt domslut i *Al-Adsani* handlade domstolen i enlighet med sitt åtagande att beakta de relevanta reglerna och principerna i den internationella rätten och för att så långt möjligt tolka konventionen i överensstämmelse med de andra regler i den internationella rätt där den ingår (se *Al-Adsani*, som anförts ovan, § 55, se också *Al-Saadoon och Mufdhi mot Storbritannien*, nr. 61498/08, § 126, ECHR 2010 (utdrag), *Catan och andra mot Republiken Moldavien och Ryssland* [GC], nr. 43370/04, 8252/05 och 18454/06, § 136, ECHR 2012 (utdrag), *Nada mot Schweiz* [GC], nr. 10593/08, §§ 171–172, ECHR 2012 och artikel 31 § 3 (c) i Wienkonventionen). Domstolen är därför övertygad om att det tillvägagångssätt gällande proportionalitet som använts av den stora kammaren i *Al-Adsani* (se stycke 194 ovan) bör användas.

(d) Tillämpning av principerna i kravet mot Konungariket Saudiarabien

196. Jones klagomål gällande avvisandet av hans talan mot Saudiarabien är materiellt identiskt med klagomålet i *Al-Adsani*, som anförts ovan. Som domstolen konstaterade i *Al-Adsani* hade beviljandet av immunitet det legitima syftet att följa internationell rätt för att främja goda relationer mellan stater genom respekt för en annan stats suveränitet. Det var förenligt med artikel 6 § 1 eftersom det återspeglade allmänt erkända regler i folkrätten om statlig immunitet vid denna tid. Den enda frågan för domstolen är om det vid tiden för överhusets beslut 2006 i sökandenas mål

hade skett en sådan utveckling av de accepterade internationella standarderna gällande förekomsten av ett undantag för tortyr från doktrinen om statlig immunitet sedan dess tidigare domslut i *Al-Adsani* att det gav stöd för slutsatsen att beviljandet av immunitet i detta mål inte återspeglade allmänt erkända regler i folkrätten om statlig immunitet.

197. Under de senaste åren, både innan och efter överhusets domslut i det aktuella målet, har man i ett antal nationella jurisdiktioner övervägt frågan om huruvida det nu finns ett *jus cogens*-undantag för statlig immunitet i civilrättsliga krav mot staten (till exempel *Siderman de Blake, Princz, Smith och Sampson* i Förenta staterna i stycke 117 ovan, *Bouzari och Hashemi* i Kanada i stycke 128–134 ovan, *Ferrini* i Italien i stycke 140 ovan, *Prefekturen Voiotia* i Grekland i stycke 142 ovan, *Natoniewski* i Polen i stycke 144–146 ovan, *Bucheron och Grosz* i Frankrike i stycke 147 ovan, *A.A.* i Slovenien i stycke 148–149 ovan och *Al-Adsani* i Storbritannien).

198. Domstolen behöver dock inte utreda alla dessa skeenden i detalj eftersom den nyligen avkunnade domen i *Tyskland mot Italien* (se stycke 88–94 ovan) av Internationella domstolen – som av denna domstol måste ses som auktoritativ i fråga om innehållet i den internationella sedvanerätten – tydligt visar att något *jus cogens*-undantag från statlig immunitet i februari 2012 ännu inte hade utkristalliserat sig. De engelska domstolarnas tillämpning av föreskrifterna i 1978 års lag för att godkänna Konungariket Saudiarabiens hävdande av immunitet 2006 kan därför inte sägas ha utgjort en oberättigad inskränkning av sökandens tillgång till en domstol. Av detta följer att det inte har skett någon överträdelse av artikel 6 § 1 i konventionen vad gäller avvisandet av Jones talan mot Konungariket Saudiarabien.

(e) Tillämpning av principerna i kravet mot de statliga tjänstemännen

199. Samtliga fyra sökande klagade på att de inte kunde väcka civilrättslig talan för tortyr mot namngivna statstjänstemän. Domstolen måste utreda om avvisandet av dessa processer var förenligt med artikel 6 § 1 i konventionen, genom att använda det allmänna tillvägagångssätt som användes i *Al-Adsani*.

200. Vad gäller legitimiteten i det avsedda syftet med begränsningen av tillgången till domstol är det relevant att beakta att den aktuella civilrättsliga talan i de mål om statlig immunitet som tidigare tagits upp i domstolen hade väckts mot själva staten och inte mot namngivna personer. Dock förblir den immunitet som tillämpas i en talan mot statstjänstemän en "statlig" immunitet: den åberopas av staten och kan avstås av staten. I fall som det aktuella målet, där syftet med beviljandet av *ratione materiae*-immunitet till tjänstemän var att följa internationell rätt om statlig immunitet, är liksom i det fall där immunitet ges till själva staten syftet med begränsningen av tillgången till domstol legitimt.

201. Eftersom åtgärder som återspeglar allmänt erkända regler i folkrätten om statlig immunitet i princip inte kan betraktas som införande en

oproportionerlig begränsning av rätten till tillgång till en domstol är den enda fråga som behöver behandlas vad gäller sökandenas klagomål huruvida beviljandet av *ratione materiae*-immunitet för statstjänstemännen var en återspeglning av sådana regler. Domstolen kommer därför att utreda om det fanns en allmän regel i folkrätten som krävde att de nationella domstolarna skulle godkänna Saudiarabiens krav på statlig immunitet för statstjänstemännen, och om det i så fall finns bevis för någon särskild regel eller något särskilt undantag gällande fall av påstådd tortyr.

(i) *Förekomsten av en allmän regel*

202. Den första frågan gäller om beviljandet av *ratione materiae*-immunitet för statstjänstemän är en återspeglning av allmänt erkända regler i folkrätten. Domstolen har tidigare accepterat att beviljandet av immunitet för staten är en återspeglning av sådana regler. Eftersom en handling inte kan utföras av staten som sådan utan bara av enskilda personer som handlar för statens räkning måste när immunitet kan åberopas av staten utgångspunkten vara att *ratione materiae*-immunitet gäller för statstjänstemäns handlingar. Om det vore på något annat sätt skulle man alltid kunna kringgå den statliga immuniteten genom att åtala namngivna tjänstemän. Denna pragmatiska tolkning återspeglas i definitionen av "stat" i 2004 års FN-konvention (se stycke 76 ovan), som stadgar att termen inkluderar representanter för staten som handlar i denna roll. ILC:s särskilda rapportör sade i sin andra rapport att det var "ganska allmänt erkänt" att immunitet för statstjänstemän var "normen" och att avsaknad av immunitet i ett enskilt fall skulle vara beroende av fastställandet av en särskild regel eller av en praxis och *opinion juris* som anger att undantag från den allmänna regeln hade uppstått (se stycke 96 ovan).

203. Det finns också en omfattande rättspraxis på nationell och internationell nivå som anger att handlingar som statstjänstemän utfört inom ramen för sina tjänsteplikter ska tillskrivas den stat för vars räkning de handlar när det gäller statlig immunitet. I *Propend* fastslog därför den engelska appellationsdomstolen att immunitet som beviljas staten i enlighet med 1978 års lag måste tolkas som att den ger enskilda statstjänstemän "samma skydd som staten som sådan" (se stycke 42–43 ovan). I Kanada fastslog appellationsdomstolen i *Jaffe* att begreppet "stat" i SIA omfattade statsanställda som handlade inom ramen för sin tjänsteutövning (se stycke 127 ovan). I *Fang* fastslog högsta domstolen i Nya Zeeland att statlig immunitet hade följdverkan att ge immunitet *ratione materiae* vid krav mot enskilda personer vars handlingar i utövningen av statens makt ifrågasattes (se stycke 135 ovan). I *Zhang* fastslog en australisk appellationsdomstol att enskilda tjänstemän omfattades av immunitetslagen eftersom de hade rätt till immunitet enligt sedvanerätten och detta inte hade ändrats genom lagen (se stycke 138 ovan). Även om Förenta staternas högsta domstol i *Samantar* slog fast att tjänstemän inte omfattades av begreppet "stat" enligt FSIA:s

definition förtydligade den att deras immuniteter reglerades av sedvanerätten, eftersom stadgan bedömdes vara endast en delvis kodifiering av immunitetsreglerna i Förenta staterna (se stycke 122 ovan). Appellationsdomstolen (fjärde distriktet) accepterade senare att statstjänstemän i princip kunde få immunitet för handlingar som utförts inom ramen för deras anställning i staten (se stycke 122–124 ovan). I *Blaškić* beskrev Icty statstjänstemän som handlade i sin offentliga ställning som "bara redskap för en stat" och förklarade att de hade "funktionell immunitet" (se stycke 81 ovan). I *Djibouti mot Frankrike* hänvisade ICJ till den möjlighet Djiboutis regering hade att hävda att de handlingar som utförts av två statstjänstemän var dess egna handlingar, och att tjänstemännen var dess organ, instanser eller hjälpmedel för att utföra dem (se stycke 86–87 ovan).

204. De samlade källorna på internationell och nationell nivå verkar alltså ge stöd för påståendet att statlig immunitet i princip ger enskilda anställda eller tjänstemän i en utländsk stat samma skydd för handlingar som utförts för statens räkning som den ger staten som sådan.

(ii) *Förekomsten av en särskild regel eller ett undantag gällande tortyrhandlingar*

205. Det framgår av det ovannämnda att enskilda personer bara får statlig immunitet *ratione materiae* då de bestridda handlingarna utfördes inom ramen för deras tjänsteutövning. I FN:s immunitetskonvention omnämns representanter för staten "som handlar i denna roll" (se stycke 76 ovan). Det faktum att det inte finns något allmänt *jus cogens*-undantag i fråga om regler för statlig immunitet är därför inte avgörande när det gäller krav mot namngivna statstjänstemän.

206. I tortyrkonventionen definieras tortyr som en handling utförd av en "offentlig tjänsteman eller någon annan person som handlar såsom företrädare för det allmänna". Denna definition verkar ge stöd för argumentet att tortyrhandlingar kan utföras av "företrädare för det allmänna" med avseende på statlig immunitet. Det stämmer att Mance LJ:s resonemang i appellationsdomstolen i det aktuella målet hade innebörden att han tvivlade på om offentliga tjänstemän måste "handla såsom företrädare för det allmänna" för att utöva tortyr enligt betydelsen av artikel 1 i tortyrkonventionen (se stycke 16 ovan). Efter en omfattande granskning av källor till internationell rätt avvisades dock detta resonemang av ett enhälligt överhus. Lord Bingham påpekade i synnerhet att den enda rättspraxis sökandena hade som stöd för detta argument, som kom från Förenta staterna, inte var ett uttryck för principer som allmänt delades och följdes av andra länder (se stycke 28 ovan).

207. Artikelutkastet om det statliga ansvaret, å sin sida, möjliggör tillskrivande av handlingar till en stat, på grundval av att de utförts antingen av statliga organ enligt definitionen i artikel 4 i artikelutkastet (se stycke

107 ovan) eller av personer som har befogenhet enligt statens lagstiftning att utöva delar av regeringsmakten och handla i denna roll, enligt definitionen i artikel 5 i artikelutkastet (se stycke 108 ovan). Sökandena vill inte förneka att de tortyrhandlingar som de påstås ha utsatts för medför ansvar för staten Saudiarabien. Men det bör beaktas att artikelutkastet bara gäller frågan om huruvida en stat är ansvarig för de bestridda handlingarna eftersom, då en stats ansvar har fastställts, förpliktelsen att ge gottgörelse för den åsamkade skadan kan uppstå enligt internationell rätt. Det råder ingen tvekan om att enskilda personer under vissa omständigheter också kan vara personligen ansvariga för olagliga handlingar som medför ansvar för staten, och att detta personliga ansvar samexisterar med statens ansvar för samma handlingar. Detta potentiella dubbla ansvar framgår av artikel 58 i artikelutkastet, där det stadgas att reglerna för tillskrivande gäller oberoende av alla frågor som rör det enskilda ansvaret enligt internationell rätt för en person som handlar för statens räkning (se stycke 109 ovan). Det är tydligt i brottsammanhang, där det finns ett enskilt straffrättsligt ansvar för tortyrhandlingar vid sidan av det statliga ansvaret (se stycke 44–56, 61 och 150–154 ovan). Som framgår av att det finns enskilt straffrättsligt ansvar säger alltså även om handlingarnas officiella beskaffenhet accepteras vad gäller statligt ansvar detta i sig inget om huruvida ett krav på statlig immunitet alltid måste beaktas enligt internationell rätt för samma handlingar.

208. Det har hävdats att varje regel i folkrätten som ger statstjänstemän immunitet har upphävts genom antagandet av tortyrkonventionen, som i sin artikel 14 påstås föreskriva universell civil domsrätt. Detta argument stöds av Kommittén mot tortyr, vilket kan förstås som en tolkning av artikel 14 som innebär att den kräver att stater ger skadestånd i mål rörande tortyr oavsett var tortyren utfördes (se stycke 66–68 ovan). Dock har sökandena inte angett något beslut i ICJ eller internationella skiljedomstolar där denna princip har kommit till uttryck. Denna tolkning har dessutom avvisats av domstolar i både Kanada och Storbritannien (se stycke 15, 29–30 och 128 ovan). Förenta staterna har reserverat sig mot konventionen för att ge uttryck för sin uppfattning att föreskriften bara syftade till att kräva gottgörelse för tortyrhandlingar utförda i forumstaten (se stycke 64 ovan). Frågan om huruvida tortyrkonventionen har gett upphov till universell civil domsrätt är därför långtifrån avgjord.

209. I internationella rättsliga instrument och material om statlig immunitet uppmärksammas frågan om immunitet för statstjänstemän för tortyrhandlingar endast i begränsad omfattning. Frågan behandlas inte direkt i Baselkonventionen och i FN:s immunitetskonvention. Innan antagandet av den senare bekräftade en arbetsgrupp inom ILC att det fanns visst stöd för uppfattningen att statstjänstemän inte skulle ha rätt att hävda immunitet för tortyrhandlingar som utförts i deras egna territorier i civil- eller brottmål, men föreslog ingen ändring av artikelutkastet (se stycke 79 ovan). Även om en viss förskjutning i riktning mot etableringen av ett undantag från statlig

immunitet i detta avseende därmed identifierades bekräftades att det ännu inte rådde någon enighet. Det är beaktansvärt att tre av de fjorton stater som är parter i FN:s immunitetskonvention deklarerade att konventionen gällde oberoende av utvecklingen inom den internationella rätten rörande skyddet för mänskliga rättigheter (se stycke 80 ovan). I en resolution år 2009 från Institute of International Law uppmanades stater att överväga att avstå från immunitet då internationella brott påstods ha begåtts av deras företrädare, men det påpekades också att *ratione materiae*-immunitet mot domsrätt, definierad som inkluderande civil domsrätt, var tillämplig för internationella brott. Resolutionen sades vara oberoende av regler för tillskrivande av handlingar till staten och regler för immunitet för staten som sådan (se stycke 103–106 ovan). I diskussionen av effekten av *jus cogens*-beskaffenheten av förbudet mot tortyr i *Furundzija* kommenterade Icty att offret för en stats åtgärd för att godkänna eller överse med tortyr eller låta förövarna komma undan "skulle /.../ kunna starta en civilrättslig process om skadestånd i en utländsk domstol" (se stycke 82 ovan); exakt vad det var domstolen ville ge uttryck för med denna mening framgår inte av domslutet. Domarna Higgins, Kooijmans och Buergenthal hänvisade också i sitt gemensamma särskilda yttrande i ICJ:s *arresteringsordermål* till allt fler påståenden med innebörden att allvarliga internationella brott inte kunde betraktas som officiella handlingar och påpekade att synsättet gradvis började visa sig i statlig praxis (se stycke 85 ovan), även om både Lord Bingham och Lord Hoffmann i överhusets dom i det aktuella målet gav rättsliga motiveringar till varför de inte blev övertygande av sådana påståenden (se särskilt stycke 30 och 35 ovan).

210. Det verkar inte finnas mycket nationell rättspraxis för civilrättsliga krav mot namngivna statstjänstemän för *jus cogens*-brott. Få stater har ställts inför denna fråga i praktiken. De svar som mottagits av den svarande regeringen från andra stater i Europarådet (se stycke 110 ovan) var till stor del hypotetiska och gör det inte möjligt att dra några slutsatser om i vilken utsträckning den officiella beskaffenheten av tortyrhandlingar med avseende på statlig immunitet erkänns i nationella lagar. Det finns dock vissa andra exempel från andra sedvanerättsliga jurisdiktioner. I *Hashemi* i Kanada fann Quebecs appellationsdomstol att SIA var tillämplig på enskilda företrädare för en utländsk stat även i ett mål som gällde anklagelser om tortyr. Den stödde sig på definitionen av tortyr i tortyrkonventionen, på sitt tidigare utslag i *Jaffe* och på Lord Hoffmans uttalande i överhuset i sökandens mål (se stycke 129–133 ovan). Målet väntar dock på avgörande i högsta domstolen (se stycke 134 ovan). I Nya Zeeland stödde sig högsta domstolen i *Fang* också på överhusets dom i sökandenas mål för att avvisa argumenten för ett undantag från statlig immunitet i mål mot statstjänstemän för tortyr, och ansåg att det var olämpligt för domstolarna i Nya Zeeland att "befinna sig i frontlinjen" när det gällde att uppmärksamma nya tendenser i internationell rätt (se stycke 135–136 ovan). I Australien vägrade

appellationsdomstolen i *Zhang* att acceptera argumentet att *jus cogens*-brott inte kunde vara officiella handlingar med avseende på statlig immunitet, och stödde sig på den entydiga beskaffenheten av den nationella lagstiftningen och de australiska domstolarnas skyldighet att tillämpa denna lagstiftning (se stycke 138–139 ovan).

211. Frågan har behandlats mer ingående i Förenta staterna. Efter appellationsdomstolens konstaterande i *Chuidian* att termen "stat" i FSIA kunde omfatta tjänstemän men att lagstiftningen inte skulle skydda en tjänsteman som handlade utöver sin befogenhet har federala tingsrätter nekat immunitet i mål gällande tortyr på grundval av att handlingarna inte kunde anses ligga inom ramen för tjänstemännens lagliga befogenhet (se stycke 119 ovan). Senare appellationsdomstolar i *Belhas* och *Matar* gav *ratione materiae*-immunitet i mål som gällde påstådda brott mot *jus cogens*-normer (se stycke 120–121 ovan). Dock ifrågasätts dessa domsluts betydelse efter högsta domstolens senare beslut i *Samantar* att FSIA inte omfattade statstjänstemän överhuvudtaget och att saken reglerades uteslutande av sedvanerätten (se stycke 122 ovan). I appellationsdomstolens nyligen avkunnade dom om omfattningen av immunitet enligt sedvanerätten i *Samantar* nekades statstjänstemän *ratione materiae*-immunitet på grundval av att *jus cogens*-brott inte var legitima officiella handlingar (se stycke 122–124 ovan). Vid tiden för avkunnandet av detta domslut väntade saken på att avgöras i högsta domstolen (se stycke 125 ovan).

212. Utanför det civilrättsliga sammanhanget finns visst stöd för argumentet att tortyr inte kan utföras av "företrädare för det allmänna" i brottmål. I *Pinochet* (nr. 3) ansåg Lord Browne-Wilkinson och Lord Hutton att det fanns starka skäl för att säga att användningen av tortyr efter ikraftträdandet av tortyrkonventionen inte kunde vara en statlig funktion (se stycke 47–48 och 51 ovan), även om detta inte var den hållning som intogs av de andra domarna i målet (se särskilt Lord Hopes synpunkt i stycke 49 ovan). I *Bouterse* fastslog Amsterdams appellationsdomstol att order om mycket grova brott (i det här fallet tortyr) inte kunde anses vara en av ett statsöverhuvuds tjänsteplikter (se stycke 151 ovan). Frågan diskuterades av den schweiziska federala brottmålsdomstolen i *A.*, även om avvisandet av yrkandet om immunitet inte var direkt grundat på ett konstaterande av att tortyr inte kunde vara en "officiell handling" (se stycke 152–153 ovan). Kolodkin, utsedd till särskild rapportör av International Law Commission inom ramen för dess utredning av statstjänstemäns immunitet mot utländsk straffrättslig domsrätt, nämnde i sin andra rapport det "ganska vanliga" synsättet att grova brott enligt internationell rätt inte kunde anses vara handlingar utförda i en officiell roll (se stycke 99 ovan). Påståendet togs dock inte emot med enhälligt instämmande i ILC och ytterligare kommentarer till frågan väntas komma från den nya särskilda rapportören Hernandez senast 2014 (se stycke 100 ovan). Det står klart mot bakgrund av möjligheten för offer i vissa stater att väcka civilrättslig talan om skadestånd

vid brottmålsprocesser att eventuella skillnader i hanteringen av *ratione materiae*-immunitet mellan civil- och brottmål kommer att påverka den utsträckning i vilken civilrättsligt skadestånd är tillgängligt i de olika staterna. Samtidigt som detta är en fråga som utan tvekan måste övervägas ytterligare vid rättsbeslut om immunitet eller i internationella rättsinstansers verksamheter utgör detta i sig dock inte ett tillräckligt skäl för denna domstol att finna att beviljandet av immunitet i det aktuella målet inte återspeglade allmänt erkända regler i folkrätten.

213. Med hänsyn till det ovannämnda, även om det enligt domstolens åsikt finns ett visst växande stöd för en särskild regel eller ett särskilt undantag i folkrätten i mål som gäller civilrättslig talan om tortyr väckt mot utländska statstjänstemän, har de flesta rättskällor som Lord Bingham sade i överhuset i det aktuella målet innebörden att statens rätt till immunitet inte kan kringgås genom att man stämmer dess tjänstemän eller företrädare. Till stöd för sökandenas argument kan sägas att det finns tecken på en debatt på senare tid om definitionen av tortyr i tortyrkonventionen, samspelet mellan statlig immunitet och reglerna för tillskrivande i artikelutkastet om det statliga ansvaret samt omfattningen av artikel 14 i tortyrkonventionen (se stycke 206–208 ovan). Dock är den statliga praxisen i frågan obestämmd, med exempel på både beviljande och nekande av *ratione materiae*-immunitet i sådana fall. Minst två mål rörande frågan väntar på avgörande i högsta domstolen i olika länder: det ena i Förenta staterna och det andra i Kanada (se stycke 125 och 134 ovan). Den internationella opinionen i frågan kan sägas vara under utveckling, vilket nyligen visade sig i diskussionerna om arbetet i International Law Commission på brottmålsområdet. Detta arbete pågår alltjämt och ytterligare utveckling kan förväntas.

214. I det aktuella målet står det klart att överhuset behandlade alla relevanta argument gällande förekomsten, i förhållande till civilrättsliga krav om utförande av tortyr, av ett möjligt undantag från den allmänna regeln om statlig immunitet (som jämförelse och kontrast, se *Sabeh El Leil*, som anförts ovan, §§ 63–67, *Wallishouser*, som anförts ovan, § 70 och *Oleynikov*, som anförts ovan, §§ 69–72). I ett utförligt och omfattande domslut (se stycke 24–38 ovan) slog det fast att den internationella sedvanerätten inte tillät något undantag – gällande anklagelser om handlingar som utgjorde tortyr – från den allmänna regeln om *ratione materiae*-immunitet för statstjänstemän i fråga om civilrättsliga krav där staten som sådan har immunitet. Överhusets konstateranden var varken uppenbart felaktiga eller godtyckliga, utan var baserade på omfattande hänvisningar till internationellt rättsligt material och beaktande av sökandenas rättsliga argument samt domen i appellationsdomstolen, som hade dömt till sökandenas förmån. Andra nationella domstolar har noggrant granskat överhusets konstateranden i det aktuella målet och har ansett dessa konstateranden vara mycket övertygande (se stycke 131–133 och 135 ovan).

215. Mot bakgrund av detta är domstolen övertygad om att beviljandet av immunitet för statstjänstemännen i det aktuella målet återspeglade allmänt erkända regler i folkrätten. Tillämpningen av föreskrifterna i 1978 års lag för att ge statstjänstemännen immunitet i sökandenas civilrättsliga mål utgjorde därför inte en oberättigad inskränkning av sökandenas tillgång till en domstol. Det har följaktligen inte skett någon överträdelse av artikel 6 § 1 i konventionen i detta mål. Mot bakgrund av den pågående utvecklingen på detta område inom folkrätten är detta dock en fråga som kontinuerligt måste bevakas av de fördragsslutande staterna.

AV DESSA SKÄL BESLUTAR DOMSTOLEN FÖLJANDE:

1. Domstolen *beslutar* enhälligt att förena ansökningarna.
2. Domstolen *förklarar* enhälligt ansökningarna tillåtliga.
3. Domstolen *fastslår* med sex röster mot en att det inte har skett någon överträdelse av artikel 6 § 1 i konventionen vad gäller Jones talan mot Konungariket Saudiarabien.
4. Domstolen *fastslår* med sex röster mot en att det inte har skett någon överträdelse av artikel 6 § 1 i konventionen vad gäller sökandenas talan mot de namngivna tjänstemännen.

Utfärdat på engelska och meddelat skriftligen den 14 januari 2014, i enlighet med regel 77 §§ 2 och 3 i domstolens arbetsordning.

Françoise Elens-Passos
Registrator

Ineta Ziemele
Ordförande

I enlighet med artikel 45 § 2 i konventionen och regel 74 § 2 i domstolens arbetsordning bifogas domaren Biankus samt domaren Kalaydjievas särskilda yttranden om detta domslut.

I.Z.
F.E.P.

INSTÄMMANDE YTTRANDE FRÅN DOMAREN BIANKU

Det var med stor tvekan jag röstade för majoritetens slutsatser i det aktuella domslutet. Även om utvecklingen på det område som bedöms presenteras på ett mycket balanserat sätt anser jag att målet – nästan tretton år efter den dom som avkunnades med mycket knapp majoritet i *Al-Adsani mot Storbritannien* [GC], nr. 35763/97, ECHR 2001-XI, en tidsperiod under vilken en mycket betydande utveckling har skett på området – borde ha överlämnats till den stora kammaren för att ge den möjlighet att bedöma om *Al-Adsani* fortfarande är ett stycke bra rättstillämpning.

RESERVATION FRÅN DOMAREN KALAYDJIEVA

Sökandena i de två aktuella målen ville inleda civilrättsliga förfaranden i Storbritannien mot den saudiska staten och mot namngivna statstjänstemän i landet för skador åsamkade genom tortyrhandlingar utförda av dessa tjänstemän. Överhuset ansåg enhälligt att deras krav inte kunde tillåtas eftersom Saudiarabien hade statlig immunitet och denna immunitet också omfattade de namngivna tjänstemännen.

Innebörden i majoritetens slutsats att beviljandet av immunitet mot åtal för stater liksom för statstjänstemän vid ett sådant krav utgör en legitim och proportionerlig inskränkning av rätten till tillgång till domstolen som inte kan betraktas som oförenlig med artikel 6 § 1 i konventionen ansluter sig till den knappa majoritetens slutsatser i målet *Al-Adsani* och till det majoriteten betraktar som det nuvarande läget i folkrätten.

Jag kan dessvärre inte instämma i detta.

Även om det kan vara korrekt att dra slutsatsen att det i februari 2012 (se stycke 198), och innan allmän kommentar nr. 3 (2012) från CAT-kommittén (se stycke 67), ännu inte hade utkristalliserat sig något *jus cogens*-undantag från statlig immunitet samt att det med tanke på den tidpunkt då händelsen i det aktuella målet inträffade inte är nödvändigt för domstolen att utreda följande skeenden såsom Internationella domstolens nyligen avkunnade dom i *Tyskland mot Italien* (se stycke 88–94), så gäller denna slutsats endast statlig immunitet. I fråga om detta instämmer jag inte bara i de tvivel som uttryckts av vissa av de många domare som reserverade sig i målet *Al-Adsani*, utan finner det också svårt att acceptera att denna domstol inte såg några hinder för att avstå från den automatiska tillämpningen av statlig immunitet och konstatera inskränkningar i rätten till tillgång till domstolen gällande tvister om anställning (se *Cudak mot Litauen* [GC], nr. 15869/02, ECHR 2010 och *Sabeh El Leil mot Frankrike* [GC], nr. 34869/05, 29 juni 2011), men inte gällande gottgörelse för tortyr – som i det aktuella målet.

I likhet med Lord Justice Mance (se stycke 17) har jag svårt att "[acceptera] att allmänna skillnader mellan straff- och civilrätt berättiga[r] en åtskillnad mellan tillämpningen av immunitet i de två sammanhangen", särskilt mot bakgrund av utvecklingen på detta område, inte minst efter konstaterandet i överhuset i målet *Pinochet* (nr. 3) att det "inte [kunde finnas] någon immunitet mot rättegång för en enskild officer som hade utfört tortyr utomlands i ett officiellt sammanhang". Jag anser också att det "inte [är] lätt att förstå varför civilrättsliga förfaranden mot en påstådd torterare kunde sägas utgöra ett större intrång i en främmande stats interna angelägenheter än brottmålsprocesser mot samma person" och dessutom att det är "orimligt att en påstådd torterare om han var inom forumstatens jurisdiktion skulle bli åtalad enligt artikel 5(2) i tortyrkonventionen och

ingen immunitet skulle kunna hävdas, men offret för den påstådda tortyren skulle inte kunna ställa några civilrättsliga krav".

I de aktuella målen tas för första gången frågan upp om huruvida statstjänstemän kan få statlig immunitet i en civilrättslig talan om tortyr, något som ännu inte har utretts av domstolen.

Jag är inte övertygad om att denna fråga rimligen och med nödvändighet bör eller kan utredas "genom att använda det allmänna tillvägagångssätt som användes i *Al-Adsani*" (se stycke 199), i vilket denna domstols granskning var begränsad till statlig immunitet och inte rörde det lämpliga i att utvidga den till namngivna statstjänstemän med rätt till tillgång till domstolen. I detta avseende instämmer jag inte i den något fastställande beskaffenheten av majoritetens följande konstateranden: "den immunitet som tillämpas i en talan mot statstjänstemän [förblir] en 'statlig' immunitet: den åberopas av staten och kan avstås av staten. I fall som det aktuella målet, där syftet med beviljandet av *ratione materiae*-immunitet till tjänstemän var att följa internationell rätt om statlig immunitet, är liksom i det fall där immunitet ges till själva staten syftet med begränsningen av tillgången till domstol legitimt" (se stycke 200).

Jag anser att majoritetens slutsatser om denna fråga är beklagliga och strider mot grundläggande principer i den internationella rätten om torterares personliga ansvar som framgår otvetydigt av artikel 3 tillsammans med artikel 1 i Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna, av FN:s tortyrkonvention och av själva grunden för inrättandet av ICC. I motsats till majoriteten anser jag att dessa principer var tänkta att vara och antogs specifikt som särskilda regler för *ratione materiae*-undantag från immunitet i mål om påstådd tortyr (se stycke 201).

I detta avseende kan jag inte instämma i majoritetens konstateranden att "[e]ftersom en handling inte kan utföras av själva staten utan bara av enskilda personer som handlar för statens räkning måste när immunitet kan åberopas av staten utgångspunkten vara att *ratione materiae*-immunitet gäller för statstjänstemäns [tortyr]handlingar". Detta verkar göra gällande att tortyr per definition är en handling som utförs för statens räkning. Detta ligger långt ifrån alla internationella standarder, där den inte bara analyseras som en personlig handling, utan där det krävs att stater ska identifiera och straffa de enskilda förövare som utfört tortyr – i kontrast till majoritetens "pragmatiska tolkning" att "om det vore på något annat sätt skulle man alltid kunna kringgå den statliga immuniteten genom att åtala namngivna tjänstemän". Jag fruktar att de åsikter som majoriteten har gett uttryck för om en fråga som utretts av denna domstol för första gången inte bara innebär att statlig immunitet utvidgas till att omfatta namngivna tjänstemän utan lämplig åtskillnad eller motivering, utan ger intryck av att dessutom kunna utvidga straffriheten för tortyrhandlingar globalt.

För att använda samma ord som en av de domare som reserverade sig i *Al-Adsani*: "Detta är mycket beklagligt!"