

Stockholm University

This is a published version of a paper published in *Juridisk Tidskrift*.

Citation for the published paper:

Wrange, P. (2012)

"Svenskt genombrott – statsimmuniteten i tvåHD-avgöranden"

Juridisk Tidskrift, 23(4): 800-824

Access to the published version may require subscription.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-87601>

DiVA 

<http://su.diva-portal.org>

PÅL WRANGE

**Svenskt genombrott – statsimmuniteten i två
HD-avgöranden**

2011-12 NR 4



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Svenskt genombrott – statsimmuniteten i två HD-avgöranden*

PÅL WRANGE**

1. Inledning

Det finns nog inget rättsområde i folkrätten där en ”vanlig” praktiserande jurist kan komma i sådan närkontakt med suveränitetens kärna som immunitetsfrågorna. Här gäller det för den ena sidan det som kan sägas vara själva essensen av suveräniteten – den territoriella jurisdiktionen, dvs. rätten att inte bara lagstifta utan också döma och verkställa över handlingar, relationer och egendom som hänför sig statsterritoriet. För den andra sidan, den stämde staten, är det fråga om skydd för dess centrala statsfunktioner, liksom respekt för suveränen, som svårligen kan tåla att bli svarande i en tvist inför ett annat lands domstolar.¹ För den individ eller det företag som vill få rätt mot en stat handlar det om rättvisa, eller, för att vara mer juridiskt exakt: om rätten till tillgång till rättsmedel (”access to justice”).

Högsta domstolen har i två relativt färska fall kommit med viktiga klarlägganden avseende immunitetens räckvidd i den svenska rättsordningen, ja man kan t.o.m. beteckna dem som ett genombrott för den moderna, restriktiva synen på immunitet. Det ena fallet, Bostadsrättsföreningen X13 mot Belgiska kungariket,² rörde en fastställsetalan, medan det andra, Franz J. Sedelmayer mot Ryska förbundsrepubliken,³ gällde verkställighet. Innan jag går in på dessa två fall – varav särskilt det sista rönt internationell uppmärksamhet – några ord om

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Docent och universitetslektor i folkrätt, juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Tack till Said Mahmoudi för värdefulla synpunkter.

¹ Se bl.a. Sornarajah, M., Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, 31 International and Comparative Law Quarterly 1982, s. 662 ff.

² NJA 2009 s. 905.

³ NJA 2011 s. 475. Högsta domstolen, mål nr Ö 170-10, 1 juli, 2011. Se även <<https://lagen.nu/dom/nja/2011s475>>, inklusive beslut i tingsrätt och hovrätt.

Jag har här, till skillnad från vad gäller den andra refererade domen, angivit kärandens namn trots att det numera är praxis i HD-referat att inte göra så. Franz J. Sedelmayer är dock en i dessa sammanhang känd figur, och han har flera gånger använt media för att föra fram sin sida av saken. Det finns därför ingen anledning att anonymisera i detta referat.

vad immunitet är, med fokus på de aspekter som är av relevans för de båda avgörandena. För ytterligare bakgrund får hänvisas till en färsk artikel i vilken Said Mahmoudi utrett svensk rättspraxis på området samt en svensk statlig utredning som nyligen gått igenom såväl det internationella rättsläget som svensk praxis.⁴

2. Allmänt om statsimmunitet

Immunitet utgör ett undantag från den dömande och verkställande jurisdiktionen. Immunitet innebär att ett visst subjekt – en fysisk eller juridisk person – ej kan utsättas för territorialstatens domsrätt och verkställighet. Immunitet har således ett funktionellt nära samband med den internationella processrätten, och kan på sätt och vis sägas vara en del av den.⁵ Immunitet gäller inte statens lagstiftningskompetens som sådan; även ett immunt subjekt är således i princip skyldigt att följa de materiella bestämmelserna i svensk lag, om inte undantag gjorts. Immuniteten har traditionellt grundats på principen *par in parem non habet imperium* (man kan inte utöva makt över en jämställd), men man skulle också, precis som när det gäller den diplomatiska immuniteten, kunna anföra praktiska skäl, såsom skydd för en främmande stats centrala statsfunktioner liksom behovet för domstolsstaten att undvika konflikter med en främmande makt.

Statsimmuniteten omfattar inte bara den främmande staten utan också dess företrädare, främst statschefer, regeringschefer och utrikesministrar. Denna form av statsimmunitet täcker principiellt sett både civilrättsliga och straffrättsliga saker, men den blir aktuell främst vad gäller straffrätt. Denna både juridiskt och politiskt mycket intressanta aspekt av immuniteten kommer dock inte att beröras i denna bakgrund.

En angränsande form av immunitet är den diplomatiska immuniteten. Historiskt sett har den ibland motiverats med samma suveränitetsskäl som den egentliga statsimmuniteten, men idag rättfärdigas diplomatisk immunitet huvudsakligen med funktionella argument. Diplomater är alltså immuna därför att de har viktiga uppdrag till gagn för den internationella samlevnaden och samarbetet, inte därför att de s.a.s. emanerar från en främmande suverän makt. Diplomatsk och konsulär immunitet regleras i 1961 års Wienkonvention om diplomatiska

⁴ Mahmoudi, Said, Immunitet i svenska domstolar, i *Folkrätten i svensk rätt*, Österdahl, Inger & Stern, Rebecca (red.), Stockholm 2012; SOU 2008:2 Om immunitet för stater och deras egendom.

⁵ Den internationella processrätten har både nationell och folkrättslig grund. Folkrättsligt regleras en stats möjligheter att ta sig jurisdiktion. Se Bring, Ove, Mahmoudi, Said, Wrangle, Pål, Sverige och folkrätten, 4 u., Sthlm 2011 s. 22.

förbindelser⁶ och 1963 års Wienkonvention om konsulära förbindelser,⁷ vilka i Sverige inkorporerats genom lag (1976:661) om immunitet och privilegier i vissa fall.

Till sist bör det nämnas att en stat kan vara immun i den egna rättsordningen. Detta ligger utanför de folkrättsliga immunitetsreglerna, men det finns ändå folkrättsregler som kan vara relevanta, nämligen individens rätt att ha tillgång till effektiva rättsmedel, t.ex. i fall av kränkningar av de mänskliga rättigheterna.

De folkrättsliga reglerna om immunitet för stater och för deras egendom (fortsättningsvis "statsimmunitet") ska tillämpas av nationella domstolar. Kanske något paradoxalt är det i stort sett bara common law-länder som lagreglerat immuniteten, medan kontinentalrättsliga länder har förlitat sig på tolkning av internationell sedvanerätt genom sina högsta domstolar.⁸

Statsimmuniteten har sedvanerättslig grund. Den första konventionen på området, en Europarådskonvention från 1972, har bara åtta parter, däribland Tyskland och Storbritannien men inte Sverige.⁹ År 2004 antog FN:s generalförsamling, efter långa förhandlingar, en konvention om statsimmunitet som kan bli mer framgångsrik (FN-konventionen).¹⁰ Den framförhandlade konventionen bygger på ett förslag från FN:s folkrättskommission, International Law Commission (ILC).¹¹ Sverige har ratificerat och inkorporerat konventionen genom lag (2009:1514) om immunitet för stater och deras egendom. Lagen träder i kraft

⁶ Se http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en.

⁷ Se http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3&lang=en.

⁸ Före antagandet av FN-konventionen antogs nationella lagar om statsimmunitet i Australien, Kanada, Malaysia, Pakistan, Singapore, Sydafrika, Storbritannien och USA, vilka alla har "common law"-traditionen. Fox, i not 20 a.a., s. 407–408. Dessutom antog Argentina 1995 en lag som reglerade statsimmunitet; se Dickinson, m.fl. i not 33 a.a., s. 461.

I princip tillämpar common law-länderna internationell sedvanerätt som "common law", vilket innebär att om sedvanerätten utvecklas, bör en ny sedvanerättsregel övertrumfa äldre lag. Detta gäller dock sannolikt inte just statsimmuniteten, där t.ex. den amerikanska Foreign Sovereign Immunities Act är mer konservativ än sedvanerätten i vissa avseenden, som noterats ovan.

⁹ Se <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=8&NT=074>.

¹⁰ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, som antogs av generalförsamlingen 2 december, 2004 genom GA Res 59/38. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en. (Hädanefter FN-konventionen.)

¹¹ ILC:s uppdrag är att kodifiera och vidareutveckla folkrätten, och många av de mest centrala folkrättsliga konventionerna bygger på förslag från ILC, t.ex. 1961 års Wienkonvention om diplomatiska förbindelser, 1969 års Wienkonvention om traktaträtten och de 2001 år antagna artiklarna om statsansvar (som inte är en konvention men icke desto mindre utgör en auktoritativ kodifiering av de viktiga reglerna om statsansvar, vilka utgör en slags folkrättens skadeståndslag, omfattande även frågor om inomobligatoriska skador, såvida de inte reglerats i respektive avtal).

när regeringen så bestämmer, vilket förutses bli när konventionen trätt i kraft; det har dock ännu inte skett, då av 30 nödvändiga ratifikationer än så länge bara tretton har inkommit. Konventionen får sägas avspegla gällande sedvanerätt på ett hyggligt sätt, men på vissa punkter menar många att den utgör en olycklig kompromiss.

Enligt Said Mahmoudis undersökning har svenska domstolar haft endast ett trettiotal mål avseende immunitet.¹² Statsimmunitet är alltså inte en fråga av särskilt stor betydelse för det svenska rättsväsendet. Å andra sidan kan man konstatera att dessa mål ofta är politiskt känsliga och ger upphov till uppmärksamhet på hög nivå, vilket vi ska se i samband med Sedelmayerfallet (se nedan). Dessutom är det inte omöjligt att fallen kommer att bli fler, då det finns en tendens att människorättsadvokater försöker få ersättning för MR-kränkningar i främmande domstolar; det brittiska al-Adsanifallet, som gick ända upp i House of Lords och till Europadomstolen i Strasbourg, är det mest prominenta exemplet (se även nedan).¹³ En färsk dom i Internationella domstolen (ICJ) i ett mål mellan Tyskland och Italien, vilket kommenteras nedan, kan möjligen hejda denna utveckling.

3. Immunitet mot domsrätt

Fram till början av det förra seklet var immuniteten absolut. Så småningom började domstolarna i en del stater tillämpa en s.k. restriktiv doktrin. Man menade att om en stat s.a.s. gav sig in på marknaden, som Sovjetunionen gjorde under mellankrigstiden med sina statshandelsbolag,¹⁴ så kunde den inte längre vara immun, utan fick räkna med att svara i t.ex. civilrättsliga tvister. Man gjorde skillnad på ”höghetshandlingar” (statshandlingar; officiella handlingar; offentlighetsrättsliga handlingar; *acta de jure imperii*), och kommersiella eller privaträttsliga handlingar (*acta de jure gestionis*), för vilka staten inte var immun.¹⁵ Denna restriktiva praxis har sedan spritt sig och har nu ett brett – om än inte enigt – stöd i statssamfundet.

För att fastställa om en handling är en höghetshandling eller är privaträttslig/kommersiell har två olika metoder använts, nämligen handlingens syfte (den subjektiva metoden) och handlingens natur (den objektiva metoden). Enligt den förra metoden skiljer man mellan syften som rör centrala statsfunktioner och syften som rör ekonomisk vinning. Att köpa kängor till armén är en suverän

¹² Said Mahmoudi, i not 4 a.a.

¹³ Se not 84.

¹⁴ Intressant nog avsåg sig Sovjetunionen immunitet för dessa bolag i en rad avtal under mellankrigstiden.

¹⁵ Se Bring, m.fl., i not 5 a.a., s. 96.

handling, men att köpa likadana kängor för att sälja dem vidare är det inte. Denna metod kan kritiseras; som den brittiska ICJ-domaren Hersch Lauterpacht anmärkte agerar en stat alltid med suveräna syften, och syftet att dra in pengar till statskassan är inte mindre legitimt än något annat syfte.¹⁶ En annan kritik som kan riktas mot denna metod är just att den är subjektiv; vem vet vad staten *egentligen* vill? Den objektiva metoden är objektiv i den bemärkelsen att man inte behöver avgöra syftet med handlingen. Någon måste dock fastställa om handlingens ”natur” är offentlighetsrättslig eller privaträttslig; lagstiftning utgör en suverän handling medan köp är privaträttslig, men hur bedömer man t.ex. den situationen att det ursprungliga rättsförhållandet var av privaträttslig natur medan den handling som föranlett tvisten är suverän?¹⁷ Båda metoderna förutsätter också att man på ett eller annat sätt avgör vad som är en ”egentlig” statshandling och/eller vad som är statens ”egentliga” uppgift, vilket förstås inte är helt utan ideologiska implikationer (se bl.a. nedan om Islandsfallet). Samtidigt handlar det från den enskildes perspektiv om att få tillgång till rättsväsendet, och en näringsidkare kan rimligen tycka att han eller hon hamnar i ett orättfärdigt underläge om bara motparten men inte han eller hon själv har tillgång till domstolar och verkställande myndigheter, och det oavsett handlingens ”natur” eller ”syfte”.¹⁸

Hur som helst är det väsentligt att notera att det finns olika uppfattningar i statsamfundet. Rättspraxis har dominerats av västliga stater, och dem emellan är praxis relativt enhetlig. Folkrättsligt sett är denna praxis dock inte av samma dignitet som internationella domstolars praxis utan bör ses som del av statspraxis, att vägas mot andra staters praxis och rättsuppfattning.¹⁹ Även om den helt dominerande uppfattningen i väst är att det är handlingens natur som är avgörande och även om denna uppfattning fått genomslag också i många andra delar av världen,²⁰ finns skiljaktiga uppfattningar i flera stater, inklusive viktiga stater som Ryssland och Kina. FN-konventionen utgör därför en kompromiss.

¹⁶ Lauterpacht, Hersch, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, *British Yearbook of International Law* 1951, s. 224.

¹⁷ Detta var rättsfrågan i det intressanta rättsfallet ”I Congreso del Partido”, där den kubanska regeringen genom ett politiskt beslut annullerade ett affärskontrakt avseende försäljning av socker till en chilensk köpare efter militärkuppen 1973. House of Lords fann med röstsiffrorna tre mot två att immunitet inte gällde. [1981] 2 All ER 1064. För en intressant kommentar, se Soranarajah, i not 1 a.a., s. 676 ff.

¹⁸ Statsorgan har i allmänhet partshabilitet och kan således väcka talan, medan en instämmd stat eller statsorgan kan åberopa immunitet, åtminstone enligt den traditionella absoluta immunitetsdoktrinen.

¹⁹ Se *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Internationella domstolen, 3 februari 2012, s. 24 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>. I doktrinen framstår det ibland som om nationella domstolsbeslut är det enda som räknas.

²⁰ Se Fox, Hazel, *The Law of State Immunity*, Oxford 2004, s. 124–127. Se dock Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Wien 2005, s. 324–325, för en mer splittrad bild.

Här skall också nämnas att en stat kan avstå från den eventuella rätten till immunitet, vilket kan ske *ante hoc*, i förväg, eller *ad hoc* när tvisten uppstått inklusive genom att staten själv initierar ett mål.²¹

Svenska domstolar har inte direkt stått i frontlinjen när det gäller att anta doktrinen om begränsad immunitet.²² I ett rättsfall från 1957 fann HD att Folkrepubliken Kina var immun i ett mål som gällde ogiltighet av fång av fast egendom.²² Det avgörande argumentet var, såvitt kan förstås, att syftet med köpet var att fastigheten skulle användas som ambassad. Några år dessförinnan, i ett refererat hovrättsavgörande, godkändes Bulgariens yrkande om immunitet, trots att det rörde sig om köp av en tjänst.²³

Det senaste HD-avgörandet före det här refererade Brf X 13 rörde ett avtal mellan Island och Västerås kommun om köp av utbildningsplatser för flygmekaniker vid en utbildning som kommunen tillhandahöll. I bakgrunden fanns också en nordisk överenskommelse från 1992 om fri gymnasieutbildning i alla nordiska länder för personer bosatta i andra nordiska länder. Efter genomförd utbildning begärde Västerås ersättning från den svenska staten, som betalade ca 35 procent, varpå kommunen vände sig till Island för att i enlighet med avtalet få betalning för resterande kostnader. Island vägrade med hänvisning till 1992 års överenskommelse, och Västerås väckte talan vid Västerås tingsrätt, vari Island gjorde en immunitetsinvändning. Såväl tingsrätt som hovrätt accepterade invändningen. HD bekände sig till uppfattningen att immunitet inte kan åberopas i kommersiella eller eljest privaträttsliga åtgärder, noterade att det var omstritt huruvida det är en handlings natur eller dess syfte som ska vara avgörande för hur den ska karaktäriseras, samt skrev därefter följande:

I praktiken torde domstolen ofta vara hänvisad att göra en helhetsbedömning av de omständigheter som, med hänsyn till immunitetsrättens syften, i den föreliggande situationen talar för och mot rätten att åberopa immunitet. ... Avtalet mellan republiken Island och kommunen rör ett ämne som typiskt sett är av offentligrättslig natur och som har varit föremål för en i avtalet åberopad mellanstatlig överenskommelse, vilken innefattar en reglering av de nordiska ländernas rättigheter och skyldigheter gentemot varandra. Under dessa omständigheter måste republiken Islands åtgärd att ingå avtalet, oberoende av bestämmelsen om ersättningsrätt för kommunen, anses vara att hänföra till en sådan statsakt som ger republiken rätt att åberopa immunitet.²⁴

Trots att kontraktet formmässigt var av privaträttslig natur valde alltså domstolen att se det som offentligrättsligt, eftersom ämnet för avtalet var ”av offentligrättslig natur”. Utgången har blivit kritiserad av Mahmoudi, som menar att beslutet visar att domstolen i realiteten var fången i den traditionella läran, där im-

²¹ Se därom också artikel 7, FN-konventionen.

²² NJA 1957 s. 195.

²³ SvJT 1950 s. 202. Se Bring, m.fl., i not 5 a.a., s. 99.

²⁴ NJA 1999 s. 821.

munitet var regel snarare än undantag.²⁵ Även om HD refererade till den moderna distinktionen mellan *jure imperii* och *jure gestionis* fäste man stort avseende vid syftet med avtalet samt sannolikt också vid att båda parter var offentligrättsliga subjekt. Att det var fråga om ett köp av tjänst hamnade därför i bakgrunden. Jag är böjd att hålla med Mahmoudis analys, men noterar samtidigt att målet återopas i såväl X 13-fallet som Sedelmayer, och man kan kanske därför ändå se beslutet som ett fall framåt; det är ju inte helt ovanligt att en domstol i skälen utvecklar en ny doktrin som sedan inte tillämpas fullt ut i själva slutet. En fråga som inställer sig är f.ö. om HD idag, efter de omfattande privata etableringarna inom den svenska utbildningssektorn, så självklart skulle anse att köp av utbildning är en offentligrättslig handling.²⁶ Republiken Island hade ju kunnat köpa tjänsten av någon av de kommersiella aktörer som finns.²⁷

Så sent som 2004 och 2005 avgjordes två mål i Svea hovrätt respektive Stockholms tingsrätt i konservativ riktning. I dessa mål kunde utländska ambassader framgångsrikt återropa immunitet i mål som gällde tjänster köpta av en fastighetsmäklare respektive en advokat. Domstolarna fann här att syftet snarare än handlingens karaktär var avgörande.²⁸

4. Bostadsrättsföreningen X 13 mot Konungariket Belgien

Det var först år 2009 som svensk rättspraxis reservationslöst omfamnade läran om restriktiv immunitet.²⁷ HD godtog i detta fall inte en immunitetsinvärdning från Konungariket Belgien i en tvist som gällde kostnader för renovering av lokaler där den belgiska ambassaden hade varit inhyst. Domstolen betonade den underliggande transaktionens karaktär (ett hyresavtal) snarare än dess syfte (att förse en ambassad med lokaler).

Omständigheterna var de följande, som de refereras i fallet.

²⁵ Se Bring, m.fl., i not 5 a.a., s. 100–101. (Det är Mahmoudi som är huvudansvarig för detta kapitel i boken.) Se även hans kritik i Mahmoudi, Said, Case Note: Local Authority of Västerås v. Republic of Iceland, 95 *American Journal of International Law* 2001 s. 192.

²⁶ Jag menar alltså att det är närmast ofrånkomligt att man i dessa mål influeras av sin uppfattning om vad som är typisk offentlig verksamhet. Utbildning är fortfarande ett enligt allmän uppfattning offentligt ansvar, men det är långt mindre självklart att det är den offentliga sektorn som skall producera den, och i produktionen av utbildning konkurrerar idag privata och offentliga institutioner.

²⁷ Jag har inte hittat någon privatägd utbildning av flygtekniker i Sverige. Däremot agerar t.ex. det av Luleå kommun ägda Nordiskt Flygteknikcentrum AB som en kommersiell aktör och tillhandahåller bl.a. uppdragsutbildning. Se dess bolagsordning på <http://www.lulea.se/download/18.68aff7e010dcb15d70d80008041/nordisktflygteknikcentrum.pdf>.

²⁸ Mahmoudi, i not 4 a.a.; SOU 2008:2, s. 94–96.

Enligt hyreskontrakt den 29 mars 1999 hyrde Konungariket Belgiens ambassad i Stockholm lägenhet nr I:1 A i fastigheten Y 13 med adress X 13 i Stockholm av Bostadsrättsföreningen X 13. Av kontraktet framgår att lägenheten hyrdes ut för att användas som kontor. Enligt en bilaga till avtalet skulle hyresgästen svara för invändigt underhåll av lokalen vad avser ytskikt på golv, väggar, tak och snickerier. Bilagan innehåller vidare följande klausul.

”Hyresgästen åtar sig att på egen bekostnad genomföra en upprustning och modernisering av lokalen, så att den motsvarar hyresgästens krav på effektiva kontorsutrymmen. Innan denna upprustning påbörjas skall hyresvärden godkänna planerna för ombyggnaden. Om hyresgästens åtgärder i lokalen kräver berörda myndigheters tillstånd, åligger det även hyresgästen att själv införskaffa samtliga sådana. Hyresvärden åtar sig att bidra till hyresgästens kostnader för ombyggnaden enligt ovan med 1/3 av projektets totala kostnad, upp till högst 200.000 kr.”

Föreningen hade yrkat fastställande av att Belgien var skyldigt att renovera lägenheten samt svara för del av renoveringskostnaderna.

Tingsrätten fann, under åberopade av bl.a. rättsfallen om kinesiska ambassaden och Island, att Belgien var immunt eftersom ”tvister med anledning av hyresförhållandet av en beskickningslokal får anses röra statsakter i egentlig mening”. Svea hovrätt delade den 15 juni 2007 tingsrättens bedömning. Men inte HD. Till skillnad från underinstanserna hänvisade Högsta domstolen till FN-konventionen, som ”i fråga om metoden för gränsdragning mellan vad som är statligt höghetshandlande och privaträttsligt handlande anses ge uttryck för det synsätt som Sverige och sådana länder som vi brukar jämföra oss med är beredda att tillämpa”. HD menade att Belgiens immunitetsinvändning inte kunde godtas eftersom det var ”[f]råga [– –] om ett avtal av privaträttslig natur som skulle ha kunnat ingås även mellan enskilda rättssubjekt” (s. 6). HD tog således fasta på att handlingens natur – hyra av en lokal – är av den arten att två privata subjekt hade kunnat genomföra den, och man använde sig därmed av den objektiva metoden, vilket också är huvudalternativet i artikel 2 av FN-konventionen. Det hade därvidlag ingen betydelse att ”att avtalet i fråga avsåg lokaler för den belgiska ambassaden”, vilket förstås är ett s.a.s. suveränt syfte.

En annan stor förtjänst med beslutet är att det, till skillnad från t.ex. den mycket kortfattade motiveringen i 1957 års mål, utreder det snåriga förhållandet mellan ”vanlig” statsimmunitet och diplomatisk immunitet och privilegier. Domstolen påpekade att medan ”[d]en diplomatiska immuniteten ger ... skydd för beskickningslokalens fysiska okränkbarhet och skydd mot verkställighetsåtgärder som direkt berör lokalen” så kan ”[b]estämmelserna ... däremot inte anses innebära en rätt för den sändande staten att åberopa immunitet mot den mottagande statens jurisdiktion i ett mål angående tolkningen av sändarstatens avtalsrättsliga förpliktelser.” Här kan tilläggas att lokalernas karaktär som beskickningslokaler (vid tidpunkten för beslutet hade ambassaden dock flyttat) kanske hade haft betydelse om HD hade beaktat syftet med avtalet (den subjektiva metoden) till skillnad från den nu korrekt använda objektiva metoden. Domstolen avslutade med ett memento om att en eventuell senare fullgörelsetalan kan komma att omfatta ”en förpliktelse som inte alls kan verkställas exekutivt, t.ex. avhysning av en ambassad eller förpliktelse att utge viss hos ambassaden

förvarad egendom”, vilka skyddas av Wienkonventionen. Man konstaterade dock också att det är allmänt accepterat att det är möjligt att verkställa domar på betalning åtminstone vad gäller viss statlig egendom.

Belgiska domstolar har sedan lång tid tillbaka praktiserat den doktrin som svenska HD nu tillämpade, och den belgiska staten argumenterade kanske därför s.a.s. i ond tro. Det är dock inte unikt att en stat, vid de få tillfällen den är part i en domstolsprocess, argumenterar på ett sätt som strider mot dess *opinio juris* (rättsövertygelse). Det kan f.ö. nämnas att svenska staten under 1990-talet åberopade immunitet i en omskriven tvist rörande ersättning för förtida uppsägning av ett hyreskontrakt för en svensk diplomat i Madrid.²⁹

5. Utmätning av egendom

Det andra här aktuella målet, Sedelmayer³⁰ mot Ryska Federationen, avsåg utmätning. När det gäller immunitet mot exekution är det egentligen egendomen som kan vara immun, inte staten som sådan. Det har i statspraxis gjorts en klar skillnad mellan dessa två stadier, och på exekutionsstadiet har immuniteten s.a.s. hängt kvar betydligt längre, även om t.ex. schweiziska domstolar har menat att bortfallande av immunitet i det ena avseendet har betytt att det inte föreläggat immunitet heller i det andra avseendet.³¹ I praktiken har det ofta handlat om bankkonton, inte sällan konton i en ambassads namn. Den förhärskande uppfattningen i såväl doktrin som praxis är att utmätning i en ambassads konto inte är tillåtet, och det är även den position som FN-konventionen intar (se artikel 21, som citeras nedan).

Detta förbud vad gäller ambassadkonton utgör dock ett undantag till den uppfattning som började etableras i bl.a. belgiska och italienska domstolar redan under 1920-talet, och som snart fick gensvar i doktrinen, nämligen att utmätning kan ske i vissa fall.³² Denna linje bekräftades i den brittiska lagen om statsuveränitet liksom i andra lagar i flera anglosaxiska länder. Den amerikanska Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) från 1976, som ändrades 1988, är något mer

²⁹ Se Bring, m.fl., i not 5 a.a., s. 114.

³⁰ Se fotnot 3.

³¹ Se Lavine, Jean-Flavien, *Swiss Law and Practice in Relation to Measures of Execution against the Property of a Foreign State*, X Netherlands Yearbook of International Law 1979, s. 154. Denna volym av Netherlands Yearbook of International Law ägnas helt åt immunitet för statsegendom.

³² År 1932 föreslog en arbetsgrupp vid Harvard i ett konventionsutkast att det skulle vara tillåtet att utmäta fast statsegendom som används för kommersiell eller industriell verksamhet, och en liknande uppfattning uttrycktes i 1957 års utkast till statsimmunitetskonvention av det ytterst välrenommerade Institut de droit international. I stort sett samma resultat följde av ett annat förslag, framlagt av International Law Association. Se Fox, i not 20 a.a., s. 88–93.

konservativ,³³ och 1972 års europeiska konvention om statsimmunitet stadgar om absolut immunitet avseende verkställighetsåtgärder (Artikel 23), försåvitt det inte finns samtycke.

Den idag förhärskande uppfattningen rörande exekution, vilken FN-konventionen också ger uttryck för, är att immunitet inte gäller för egendom som används i ”annat än statliga icke-kommersiella syften” (se artikel 19, som citeras nedan). Dessutom kan verkställighet ske om staten har lämnat ett medgivande eller om egendomen är särskilt öronmärkt för detta ändamål. Denna bestämmelse bygger på artikel 18 i International Law Commissions utkast från 1991. I detta utkast var möjligheterna till exekution mer begränsade så att verkställighet skulle vara möjlig endast om det fanns ett samband mellan egendomen och det krav som verkställigheten gällde, vilket flera öst- och sydstater insisterat på mot västeuropeiska protester.³⁴ Den kompromiss som blev resultatet i konventionen innebar att kravet på samband ströks men att det samtidigt infördes orden ”it has been established”, vilket tyder på att bevisbördan läggs på den part som yrkar verkställighet, och inte på den part som gör gällande immunitet (se vidare nedan). Internationella domstolen har nyligen funnit att artikel 19 uttrycker sedvanerätten i så måtto att immunitet inte medges om egendomen inte används för statliga icke-kommersiella syften, om staten har medgett utmätning eller om egendomen är öronmärkt för att tillfredsställa en ”*judicial claim*”.³⁵

6. Sedelmayer mot Ryska Federationen

I Sedelmayerärendet fann Högsta domstolen att immunitet inte utgjorde något hinder mot verkställighet i en i Sverige belägen fastighet som ägdes Ryska federationen och som delvis, men inte ”till betydande del”, användes för diplomatiska och andra officiella ändamål.

Bakgrunden är den följande. Tillgångar i S:t Petersburg som ägts av den tyske medborgaren Franz J. Sedelmayer hade konfiskerats av ryska myndigheter genom olika åtgärder under åren 1994 till 1996.³⁶ I enlighet med artikel 10 i det

³³ Enligt Section 1610(a) av Foreign Sovereign Immunities Act kan utmätning ske i statligt ägd egendom endast om den används för just det kommersiella ändamål som kravet baseras på. Citerat från Dickinson, Andrew, Lindsay, Rae & Loonam, James P., *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford 2004, s. 305. Lagen finns också tillgänglig på bl.a. <<http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt>>.

³⁴ Michael Byers menade att ILC i denna del försökte skapa en regel där det inte fanns någon. Byers, Michael, *State Immunity: Article 18 of the International Law Commission's Draft*, 44 *International and Comparative Law Quarterly* 1995, s. 891.

³⁵ *Jurisdictional Immunities of the State*, not 19, s. 45.

³⁶ Sedelmayerfallet skulle kunna vara hämtat ur en John Grisham-roman. Se till exempel *German businessman hurts Russia's reputation in the West*, Pravda.ru den 27 oktober 2010, <http://english.pravda.ru/world/europe/27-10-2010/115535-russia_business_reputation-0/>.

bilaterala investeringsavtalet av 1989 mellan Sovjetunionen³⁷ och Tyskland hänköts tvisten till en skiljedomstol inrättad av Stockholms handelskammare, vilken år 1998 fann att Ryssland skulle betala skadestånd till Sedelmayer uppgående till USD 2.350.000.³⁸ Ryssland klandrade utslaget vid Stockholms tingsrätt och Svea hovrätt men förlorade.³⁹ Sedelmayer yrkade sedan verkställighet av domen. År 2004 begärde Sedelmayer verkställighet i fastigheten Lidingö Kostern 5 samt i de hyror som erläggs av de personer som är folkbokförda på fastigheten och av det (eller de) företaget som har sin verksamhet där. År 2005 fann Kronofogdemyndigheten att fastigheten var immun och därför skyddad från utmätning. Detta beslut bekräftades av Nacka tingsrätt, medan Svea hovrätt år 2009 fann motsatsen, att det inte förelåg något hinder mot verkställighet. Beslutet överklagades av Ryska federationen till Högsta domstolen, som avgjorde saken den 1 juli 2011. Sedelmayers ansträngningar att få skiljedomen verkställd har f.ö. också resulterat i ett antal fall i Tyskland, inklusive en framgångsrik ansökan om utmätning av en rysk byggnad i Köln, som ägs av ett ryskt statsföretag.⁴⁰

Fastigheten i Sverige innehåller ett flerfamiljshus. Fram till 1970-talet hade det utgjort huvudkontor för den sovjetiska handelsdelegationen i Stockholm (en del av den sovjetiska ambassaden), men var därefter inte längre anmäld som tjänstelokal för handelsdelegationen.⁴¹ Enligt den information som domstolen

³⁷ I enlighet med de folkrättsliga reglerna om statssuccession tog Ryssland över Sovjetunionens förpliktelser enligt detta avtal när unionen upplöstes 1991.

³⁸ Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, July 7, 1998, <<http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Case%20Law/Investment%20arbitration/Russia/Sedelmayer/sedelmayer%20award.pdf>>.

³⁹ Se domsutdrag och kommentarer i Walid Ben Hamida, Stefan Kröll, Jörn Griebel & Domenico di Pietro, Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation. I. Final Arbitral Award Rendered in 1998 in an ad hoc Arbitration in Stockholm, Sweden; II. Judgment by the Stockholm district Court Rendered on 18 December 2002; III. Decision by the Svea Court of Appeal Rendered on 15 June 2005, Stockholm International Arbitration Review 37 (2005) <http://www.sccinstitute.com/filearchive/2/21315/franz_sedelmayer_russian_federation.pdf>.

⁴⁰ Se Sedelmayer v. 'Company for the Administration of Foreign Property' of the Russian Federation, Appeal judgment, Case no. IX ZR 64/086, November 6, 2008, 1186 Oxford Reports on International Law in Domestic Courts, (DE 2008); Sedelmayer v. Russian Federation, Appeal judgment, Case nos 3T 377/07 and 3T 405/07, January 16, 2008, 948 Oxford Reports on International Law in Domestic Courts (DE 2008); Hilmar Raeschke-Kessler, Mr. Franz Sedelmayer (Germany) v. the Russian Federation: Two Decisions by Germany's Supreme Court, Stockholm International Arbitration Review 71 (2006) <http://www.sccinstitute.com/filearchive/2/21311/franz_sedelmayer_v_russian_federation.pdf>.

⁴¹ Adressen var officiellt anmäld som kontor för den sovjetiska handelsdelegation i Stockholm fram till slutet av 1970-talet, då handelsdelegationen (eller delar av den) flyttade till en annan adress. Ambassaden meddelade utrikesdepartementet om övergången, men skrev inte uttryckligen att lokalerna i Kostern 5 inte längre skulle användas av handelsdelegationen. Man skulle därför kunna hävda att statusen för fastigheten formellt sett inte ändrades. Oavsett detta utgick Högsta domstolen från att adressen inte längre var anmäld som kontor för ryska handelsdelegationen (punkt 17).

grundade sitt beslut på hade huset 48 lägenheter varav 15 var uthyrda till personer anställda av ambassaden eller handelsdelegationen, medan nästan alla de andra lägenheterna använts i samband med svensk-ryskt vetenskapligt utbyte eller andra regeringsaktiviteter. Enligt ryska ambassadens uppgifter betalade hyresgästerna ersättning endast för faktiska kostnader. Dessutom hade två svensk-registrerade företag sina adresser på fastigheten, och på bottenvåningen av byggnaden fanns ett arkiv som användes av både handelsdelegationen och ambassaden samt ett garage för diplomatfordon.

Som vanligen är fallet när immunitet för en stats egendom är i fråga var det viktigaste spörsmålet huruvida egendomen var av sådan art att den var skyddad av immunitet. (Sedelmayer hade också hävdad att Ryssland hade avstått från immunitet mot verkställighet, men det argumentet diskuterades inte ens av Högsta domstolen.⁴²)

Domstolen gick i korthet igenom den internationella utvecklingen mot restriktiv immunitet, bland annat när det gäller verkställighet (punkterna 7–9). Inga internationella eller utländska rättsfall refererades, sannolikt därför att de flesta andra fall berör verkställighet i bankkonton. Domstolen tittade därefter kortfattat på sin egen praxis, som aldrig tidigare gällt verkställighet i utländsk fast statsegendom (punkterna 10–11)⁴³.

För sitt resonemang i den aktuella frågan tog HD sin utgångspunkt i artikel 19 (c) i FN-konventionen, vilken Ryssland har undertecknat men inte ratificerat. Artikel 19 lyder i relevanta delar:

No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

...

(c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum ...⁴⁴

⁴² I de lägre instanserna hävdade Sedelmayer att Ryssland hade avstått från sin immunitet, dels genom att ingå skiljeavtalet och dels genom att klandra skiljeomen i svensk domstol. Ingen av domstolarna accepterade detta som en tillräcklig grund för att ogilla immunitetsinvändningen.

I svensk rättspraxis finns två rättsfall där frågan om immunitetsavstående i samband med skiljeförfarande behandlats. I NJA 1972 C 434 fastställde HD ett hovrättsbeslut om att ett undertecknande av skiljedomsavtal inte kunde anses utgöra ett immunitetsavstående avseende verkställighet. I RH 76:81 var Svea hovrätt av motsatt uppfattning. Den allmänna uppfattningen idag, vilken också kommer till uttryck i FN-konventionen (artikel 17 jfrt med artiklarna 18.a.ii och 19.a.ii), är att ett skiljedomsavtal innebär att staten ifråga har avstått ifrån immunitet vad avser rättegångar som rör ett skiljeavgörandes giltighet, etc., men att det inte i sig utgör ett avstående från immunitet vad gäller verkställighet av domen.

⁴³ Besluten från 1999 och 2009 har kommenterats ovan. Två domar från 1942, vilka rörde kvarstad på fartyg under andra världskriget, nämndes av HD men ansågs med rätta mindre relevanta.

⁴⁴ Som kommer att framgå nedan hade det sin betydelse att HD citerade på engelska och inte på svenska.

Också Svea hovrätt hade hänvisat till denna bestämmelse, men funnit att den inte uttryckte internationell sedvanerätt.⁴⁵ Högsta domstolen konstaterade att konventionen inte var i kraft, men uttalade sig inte uttryckligen om huruvida denna artikel till fullo återspeglar internationell sedvanerätt. Man konstaterade dock att bestämmelsen ”får anses ge uttryck för den numera av många stater erkända principen att verkställighet kan ske åtminstone i viss staten tillhörig egendom, nämligen i egendom som används i annat än statliga ickekommersiella ändamål (se artikel 19 (c))” (stycke 14).⁴⁶ Detta innebär dock inte att *alla* ickekommersiella fastigheter är immuna. I en viktig passage sa domstolen följande:

14. ... I sammanhang av nu aktuellt slag bör uttrycket [statligt icke-kommersiellt ändamål] i regel anses innebära att immunitet mot verkställighetsåtgärder kan åberopas i vart fall beträffande egendom som används för en stats officiella funktioner. Uttrycket bör däremot inte anses medföra att immunitet föreligger mot tvångsåtgärder redan av det skälet att egendomen i fråga ägs av en stat och används av den för ett icke-kommersiellt ändamål.

Denna tolkning kan tyckas förvånande, eftersom konventionen verkade förskriva att det är just ett ”icke-kommersiellt ändamål” som gör en fastighet immun. HD verkade dock inte helt acceptera en simpel dikotomi mellan vad som är kommersiellt och vad som är icke-kommersiellt. I doktrin och domstolspraxis har olika dikotomier åberopats för att skilja mellan egendom som anses vara immun och egendom som inte är det: *de jure imperii* / *de jure gestionis*, suverän / inte suverän, officiell / ej officiell, offentligrättslig / privaträttslig m.m.⁴⁷ Som nämnts hänvisar FN-konventionen, på förslag av International Law Commission, till kommersiell / icke-kommersiell, vilket för övrigt är fallet också i flera inhemska lagar, bland annat de inflytelserika amerikanska och brittiska. HD, å sin sida, gör i stycke 16 en åtskillnad mellan å ena sidan ”officiella ändamål eller ... ändamål som nära sammanhänger med den officiella verksamheten (såsom t.ex. att bereda tjänstebostäder till personal som omfattas av diplomatisk immunitet)” och å andra sidan ”kommersiella eller eljest privaträttsliga handlande” (punkt 8) och ”ändamål som är en förutsättning för eller en följd av statligt bedriven verksamhet av kommersiell eller eljest privaträttslig natur.” Som jag kommer att visa nedan är denna koppling mellan kommersiella och *andra* former av privaträttsligt bruk avgörande, eftersom domstolen anser att inte heller *icke-kommersiellt* privaträttsligt bruk gör en fastighet immun.

⁴⁵ Sedelmayer mot Ryska federationen, Svea hovrätt den 11 november, 2009, s. 5. Beslutet finns på <<https://lagen.nu/dom/nja/2011s475>>. Jag kommenterar detta avgörande ytterligare nedan.

⁴⁶ För en liknande uppfattning, se Reinisch, August, European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, 17 European Journal of International Law 2006, s. 835. Se dock även Bankas, i not 20 a.a., s. 346.

⁴⁷ Se Fox, i not 20 a.a., s. 272 ff. Se särskilt s. 276, där Fox finner att ”kommersiell” och ”privaträttslig” är de två vanligaste kriterierna för att fastställa icke-immunitet. Crawford noterar olikheterna i detta avseende mellan länder med kontinental respektive anglosaxisk rättstradition. Crawford, James, Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity, 75 The American Journal of International Law 1981, s. 855.

Hur kategoriseras då de olika användningsområdena av fastigheten? Medan domstolen tydligt skiljer mellan diplomatisk immunitet och okränkbarhet å ena sidan och statlig immunitet å den andra, och konstaterar att gränserna för statlig immunitet och diplomatisk immunitet inte sammanfaller (punkt 15), så spelade den diplomatiska immuniteten och okränkbarheten ändå en viktig roll i avgränsningen.⁴⁸ Högsta domstolen noterade att Wienkonventionen om diplomatiska förbindelser skyddar diplomatiska lokalers och bostäders fysiska integritet (punkt 15) samt konstaterade att diplomatiska funktioner är klart officiella och därför utgör sådan användning som gör en fastighet immun (se punkterna 15 och 16). I punkt 21, där domstolen tillämpade lagen på det aktuella fallet, konstaterade man att arkivet, förvaringsplatsen av diplomatfordon och lägenheterna för anställda på ambassaden och handelsdelegationen alla var skyddade av Wienkonventionen. Som tydligt följer av punkterna 22 och 23 var detta faktum tillräckligt för att kvalificera användningen av byggnaden i dessa delar som ”officiell”. Även om Wienkonventionen inte direkt utgjorde den rättsliga grunden för en eventuell immunitet för den ryska egendomen, så byggde man ändå indirekt på denna konvention, då det var den diplomatiska okränkbarheten av vissa lägenheter som gjorde att användningen av dessa lägenheter utan tvivel ansågs officiell.

Hur var det då med de lägenheter som användes av besökare på offentligt uppdrag och som bostäder för gästforskare och -studenter? Eftersom dessa hyresgäster, som inte var anställda av ambassaden, ändå var kopplade till ryska regeringens verksamhet (t.ex. bilateralt vetenskapligt utbyte), och eftersom hyrorna hade beräknats på självkostnadsbasis, var dessa hyresavtal, ehuru av privaträttslig natur, ändå icke-kommersiella (punkt 22). Denna icke-kommersiella karaktär gjorde dock inte, i och för sig, fastigheten immun. HD fann nämligen att det bara är officiell och liknande användning som gör fastigheten immun.⁴⁹ När det gäller gästforskare och studenter konstaterade domstolen uttryckligen att även om dessa besök var baserade på ett bilateralt avtal mellan Ryssland och Sverige, så var tillhandahållandet av lägenheterna som sådant grundat på avtal mellan dessa personer och Ryssland, och inte ”så omedelbart förbund[et] med [det bilaterala] avtalets fullgörande” att användningen ansågs officiell (punkt 22).⁵⁰ För att immunitet ska gälla, är det nödvändigt att ”ända-

⁴⁸ I punkt 14 hänvisade domstolen kort, utan att citera, till artikel 21.1.a i konventionen, som föreskriver att ”egendom, inklusive bankkonton, som används eller avses att användas i tjänsten vid statens diplomatiska beskickningar” inte skall anses som ”egendom som staten uteslutande använder eller avser att använda i annat än statliga icke-kommersiella syften.” Denna bestämmelse förefaller dock inte ha spelat någon avgörande roll i HD:s resonemang.

⁴⁹ Se även punkt 22: ”... ändamål som har varit av privaträttslig, men icke-kommersiell, natur och som inte heller är av ett officiellt slag ...”.

⁵⁰ Sveriges överenskommelser med främmande makter, SÖ 1994:51. I artikel 5 föreskrivs att besök skall betalas av den sändande parten. Kanske HD:s slutsats skulle ha blivit annorlunda om det bilaterala avtalet hade föreskrivit att den sändande staten skulle förse gästande forskare och studenter med lägenheter. Jag kommenterar nedan denna fråga ytterligare.

målet med innehavet av egendomen är av ett kvalificerat slag, såsom när egendomen används för statens utövande av sitt höghetshandlande och därmed likartade uppgifter av officiell karaktär eller då egendomen är av sådant särskilt slag som anges i artikel 21 ...” (punkt 14). Jag kommer att kommentera denna distinktion nedan.

Efter att ha karakteriserat de olika användningsområdena av byggnaden gick domstolen vidare till att väga dem mot varandra för att avgöra om fastigheten som helhet kunde bli föremål för verkställighet. I den ena vågskålen låg det kommersiella och det icke-kommersiella privaträttsliga bruket samt användning kopplad till sådan verksamhet, och i den andra låg officiell användning och användning som var relaterade till officiell användning (16, 23). Var låg då balanspunkten?

På domstolens bord fanns rättsutlåtanden från tre svenska folkrättsprofessorer, Ove Bring, Said Mahmoudi och Göran Melander. Högsta domstolen åberopade inte något av dem, men Svea hovrätt hänvisade till skrifterna från Mahmoudi och Bring.⁵¹ Enligt Mahmoudis uppfattning föreligger immunitet mot verkställighet endast om egendomen *uteslutande* används för icke-kommersiella ändamål, medan det för Bring räcker om den används *främst* för icke-kommersiella syften. Dessutom citerade hovrätten den svenska regeringens översättning av artikel 19, vilken anger att egendomen inte är immun om den *uteslutande* används för kommersiella ändamål (denna översättning kommenteras nedan). Hovrätten gick på Brings linje, vilket f.ö. var den uppfattning som s.a.s. låg i mitten.

HD, däremot, använde sig av en annan standard. Man accepterar immunitet om det finns ett ”betydande” officiellt bruk (punkt 23), vilket dock inte behöver vara ”dominerande” (se punkt 15). Domstolen gjorde inte en enkel matematisk operation, utan snarare utgick man från huruvida användningen som helhet var ”av så kvalificerad natur att fastigheten bör vara fredad mot tvångsåtgärder” (se punkt 16). Eftersom byggnaden endast i relativt begränsad omfattning, och inte ”till betydande del”, användes för officiellt bruk och i övrigt kvalificerade ändamål, var den övergripande slutsatsen att fastigheten inte var immun (punkt 23). Kanske denna beräkning hade utfallit annorlunda om de två lokaler och femton lägenheter som användes för officiella ändamål hade använts för *mycket* kvalificerade officiella ändamål. HD:s approach kan tyckas välvillig mot den ryska suveräniteten, men man måste beakta att domstolen menade att även viss icke-kommersiell användning inte medför immunitet.

Domstolen fann också att hyresfordringarna var utmättningsbara: ”En fordran på hyra är en tillgång som uppstått genom en handling som till sin natur är privaträttslig, och den är typiskt sett egendom av kommersiell natur” (punkt 24).⁵²

⁵¹ Sedelmayer mot Ryska federationen, Svea hovrätt, not 45.

⁵² I första instans var resonemanget mycket kort i detta avseende. Svea hovrätt la ut texten lite mer, och noterade att när intäkter från kommersiell verksamhet sammanblandas med medel som an-

I sin slutledning var HD tvungen att ta itu även med ett par andra frågor. Det första är den tidsmässiga aspekten. Artikel 19.c begagnar sig av uttrycket ”använder eller *avser* att använda” (min kursivering), vilket innebär att inte bara förhandenvarande utan även planerad användning är relevant. Inför Högsta domstolen hävdade Ryssland att det var dess avsikt att från den 1 juli 2010 använda hela byggnaden endast för personer med diplomatisk immunitet (punkt 19). HD fastställde dock att den relevanta tidpunkten var den då ansökan om verkställighet gjordes (punkt 20), dvs. år 2004.⁵³ Domstolen tog alltså inte hänsyn till den ryska avsiktsförklaringen. Detta innebär inte nödvändigtvis att man åsidosatte kriteriet om avsedd användning; eftersom ärendet hade varit anhängigt åtminstone sedan 2004, hade Ryssland haft sju år på sig att verkställa de planer som man kan ha haft vid den relevanta tidpunkten.⁵⁴

En annan kontroversiell fråga som domstolen uttalade sig om är bevisbördan. Ryssland hade hävdade att det var sökandens sak att visa att egendomen inte var av sådan art att immuniteten kunde åberopas. Detta argument bygger på uttrycket ”it has been established” i artikel 19.c, vilket tyder på att det är sökanden i ett utmättningsärende, inte den svarande, som har bevisbördan avseende fastighetens status. Rättsutlåtandena från professorerna Bring och Mahmoudi menade att detta inslag i artikel 19 inte var i enlighet med internationell sedvanerätt, vilken anger att det är den som gör en immunitetsinvändning som måste visa att det finns grund för den, dvs. att egendomen i fråga används på ett sådant sätt att den är immun.⁵⁵

Domstolen omvände inte bevisbördan till Rysslands fördel, men man gav ryssarna viss lindring i detta avseende. HD skulle sannolikt ha godtagit det ryska

vänds i officiell verksamhet kan de inte längre särskiljas, medan det är annorlunda med en framtida fordran. Eftersom hyrorna skulle användas till att täcka kostnaderna för uthyrningen, som befunnits vara kommersiell, kunde också hyrorna utmätas. Sedelmayer mot Ryska federationen, Svea hovrätt, not 45, s. 8.

Den tyska regionsdomstolen Landgericht Hagen resonerade på samma sätt i ett annat mål rörande Sedelmayer. Sedelmayer v. Russian Federation, Appeal Judgment, Regional Court of Hagen, Case Nos 3T 377 / 07 and 3T 405 / 07, 16 januari 2008, 948 Oxford Reports on International Law in Domestic Courts (DE 2008) 2012.

Utmätningen avsåg endast hyror från de hyresgäster som var folkbokförda av svenska myndigheter. Enligt 5 § folkbokföringslagen (1991:481), ska medlemmar av en diplomatisk beskickning inte folkbokföras i Sverige.

⁵³ Detta är f.ö. i linje med modern praxis. Se International Law Commission, Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries, s. 58, <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf> [ILC Commentaries].

⁵⁴ Jfr här fallet the Democratic Republic of the Congo v. Segrin NV, Appeal Judgment, Brussels Court of Appeals, 11 september 2001, 41 Oxford Reports on International Law in Domestic Courts (BE 2001) 2012. Här gällde det utsökning av en villafastighet som tidigare använts som diplomatbostad, som stod oanvänd men som höll på att renoveras i syfte att användas som bostad för ambassadören. Fastigheten ansågs vara immun. Till skillnad från Sedelmayerfallet fanns det tydliga tecken på att villan skulle användas på det sätt som den svarande staten påstod.

⁵⁵ Dessa utlåtanden finns hos författaren.

yrkandet om egendomen hade anmälts som kontor för handelsdelegationen (jfr punkt 20). Avsaknaden av en sådan anmälan tillsammans med de uppgifter som åberopats av Sedelmayer, la bevisbördan på den ryska sidan.⁵⁶ Denna börda lättades dock. Domstolen fann att ”kravet på respekt för statsimmunitet avseende egendom som används för en stats höghetshandling och för att en utländsk stat inte kan tvingas att lämna uppgifter den inte önskar lämna ut [kan] leda till att gängse regler om beviskyldighet i ett utmättningsärende inte till fullo kan upprätthållas” (punkt 16). Denna hållning bygger på överväganden som liknar de som den tyska *Bundesverfassungsgericht* (författningsdomstolen) gjorde i ett berömt mål om utmätning i den filippinska ambassadens bankkonto,⁵⁷ och som fått viss efterföljd i rättspraxis, medan domstolarna i vissa andra länder har varit strängare gentemot den främmande suveränen.⁵⁸ Högsta domstolen grundade sig på uppgifter från båda sidor, men den accepterade Ryska federationens påstående att fyra av hyresgästerna var diplomater, trots att Sedelmayer hade hävdat att ingen av dem anmälts till de svenska myndigheterna enligt Wienkonventionen, och dessutom accepterade HD de ryska uppgifterna om att hyran endast täckte faktiska kostnader, trots att detta inte vitsordades av Sedelmayer och trots brist på bevis som bestyrkte detta.

7. Kommentarer till Sedelmayerfallet

Fallet illustrerar svårigheterna att få skiljedomar verkställda, inte minst mot Ryssland.⁵⁹ Ryssland har konsekvent vägrat att rätta sig efter skiljedomen för Sedelmayer, och omedelbart efter Högsta domstolens beslut uppkallades Sveri-

⁵⁶ Jämför Section 13(5) av den brittiska State Immunity Act of 1978, som anger att ett intyg från en beskickningschef ”shall be accepted as sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved.” Citerat från Dickinson, m.fl. i not 33 a.a., s. 390. Se även s. 395, där kommentatorn drar slutsatsen att detta lägger bevisbördan på borgenären. För kritik av detta förhållande, se Zdobnöh, Dimitri & Värk, René, State Immunity from Execution: In Search of a Remedy, 4 *Acta Societatis Martensis* 2009, s. 174–175.

⁵⁷ Bundesverfassungsgericht, 13 Dec. 1977, 46 BVerfG 342. Fallet är publicerat på engelska i 65 *International Law Reports* 1994, s. 146. Receptionen av fallet kommenteras i viss detalj i bl.a. Reinisch, i not 46 a.a., s. 803.

⁵⁸ Fox, i not 20 a.a., s. 407–408. En belgisk andrainsinstansdomstol (Cour d’appel) fann dock i ett fall år 2002 att det var den sökande som hade bevisbördan samt att man inte kunde tvinga Irak att visa upp kontoutdrag. *Iraq v. Vinci Constructions GrandsProjets SA, Appeal Judgment*, Brussels Court of Appeals, 4 Oktober 2002, JT, 49 *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (BE 2002) 2012.

⁵⁹ Intressant nog kan ryska domstolar tillåta verkställighet i Ryssland av skiljedomar mot Ryssland, även om ”in practice, one never knows”. Budylin, Sergey, Judging the Arbiters: The Enforcement of International Arbitration Awards in Russia, 34 *Review of Central and East European Law*, 2009, s. 167. Budylin diskuterar bl.a. det kända Noga-fallet.

ges chargé d'affaires i Moskva till det ryska utrikesministeriet för att ta emot en démarche i vilken Ryssland uttryckte sin "förvåning" över det folkrättsstridiga beslutet.⁶⁰

Sedelmayer-fallet bekräftar bilden från Brf X 13, nämligen att svenska rättspraxis nu ligger i linje med den tendens som rått i många andra västländer under årtionden. Sedelmayer-fallet för t.o.m. Högsta domstolen till den internationella frontlinjen genom att utgöra ett av få fall om verkställighet i fastigheter,⁶¹ och beslutet är därför ett viktigt bidrag till den internationella utvecklingen.⁶² De flesta andra verkställighetsfall, som det tidigarenämnda målet om den filippinska ambassaden i Tyskland, har berört bankkonton. Bankkonton skiljer sig till sin natur från fastigheter i minst två relevanta avseenden. För det första kan finansiella tillgångar användas för vilket ändamål som helst, medan det inte alltid är fallet för fastigheter, eftersom en byggnads placering och utförande i allmänhet gör den mer lämpad för vissa användningsområden än för andra. För det andra kan användningen av en fastighet ofta avgöras genom en ytlig inspektion, medan användningen av bankkonton vanligtvis kan kontrolleras endast med hjälp av kontoutdrag. Som nämnts ovan, verkar en del nationella domstolar av förståeliga skäl ha varit ovilliga att kräva att stater uppvisar sådana dokument.

Jag skall här kommentera tre frågor, först domstolens kategorisering av användningen av fastigheten, sedan frågan huruvida immunitet mot jurisdiktion gäller även i ett utsökningsmål och till sist en längre diskussion under särskild rubrik om förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt.

Sedelmayerbeslutet verkar bryta med den etablerade dikotomin kommersiell/ icke-kommersiell. Enligt domstolen kan det finnas privaträttsliga handlingar som inte är kommersiella, t.ex. uthyrning till självkostnadspris. De flesta (om inte alla) av hyreskontrakten i Kostern 5 hänfördes till denna kategori. Denna slutsats verkar likställa "kommersiell" med "i vinstsyfte". International Law Commission definierade inte "kommersiell", men åtminstone en av dess medlemmar uppfattade begreppet på detta sätt.⁶³ Den enda typ av användning som enligt HD entydigt talar för immunitet är officiell användning och tillhörande användning, medan privaträttslig användning – kommersiell såväl som icke-kommersiell – inte medför immunitet.

Är detta en rimlig bedömning? Även officiell användning kan ske genom ett privaträttsligt avtal; t.ex. hyr UD ett flertal fastigheter utomlands av Statens Fastighetsverk för att inhysa ambassader och andra beskickningar och i flera fall

⁶⁰ Sverige uppkallat till ryska UD, SvD, 7 juli 2011, <http://www.svd.se/nyheter/inrikes/sverige-uppkallat-till-ryska-ud_6301620.svd>.

⁶¹ För ett par andra exempel från länder utan stadgar om statlig immunitet, se Reinisch, i not 46 a.a., s. 835–836.

⁶² En rättsfallskommentar av denne författare kommer att publiceras i aprilnumret av *American Journal of International Law*.

⁶³ ILC Commentaries, not 19, s. 19.

också diplomatbostäder. Domstolen resonerade aldrig om huruvida även de hyresgäster som var anställda av den ryska ambassaden betalade hyra. Jag gissar dock att det var oväsentligt för HD om de diplomater som hyrde lägenheter på Kostern gjorde det i privaträttsliga eller andra former. Vad som betydde något var sambandet mellan å ena sidan dessa tjänstemän och deras vister och å andra sidan en viktig statsfunktion, nämligen diplomatisk representation. Därför var nog egentligen den avgörande faktorn syftet med användningen, och inte huruvida den skedde i en privaträttslig form eller inte. Enligt detta synsätt skulle man kunna hävda att domstolen borde ha undersökt noggrannare om också de 14 lägenheter som användes av tillfälliga besökare ”på officiella uppdrag” (punkt 19) kunde ha haft ett officiellt syfte. Kanske HD borde ha resonerat med ledning i artikel 11 i FN-konventionen, enligt vilken statens immunitet i tvister som rör anställningsavtal gäller inte bara diplomatisk personal, utan också personer som utför ”particular functions in the exercise of governmental authority” (artikel 11.2.a), eller är ”member[s] ... of a special mission”(artikel 11.2.c.iii).^{64, 65} Om dessa, i likhet med diplomater, utför uppdrag av sådan vikt att mål rörande deras anställningsförhållanden är föremål för immunitet så kan det hända att tillhandahållande av bostäder också till sådana personer utgör ett officiellt syfte. Utifrån ett slikt resonemang kunde domstolen alltså ha kunnat finna att även andra än diplomater har så viktiga funktioner att deras logi skulle kunna utgöra ett ”officiellt ändamål”.⁶⁶

Här bör sägas ytterligare några ord om Internationella domstolens färska dom i målet mellan Tyskland och Italien, som också berörde frågan om verkställighet. ICJ fann att den tyskägda Villa Vigoni inte kunde utmätas eftersom den hade statsfunktioner som var ”entirely non-commercial, and hence for purposes falling within Germany’s sovereign functions”.⁶⁷ ICJ:s användande av ordet ”entirely” kan eventuellt förstås så att man menar att det inte hade räckt om villan

⁶⁴ Uttrycket ”särskilt diplomatiskt uppdrag” i den svenska översättningen är inte helt synonymt med det engelska originaluttrycket ”special mission”, som också kan betyda ”ad hoc-delegation”. Enligt 1969 års FN-konvention om Special Missions (tillgänglig på <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf>) är en ”special mission” ”a temporary mission, representing the State, which is sent by one State to another State with the consent of the latter for the purpose of dealing with it on specific questions or of performing in relation to it a specific task” (artikel 1). Konventionen behandlar bl.a. immunitet för sådana missioner (artikel 31).

Fö. är det sannolikt så att dessa tillfälliga besökare inte betalade någon hyra alls, varför det inte förelåg något avtal över huvud taget.

⁶⁵ En annan kandidat för motläsning är artikel 16, där termen ”andra än statliga ickekommersiella syften” också används, i detta sammanhang gällande fartyg. Se ILC Commentaries, not 19, s. 58. Jfr också kommentaren till artikel 16, s. 50–53.

⁶⁶ Skillnaden mellan officiell och inofficiell är naturligtvis i viss mening godtycklig. För en kritik av denna distinktion, se Bankas, i not 20 a.a.

⁶⁷ Jurisdictional Immunities of the State, not 19, s. 45.

använts bara delvis för officiella ändammål, alltså en slutsats i linje med Högsta domstolens. En annan fråga är om ICJ:s dom stödjer HD:s sätt att dra gränsen mellan egendom som är immun och sådan som inte är det. Villa Vigoni är ett kulturcentrum, vilket kanske kan sägas vara betydligt mindre officiellt än diplomatiska ändamål. Å andra sidan grundas verksamheten direkt på ett mellanstatligt avtal mellan Italien och Tyskland, och Italien beskrev inför domstolen ”its peculiar bi-national ... managing structure”. Det kan här påminnas om att HD noterade att de gästande forskarnas boende i Kostern 5 inte var direkt grundat på något internationellt avtal, vilket dock alltså verksamheten vid Villa Vigoni var. Det går därför att förena ICJ:s dom med HD:s.

Även om det kan diskuteras huruvida domstolen avgränsade kategorin officiellt bruk på det rimligaste sättet, så var det rätt att kräva att en väsentlig del av fastigheten används för officiellt bruk. Annars skulle en stat kunna investera i fastigheter utomlands och sedan skydda sina tillgångar genom att inhysa en eller två diplomater i varje hus.

Den andra fråga som jag vill ta upp är om HD borde ha beaktat processuell immunitet också i detta utsökningsärende. Från rysk sida gjordes gällande att Ryssland, alldeles oavsett egendomens ställning som sådan, såsom part var immunt mot utsökningsprocessen; man åberopade alltså en variant av immuniteten mot domsrätt. HD besvarade detta yrkande med att utan motivering skriva att ”[f]rågan om statsimmunitet mot domsrätt ... inte [ska] prövas särskilt i ett ärende om verkställighet i den främmande statens egendom” (stycke 6). Detta är dock inte i överensstämmelse med ICJ:s approach. Internationella domstolen menade att en sådan prövning vad gäller domsrätt i och för sig måste göras även i ett utsökningsmål. Den nationella domstolen ska då bedöma saken efter om den svarande staten hade varit immun i en rättegång rörande den betalningsskyldighet som man söker verkställighet för.⁶⁸ Om HD hade gjort en sådan prövning hade man säkert kommit fram till att Ryssland inte kunde åberopa immunitet mot domsrätt; skulden avsåg ju rättegångskostnader i ett mål om klander av skiljedomen, vilket ju Ryssland f.ö. själv initierat.⁶⁹

Denna tudelning kan tyckas akademisk, men den kan ha praktisk betydelse. En utmätningsansökan kan ju gälla en dom i en främmande domstol. I det aktuella ICJ-målet, t.ex., rörde det sig bl.a. om utmätning i Italien för en grekisk dom, vilken var felaktig enligt ICJ:s måttstock.⁷⁰

⁶⁸ Jurisdictional Immunities of the State, not 19, s. 48.

⁶⁹ Om en stat har ingått ett skiljedomsavtal anses det att den därmed har avstått från immunitet i eventuella klanderprocesser. Vidare har en stat av sagt sig immunitet om den har inlett processen. Se artiklarna 8 och 17 i FN-konventionen.

⁷⁰ ICJ bedömde inte den grekiska domen i sig, eftersom Grekland inte var part, men man gjorde en fiktiv bedömning av huruvida Tyskland hade varit immunt i huvudsaken om den kommit upp i en italiensk domstol.

8. Folkrätt och svensk rätt

Nu till den tredje kommentaren. Ärendet ställer på sin spets en del aspekter av den gamla debatten om monism och dualism, dvs. om förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt.

År 2009, i samband med att riksdagen godkände FN-konventionen, antog man som nämnts ovan en lag som, när den träder i kraft, innebär att FN-konventionen ”ska i originaltexternas lydelse gälla som svensk lag”.⁷¹ Konventionen är alltså inkorporerad genom en blankettlag. Detta reser två frågor, dels vilken form en lag borde ha, dels om det över huvud taget var lämpligt att införa konventionen som svensk lag.⁷²

Innan jag ger mig in i den diskussionen bör det diskuteras om införandet av lagen kan minska betydelsen av Sedelmayeravgörandet, eftersom HD inte var tydlig i om man ansåg att artikel 19.c uttrycker den sedvanerätt som man tillämpade. Det uttryck som HD tolkar är hämtat från konventionen, vilket talar för att beslutet nog behåller sin prejudicerande kraft, med det förtydligandet att HD:s domar naturligtvis väger betydligt lättare när det gäller folkrättsliga regler än när det handlar om ”ren” svensk rätt.

Först då till frågan *hur* man skall lagstifta. Transformation hade förstås varit en möjlighet, och hade underlättat för rättstillämparen. Genom transformation omvandlas en konvention till svensk lag, skriven på god juridisk svenska utifrån svensk systematik.⁷³ Lagstiftaren föredrog emellertid inkorporering. Dels var konventionen omedelbart tillämpbar som sådan, dels fanns risken att man i transformeringen skulle förlora något. Dessutom menade man att statsimmunitetsfall är sällan förekommande, vilket verkade betyda att det s.a.s. inte var mödan värt att försöka transformera.⁷⁴ Jag instämmer i lagstiftarens argument mot transformation och kan tillägga att svårigheterna att tillämpa en inkorporerad internationell text minskar avsevärt om det, som i detta fall, finns förarbeten inklusive en ambitiös utredning som kommenterar konventionen.

Det är dock viktigt att rättstillämparna utgår från konventionens originalspråkdräkt och inte den svenska översättningen.⁷⁵ I Sedelmayerfallet hänvisade såväl hovrätten som HD till artikel 19.c i FN-konventionen, men medan hovrätten använde sig av den svenska översättningen citerade Högsta domstolen den officiella texten på engelska, som var det huvudsakliga förhandlingspråket.

⁷¹ Lag (2009:1514) om immunitet för stater och deras egendom.

⁷² Frågan övervägdes. Se proposition 2008/09: 204, Immunitet för stater och deras egendom, s. 96–97 och 100–109, http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GW03204.

⁷³ Svårigheterna att använda folkrätten ska dock inte överdrivas. I såväl Brf X 13 som Sedelmayer hänvisade alla instanser, inklusive kronofogdemyndigheten, till sedvanerätten.

⁷⁴ Proposition 2008/09:204, s. 100–102.

⁷⁵ Man kan härvidlag kanske tycka att det är principiellt märkligt att lagen åtföljs av konventionen i svensk och engelsk språkdräkt, men inte på de fem andra officiella FN-språken. I vart fall franska hade varit lämpligt.

Som citerats ovan står det att en egendom inte är immun om ”it has been established that the property is *specifically* in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes...” (min kursivering). Den svenska översättningen av denna passage lyder: ”... det har fastställts att staten *uteslutande* använder eller avser att använda egendomen i annat än statliga ickekommersiella syften...” (min kursivering). ”Uteslutande” är betydligt mer kategoriskt än det mer mångtydiga ”specifically”.⁷⁶ Brister i översättningen är relativt lätta att konstatera vid en inkorporering, eftersom originalversionen infogas som ett bihang till blankettlagen, medan det kan vara betydligt svårare för en rättstillämpare att upptäcka om en transformation inte implementerar den internationella förpliktelsen på ett riktigt sätt.⁷⁷

Inkorporering var alltså att föredra, men var det lämpligt att låsa den vid FN-konventionen? Genom den nya svenska lagen ersätter FN-konventionen tillämpningen av internationell sedvanerätt.⁷⁸ Att förlita sig på konventionen har två goda ting med sig, som påpekas i propositionen: Det ökar förutsebarheten för alla parter och det bidrar till en mer enhetlig statspraxis.⁷⁹

Det är dock inte problemfritt. Oftast när Sverige omvandlar internationella konventioner till svensk lag handlar det om nya förpliktelser inom tidigare oreglerade områden. Det finns då i allmänhet ingen stat som inte är part till konventionen och som kan känna sig kränkt av att vi implementerar konventionen. Immunitetskonventionen, däremot, utgör inte en ny reglering utan en omreglering av ett område med existerande folkrättsliga regler som regelmässigt redan tillämpats i Sverige.

Detta hade inte inneburit något problem om alla stater hade accepterat den nya konventionen och om den hade avgjort alla frågor inom sitt område inom överskådlig tid. Det är dock inte fallet med FN-konventionen. Även om den till mycket stor del får sägas kodifiera gällande folkrätt så gör den det inte fullt ut. Dessutom kommer den – med hittills endast tretton ratifikationer – knappast att bli global. Vidare kan internationell sedvanerätt utvecklas, även mellan parterna, och därmed övertrumfa konventionen enligt *lex posterior*-maximen.⁸⁰

⁷⁶ Som noterats ovan kom HD och Svea hovrätt till liknande slutsatser om rättsläget, men medan HD delvis stödde sig på artikel 19 skrev hovrätten s.a.s. bort konventionen genom att skriva att den inte reflekterade sedvanerätten. Hovrättens slutsats hade varit korrekt om den svenska översättningen hade återgivit konventionens innehåll i denna del. HD:s slutsats – att konventionen, såvitt avser verkställighet, åtminstone hyggligt återspeglar sedvanerätten – är dock rimligare, beroende på att den bygger på konventionens officiella språkdräkt.

⁷⁷ Det är mycket sällan som engelska inte är ett officiellt språk i en multilateral konvention och dessutom är engelskan i allmänhet också det viktigaste arbetsspråket under förhandlingarna.

⁷⁸ Proposition 2008/09:204, s. 108.

⁷⁹ Proposition 2008/09:204, s. 97.

⁸⁰ ICJ-domaren Koroma lämnade dörren öppen för en utveckling av reglerna om statsimmunitet som skulle ytterligare begränsa rätten till immunitet. Jurisdictional Immunities of the State, not 19, särskild mening av domare Koroma, s. 2.

Detta kan betyda svårigheter dels vid immunitetsärenden gällande icke-parter, dels vid ärenden i frågor där sedvanerätten utvecklats efter det att konventionen blev bindande. Det skulle därmed kunna hävdas att Sverige bryter mot sina förpliktelser om vi tillämpar en konventionsregel som är mer ofördelaktig för en tvistande än den i tvisten tillämpliga sedvanerätten. Vi kan urskilja två typsituationer. Den första uppstår om Sverige inte medger immunitet när vi borde. (Ryssland hävdar ju att så var fallet beträffande Sedelmayerärendet.) Den risken är liten; FN-konventionen är relativt konservativ och utvecklingen kommer knappast att gå i mer ”immunitetsvänlig” riktning utan snarast att gå förbi konventionen. I de fall då en svensk domstol, med stöd i FN-konventionen, vägrar immunitet kommer man i de allra flesta fall att ha stöd för det beslutet också i sedvanerätten, och i de fall då det inte föreligger en legitimerande sedvanerättsregel kommer man att kunna konstatera att det inte finns någon regel alls, eftersom statspraxis och *opinio juris* spretar.⁸¹

Intressantare är dock frågan hur man ska bedöma den situationen att FN-konventionen s.a.s. är för generös i att tillåta immunitetsinvändningar. Det hävdas ofta att den enda parameter som begränsar nationell handlingsfrihet på detta område är statsimmuniteten, vilket innebär att en stat är fri att medge immunitet även när den inte behöver det.⁸² Statsimmunitet kan dock innebära en kränkning av rätten till rättslig prövning (”access to justice”). Den belgiska kassationsdomstolen fann i ett mål att man inte kunde acceptera immunitet för en internationell organisation – vilken ”normalt” borde ha varit immun – eftersom det inte fanns något alternativt sätt för en enskild att få sin sak prövad. Domstolen grundade detta på en analys av artikel 6 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter.⁸³ Frågan har också prövats direkt av Europadomstolen. Sulaiman Al-Adsani påstod sig ha torterats av Kuwait och stämde Kuwait i England, där talan avvisades p.g.a. immunitet (tortyr är nämligen en ”egentlig” statshandling). Han klagade då i Strasbourg, där domstolen i Grand Chamber fann med nio röster mot åtta

⁸¹ Just verkställighet är ett område där en del stater skulle säga att konventionen är mer liberal än sedvanerätten. Eftersom det finns många belägg i statspraxis för att verkställighet är tillåten, t.ex. mot kommersiell egendom, kan man säga antingen att sedvanerätten numera tillåter verkställighet eller att området är oreglerat, just eftersom statspraxis och *opinio juris* inte är konform. Detta reser en del teoretiska frågor, t.ex.: Innebär frånvaron av internationell reglering att staten behåller sin frihet att nationellt reglera (den s.k. Lotusprincipen)? (Ja, enligt min mening, fast med reservationen att det oftast finns allmänna principer att ta till.) Vad händer om en gammal reglering (absolut immunitet) luckras upp utan att en ny regel kan sägas ha etablerats – är området oreglerat eller fortsätter den gamla regeln att gälla? (Enligt min mening är området oreglerat – dvs. det finns en presumtiv frihet – men bevisbördan vilar på den som argumenterar mot den gamla regeln.) Det skulle dock föra för långt att försöka redan ut detta här.

⁸² Se till exempel Crawford, i not 47 a.a., s. 855–856 och även domare Gaja i *Jurisdictional Immunities of the State*, not 19, skiljaktig mening, s. 2.

⁸³ *General Secretariat of the ACP Group v. Lutchmaya*, Final Appeal Judgment, Court de Cassation, Belgien, 21 december 2009, Case Nr C 03 0328 F; 1573 Oxford Reports on International Law in Domestic Courts (BE 2009) 2012.

att någon kränkning ej skett. Även om al-Adsani förlorade, till många människorättsaktivisters besvikelse, måste den knappa förlusten ändå betecknas som ett rejält fall framåt för dem som (i likhet med denne författare) gärna skulle se skadestånd utmätas i främmande domstolar för tortyrbrott.⁸⁴ Den negativa utgången har sedermera bekräftats i ett annat fall i Europadomstolen liksom i flera nationella mål. Den tidigare nämnda ICJ-domen mellan Tyskland och Italien handlar om immunitet avseende skadestånd för tyska krigsförbrytelser under andra världskriget, vilka skadestånd dömts ut i italienska (och även grekiska) domstolar. Domstolen fann att Italien brutit mot sina immunitetsförpliktelser både genom att tillåta talan och genom att verkställa domar mot Tyskland.⁸⁵ Domen är konservativ till sin hållning, men ett par av domarna, inklusive en domare i majoriteten (12-3 i huvudfrågan) ville i särvota se en utveckling i ”progressiv” riktning.⁸⁶ Under FN-förhandlingarna ville ett flertal stater – bl.a. Sverige – lämna dörren öppen för en sedvanerättslig utveckling som skulle hindra immunitet vid vissa mål som gäller svåra kränkningar av de mänskliga rättigheterna, krigsförbrytelser, etc. I samband med att Sverige ratificerade konventionen avgav vi en förklaring med bl.a. följande innehåll: ”Sweden furthermore declares its understanding that the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights.”⁸⁷ Sista ordet är förmodligen inte sagt i denna fråga.

För svenska domstolar har det hittills varit klart att det är den internationella sedvanerätten som ska tillämpas, inte någon nationell rättspraxis.⁸⁸ I målet X 13 mot Belgien, t.ex., frångår HD sin tidigare praxis i beslutet om Folkrepubliken Kinas ambassad, just med motiveringen att den är gammal och att folkrätten utvecklats sedan dess. Detta illustrerar fördelen med att tillämpa sedvanerätten direkt; det ger de nationella domstolarna en möjlighet att smidigt följa med den internationella rättsutvecklingen.

Staten är skyldig att respektera sina internationella förpliktelser, vare sig det handlar om statsimmunitet eller om rätten att få sin sak prövad, och så länge det

⁸⁴ Se *Al-Adsani v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 35763/97, styckena 9–13 (Nov. 21, 2001), <<http://www.echr.coe.int/eng/judgments.htm>>. *Al-Adsanifallet* kommenterades i Lebeck, Carl, *Statsansvar för statsimmunitet? – Apropå Europadomstolens dom i Al-Adsani vs Storbritannien*, *Juridisk Tidskrift* 2001–02, s. 892.

⁸⁵ Se *Jurisdictional Immunities of the State*, not 19.

⁸⁶ *Jurisdictional Immunities of the State*, not 19, skiljaktiga meningar av domarna Yusuf och CançadoTrindade samt särskild mening av domare Bennouna. Intressant nog kom dessa tre särvota från domare från tredje världen (Somalia, Brasilien, Marocko). De två västerländska domare som yttrade sig, italienaren Gaja och nyzeeländaren Keith, diskuterad båda huruvida väpnade styrkor omfattas av immuniteten (ja enligt Keith, tveksamt enligt Gaja), men berörde inte närmare den mänskliga rättigheten till ett rättsligt remedium.

⁸⁷ Förklaringen återfinns på FN:s webbsida för traktater. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en.

⁸⁸ Jfr *Sedelmayer mot Ryska federationen*, Svea hovrätt, not 45 s. 2: ”Det åvilar ... den enskilda domstolen att tillämpa de folkrättsliga principer[na] om immunitet ...”.

inte finns någon allmänt accepterad konvention att implementera, kan det vara olämpligt att frysa utvecklingen genom att införa lagstiftning – såvida inte lagstiftaren tar på sig att kontinuerligt granska och bedöma utvecklingen inom internationell rätt.⁸⁹ Frågan är därför om det inte hade varit bättre med en lagregel som hade hänvisat till gällande folkrätt istället för till just FN-konventionen, gärna med understöd av de förträffliga förarbeten som nu finns.⁹⁰ Det hade gjort det klart för domstolarna att man måste undersöka också om folkrätten utvecklats bortom den minsta gemensamma nämnare som med visst besvär kunde antas år 2004.

En domstol som i framtiden ställs inför en situation där den bedömer att det är tveksamt om FN-konventionen är folkrättsligt tillämplig har två möjligheter: att tillämpa FN-konventionen såsom svensk lag eller att tillämpa gällande folkrätt i strid med svensk skriven lag. En domstol som befinner sig i detta läge får hantera det genom kreativ tolkning av lagen för att undvika att Sverige gör sig skyldigt till en folkrättsöverträdelse.

⁸⁹ För en kort diskussion om amerikansk domstolspraxis rörande förhållandet mellan allmän folkrätt och den amerikanska Foreign Sovereign Immunities Act, se Crawford, i not 47 a.a., s. 845–847.

⁹⁰ I den brittiska lagen om immunitet löste man detta problem genom att säga att vissa regler, t.ex. avseende verkställighet, skulle gälla enbart i förhållande till stater som är parter till den europeiska immunitetskonventionen. Se Section 13, State Immunity Act, not 56. I den svenska lagen skulle man kunna ange att den gäller fullt ut i mål och ärenden gällande immunitet för andra statsparter till FN-konventionen, men att konventionen i förhållande till andra stater gäller endast såvitt den inte strider mot mellan dessa stater gällande folkrätt.