

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER  
föredraget den 8 november 2006<sup>1</sup>

**I — Inledning**

1. "Detta krig var en utdragen kamp, och under dess förlopp utsattes Grekland för de värsta katastroferna någonsin: aldrig tidigare hade så många städer erövrats och förstörts ... ; aldrig hade landet upplevt sådan omfattande landsflykt och ett sådant blodbad ... ." Så beskrev Thukydides det peloponnesiska kriget på 400-talet f.Kr.,<sup>2</sup> och illustrerade på så sätt samtidigt träffsäkert alla krig, som så genomgripande påverkar såväl förlorare som segrare.

2. Krigens fruktansvärda konsekvenser har illustrerats inom de olika konstdisciplinerna. Den kända bildserien "Los desastres de la guerra" (Krigets fasor) bestående av 82 etsningar, som Goya färdigställde mellan 1810 och 1820, visar det elände som åtföljer strid, brott och tortyr, och dess konsekvenser för individen; bitter vittnesbörd fylld av pessimism som utgör en social krönika med

kraftig pacifistisk genomslagskraft. Också Goyas "Los fusilamientos del tres de mayo" (Den tredje maj 1808) och Picassos "Guernica" visar de känslor som krig, fyllda av förintelse och utrotning, framkallar hos dessa lysande konstnärer.

3. Den schweiziske filantropen Henry Dunant korsade många år senare, år 1859, Lombardiet som då var ett hav av blod och eld. Han kom fram till Solferino på kvällen efter en blodig strid och fann till sin fasa tusentals sårade soldater som låg stympade, övergivna och bortglömda, dömda till en säker död. Ur denna fruktansvärda syn föddes idén till Röda Korset.

4. Även det juridiska området har sett de olyckliga verkningarna av väpnade konflikter. I det nu aktuella målet har ett antal grekiska medborgare väckt talan vid en domstol i Grekland och yrkat att Tyskland skall ersätta den skada som orsakades av dess armé under en tragisk episod under andra världskriget.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Thukydides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, 1-23, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

5. Efeteio Patron (appellationsdomstol) har frågat domstolen huruvida konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område,<sup>3</sup> även känd som Brysselkonventionen, på grund av det berörda området är tillämplig på förevarande tvist. Den vill dessutom veta huruvida staternas immunitet mot domstolsprövning är förenlig med konventionen.

”Denna konvention är tillämplig på privaträttens område, oberoende av vilket slag av domstol det är fråga om. Den omfattar i synnerhet inte skattefrågor, tullfrågor och förvaltningsrättsliga frågor.

Konventionen är inte tillämplig på:

6. Tolkningsfrågorna har framställts med stöd av artikel 234 EG. Det är en felaktig grund, eftersom det inte är denna bestämmelse som ger domstolen behörighet att tolka ovannämnda konvention, utan protokollet av den 3 juni 1971.<sup>4</sup> Misstaget saknar dock betydelse, eftersom Efeteio, såsom den tyska regeringen har påpekat, är behörig att ställa tolkningsfrågor angående konventionen enligt artikel 2 i protokollet.

1. fysiska personers rättsliga status, rättsskapacitet eller rättshandlingsförmåga, makars förmögenhetsförhållanden, arv och testamente,

2. konkurs, ackord och liknande förfaranden,

3. social trygghet,

## II — Tillämpliga bestämmelser

7. Brysselkonventionens tillämpningsområde framgår av dess avdelning I, som består av artikel 1, vilken har följande lydelse:

4. skiljeförfarande.”

8. I avdelning II, som rör domstols behörighet, anges i artikel 2 första stycket principen att ”talan mot den som har hemvist i en konventionsstat [skall] väckas vid domstol i den staten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap”, med förbehåll för de undantag som föreskrivs i konventionen.

3 — EGT L 299, 1972, s. 32; svensk utgåva C 15, 1997, s. 30. Den konsoliderade texten finns i EGT C 27, 1998, s. 1.

4 — Protokollet av den 3 juni 1971 om domstolens tolkning av konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 204, 1975, s. 28. Den konsoliderade texten finns i EGT C 27, 1998, s. 28).

9. Bland dessa undantag finns de "särskilda behörighetsregler" som stadgas i artikel 5, vilken har följande lydelse:

"Talan mot den som har hemvist i en konventionsstat kan väckas i en annan konventionsstat:

...

3. om talan avser skadestånd utanför avtalsförhållanden, vid domstolen i den ort där skadan inträffade,

4. om talan avser enskilt anspråk i anledning av brott, vid den domstol där brottmålet är anhängigt, i den mån domstolen enligt sin lag är behörig att pröva enskilda anspråk,

..."

10. Bestämmelserna kompletteras av avdelningarna III, "Erkännande och verkställighet", IV, "Officiella handlingar och inför domstol ingångna förlikningar", V, "Allmänna bestämmelser", VI, "Övergångsbestämmelser", VII, "Förhållandet till andra konventioner", och VIII, "Slutbestämmelser".

11. Det skall påpekas att Brysselkonventionen har ersatts av rådets förordning nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område.<sup>5</sup> Bestämmelserna i konventionen och förordningen är mycket lika, även om bestämmelserna i förordningen inte är tillämpliga i det nu aktuella målet.

### III — Bakgrund, tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12. Lechouritou väckte tillsammans med andra personer talan mot Tyskland vid Polymeles Protodikeio Kalavriton (domstol i första instans) och yrkade ersättning för ekonomiska, ideella och psykiska skador till följd av den massaker som tyska soldater utförde den 13 december 1943 i Kalavrita under invasionen av Grekland under andra världskriget.<sup>6</sup>

5 — EGT L 12, s. 1.

6 — 257 grekiska medborgare väckte talan mot Tyskland vid en domstol i första instans i Livadia på grundval av liknande omständigheter i Distomo den 10 juni 1944. Talan bifölls genom dom av den 30 oktober 1997. Denna fastställdes av Greklands högsta domstol genom dom av den 4 maj 2000, men verkställdes aldrig, eftersom det förhandstillstånd som enligt artikel 923 i civilprocesslagen krävdes från justitieministern saknades. Klagandena väckte då talan vid Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, som i dom av den 12 december 2002 i målet Kalogeropoulou m.fl. mot Grekland och Tyskland (*Recueil des arrêts et décisions*, 2002-X), analyserade förhållandet mellan staternas immunitet och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Domstolen ansåg att restriktionerna i den grekiska lagstiftningen var proportionerliga. Den grekiska regeringen har i sitt yttrande i förevarande begäran om förhandsavgörande redogjort för den diplomatiska krisen som uppstod vid detta tillfälle.

13. Nämnda domstol fann genom beslut nr 70/1998 att den enligt artikel 3.1 i civilprocesslagen inte var behörig att pröva tvisten, eftersom Tyskland åtnjöt immunitet mot domstolsprövning.

14. Kärandena överklagade till Efeteio Patron, som den 12 januari 2001 beslutade att vilandeförklara målet i avvaktan på ett avgörande från Anotato Eidiko Dikastirio (specialdomstol i högsta instans). Avgörandet gällde huruvida artikel 11 i Europeiska konventionen om statsimmunitet (som undertecknades i Basel den 16 maj 1972<sup>7</sup> och som inte har tillträtts av Grekland) — enligt vilken en konventionsstat inte kan göra gällande immunitet gentemot domstolarna i en annan konventionsstat såvitt avser sådana av statssuveräniteten omfattade skadevällande handlingar som har begåtts i nämnda konventionsstat, när den som utförde handlingarna befann sig i den konventionsstaten vid tidpunkten för nämnda handlingar — utgör en allmänt erkänd regel i internationell rätt, samt huruvida detta undantag enligt internationell sedvanerätt omfattar yrkanden om ersättning för skador till följd av väpnade konflikter som har vållats en bestämd grupp personer i ett specifikt område, när skadorna har uppkommit utan samband med vare sig striderna eller de militära insatserna.

7 — Konvention inom ramen för Europarådet. Den trädde i kraft den 11 juni 1976 och är bindande för Tyskland, Österrike, Belgien, Cypern, Luxemburg, Nederländerna, Förenade kungariket och Schweiz. Samma dag öppnades för undertecknande ett tilläggsprotokoll, tillämpligt från och med den 22 maj 1985 och bindande för Österrike, Belgien, Cypern, Luxemburg, Nederländerna och Schweiz. Texten och ratifikationerna finns tillgängliga på Europarådets Internetsida <http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/074.htm>.

15. Anotato Eidiko Dikastirio fann i dom nr 6/2002 av den 17 september att ”i nu gällande internationell rätt finns en allmänt erkänd regel enligt vilken det inte är möjligt att väcka talan mot en stat vid en domstol i en annan stat angående ersättning för en skadevällande handling eller underlåtenhet, oavsett slag, som ägt rum på domstolsstatens territorium och i vilken väpnade styrkor från den stat mot vilken talan väckts är inblandade på något sätt, oavsett om det är i fredstid eller i krigstid”.

16. Efeteio Patron, som i likhet med övriga grekiska domstolar är bunden av avgörandet från Anotato Eidiko Dikastirio,<sup>8</sup> fann en koppling till gemenskapsrätten och vilandeförklarade målet i syfte att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Omfattas en skadeståndstalan som väcks av fysiska personer mot en konventionsstat, med åberopande av att staten är civilrättsligt ansvarig för sina väpnade styrkors handlingar eller underlåtenhet, av Brysselkonventionens tillämpningsområde enligt artikel 1 i denna konvention, då dessa handlingar eller denna underlåtenhet ägde rum under militärockupationen av den stat där de som väckt talan var bosatta, till

8 — Artikel 100.4 i den grekiska konstitutionen jämförd med artikel 54.1 i reglerna för Anotato Eidiko Dikastirio, som infördes genom artikel 1 i lag nr 345/1976 (FEK A' 141).

följd av ett anfallskrig som förts av svaranden, och handlingarna eller underlåtenheten uppenbarligen stred mot krigets lagar och även skulle kunna betraktas som brott mot mänskligheten?

målet vid den nationella domstolen, för den tyska regeringen och för kommissionen, för att yttra sig muntligen.

- 2) Är det förenligt med Brysselkonventionens systematik att svarandestaten åberopar undantaget avseende statsimmunitet, med följderna att, om frågan besvaras jakande, konventionen automatiskt upphör att vara tillämplig såvitt avser de handlingar och den underlåtenhet av svarandens väpnade styrkor som ägde rum före nämnda konventions ikraftträdande, det vill säga under åren 1941–1944?”

#### V — Bedömning av den första tolkningsfrågan

19. Efeteio Patron vill i huvudsak få klarhet i huruvida Brysselkonventionen, som enligt sin artikel 1 endast är tillämplig på privaträttens område, omfattar en talan om skadestånd som enskilda väcker mot en konventionsstat i syfte att få ersättning för skador som staten i egenskap av ockupationsmakt har vållat i en väpnad konflikt.

#### IV — Förfarandet vid domstolen

17. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, liksom den nederländska, den polska, den tyska och den italienska regeringen samt kommissionen har, inom den i artikel 23 i domstolens stadga föreskrivna fristen, inkommit med skriftliga yttranden.

18. Vid förhandlingen den 28 september 2006 infann sig ombuden för klagandena i

#### A — Begreppet privaträttens område

20. Konventionen följer samma mönster som andra internationella konventioner<sup>9</sup> för att undvika de hinder som kan skapas

<sup>9</sup> — P. Jenard förklarar i rapporten om konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (EGT C 59, 1979, s. 1) att den expertkommitté som utsågs för att utarbeta förslaget använde samma metod i detta avseende som hade använts i de existerande konventionerna. Inom doktrinen har detsamma uttryckts av Droz, G.A.L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Librairie Dalloz, Paris, 1972, s. 33. Se även generaladvokaten Darmon i punkt 19 i förslaget till avgörande i det nedan nämnda målet Sonntag. I punkt 20 anger han att det är ovanligt att "man i ett bilateralt sammanhang gör en uttömmande uppräknings av vilka områden som omfattas av privaträtten".

vid en positiv definition av konventionens omfattning.<sup>10</sup> Den innehåller således ingen bestämning av hur begreppet privaträttsens område skall förstås, utan endast en negativ precisering genom bestämmelsen att den är tillämplig oberoende av "vilket slag av domstol det är fråga om".<sup>11</sup> I rättspraxis har det dock konstaterats (1) att det är ett autonomt begrepp och (2) att det inte omfattar handlingar *iure imperii* (handlingar som innebär utövande av offentliga maktbefogenheter).

### 1. Begreppets autonoma karaktär

21. Generaladvokaten Darmon fann i sitt förslag till avgörande i målet Rich,<sup>12</sup> i vilket dom meddelades den 25 juli 1991, att det finns flera svårigheter med tolkningen av konventionen. Förutom att konventionen i sig är komplicerad materia, används begrepp som är noggrant definierade i nationell rätt, men ofta på olika sätt, vilket gör att domstolen bör fastställa en självständig innebörd för begreppet.

10 — Desantes Real, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Bosch förlag, Barcelona, 1986, s. 79 och 80.

11 — Härvid gavs uttryck för tendenserna i den internationella rätten: "[B]egreppet privaträttsens område är mycket vitt och omfattar inte bara mål där domstolar som dömer i civilrättsliga eller handelsrättsliga mål är behöriga, särskilt i de länder som har förvaltningsdomstolar", *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et Documents de la quatrième session (mai-juin 1904)*, s. 84.

12 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-190/89, Rich (REG 1991, s. I-3855).

22. Så har skett med begreppet privaträttsens område,<sup>13</sup> som i dom av den 14 oktober 1976, LTU,<sup>14</sup> ansågs vara ett autonomt begrepp som skall tolkas med hänsyn till konventionens syfte och uppbyggnad och till de allmänna principer som gemensamt kan härledas ur de nationella rättsordningarna, och att det inte är fråga om någon hänvisning till den nationella rätten i någon av de berörda staterna, eftersom syftet med avgränsningen av det materiella tillämpningsområdet (*rationae materiae*) är att "trygga att de rättigheter och förpliktelser som följer av konventionen för konventionsstaterna och berörda personer är lika och enhetliga" (punkt 3).<sup>15</sup>

23. Detta synsätt har bekräftats i andra domar, såsom dom av den 14 juli 1977, i målet Bavaria Fluggesellschaft och Germanair mot Eurocontrol,<sup>16</sup> punkt 4, av den 22 februari 1979 i målet Gourdain,<sup>17</sup> punkt 3, av den 16 december 1980 i målet Rüffer,<sup>18</sup> punkterna 7 och 8, av den 21 april 1993 i målet Sonntag,<sup>19</sup> punkt 18, av den 14 novem-

13 — Även andra begrepp har ansetts autonoma, såsom "talan [som] avser avtal" i artikel 5.1 i Brysselkonventionen (dom av den 22 mars 1983 i mål 34/82, Peters (REG 1983, s. 987; svensk specialutgåva, volym 7, s. 95), punkterna 9 och 10, av den 8 mars 1988 i mål 9/87, Arcado (REG 1988, s. 1539), punkterna 10 och 11, av den 17 juni 1992 i mål C-26/91, Handte (REG 1992, s. I-3967; svensk specialutgåva, volym 12, s. I-137), punkt 10, av den 27 oktober 1998 i mål C-51/97, Réunion européenne m.fl. (REG 1998, s. I-6511), punkt 15, och av den 17 september 2002 i mål C-334/00, Tacconi (REG 2002, s. I-7357), punkt 35.

14 — Domstolens dom av den 14 oktober 1976 i mål 29/76, LTU (REG 1976, s. 1541; svensk specialutgåva, volym 3, s. 195).

15 — Generaladvokaten Reischl anger i punkt 2 i förslaget till avgörande i målet LTU att ämnet är långt ifrån okontroversiellt, eftersom doktrin och nationell rättspraxis erbjuder olika svar. Han motsätter sig dock teorin avseende autonomin, som han anser vara mycket lockande men ge upphov till allvarliga invändningar, och föreslår att problemet skall lösas genom rätten i den stat vars avgörande skall verkställas.

16 — Dom av den 14 juli 1977 i de förenade målen 9/77 och 10/77, Bavaria Fluggesellschaft och Germanair mot Eurocontrol (REG 1977, s. 1517).

17 — Dom av den 22 februari 1979 i mål 133/78, Gourdain (REG 1979, s. 733).

18 — Dom av den 16 december 1980 i mål 814/79, Rüffer (REG 1980, s. 3807).

19 — Dom av den 21 april 1993 i mål C-172/91, Sonntag (REG 1994, s. I-1963).

ber 2002 i målet Baten,<sup>20</sup> punkt 28, och av den 15 maj 2003 i målet Préservatrice Foncière TIARD,<sup>21</sup> punkt 20.

## 2. Undantaget för handlingar *iure imperii*

24. I Schlosserrapporten om 1978 års anslutningskonvention<sup>22</sup> framhålls behovet av att ge ordalydelsen i artikel 1 en självständig innebörd, med det tillägget att det i de ursprungliga medlemsstaternas rättsordningar finns en tydlig skillnad mellan privaträtt och offentlig rätt. Skillnaderna är trots betydande nyanseringar i stort sett analoga, varför man vid utformningen av originaltexten till konventionen och Jenardrapporten undvek att specificera omfattningen av privaträttens område och bara angav att avgöranden från förvaltningsdomstolar och domstolar som dömer i straffrättsliga mål omfattas av konventionen under förutsättning att avgörandena avser privaträtt. I Schlosserrapporten anges även att nämnda skillnad — som är vanlig i de ursprungliga medlemsstaternas rättsordningar — mellan offentlig rätt och privaträtt praktiskt taget inte existerar i Förenade konungariket och Nordirland (punkt 23).

25. Genom domen i målet LTU utvidgades konventionens tillämpningsområde till tvister mellan en offentlig myndighet och ett privat rättssubjekt, under förutsättning att myndigheten inte har utövat en offentlig-rättslig maktbefogenhet (punkterna 4 och 5).<sup>23</sup>

26. Även om domstolen hänvisade till bestämmelserna om erkännande av domstolsavgöranden (avdelning III), gäller det samma för bestämmelserna om domstols behörighet (avdelning II),<sup>24</sup> eftersom förutsättningarna i artikel 1 måste vara uppfyllda i båda fallen.

27. Domen i målet LTU motiverade i själva verket den ändring som infördes i Brysselkonventionen i samband med den första utvidgningen av gemenskapen, nämligen det uttryckliga undantaget för ”skattefrågor, tullfrågor och förvaltningsrättsliga frågor”.<sup>25</sup>

20 — Dom av den 14 november 2002 i mål C-271/00, Baten (REG 2002, s. I-10489).

21 — Dom av den 15 maj 2003 i mål C-266/01, Préservatrice Foncière TIARD (REG 2003, s. I-4867).

22 — Rapport angående konventionen om Konungariket Danmark, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirland tillträde till konventionen om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område och till protokollet om domstolens tillämpning härav, utarbetad av professor P. Schlosser (EGT C 189, 1990, s. 184).

23 — Denna rättspraxis har bekräftats genom domarna i de ovannämnda målen Rüffer, punkt 8, Sonntag, punkt 20, Baten, punkt 30, Préservatrice Foncière TIARD, punkt 22, samt i dom av den 1 oktober 2002 i mål C-167/00, Henkel (REG 2002, s. I-8111), punkt 26.

24 — Generaladvokaten Jacobs uttrycker i punkt 21 i förslaget till avgörande i målet Henkel samma synsätt, som implicit antas av domstolen i domen.

25 — Detta tillägg gjordes genom artikel 3 i konventionen av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmark, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirland tillträde (EGT L 304, p. 1, och — i ändrad lydelse — s. 77).

28. Även om det ofta är inom nämnda områden som offentlig makt utövas, sker det även inom andra områden. Dessutom är begreppen skattefrågor, tullfrågor och förvaltningsrättsliga frågor autonoma av samma skäl som begreppet privaträttens område, nämligen med hänsyn till kraven på enhetlighet och rättssäkerhet.<sup>26</sup>

29. Ståndpunkterna i de skriftliga yttrandena i förevarande mål om begäran om förhandsavgörande sammanfaller avseende att handlingar *iure imperii* inte omfattas av Brysselkonventionens tillämpningsområde.<sup>27</sup> Skillnaderna mellan yttrandena ligger i synen på vilka dessa rättshandlingar är och huruvida de omfattar en konventionsstats väpnade styrkors handlingar i en annan konventionsstat.

30. Nedan skall därför göras en bedömning av a) skälen för undantaget för sådana handlingar, och b) vilka kriterier som är grunden för undantaget i det enskilda fallet.

26 — I artikel 2.1 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 805/2004 av den 21 april 2004 om införande av en europeisk exekutionstitel för obestridda fordringar (EGT L 143, s. 15) anammas denna filosofi genom följande stadgande: "Denna förordning är tillämplig på privaträttens område, oberoende av vilket slag av domstol det är fråga om. Den omfattar i synnerhet inte skattefrågor, tullfrågor och förvaltningsrättsliga frågor eller statens ansvar för handlingar och underlåtenhet vid utövandet av statens myndighet ('acta iure imperii')." En liknande ordalydelse används i artikel 2.1 i det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om införande av ett europeiskt betalningsföreläggande (KOM(2006) 57 slutlig).

27 — Förslagen till framtida gemenskapsbestämmelser utesluter också sådana handlingar. Sålunda omfattar det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (ROM II) (KOM(2002) 83 slutlig) enligt dess artikel 1.1 inte "g) utomobligatoriska förpliktelser som uppkommit inom ramen för statens ansvar för handlingar som utförts under utövandet av offentliga myndigheters verksamhet ('acta iure imperii')".

a) Skälen för undantaget

31. I domen i det ovannämnda målet LTU, enligt vilken begreppet privaträttens område är autonomt och skall tolkas enligt de angivna parametrarna, hänvisade domstolen till vissa faktorer som karakteriserar rättsförhållandet mellan parterna i tvisten eller tvistens föremål och som motiverar att tvisten skall uteslutas från Brysselkonventionens tillämpningsområde. Domstolen skiljde härvid mellan situationer där myndigheten utövar en offentligrättslig maktbefogenhet och situationer där de agerar som vilket rättssubjekt som helst (punkt 4).<sup>28</sup>

32. Det finns även andra starkare och allmänna skäl för att handlingar *iure imperii* — till skillnad från handlingar *iure gestionis* (handlingar av privaträttslig karaktär),<sup>29</sup> — skall vara undantagna från Brysselkonventionens tillämpningsområde.

33. I Schlosserrapporten påpekas att "i de ursprungliga medlemsstaternas rättsordningar deltar staten som sådan eller enheter med offentliga funktioner, såsom kommuner och provinser, i handeln på två olika sätt" beroende på om de styrs av offentligrättsliga

28 — Generaladvokaten Reischl hänför sig i förslaget till avgörande i målet LTU till överordnad och underordnad ställning som element i offentligrättsliga förhållanden.

29 — Desantes Real, M., a.a., s. 84.



eller privaträttsliga bestämmelser, där offentligrättsliga handlingar anses vara ett uttryck för suveräniteten.

om suveräna handlingar eller därför att domstolsskyddet på så sätt anses bli bättre.<sup>30</sup>

34. Generaladvokaten Léger gav uttryck för ett annat synsätt i sitt förslag till avgörande i målet *Préservatrice Foncière TIARD*, där han behandlade undantagen i artikel 1 andra stycket i konventionen, som rör situationer "som ligger utanför parternas kontroll och som rör tvingande rätt" (punkt 53). Av detta slöt han sig till att "Brysselkonventionens upphovsmän har velat att en medlemsstats exklusiva [behörighet] skall motsvara behörigheten för samma stats administrativa och rättskipande myndigheter i dessa frågor. När dessa frågor utgör det huvudsakliga föremålet för talan anses statens egna domstolar bäst lämpade att avgöra tvisten. Det faktiska skyddet för en rättslig ställning, vilket är ett av Brysselkonventionens syften, säkerställs genom att ett till fullo behörigt nationellt system har fastställts ..." (punkt 54), ett resonemang som enligt honom även är tillämpligt på "offentligrättsliga frågor, där staten utövar sina offentligrättsliga maktbefogenheter" (punkt 55).

35. Sammanfattningsvis är konventionen inte tillämplig på områden där staten utövar sina maktbefogenheter och inte omfattas av privaträtten, antingen därför att det är fråga

36. Problemet ligger i att, såsom generaladvokaten Jacobs påpekade i sitt förslag till avgörande i målet *Henkel*, "det inte alltid är lätt att skilja mellan situationer där staten och dess oberoende organ handlar i egenskap av privaträttsligt respektive offentligrättsligt organ" (punkt 22), särskilt med hänsyn till att det i common law-länder inte görs någon åtskillnad mellan offentlig och privat rätt, eftersom "civil law" omfattar allt som inte utgör "criminal law".<sup>31</sup> Utövande av en statlig maktbefogenhet kan således inte definieras med hjälp av de konventionslutande staternas rättsordningar, som ofta skiljer sig åt och är inexakta,<sup>32</sup> även om de erbjuder möjliga lösningar på frågan.

30 — I Jenardrapporten redogörs det noggrant för uppdelningen privaträtt/offentlig rätt som kriterium för att avgränsa Brysselkonventionen i samband med motiveringen till varför området social trygghet är undantaget: "ett område som i vissa länder, såsom Republiken Tyskland, hör till offentlig-rätten, medan det i andra länder rör sig i gränslandet mellan privaträtten och offentlig-rätten". I Evriyenis och Kerameus rapport om Republiken Greklands tillträde till konventionen (EGT C 189, 1990, s. 257) görs en åtskillnad mellan det privaträttsliga området och de områden där offentlig-rätten gäller och konventionen inte är tillämplig. Enligt domstolen kan skillnaden följa av villkoret om utövande av offentlig makt, vilket enligt rättspraxis inom de kontinental rätts-systemen gör det möjligt att urskilja vilka områden som regleras av offentlig rätt (punkt 28). I doktrinen, se Desantes Real, M., a.a., s. 79–81.

31 — James, P.S., *Introduction to the English Law*, 10 uppl., Butterworth's förlag, London, 1979, sidan 4 och följande sidor, Knoepfler, F., *La House of Lords et la définition de la matière civile et commerciale*, Mélanges Grossen, Neuchatel, 1992, s. 9.

32 — Tirado Robles, C., *La competencia judicial en la Unión Europea (Comentarios al Convenio de Bruselas)*, Bosch förlag, Barcelona, 1995, s. 14.

## b) Kriterierna till grund för undantaget

37. Mot bakgrund av att de ifrågavarande begreppen är autonoma och med hänsyn till skälen till att handlingar *iure imperii* inte omfattas av Brysselkonventionen, kan rättspraxis vara till hjälp för att fastställa de avgörande kriterierna för att sådana handlingar skall undantas.

38. I domen i målet LTU ansågs konventionen inte vara tillämplig på prövningen av avgifter som ett privat rättssubjekt skall erlägga till ett offentligt organ för det obligatoriska och exklusiva nyttjandet av organets utrustning och tjänster. Enligt domen definieras det materiella området huvudsakligen av de "faktorer som karakteriserar rättsförhållandet mellan parterna i tvisten eller ... tvistens föremål" (punkt 4).

39. Samma argument användes i domen i målet Rüffer avseende en regresstalan som Nederländerna väckt mot en flodskeppare, ägare av en tysk båt som hade krockat med ett annat fartyg, i syfte att få ersättning för kostnaderna för att röja undan vraket, eftersom detta röjningsarbete enligt ett internationellt avtal ingick i flodpolisens uppgifter. Det var avgörande att "förvaltaren agerade med stöd av fordran som uppkommit till följd av myndighetsutövning

när den sökte täckning för nämnda kostnader" (punkt 15), eftersom det viktiga inte är talans eller förfarandets karaktär, utan karaktären av den rätt med stöd av vilken åtgärden vidtas.

40. Domen i målet Sonntag rörde ett straffrättsligt förfarande som inleddes efter det att en elev från en offentlig tysk skola omkommit under en skolresa i Italien. Talan innefattade även en civilrättslig skadeståndstalan mot den medföljande läraren. Här ansågs konventionen tillämplig med hänvisning till att skadeståndstalan "var av civilrättslig karaktär" (punkt 19) därför att a) även om en lärare är tjänsteman och agerar i denna egenskap så "utövar en tjänsteman inte alltid offentliga maktbefogenheter" (punkt 21), b) i de flesta av de konventionslutande staternas rättsordningar innebär ansvaret för elever inte ett utövande av maktbefogenheter som avviker från de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda (punkt 22),<sup>33</sup> c) i sådana situationer har lärare vid offentliga och privata skolor "identiska funktioner" (punkt 23), d) det hade i rättspraxis<sup>34</sup> ansetts att handlingar i form av att betygsätta eleverna och medverka i besluten angående huruvida de skall flyttas upp till nästa klass inte utgör utövande av offentliga maktbefogenheter (punkt 24), och e) det har ingen betydelse huruvida lärarens handlingar utgör utövande av offentliga

33 — I förslaget till avgörande i ovannämnda mål illustrerar generaladvokaten Darmon utformningen i konventionsstaternas rättsordningar av civilrättslig talan till följd av brott. Han skiljer därvid mellan "common law-länderna" (punkt 28) och länder med kontinentala rättssystem, bland vilka han citerar lagstiftning från Danmark, Spanien, Belgien, Italien, Portugal, Nederländerna, Frankrike, Luxemburg, Tyskland och Grekland (punkterna 30–39).

34 — Dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121; svensk specialutgåva, volym 8, s. 661), punkt 28.

maktbefogenheter enligt rättsordningen i den stat som läraren tillhör (punkt 25) eller huruvida olyckan täcks av ett socialförsäkringssystem (punkterna 27 och 28).

41. I domen i målet Henkel återknöt domstolen till domen i målet Sonntag och fann att en tvist som anhängiggjorts av en privat konsumentskyddsorganisation i syfte att förbjuda oskäligen avtalsvillkor inte utgjorde utövande av offentliga maktbefogenheter, ”eftersom tvisten inte alls avser utövande av maktbefogenheter som avviker från de rättsregler som gäller i förhållandena mellan enskilda” (punkt 30).

42. I domen i målet Baten ansågs begreppet privaträttens område omfatta en regresstalan som ”ett offentligt organ har väckt mot ett privat rättssubjekt för att återfå belopp som det har erlagt såsom socialt bistånd ... såvida grunderna för talan och de närmare bestämmelserna om hur talan i fråga skall väckas och föras regleras genom allmänna bestämmelser”. Domstolen tillade att regresstalan inte är hänförlig till privaträttens område om den väcks med stöd av bestämmelser genom vilka lagstiftaren har givit det offentliga organet en särskild befogenhet (punkt 37).<sup>35</sup>

35 — Generaladvokaten Tizzano ansåg att kommunen under dessa omständigheter inte utövar sina offentlighetsrättsliga maktbefogenheter vare sig vad gäller att avgöra vilka personer den skall kräva återbetalning från eller vad gäller att avgöra omfattningen av återkravet, men inte heller vad gäller att återkräva utgivna bidrag. I själva verket kan kommunen endast begära att tredje man betalar (punkt 35). Det rättsförhållande som uppstår mellan de två rättssubjekten skiljer sig följaktligen inte från de normala avtalsförhållanden som är för handen mellan likställda personer, såsom fallet är med privaträttsliga rättsförhållanden (punkt 36).

43. Domen i målet Préservatrice Foncière TIARD avsåg en talan som Nederländerna hade väckt i syfte att en borgensman skulle betala de tullskulder som huvudgäldenären var skyldig. Enligt denna dom är Brysselkonventionen tillämplig på en talan som en konventionsstat har väckt mot ett privaträttsligt subjekt om fullgörande av ett privaträttsligt borgensavtal, vilket ingåtts för att göra det möjligt för en annan person att ställa en av staten krävd och definierad säkerhet. Detta gäller dock på ett villkor, som uppställdes till följd av bristen på uppgifter i begäran om förhandsavgörande, nämligen ”att rättsförhållandet mellan borgenären och borgensmannen, såsom det följer av borgensavtalet, inte innebär ett utövande av maktbefogenheter som avviker från de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda” (punkt 36).

44. På samma sätt ansåg domstolen i dom av den 15 januari 2004 i målet Blijdenstein,<sup>36</sup> att konventionen var tillämplig på en talan som väckts av en offentlig myndighet i syfte att återfå belopp som i enlighet med offentlighetsrättsliga bestämmelser betalats ut i form av utbildningsstöd till en underhållsberättigad flicka vars fordran myndigheten hade övertagit enligt civilrättsliga bestämmelser (punkt 21).

45. Slutligen fann domstolen i dom av den 5 februari 2004 i målet Frahuil,<sup>37</sup> att en talan

36 — Dom av den 15 januari 2004 i mål C-433/01, Blijdenstein (REG 2004, s. I-981).

37 — Dom av den 5 februari 2004 i mål C-265/02, Frahuil (REG 2004, s. I-1543).

som väckts av en borgensman som hade betalat vissa tullar i enlighet med ett avtal med en tredje man som hade åtagit sig att betala dem för importörens räkning inte innebar ett utövande av maktbefogenheter som avviker från de rättsregler som är tillämpliga i förhållandet mellan enskilda (punkt 21).

underordnad ställning är hänförligt till talans grund och natur.<sup>39</sup>

## B — Bedömning av situationen i det aktuella fallet

### 1. Inledande påpekande

46. Av denna rättspraxis framgår det att, för att avgöra vilka handlingar som är handlingar *iure imperii* och följaktligen inte omfattas av Brysselkonventionen, hänsyn skall tas till 1) att någon i rättsförhållandet är en person av offentlig karaktär, och 2) ursprunget och grunden för den ifrågavarande talan, närmare bestämt att administrationen skall ha utövat maktbefogenheter som avviker från eller inte är jämförbara med befogenheterna inom ramen för rättsförhållanden mellan enskilda. Kriteriet ”enskild” utgör begreppets formella aspekt,<sup>38</sup> medan kriteriet om

47. Bedömningen av huruvida offentliga maktbefogenheter har utövats är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, vilket har fått till följd att man inom doktrinen har diskuterat domstolens roll i de domar den har meddelat.<sup>40</sup>

48. Kritiken har bland annat gällt att domstolen inte har begränsat sig till att tillhandahålla kriterierna för en autonom tolkning av begreppet i artikel 1 i Brysselkonventionen och tillämpa dessa på tvister mellan offentliga myndigheter och privatpersoner, utan i stället slagit fast en, ibland omstridd, lösning.

38 — Det innebär att Brysselkonventionen omfattar fall där förhållandet uppkommer mellan enskilda även om det har skett på grund av en offentligrättslig bestämmelse, se Gothot, P., och Holleaux, D., *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, La Ley förlag, Madrid, 1986, s. 9, Palomo Herrero, Y., *Reconocimiento y exequatur de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-68*, Colex förlag, Madrid, 2000, s. 61. Kriteriet överensstämmer med den i de kontinentala rättssystemen rådande uppfattningen om offentlig rätt, nämligen att det inte kan finnas något offentligrättsligt rättsförhållande om inte någon part är en offentlig myndighet (García de Enterría, E. och Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, volym I, 9 uppl., Civitas förlag, Madrid, 1999, s. 42 och följande sidor), lag kan inte låta bli att erinra om behovet av att, med hänsyn till problemen med avgränsningen av offentligrätten i en allt större union, nyansera kriteriet ”enskild” på gemenskapens område, antingen genom att tolka det snävare eller genom att ge begreppet offentlig part en vid tolkning i förhållande till ”enskild part” (Dashwood, A., Hacon, R., White, R., *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgement Convention*, Kluwer förlag, Deventer/Antwerpen/London/Frankfurt/Boston/New York, 1987, s. 10, Donzallaz, Y., *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, volym I, Staempfli förlag, Bern, 1996, s. 336 och 337).

39 — Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, LGD förlag, Paris, 1993, s. 20 och 21, påpekar att även om kriteriet inte är logiskt och dessutom används inom den internationella rätten, löser det inte problemen med gränsdragningen mellan offentlig rätt och privaträtt.

40 — Bland andra, Schlosser, P., ”Der EuGH und das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, s. 457 och följande sidor. Se även kommentarer till domen i målet LTU av Huet, A., *Journal du droit international*, 1977, s. 707 och följande sidor, samt Droz, G.A.L., *Revue critique de droit international privé*, 1977, s. 776 och följande sidor.

49. Ett mål om begäran om förhandsavgörande omfattar emellertid tre på varandra följande faser: den första, då den nationella domstolen upptäcker det gemenskapsrättsliga problemet, den mellanliggande, då EG-domstolen prövar frågan, och den sista, då den nationella domstolen löser tvisten i det nationella målet mot bakgrund av de tillhandahållna anvisningarna.<sup>41</sup> Svårigheterna uppstår om jämvikten i dialogen mellan domstolarna bryts,<sup>42</sup> genom att någon av dem<sup>43</sup> överskrider sina befogenheter<sup>44</sup> vid utövandet av sina funktioner.

50. Risken för befogenhetsöverskridande i det nu aktuella målet kan undvikas genom att de faktiska omständigheterna abstraheras och tolkningsfrågan besvaras på så sätt att svaret kan användas av varje domstol i unionen som ställs inför samma situation. Dessutom bör tolkningsfrågorna ses ur ett strikt rättsligt perspektiv så att inte känslorna, även om dessa är förståeliga, tillåts fördunkla förnuftet.

41 — Pescatore, P., "Las cuestiones prejudiciales", i Rodríguez Iglesias, G.C., och Liñán Noguera, D., *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas förlag, Madrid, 1993, s. 546.

42 — Peláez Marón, J.M., "Funciones y disfunciones del control jurisdiccional en el marco de la Comunidad Europea", *Gaceta Jurídica de la CEE*, nr 52, serie D-9, 1988, s. 233–259.

43 — Kakouris, K.N., i "La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l'ethos du juge", *Revue des affaires européennes*, nr 4, 1994, s. 35–41, hänför sig till domstolens — och var och en av dess domares — medvetenhet, ärlighet och moral — "ethos".

44 — I punkt 35 i mitt förslag till avgörande i mål C-30/02, *Recheio-Cash & Carry*, i vilket dom meddelades den 17 juni 2004 (REG 2004, s. I-6051), ger jag uttryck för min oförståelse för varför domstolen i dom av den 24 september 2002 i mål C-255/00, *Grundig Italiana* (REG 2002, s. I-8003), anger en minimiperiod som anses tillräcklig för att säkerställa en effektiv utövning av talan som grundas på gemenskapsrätten, och därmed kränker den nationella domstolens suveräna behörighet att avgöra målet vid den domstolen. I fotnot 44 i samma förslag till avgörande påpekar jag samma misstag i andra domar.

51. Efeteio Patron har till fullo uppfyllt sina skyldigheter. För att tillhandahålla nämnda domstol ett användbart svar krävs emellertid att de faktiska omständigheterna generaliseras ytterligare på så sätt att utgångspunkten blir skador som en medlemsstats soldater har vållat enskilda i en annan medlemsstat under ett krig, samt att det därvid bortses från omständigheterna i den enskilda skadeståndstalan, såsom tidsaspekten.<sup>45</sup>

## 2. De väpnade styrkornas agerande under kriget

52. Eftersom talan riktar sig mot en stat förefaller det obehövt att ägna uppmärksamhet åt det första av de angivna kriterierna — att en av parterna skall vara av offentlig karaktär. Bedömningen skall därför koncentreras på det andra, närmare bestämt att parten har utövat offentliga maktbefogenheter.

### a) Den föreslagna ståndpunkten

53. Hur många rättesnören, förmaningar och bestämmelser det sedan antiken än har

45 — I detta avseende har den polska regeringen gjort en välfunnen bedömning i sitt yttrande, i vilken den har uppmärksammat att den nationella domstolen nämner handlingar och underlåtenheter före konventionens ikraftträdande, "närmare bestämt mellan åren 1941 och 1944", men inte ställer någon tolkningsfråga som, såsom regeringen själv har påpekat, kan besvaras med hjälp av artikel 54 i konventionen, enligt vilken det finns en skyldighet att beakta tidpunkten för handlingarna.

förekommit i fråga om hur de stridande i en väpnad konflikt bör agera,<sup>46</sup> utgör kriget alltså en exceptionell företeelse.

vars topp finns nationens främsta auktoriteter.<sup>48</sup>

54. Det är med all rätt som Nederländernas regering karakteriserar militära åtgärder — med undantag för sådana operationer som utförs av isolerade grupper och som ger upphov till andra problem — som typiska uttryck för statens makt.

— De styrs av principer som finns fastslagna i normer av högsta rang i varje land. Genom dessa fastställs dessutom gränserna, målen och villkoren för militärens verksamhet, alltmer specifika för varje steg nedåt i hierarkin.

55. Det finns flera olika omständigheter till stöd för detta påstående:

— Armén ingår i statens organisation. Soldaterna styrs med hård disciplin och är underordnade sina befäl<sup>47</sup> inom ramen för en hierarkisk organisation, på

— De har befogenheter som inte tillerkänns övriga medborgare, som måste lyda militärens order och som bestraffas hårt vid eventuell olydnad.

56. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna,<sup>49</sup> nästan samtliga stater som

46 — I Bibeln innehåller Femte Moseboken en veritabel katalog av rekommendationer under rubriken "Städernas erövring", med kravet på bland annat ett erbjudande om fred för hela den belägrade befolkningen (*Biblia de Jerusalén*, Deuteronomio [(Femte Moseboken)], kapitel 20, vers 10, E. Nácar och A. Colunga editores, direktversion av originalspråken, Desclée de Brouwer förlag, Bilbao, 1975, s. 212). Den så kallade internationella humanitära rätten — som utvecklats genom Genèvekonventionerna av den 12 augusti 1949, angående krigsfångars behandling (tredje konventionen) och angående skydd för civilpersoner under krigstid (fjärde konventionen), liksom genom tilläggsprotokollen av den 8 juni 1977: första tilläggsprotokollet om skydd för offren i internationella väpnade konflikter och andra tilläggsprotokollet om skydd för offren i icke-internationella väpnade konflikter — är i dag allmänt erkänd. Konventionstexten finns på flera språk under avdelningen internationell rätt på Internetsidan för FN:s högkommissariat för de mänskliga rättigheterna, <http://www.ohchr.org>.

47 — Under förhandlingen vitsordade klagandena i målet vid den nationella domstolen att soldaterna handlade enligt order från sina befäl.

48 — I sin roman *Misericordia de la guerra*, Caro Raggio förlag, Madrid, 2006, vilken till följd av problem med censuren under Franco-regimen inte publicerades förrän nyligen, hänför sig Baroja, P., till anarkisten Durrutis roll i det spanska inbördeskriget. Han anser att han "hade rätt som militär, men inte som anarkist", eftersom "krig endast kan föras under hård disciplin. Att vilja föra krig tillsammans med anarkister, som kommer att ifrågasätta sina order, är rent vansinne" (s. 192).

49 — I dom av den 21 november 2001 i målet McElhinney mot Irland (*Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI), § 38, angavs att "Les textes mentionnés ... montrent en outre que cette tendance paraît concerner essentiellement les dommages corporels "assurables", c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un Etat étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale".

har inkommit med yttranden i detta mål om begäran om förhandsavgörande samt kommissionen anser att militärens handlingar är uttryck för statssuveräniteten.

i) Statens ansvar enligt internationell rätt

57. Ersättning för skador som ena sidans trupper har vållat under ett krig omfattas därför inte av privaträttens område i den mening som avses i artikel 1 i Brysselkonventionen, och denna konvention är således inte tillämplig.<sup>50</sup>

59. I nämnda yttranden talas det ofta om tolkningsfrågornas internationella dimension, som klagandena i målet vid den nationella domstolen kopplar samman med staternas ansvar för rättsstridiga handlingar.

b) Invändningarna

58. I något yttrande har frågan huruvida arméns handlingar är handlingar *iure imperii* dryftats i samband med reflexioner angående i) statens ansvar enligt internationell rätt, ii) handlingarnas rättsstridighet, iii) maktutövandets territorialitet och iv) Brysselkonventionens bestämmelser. Jag anser inte att någon av dessa reflexioner innebär någon ändring av det hittills anförda.

60. Denna dimension är mycket intressant. FN:s kommission för internationell rätt ansåg under sin första sessionsperiod under 1949 att detta område var lämpligt att kodifiera. År 2001, under den 53:e sessionsperioden, antog den ett förslag till bestämmelser om statsansvar för internationellt rättsstridiga handlingar.<sup>51</sup> Detta ansvar har dessutom ett nära samband med staternas immunitet från domstolsprövning, som under den senare hälften av förra seklet utvecklades på så sätt att den relativiserades och inskränktes till handlingar *iure imperii*, och det finns en tendens att göra undantag från immuniteten även vid sådana handlingar vid kränkningar av mänskliga rättigheter.<sup>52</sup>

50 — Denna slutsats har även vissa av konventionsstaternas högsta domstolar nått, utan att begära förhandsavgörande, till exempel Italiens Corte di Cassazione, genom ett beslut av den 12 januari 2003, och Tysklands Bundesgerichtshof, genom ett avgörande av den 26 juni 2003.

51 — Innehållet och kommentarerna från denna kommission för internationell rätt finns [på spanska] på <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp4.pdf>.

52 — Bröhmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Kluwer Law International förlag, Haag, 1997, s. 143 och följande sidor visar att normutvecklingen på området för mänskliga rättigheter innefattar en inskränkning av statens immunitet även när den ifrågakvarande statens handlingar har varit handlingar *iure imperii*. Gaudreau, J., *Immunité de l'État et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*, HEI publications-Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 2005, analyserar utvecklingen i nationella och internationella domstolars rättspraxis i nämnda avseende.

61. Denna typ av ansvar styrs av särskilda hävdvunna eller skriftliga regler, enligt vilka det krävs att en internationell skyldighet har åsidosatts. Ansvar är således inte kopplat till privaträttens område i den mening som avses i artikel 1 i Brysselkonventionen, utan till den internationella rätten.

62. Som svar på en fråga jag ställde under förhandlingen anförde klagandena i målet vid den nationella domstolen att grunden för deras talan var artikel 3 i IV Haagkonventionen.<sup>53</sup>

#### ii) Handlingarnas rättsstridighet

63. Klagandena i målet vid den nationella domstolen och den polska regeringen har anført att handlingar *iure imperii* inte omfattar rättsstridiga handlingar. Militäroperationer som strider mot rättsordningen ingår enligt dem inte bland dessa handlingar, ett synsätt som påminner mig om axiomet "the King can do no wrong" — sedan länge starkt modifierat.<sup>54</sup>

53 — Jag tror att de avsåg artikel 3 i fjärde Genèvekonventionen, som jag har nämnt ovan i fotnot 46. De gjorde även en mindre uttalad hänvisning till artiklarna 913, 914 och 932 i den grekiska civillagen.

54 — Efter en gradvis modifiering av principen upphörde den definitivt att tillämpas i den engelska rätten genom Crown Proceedings Act från 1947.

64. Jag anser inte att denna invändning kan godtas. Handlingarnas eventuella rättsstridighet påverkar inte kvalificeringen av desamma, utan deras konsekvenser, såsom rekvisit för uppkommande av ansvar eller, i förekommande fall, graden av ansvar.

65. I annat fall skulle myndigheterna endast anses utöva offentliga maktbefogenheter när utövandet är oklanderligt, utan hänsyn till att det kan vara, och ibland är, av annan karaktär. Det skulle också göra det svårt att fastställa vem som är ansvarig. Om det inte är fråga om handlingar *iure imperii* och, per definition, inte heller handlingar *iure gestionis*, är den enda möjligheten att lägga ansvaret för skadan på de faktiska förövarna, och inte på den administration som de ingår i. I målet vid den nationella domstolen har talan, såsom den tyska regeringen har påpekat, väckts mot staten, inte mot soldaterna.

66. Handlingarnas eventuella rättsstridighet, oavsett grad och inbegripet brott mot mänskligheten, påverkar följaktligen inte den ovan anförda uppfattningen.

#### iii) Maktutövandets territorialitet

67. Enligt den polska regeringen kan den offentliga makten endast utövas inom en



stats territorium, vilket innebär att de väpnade styrkornas handlingar utanför gränserna inte kan anses vara ett uttryck för sådan makt.

68. Inte heller denna invändning förefaller godtagbar. Territoriet utgör gränsen för suveräniteten i den meningen att en stats handlingar utanför detta område saknar verkan. Man kan dock urskilja minst två undantag: när det sker en invasion och när ett annat lands armé intervenerar i ett annat land utan att det blir fråga om ockupation. Den sistnämnda situationen, som inte är aktuell i målet vid den nationella domstolen, medför särskilda svårigheter, högst relevanta i dagsläget. Tänkbara lösningar är ett möjligt medgivande från den stat där intrånget skett eller att det är fråga om uppfyllande av ett mandat från det internationella samfundet.

69. I den första situationen är det fråga om en tillfällig eller definitiv tillägnelse som visserligen är klandervärd, men som innebär att inkräktaren utökar sitt område. Man kan inte bortse från detta och göra sig skyldig till fiktionen att de anfallande trupperna hamnar utanför sina befäls kontroll när de passerar gränsen, eftersom de även därefter styrs eller kontrolleras av den stat som de tillhör, varvid den hierarkiska ordningen bibehålls.<sup>55</sup>

55 — I den internationella humanitära rätten är fjärde Genèvekonventionen från 1949 angående skydd för civilpersoner under krigstid, som nämnts i en ovanstående fotnot, tillämplig på "alla fall av delvis eller total ockupation av en konventionsstats territorium, även om ockupationen genomförs utan militärt motstånd" (artikel 2 andra stycket).

iv) Brysselkonventionens bestämmelser

70. Några invändningar bygger på en systematisk tolkning av konventionen, vissa av dem direkt, såsom den som har anförts av den italienska regeringen, som uttryckligen anser att den väckta talan inte kan anses omfattas av privaträttens område, och andra indirekt, såsom den i beslutet om hänskjutande, i vilket det hänvisas till artikel 5.3.

71. Åberopandet av denna bestämmelse saknar emellertid relevans, eftersom själva konventionen måste vara tillämplig innan det är möjligt att tillämpa dess bestämmelser, och dess tillämplighet bestäms av artikel 1.

72. Det är skillnad mellan det regelverk som har inrättats genom Brysselkonventionen — bestående av bestämmelser om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av avgöranden — och de territoriella, tidsrelaterade och materiella villkor som måste vara uppfyllda för att bestämmelserna skall vara tillämpliga. Om de inte är uppfyllda, såsom i det nu aktuella målet, är varje ytterligare prövning irrelevant.

73. Enligt dom av den 27 september 1988 i målet Kalfelis<sup>56</sup> omfattar begreppet skade-

56 — Dom av den 27 september 1988 i mål 189/87, Kalfelis (REG 1988, s. 5565; svensk specialutgåva, volym 9, s. 729).

stånd utanför avtalsförhållanden i artikel 5.3 varje skadeståndstalan som inte är en sådan "talan som avser avtal" som avses i artikel 5.1 i samma konvention (punkt 18).<sup>57</sup> Att utövande av offentliga maktbefogenheter utesluter att talan omfattas av Brysselkonventionens *rationae materiae* beror emellertid inte på formen för talan, utan på dess grund och natur. I annat fall skulle autonomin hos begreppen i artikel 1 äventyras. Bestämmelserna om skadestånd för skador som administrationen har vållat i sin verksamhet skiljer sig dessutom väsentligt mellan de olika konventionsstaterna, dels på grund av skillnaderna mellan common law-systemen, dels på grund av de skillnader som i sin tur finns mellan sistnämnda system.<sup>58</sup>

## VI — Bedömning av den andra tolkningsfrågan

74. Den nationella domstolen har även frågat domstolen huruvida staternas immunitet mot domstolsprövning är förenlig med Brysselkonventionens system och, om frågan skall besvaras jakande, huruvida den innebär att Brysselkonventionen inte skall tillämpas.

75. Med hänsyn till mitt förslag till svar på den första frågan saknas det anledning att pröva den andra.

57 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen *Réunion européenne m.fl.*, punkt 22, och *Henkel*, punkt 36, samt dom av den 26 mars 1992 i mål C-261/90, *Reichert och Kockler* (REG 1992, s. I-2149), punkt 16, och av den 11 juli 2002 i mål C-96/00, *Gabriel* (REG 2002, s. I-6367), punkt 33.

58 — Som smakprov på dessa skillnader kan nämnas följande exempel: i Tyskland 839 § i civillagen jämförd med artikel 34 i grundlagen, i Österrike artikel 23 i den federala konstitutionen och den federala lagen av den 18 december 1948 om ansvar för den federala staten, delstaterna, distrikten, kommunerna och andra offentliga organ vid skada som uppkommit vid tillämpning av lag, i Belgien artiklarna 1382 och följande artiklar i civillagen, på Cypern artiklarna 146 och 172 i konstitutionen, i Spanien artiklarna 9 och 106 i konstitutionen, liksom artikel 139 och följande artiklar i lag 30/1992 av den 26 november om bestämmelser om den offentliga sektorn och det gemensamma administrativa förfarandet, i Estland artikel 25 i konstitutionen och lag av den 2 maj 2001 om statens ansvar, i Finland artikel 118 i konstitutionen och lag 412/1974 om civilrättsligt ansvar, i Grekland artikel 105 i den inledande lagen till civillagen, i Ungern artikel 349 i civillagen, i Italien i civillagens bestämmelser om utomobligatoriskt skadeståndsansvar, i Nederländerna artikel 6:162 i civillagen, i Polen artikel 77 i konstitutionen och artiklarna 417 och följande artiklar i civillagen, i Slovenien artikel 26 i konstitutionen och artikel 63 i förvaltningsprocesslagen, i Sverige lag av den 2 juni 1972 om skadestånd, i Republiken Tjeckien artikel 36 i stadgan om de grundläggande fri- och rättigheterna. Denna uppräknning visar skillnaderna; i vissa stater finns principen fastslagen på högsta normativa nivå, i vissa har det skett genom specifika bestämmelser och i andra genom hänvisningar till privaträtten. Här till icke att förglömma dem som inte nämnts, där principen har uppkommit i rättspraxis.

76. Om domstolen trots allt skulle pröva den, skall det beaktas att immuniteten har karaktären av rättegångshinder<sup>59</sup> för att hindra domstolarna i en stat från att pröva en annan stats skadeståndsansvar, eftersom — såsom den italienska regeringen har påpekat i sitt yttrande — ingen har domsrätt över en like (*par in parem non habet imperium*), åtminstone inte såvitt avser handlingar *iure imperii*, vilket hindrar att ett sådant förfarande inleds.

59 — Så har den betecknats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i tre domar av den 21 november 2001 i målet *Al-Adsani* mot Förenade kungariket, § 48, i det ovannämnda målet *McElhinney* mot Irland, § 25, och i målet *Fogarty* mot Förenade kungariket, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI, § 26.

